ISSN 2568-6380
Art.-Nr. 74659203

ZInsO

Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht

3

20. Januar 2022
25. Jahrgang
Seite 53 bis 116

• ZInsO-Aufsätze

Bankrott und Vermögensabschöpfung (S. 53)
von Rechtsanwalt/Leitender Oberstaatsanwalt a.D. Folker Bittmann, Köln

Vermögensabschöpfung und Insolvenz (S. 62)
von Dr. Peter Laroche, Köln

Betriebswirtschaftlich/strafrechtliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit (S. 70)
von Oberstaatsanwalt (HAL) a.D. Dr. Hans Richter, Stuttgart

Zur Zulässigkeit eines Insolvenzantrags der Staatsanwaltschaft (§ 111i Abs. 2 StPO, § 14 Abs. 1 InsO) (S. 74)
von Vorsitzender Richterin am Landgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

Informationsquellen und -verpflichtungen der Staatsanwaltschaft in Insolvenz- und Wirtschaftsstrafsachen (S. 76)
von Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

• ZInsO-Rechtsprechungsreport

Versagung der Restschuldbefreiung wegen unrichtiger schriftlicher Angaben in den letzten 3 Jahren vor der Antragstellung (S. 84)
BGH, Beschl. v. 18.11.2021 – IX ZB 1/ (S. 21)

Gewährung von Deckungsschutz für die Anmeldung von deliktischen Forderungen zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren einer Firma i.R.e. Rechtsschutzversicherungsvertrags (S. 91)
LG Düsseldorf, Urt. v. 15.4.2021 – 9 S 38/19

(Kein) Beiseiteschaffen beim Bankrott durch sofortiges Abheben eingehender Zahlungen von Konto eines Dritten bei vorhandener Verfügungsberechtigung (S. 94)
LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 15.12.2021 – 12 Ns 502 Js 1046/19

Zur Datenverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters (S. 97)
AG Hamburg, Urt. v. 15.11.2021 – 11 C 75/21

Verfahrensfähigkeit eines Antragstellers im Insolvenz-Eröffnungsverfahren (S. 100)
AG Hannover, Beschl. v. 30.11.2021 – 903 IN 451/21 – 1

Zur Berechnung der Sperrfrist für ein zweites Verbraucherinsolvenzverfahren (S. 112)
AG Hannover, Beschl. v. 19.10.2021 – 909 IK 1381/21 – 7

Herausgeber:
Prof. Dr. Christian Berger
RA Dr. Susanne Berner
RA Dr. Christian Brünkmans
RA Dr. Jan de Weerth
Prof. Dr. Ulrich Foerste
RA Dr. Michael C. Frege
RiAG Frank Frind
RiBGH a.D. Prof. Dr. Markus Gehrlein
Prof. Dr. Hugo Grote
RA Dr. Andreas Henkel
WP/StB Michael Hermanns
Prof. Dr. Heribert Hirte
RA Martin Horstkotte
Präs. LG a.D. Prof. Dr. Michael Huber
RA Peter J. Hützen
RiAG Dr. Peter Laroche
Prof. Dr. Wolfgang Marotzke
RA Prof. Dr. Torsten Martini
Prof. Dr. Sebastian Mock
RA Dr. Patrick Mückl
Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser
RA Dr. Manfred Obermüller
Vors. RiOLG Dr. Dietmar Onusseit
RA Prof. Dr. Klaus Pannen
RiBGH a.D. Prof. Dr. Gerhard Pape
RA Stephan Ries
Prof. Dr. Thomas Rönnau
Vors. RiOLG Katrin van Rossum
Prof. Dr. Jessica Schmidt
RiBGH Dr. Volker Schultz
RA Ralph Veil
RiBGH a.D. Gerhard Vill
OStA a.D. Raimund Weyand

Schriftleiter:
RA Prof. Dr. Hans Haarmeyer

Schwerpunkt Kriminalinsolvenzen

Carl Heymanns Verlag

Wolters Kluwer

Wenn Zeit Ihre wertvollste Ressource ist.

Nutzen Sie Ihre Zeit effizienter durch zielgerichtete Weiterbildungen, digitale Assistenten und Recherche in hochwertigen, aktuellen Inhalten. Testen Sie jetzt kostenlos und unverbindlich das Modul Heymanns Insolvenzrecht Premium.

- 12 Online-Seminare pro Jahr (nach § 15 FAO und lt. GOI) zu aktuellsten Themen (z.B. StaRUG) mit renommierten Referenten
- Formular-Assistent Insolvenzrecht und InsVV-Vergütungsrechner inkl. Vergütung nach der neuen InsVV
- Hochwertige Inhalte zum Insolvenz-, Sanierungs- und Restrukturierungsrecht
- Stets aktuell informiert mit der Zeitschrift ZinsO (inkl. Printausgabe)
- **NEU im Modul: Mit LawTracker® beginnt die Recherche direkt im PDF. Greifen Sie ganz einfach per Klick auf Gesetze, Rechtsprechung und Literatur in Wolters Kluwer Online zu.**

Jetzt das Modul 30 Tage kostenlos testen!

wolterskluwer-online.de

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Inhaltsverzeichnis

ZInsO-Aktuell

ZInsO-Beilage: Insolvenzreport 3/2022

ZInsO-Aufsätze

Bankrott und Vermögensabschöpfung 53
von Rechtsanwalt/Leitender Oberstaatsanwalt a.D. Folker Bittmann, Köln

Vermögensabschöpfung und Insolvenz 62
von Dr. Peter Laroche, Köln

Betriebswirtschaftlich/strafrechtliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit 70
von Oberstaatsanwalt (HAL) a.D. Dr. Hans Richter, Stuttgart

Zur Zulässigkeit eines Insolvenzantrags der Staatsanwaltschaft (§ 111i Abs. 2 StPO, § 14 Abs. 1 InsO) 74
von Vorsitzender Richterin am Landgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

Informationsquellen und -verpflichtungen der Staatsanwaltschaft in Insolvenz- und Wirtschaftsstrafsachen 76
von Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

In dieser Rubrik geben wir eine Übersicht über die wichtigsten und interessantesten Veröffentlichungen aus dem Bereich des Insolvenzrechts. 80

Diese Ausgabe enthält Rezensionen zu folgenden Titeln:
Eckhart Müller/Reinhold Schlothauer/Christoph Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung
Semler/v. Schenk/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder

ZInsO-Rechtsprechungsreport

- **Insolvenz- und Sanierungsrecht**

Versagung der Restschuldbefreiung wegen unrichtiger schriftlicher Angaben in den letzten 3 Jahren vor der Antragstellung 84
BGH, Beschl. v. 18.11.2021 – IX ZB 1/21

Widerruf von Zulassung als Anwalt wegen Vermögensverfalls 86
BGH, Beschl. v. 3.11.2021 – AnwZ (Brfg) 29/21

Gesonderter Eigentumserwerb an Modulen einer Freiland-Photovoltaikanlage 87
BGH, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 8/20

Gewährung von Deckungsschutz für die Anmeldung von deliktischen Forderungen zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren einer Firma i.R.e. Rechtsschutzversicherungsvertrags 91
LG Düsseldorf, Urt. v. 15.4.2021 – 9 S 38/19

(Kein) Beiseiteschaffen beim Bankrott durch sofortiges Abheben eingehender Zahlungen von Konto eines Dritten bei vorhandener Verfügungsberechtigung 94
LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 15.12.2021 – 12 Ns 502 Js 1046/19

Zur Datenverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters 97
AG Hamburg, Urt. v. 15.11.2021 – 11 C 75/21

Verfahrensfähigkeit eines Antragstellers im Insolvenz-Eröffnungsverfahren 100
AG Hannover, Beschl. v. 30.11.2021 – 903 IN 451/21 – 1

- **Insolvenzanfechtungsrecht**

Bestimmung einer Mietzahlung als unentgeltliche Leistung; Auslegung einer Fälligkeitsregelung in AGB 104
BGH, Urt. v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20

(Keine) Teleologische Reduktion von § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG bei von drohend zahlungsunfähiger Schuldnerin vorinsolvenzlich gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen 110
LG Hamburg, Urt. v. 8.9.2021 – 336 O 65/21 (n. rkr.)

- **Verbraucherinsolvenzrecht**

Zur Berechnung der Sperrfrist für ein zweites Verbraucherinsolvenzverfahren 112
AG Hannover, Beschl. v. 19.10.2021 – 909 IK 1381/21 – 7

- **Verfahrensrecht**

(Keine) Heilung von unzulänglicher Berufungsbegründung nach Ablauf von Begründungsfrist 114
BGH, Beschl. v. 7.10.2021 – III ZB 50/20

Redaktioneller Hinweis zu ZInsO 51-52/2021, 2752, 2753

Bei der Entscheidung des LG Hamburg vom 20.9.2021 – 304 O 407/20 wurde die Überschrift nicht korrekt gebildet. Sie lautet richtig: „Schadensersatzanspruch gegen den Nachlasspfleger wegen verspäteter Insolvenzantragstellung".
In der dem Verlag zur Veröffentlichung zur Verfügung gestellten beglaubigten Urteilsabschrift sind im Abschnitt bb) die Datumsangaben mit dem Jahr 2021 versehen worden. Aus Sicht der Redaktion wäre die Jahresangabe 2017 richtig.

Mit dieser Ausgabe verteilen wir Beilagen folgender Unternehmen: Fachmedien Otto Schmidt KG
Wir bitten um freundliche Beachtung.

Impressum

Herausgeber:

Prof. Dr. Christian Berger • RA Dr. Susanne Berner • RA Dr. Christian Brünkmans • RA Dr. Jan de Weerth • Prof. Dr. Ulrich Foerste • RA Dr. Michael C. Frege • RiAG Frank Frind • RiBGH a.D. Prof. Dr. Markus Gehrlein • Prof. Dr. Hugo Grote • RA Dr. Andreas Henkel • WP/StB Michael Hermanns • Prof. Dr. Heribert Hirte • RA Martin Horstkotte • Präs. LG a.D. Prof. Dr. Michael Huber • RA Peter J. Hützen • RiAG Dr. Peter Laroche • Prof. Dr. Wolfgang Marotzke • RA Prof. Dr. Torsten Martini • PD Dr. Sebastian Mock • RA Patrick Mückl • Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser • RA Dr. Manfred Obermüller • Vors. RiOLG Dr. Dietmar Onusseit • RA Prof. Dr. Klaus Pannen • RiBGH a.D. Prof. Dr. Gerhard Pape • RA Stephan Ries • Prof. Dr. Thomas Rönnau • Vors. RiOLG Katrin van Rossum • Prof. Dr. Jessica Schmidt • RiBGH Dr. Volker Schultz • RA Ralph Veil • RiBGH a.D. Gerhard Vill • OStA a.D. Raimund Weyand

Schriftleitung:

RA Prof. Dr. Hans Haarmeyer (ZInsO)
RA/StB/WP Andreas Ziegenhagen (ZInsO FOKUS Sanierung)

Gründungsherausgeber:

RiBGH a.D. Hans-Peter Kirchhof • Vors. RiBGH a.D. Dr. Gerhart Kreft •Vors. RiLAG a.D. Ernst-Dieter Berscheid • RiBGH Prof. Dr. Gerhard Pape • Prof. Udo Hintzen • Prof. Dr. Heribert Hirte • RA Dr. Manfred Obermüller • RA Wolfgang Wutzke • RA Dr. Karsten Förster • Michael Bretz • Prof. Dr. Hugo Grote • RA Martin Notthoff • Dipl.-Kfm./StB Gerd Scholten • OStA a.D. Raimund Weyand – **Ehemalige Herausgeber:** RA Dr. Karen Kuder • RA Dr. Norbert Küpper • RA Dr. Christoph Poertzgen • RiBGH a.D. Prof. Dr. Lutz Strohn

Urheber- und Verlagsrechte:

Annahme nur von Originalaufsätzen, die ausschließlich dem Verlag zur Alleinverwertung in allen Medien angeboten werden. Mit der Annahme des Manuskripts durch den Verlag überträgt der Autor dem Verlag für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung im Wege fotomechanischer oder elektronischer Verfahren, einschl. Disketten, CD-ROM, DVD und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Verlages unzulässig.

Wolters Kluwer Deutschland GmbH
Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth
http://www.wolterskluwer-online.de/insolvenzrecht

Kundenservice: (0 26 31) 801-22 22

Erscheinungsweise: wöchentlich

Anzeigenverkauf: Gabriele Wieneber
Telefon: 02233/3760-7608
E-Mail: gabriele.wieneber@wolterskluwer.com

Anzeigendisposition: Karin Odening
Telefon: (0 22 33) 37 60-77 60
E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com

Schriftleiter ZInsO: Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Hans Haarmeyer
E-Mail: hans.haarmeyer@t-online.de
Manuskripte und Urteilseinreichungen erbeten an den Schriftleiter

Schriftleiter ZInsO FOKUS Sanierung: Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer Andreas Ziegenhagen
E-Mail: ZInsO.redaktion@wolterskluwer.com

Redaktion: Ass. iur. Anke Losch
Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth
Telefon: (0 22 33) 37 60-70 69
E-Mail: ZInsO.redaktion@wolterskluwer.com

Einsendung von Entscheidungen
Eingesandte Entscheidungen werden nur dann zur Veröffentlichung angenommen, wenn sie zuvor anonymisiert worden sind.

Bezugspreis zzgl. Versandkosten
Jahresabonnement: € 779,00
Preis für das Einzelheft: € 31,00

Kündigungsfrist:
6 Wochen zum Ende des Bezugsjahres

Herstellung: Lotos Poligrafia Sp. z o.o., Warszawa, Polen

ISSN 2568-6380

ZInsO-Aktuell

Kurznachrichten

Ausblick 2022 – eine Fülle von Herausforderungen

Pressemitteilung der Atradius Kreditversicherung (https://atradius.de) v. 28.12.2021

Das Jahr 2022 stellt Unternehmen und Volkswirtschaften vor eine beispiellose Fülle von Herausforderungen. Die vierte Welle der COVID-19-Pandemie hat Deutschland fest im Griff. „Die wirtschaftliche Erholung im Jahr 2022 ist deutlich unsicherer geworden", sagt Michael Karrenberg, Regional Director Risk Services beim internationalen Kreditversicherer Atradius. Die stark gestiegene Zahl der Neuinfektionen und die damit verbundenen Maßnahmen wie etwa Lockdowns treffen bereits jetzt Branchen wie Gastronomie, Tourismus oder die Veranstaltungswirtschaft „Die wirtschaftlichen Langzeitfolgen der Corona-Krise wirken zwar langsamer als die Lockdown-Maßnahmen, dafür umso unerbittlicher – und dies dürfte auch zu einer steigenden Zahl von Firmenpleiten im Jahr 2022 führen", betont Karrenberg. Und es gibt noch größere Risiken als Lockdowns.

Die Wirtschaft leidet seit Monaten bereits unter anhaltenden Rohstoff-, Material- und Lieferengpässen. Für die Fertigstellung von Aufträgen fehlen wichtige Vorprodukte wie Computerchips, Holz, Aluminium oder Plastik und Papier. Diese Mangelwirtschaft trifft insbesondere die Automobilindustrie. Aufgrund fehlender Halbleiter können weniger Fahrzeuge produziert werden, Milliardenverluste drohen, „Die Automobilbranche dürfte länger als ursprünglich angenommen mit diesem Problem zu kämpfen haben", schätzt Karrenberg.

Auch die Teuerungsrate dürfte 2022 für eine große Herausforderung für Branchen wie Energie und Baumaterialien darstellen. Mehrere Energieanbieter sind zuletzt aufgrund der sprunghaft gestiegenen Bezugspreise für Gas und Strom in Bedrängnis geraten. Im Energiesektor gab es bereits erste Insolvenzen. Der Grund: Die Lieferverträge der Energieanbieter sind langfristig ausgehandelt, so dass ihnen wenige Möglichkeiten bleiben, Preissteigerungen an die eigenen Kunden weiterzureichen. Ein ähnliches Problem ergibt sich für Baufirmen angesichts der höheren Materialpreise. Hier werden viele unerwartete Kosten ebenfalls nicht komplett weitergegeben werden können. „Viele Unternehmen befürchten, dass sie die kommenden sechs bis neun Monate nur auf Sicht fahren können – das verhindert Investitionsentscheidungen", so Karrenberg.

Politische und wirtschaftliche Unsicherheiten prägen 2022

Zudem dürften erhebliche politische Unsicherheiten das kommende Jahr prägen. Als Beispiele nennt Karrenberg den Ukraine-Konflikt. Kommt es zu den von den USA ins Spiel gebrachten, weitreichenden Sanktionen gegen Russland, werden sich die Unsicherheiten im internationalen Geschäft weiter erhöhen. Hinzu kommen die Lage in der Türkei, die Spannungen zwischen den USA und China sowie zwischen der EU und Russland. „All dies könnte zu enormen Verwerfungen führen", so Karrenberg.

Risiken führen zu Anstieg der Insolvenzen

All diese Herausforderungen dürften auch Auswirkungen auf die Firmeninsolvenzen in Deutschland haben. „Corona, Lieferengpässe, Inflation und politische Risiken können eine explosive Mischung bilden", betont Karrenberg. Die Zahl der Pleiten dürfte 2022 wieder steigen und das Risiko der Forderungsausfälle zunehmen. Allerdings sei noch unklar, wie stark die Zahl der Firmeninsolvenzen nach dem Auslaufen der staatlichen Hilfsmaßnahmen steigen werden.

Wissen für die Praxis – Aktuelles aus dem Insolvenz- und Restrukturierungsrecht

Fundierte Fachbeiträge, Leseproben, Studien und Experten-Kurz-Interviews finden Sie ab sofort auf der Seite „Aktuelles im Insolvenz- und Restrukturierungsrecht". Hier veröffentlichen Fachexperten regelmäßig Beiträge zu aktuellen Themen – praxisnah aufbereitet für Sie.

Lesen Sie interessante und aktuelle Beiträge rund um die Themen wie StaRUG, Unternehmensinsolvenz, Digitalisierung oder Verbraucherinsolvenzrecht.

Sie haben Fragen zu einem Artikel oder möchten selbst einen Beitrag verfassen? Melden Sie sich gerne.

Alle Informationen finden Sie hier: *wolterskluwer.com/aktuelles-insolvenzrecht*

IW-Verbandsumfrage: Große Hoffnungen für 2022

Pressemitteilung des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) v. 27.12.2021

Zum Jahreswechsel befragt das Institut der deutschen Wirtschaft (IW) traditionell deutsche Verbände nach ihren aktuellen Geschäftsentwicklungen und Erwartungen für das kommende Jahr. Nach zwei herausfordernden Jahren schauen die allermeisten Verbände sehr optimistisch auf 2022 – mit Ausnahme der Branchen, die immer noch stark unter der Pandemie leiden.

Hinter der deutschen Wirtschaft liegt eine turbulente und schwierige Zeit: Die Pandemie hat auch im zweiten Jahr deutliche Spuren hinterlassen. Viele wichtige Komponenten wie Chips und Halbleiter sind Mangelware, unersetzliche Rohstoffe lassen monatelang auf sich warten. Dennoch ist die Stimmung zum Jahreswechsel besser als noch vor einem Jahr, zeigt die tra-

ditionelle IW-Verbandsumfrage: Jeder zweite der 48 befragten Verbände berichtet von einer Besserung in 2021 im Vergleich zum Vorjahr. Noch optimistischer ist der Blick auf 2022: Hier erwarten 39 Verbände eine höhere Produktion. 24 Verbände gehen von höheren Investitionen aus, 21 planen, mehr Jobs anzubieten. Nur acht Verbände rechnen damit, Personal abzubauen.

Gute Aussichten in der Bauwirtschaft

Unter den Pessimisten sind vor allem jene Unternehmen, denen die Pandemie noch stark zusetzt. In der Gummi- und Papierverarbeitung sowie der Glas- und Lederindustrie fehlen nach wie vor wichtige Rohstoffe und Materialien. Die Messewirtschaft berichtet von einer Verschlechterung im Vergleich zu 2020, es ist noch immer nicht absehbar, wann sich die Lage wieder normalisiert. Deutlich besser ergeht es dafür Handelsunternehmen und Speditionen, aber auch der Stahl- und Chemieindustrie sowie dem Metall- und Maschinenbau und der Bauwirtschaft. Letztere dürfte auch durch die Ankündigung der Ampel-Regierung, künftig jährlich 400.000 neue Wohnungen bauen zu wollen, auf sehr gute Geschäftsaussichten blicken. Gleichzeitig fehlen hier nach wie vor tausende Fachkräfte.

Gemischte Aussichten auf dem Arbeitsmarkt

Neue Jobs planen vor allem Industrieunternehmen: Die Pharmabranche rechnet mit mehr Beschäftigung, ebenso die Metall- und Elektroindustrie sowie Speditionen und Unternehmen aus der Informations- und Werbebranche. Im Bergbau dürften dagegen künftig Jobs wegfallen. Auch der Finanzsektor plant mit weniger Beschäftigten, die Branche leidet unter einem flächendeckenden Strukturwandel, geringen Margen und dem zunehmendem Online-Banking.

Pressespiegel aus den Regionen

4.1.2022
Hamburg:
enyway GmbH hat Insolvenz angemeldet

Die Hamburger Nachhaltigkeits-Onlineplattform enyway GmbH hat am 29.12.2021 beim Amtsgericht Hamburg einen Insolvenzantrag gestellt. Zum vorläufigen Insolvenzverwalter wurde *Justus von Buchwaldt* bestellt, er ist Partner der Insolvenz- und Restrukturierungskanzlei BBL Brockdorff.

Im Rahmen ihrer Plattform ermöglicht enyway privaten Stromerzeugern den direkten Stromverkauf an Endkunden und Endverbrauchern die direkte Beteiligung an Crowd-Funding Projekten im Nachhaltigkeitsbereich. Die zu Ende 2021 explosionsartig gestiegenen Großhandelspreise für Strom haben enyway wirtschaftlich überfordert, so dass die Versorgungsleistung für Stromkunden aktuell eingestellt werden musste. Die Stromversorgung der Kunden ist jedoch weiterhin sichergestellt: Die sog. Ersatzversorgung erfolgt hierbei durch den Stromanbieter, der in der jeweiligen Region für die Grundversorgung verantwortlich ist.

„Unsere Stromkunden müssen keine wirtschaftlichen Einbußen befürchten, da die aktuellen Tarife der Grundversorgung derzeit in der Regel sogar unterhalb des aktuellen enyway-Tarifs liegen," erklärt Unternehmensgründer Heiko von Tschischwitz. Man habe die Kunden dazu auch direkt angeschrieben. Die Insolvenz von enyway habe auch keinen Einfluss auf die Werthaltigkeit der von den Kunden eingezahlten Darlehen im Rahmen des erfolgten Crowdfundings für eine Solaranlage und ein Waldprojekt auf Borneo, betont von Tschischwitz. Enyway trat hier lediglich als Vermittler auf, die Rückzahlung der Darlehen inklusive Zinsen erfolge zum planmäßigen Zeitpunkt durch die Emittenten.

„Bedauerlicherweise führt die Rekordhöhe der Großhandelspreise für Strom zu einer steigenden Zahl von Insolvenzen ausgerechnet bei den Anbietern von Ökostrom," so *Justus von Buchwaldt*. Er hofft, den Geschäftsbetrieb von enyway in Teilbereichen fortführen zu können und hat bereits einen Antrag auf Insolvenzgeld-Vorfinanzierung für die 30 Mitarbeiter gestellt.

(Quelle: www.indat.info)

4.1.2022
Niederaula:
Gies GmbH & Co Kunststoffwerk KG saniert in Eigenverwaltung

Die Krise begann schleichend. Rückläufige Umsätze, zunehmender Kostendruck und ein verändertes Konsumverhalten der Kunden brachten den Hersteller von Haushaltsprodukten aus klassischen, recycelbaren und Bio-Kunststoffen in die Schieflage. Das Angebot reicht von Wäschekörben und Transportboxen über Tiefkühldosen bis hin zu Eimern und Wannen, und wird vor allem in Baumärkten, Warenhäusern und großen Supermarktketten angeboten. Produziert wird in Deutschland. „Wir haben die Anzeichen für eine Unternehmenskrise zu lange auf die leichte Schulter genommen", zeigt sich Geschäftsführer Martin Gies selbstkritisch. Corona verschärfte die Lage weiter, da der Absatz durch die zeitweise Schließung von Baumärkten und Warenhäusern sowie der Sortimentsänderung in Supermärkten einbrach. Als kontinuierlich steigende Kosten für Rohstoffe und Energie hinzukamen, war der Geschäftsführung klar: Es muss etwas passieren, und zwar schnell. Unterstützt wird Martin Gies dabei vom Sanierungsexperten Klaus Ziegler von Planer und Kollegen. „Gies hat definitiv Potenzial. Dem Megatrend Nachhaltigkeit seitens der Kunden entspricht das Unternehmen schon lange, wie beispielsweise die Kooperation mit dem Grünen Punkt und das Umwelt-Siegel ‚Blauer Engel' zeigen. Nur wurde dies bislang viel zu wenig aktiv vermarktet. Zudem zeigen unsere Analysen, dass in den Bereichen Produktion, Vertrieb und Losgrößenoptimierung noch viel Potenzial brachliegt, das wir im Rahmen einer Insolvenz in Eigenverwaltung heben wollen", erklärt Klaus Ziegler. Das Amtsgericht Bad Hersfeld hat hierzu am 23.12.2021 die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet. Als vorläufige Sachwalterin wurde *Constance Rothamel* von der Kanzlei Feigl & Rothamel gerichtlich bestellt.

„Wir werden gestärkt weitermachen!"

Gies wurde 1961 gegründet und startete mit der Produktion von technischen Erzeugnissen für die Automobil- und Pharmaindustrie. 1973 erfolgte die Umstellung auf Haushaltsprodukte. Martin Gies führt das Unternehmen in der zweiten Generation. „Was mich von diesem Schritt letztendlich überzeugt hat, ist,

ZInsO-Aufsätze

Bankrott und Vermögensabschöpfung

von Rechtsanwalt/Leitender Oberstaatsanwalt a.D. Folker Bittmann, Köln

In einer strafrechtlich nicht wirklich überzeugenden Entscheidung bejahte der BGH zwar eine die Masse schädigende Untreue, verneinte aber einen Bankrott aufgrund Beiseiteschaffens, weil die Auszahlung vom Konto das Gesellschaftsvermögen noch nicht gemindert habe, sondern erst die nachfolgende Verwendung zu privaten Zwecken, insoweit aber nicht belegt sei, dass der (faktische) Geschäftsführer als solcher und nicht als Außenstehender gehandelt habe. Zugleich hob der BGH die korrespondierende Einziehungsentscheidung auf. Er verneinte aber trotz Insolvenz nicht ihre generelle Zulässigkeit. Dies ist Anlass genug, die verschiedenen, von zahlreichen Umständen abhängigen Varianten bei eröffnetem Verfahren möglicher Einziehungsentscheidungen und deren Folgen auch unter Berücksichtigung zuvor erwirkter strafprozessualer Sicherungen (Beschlagnahme, Vermögensarrest) zu betrachten.

A. Entscheidung des BGH

Am 4.8.2021 entschied der BGH,[1] das Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen, sei als Bankrott, § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, nur strafbar, wenn der Angeklagte „als Schuldner" gehandelt hätte. Keine Überraschung: Ist der Schuldner keine einzelne natürliche Person, dann wird ihm die Eigenschaft „als Schuldner" über § 14 StGB nur dann zugerechnet, wenn er in einer der verschiedenen von dieser Vorschrift erfassten Rollen handelt.

Das Bemerkenswerte an der Entscheidung kann also nicht dieser Rechtsatz sein. Auch der Sachverhalt ist unspektakulär: Der faktische Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG hob zu privaten Zwecken Geld vom Geschäftskonto ab. Wo also ist das Problem? Ohne seine Stellung wäre er nicht an das Geld gekommen. Also handelte er doch als (faktischer) Geschäftsführer, oder?

I. Aufspaltung zwischen Auszahlung und Verwendung

Was so selbstverständlich erscheint, wird kompliziert, wenn man den Vorgang wie der BGH in zwei Vorgänge aufsplittet und diese selbstständig betrachtet, die Auszahlung einerseits und das Beiseiteschaffen andererseits.

In seiner äußerst knappen schriftlichen Begründung erinnert der Senat eher beiläufig an die 2012 überwundene sog. Interessentheorie und verweist darauf, dass zwischen rechtsgeschäftlichem und sonstigem Handeln zu differenzieren sein *könne*. Die Strafkammer habe dies fehlerhaft nicht bedacht. Der Senat erklärt erst anschließend, worin er den Fehler sah: Bei Auszahlung sei der Angeklagte der Bank gegenüber zwar als Vertreter der Gesellschaft entgegengetreten. Damit habe die Bank – und nur dies war ihr schuldbefreiend möglich – eine Auszahlung an die Gesellschaft veranlasst. Aus diesem Grunde habe die Gesellschaft – trotz der von Anfang an „bösen" Absicht des Angeklagten aufgrund der Auszahlung überhaupt keinen Schaden erlitten. Dieser sei vielmehr erst aufgetreten, als der Angeklagte (wie bei einem Griff in die Kasse) die ausbezahlten Beträge – rein tatsächlich – für eigene Zwecke verwandt habe. In diesem Moment habe er jedoch nicht als Organ, sondern als Privatperson *gleichsam wie ein Außenstehender* agiert: Die Urteilsgründe belegten daher insoweit kein Handeln, welches der Gesellschaft als eigenes zugerechnet werden könne.

1. Handeln „als" Organ oder Vertreter i.S.v. § 14 StGB

a) Verfahrensrechtliche Situation

Das Aufspießen dieses jenseits der Interessentheorie seit über hundert Jahren diskutierten, heftig umstrittenen und weit von einer konsentierten Lösung entfernten Problems innerhalb einer Randnummer verdeckt die Detailprobleme mehr als dass es die offenen Fragen auch nur einer Antwort näherbringen würde. Da sich der Senat auch nicht zu *Segelanweisungen* veranlasst sah, kann es sein, dass er eine Diskussion provozieren wollte, die er nicht mit einem eigenen Vorschlag in eine bestimmte Richtung zu kanalisieren und damit ggf. inhaltlich einzuschränken beabsichtigte. Allerdings nur dann, wenn sich das nun wieder zuständige LG Frankfurt/M. auf dieses Thema einlässt, könnte die Entscheidung v. 4.8.2021 zum Ausgangspunkt für eine von der Rechtsprechung gefundene Lösung werden. Es ist allerdings anzunehmen, dass sich die neu zur Entscheidung aufgerufene Kammer dazu nicht aufraffen, sondern versuchen wird, die Strafverfolgung insoweit gem. § 154a Abs. 2 StPO auf den Tatbestand der Untreue zu beschränken oder gem. § 154 Abs. 2 StPO auf die rechtskräftig gewordenen Teile der Verurteilung.

b) Rechtsfrage

Der BGH hält es immerhin für möglich, dass die Gesellschaft ihre Zustimmung wirksam erklärte. Wer diese Zustimmung erklären könnte, ließ er dabei offen: Des Angeklagten Tochter als mittelbare Alleingesellschafterin? Er selbst als *faktischer* Geschäftsführer? Ungeachtet dessen: Wäre eine derartige Zustimmung überhaupt wirksam? Nach st. Rspr.[2] kann sub specie § 266 StGB in eine schädigende Verfügung nur bis zur Grenze des Haftkapitals eingewilligt werden. Aus Gläubigerschutzgründen, die beim Bankrott im Gegensatz zur Untreue

1 BGH, Beschl. v. 4.8.2021 – 2 StR 352/20, ZInsO 2021, 2194.

2 Seit BGH, Urt. v. 24.8.1988 – 3 StR 232/88, BGHSt 35, 333.

im Vordergrund stehen, kann der Rahmen rechtmäßiger Zustimmung jedenfalls nicht weiter ausgedehnt sein. Hindert aber eine rechtswidrige Einwilligung in faktisch schädigende Handlungen die Zurechnung zur Gesellschaft als Schuldnerin?

Christian Brand bejahte dies 2010 in seiner tiefsinnigen Dissertation tatsächlich.[3] Das Ergebnis für diesen Teilbereich deckt sich mit dem der Interessentheorie. Es lässt sich nur über die objektive Zurechnung vermeiden. Dieser Ansatz hat bislang aber ebenfalls noch nicht zu einer überzeugenden und praktikablen Abgrenzung zwischen einem Handeln eines quivis ex populo und „als" Organ (oder Vertreter) geführt. Das Tatbild spricht durchaus für eine Zurechnung zur Gesellschaft selbst: Sie kann nur mittels ihres (ggf.: faktischen) Organs selbst handeln. Warum dessen die Gesellschaft tangierendes Handeln nur dann Ausdruck ihrer selbst sein können soll, wenn es rechtmäßig ist, ist gewiss begründbar. Zwingend ist diese Beschränkung jedoch nicht.

Es ist nicht anzunehmen, dass der 2. Senat eine andere Lösung als diese Beschränkung ausschließen wollte. Dann hätte er seinen Gedankengang sicherlich umfassend dokumentiert. So bindet das Ergebnis die im zweiten Rechtsgang zur Entscheidung aufgerufene Kammer noch nicht einmal gem. § 358 Abs. 1 StPO. Mit entsprechender, Problembewusstsein erkennen lassender Begründung dürfte sich das LG auf den Rechtstandpunkt der Maßgeblichkeit objektiver Umstände stellen. Es ist demnach in der Suche nach einem es selbst überzeugenden Ergebnis frei.

2. Berechtigung des Splittings zwischen Auszahlung und Verwendung?

Das vom BGH befürwortete Splitting erscheint zumindest auf den ersten Blick als überraschend. Es erinnert an die Problematik einer Strafbarkeit wegen Unterschlagung, wenn ein Unbefugter einen für einen anderen bestimmten Gegenstand übereignet bekommt: Der Verkäufer will an A übereignen, hat aber unerkannt B vor sich. Wirksam, weil er an die Person übereignen wollte, der er den Gegenstand übergeben hat? Oder unwirksam, weil es nicht die angenommene Person war? Einfach ist es nur in Alltagsgeschäften des täglichen Lebens: Da übereignet der Verkäufer an den, den es angeht. In solcher Konstellation erwirbt der „falsche" Käufer rechtsgeschäftlich Eigentum – und kann daher mangels noch fremder Sache keine Unterschlagung mehr begehen.

Das Abheben vom Konto ist zwar ein alltägliches Ereignis. Führt dies jedoch zivilrechtlich zur Figur der Übereignung an den, den es angeht? Das hat der BGH eindeutig, wenn auch nur konkludent verneint. Verhält es sich aber wirklich so? Die Bank wird frei, wenn sie auf Vorlage eines Legitimationsdokuments leistet. Ein solcher Nachweis ist nicht nur das ehrwürdige Sparbuch, sondern auch die ausgegebene Karte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Abhebung an einem Bankomaten erfolgte oder am Schalter. Auch dort prüft der Bedienstete nur die Karte und nicht die Übereinstimmung zwischen in dieser ausgewiesenem Berechtigten und der Person des Abhebenden. Wenn er von dessen mangelnder Berechtigung weder Kenntnis hat noch haben müsste, ist es ihm völlig egal, an wen das Geld gelangt.[4]

Die Bank steht nicht anders da als ein Bäcker, der sich auch keine Gedanken machen muss, ob derjenige, der die Brötchen entgegennimmt, eigentlich für jemand anderen einkauft. Für ihn bleibt unklar, ob die Übereignung an die natürliche Person, die ihm gegenübertritt, erfolgt oder an jemanden, für den diese Person handelt. Ob die Rechtswirkungen im Vermögen Ersterer eintreten oder aufgrund wirksamer Vertretung im Vermögen eines anderen, kann sich nicht nach äußeren Umständen richten, denn diese sind in beiden Fällen gleich, sondern nur nach dem inneren Willen des Handelnden. Da der Angeklagte das Geld zwar in seiner Rolle als (faktischer) Geschäftsführer abheben, es aber nicht auch in dieser Funktion entgegennehmen wollte, sondern von vornherein als Privatperson, wurde er mit Übergabe bzw. Ansichnahme Eigentümer, und nicht die Gesellschaft. Diese wurde hier sofort geschädigt.

Anders läge es hingegen bei Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens, wie es bei höheren Barbeträgen durchaus vorkommt. Wenn der Angeklagte bei der Bank Bargeldbedarf des Unternehmens für den Tag X avisiert hatte und das Geld dann entgegennahm, hat er auch als Empfänger für das Unternehmen gehandelt, sodass die Bank es dem Unternehmen ausgezahlt hat. In dieser Lage hätte die Gesellschaft zumindest für eine juristische Sekunde Eigentum erlangt, sodass deren Schädigung erst nachfolgte.

3. Maßgeblichkeit erst der Verwendung?

Demnach ist bereits der Ausgangspunkt des 2. Senats des BGH zumindest fragwürdig. Aber auch seine nachfolgende These, die Gesellschaft sei erst aufgrund Verwendung für eigene Zwecke faktisch geschädigt worden, ist nicht frei von Zweifeln. Es kommt insoweit darauf an, was man unter *Verwendung* versteht: Lag sie erst in der Weitergabe an einen Gläubiger des Angeklagten? Handelte es sich dabei um einen Realakt? Oder wäre die Zueignung der Weitergabe eine logische Sekunde vorgelagert? Da der Zueignungsakt nach außen erkennbar sein muss, bliebe unklar, welches Geschehen zwischen Entgegennahme und Weitergabe als Zueignung gewertet werden könnte. War der Angeklagte (z.B. kraft Vollmacht) befugt, Eigengeschäfte allein vorzunehmen, war er also von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so liegt es nahe, sein Handeln der Gesellschaft zuzurechnen. Kann es anders sein, wenn er bei der Zueignung quasi als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte?

Es spricht mehr dafür, die Zueignung bereits im Erhalt der Möglichkeit zu eigener Verwendung, also im persönlichen an-

3 *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG – Zugleich ein Beitrag zum Gesamthandsprinzip, 2010, S. 258 ff.

4 Daher in mehrfacher Hinsicht verquer BGH, Beschl. v. 11.8.2021 – 3 StR 63/21, Rn. 33: Betrugsschaden nach Abhebung mit erschwindelter Karte nebst PIN. Dabei wurde bei der Bank niemand getäuscht und sie erlitt zudem keinen Schaden. Der Abhebende unterschlug den Auszahlungsbetrag auch nicht, weil die Bank ihn ihm aufgrund der per Karte erfolgten Legitimierung angeboten hatte.

sich-Nehmen, dem Einstecken in das private Portemonnaie zu sehen und dies als Ausdruck des vorherigen rechtsgeschäftlichen Willens zu eben dieser Zueignung zu werten.

Verneint man hingegen ein Beiseiteschaffen im Zeitpunkt der Auszahlung, so zeitigt dies Konsequenzen, die der BGH nicht angesprochen hat. Auf der Hand liegt die Irrtumsproblematik: Glaubte der Angeklagte an eine bereits eingetretene Schädigung des Unternehmens, so konnte er gar nicht mehr auf den Gedanken einer nachfolgenden Aneignung kommen: Objektive Enteignung, aber mangels subjektiven Tatbestands lediglich untauglicher Versuch des Beiseiteschaffens schon im vorhergehenden Zeitpunkt der Ansichnahme?

II. Unterschiedliche Ergebnisse für Untreue und Bankrott

Der Blick auf den Irrtum lenkt die Aufmerksamkeit auf das strukturelle Problem der Sicht des BGH. Er hob zwar die Verurteilung in den einschlägigen 11 Fällen (ein nicht näher beschriebener 12. Fall tateinheitlicher Verurteilung wegen Untreue in Tateinheit mit Bankrott blieb unbeanstandet) insgesamt auf, also nicht nur in Bezug auf Bankrott, sondern auch, soweit das LG insoweit Untreue bejaht hatte. Das ist die allgemeine Konsequenz der Aufhebung eines tateinheitlichen Delikts, weil eine Strafe nur für die gesamte Tat im materiellen Sinne verhängt werden kann, also für tateinheitliche Tatbestände nur eine Strafe ausgeworfen wird, § 52 StGB.

Auf der Basis seiner zu § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB vertretenen Rechtsauffassung hätte der Senat die Verurteilung wegen Untreue jedoch nicht nur aus konkurrenzrechtlichen Gründen mit aufheben müssen, sondern bereits mangels festgestellten Tatbestands. Auch Untreue ist ein Erfolgsdelikt und kann (aufgrund Straflosigkeit des Versuchs) strafrechtliche Folgen erst nach eingetretenem Vermögensnachteil auslösen. Hätte aber, wie der BGH meint, die Auszahlung an den Angeklagten nur zu einer Umschichtung des Gesellschaftsvermögens geführt, nicht aber zu einem Beiseiteschaffen, so wurde das Vermögen der Gesellschaft mit der Auszahlung auch nicht vermindert. Mangels Nachteils fehlte es dann zu diesem Zeitpunkt am Tatbestand der Untreue. Wäre er hingegen schon eingetreten, so wäre das nachfolgende Geschehen mangels weitergehenden Nachteils nicht tatbestandsmäßig.

Läge die ungetreuliche, das Gesellschaftsvermögen schädigende Handlung erst in der der Auszahlung nachfolgenden Aneignungshandlung des Angeklagten, so stellte sich zwar nicht das Problem tauglicher Täterschaft wie bei § 283 StGB, wohl aber dürfte der Angeklagte angenommen haben, die ausgezahlten Gelder wären nie in das Vermögen der Gesellschaft gelangt, weil er sie ja an sich genommen hatte. Ein der Auszahlung folgender Aneignungsakt wäre nicht vorsätzlich vorgenommen worden. Damit entfiele die Strafbarkeit einer objektiven Untreuehandlung aus Mangel am subjektiven Tatbestand. Anders als beim Bankrott käme auch keine Strafbarkeit wegen vorausgegangener versuchter Untreue in Betracht, weil diese nicht strafbewehrt ist.

Für das neu zur Entscheidung aufgerufene Tatgericht heißt das: Die Gründe, die einer Verurteilung wegen Bankrotts entgegenstünden, erzwängen auch untreuerechtlich eine grundlegend neue Beurteilung, in deren Folge eine Verurteilung wegen § 266 StGB ausscheiden könnte. Übrig bliebe allein die Verurteilung wegen untauglichen Bankrottversuchs. Die Alternative für die Kammer besteht also darin, sich ungeklärten Rechtsfrage mit nicht genau absehbaren Konsequenzen zu stellen – oder nach § 154 Abs. 2 StPO zu verfahren.

III. Geschädigter der „KG-Untreue“

Untreuerechtlich ist noch ein anderer Gesichtspunkt bemerkenswert. Die Strafsenate halten trotz nunmehr ca. 30 Jahre andauernder entgegenstehender Rechtsprechung der Zivilgerichte[5] daran fest, dass nur eine Kapitalgesellschaft selbst Geschädigte einer Untreue sein kann, während bei Personengesellschaften die Schädigung des Vermögens der Gesellschafter maßgeblich sein soll. Sie halten allerdings diesen Ansatz nicht durch. Er wäre höchst kompliziert und hinge von etlichen tatunabhängigen innergesellschaftlichen Umständen ab.[6] Strafrechtlich soll deshalb genügen, wenn das Vermögen der Gesellschafter „berührt“ ist[7] – was immer das heißt. Warum die Strafsenate den die Handhabung erleichternden Weg der Übernahme der Rechtsprechung der Zivilsenate nicht beschreiten, ist nicht ersichtlich. Ein ernsthafter Versuch dazu ist mit dem Wechsel des früheren Mitglieds des 1. Senats, Prof. *Dr. Radtke*, zum BVerfG versandet und wurde auch vom 1. Senat nicht weiterverfolgt.[8] Schade.

B. Einziehung, Insolvenz und Bankrott

Der BGH hob nicht nur die Verurteilung wegen Untreue in Tateinheit mit Bankrott in den angeführten 11 Fällen auf, sondern auch die korrespondierende Entscheidung über die Einziehung des Werts von Taterträgen. Soweit sich diese aus Taten errechnete, hinsichtlich derer die Bestrafung unbeanstandet blieb, hat die Einziehung jedoch Bestand. Weil sie sich nicht gegen die insolvente Gesellschaft richtet, liegt darin kein Problem. Komplizierter kann es bei eröffnetem Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Betroffenen (z.B. Beschuldigten bzw. Angeklagten) werden, da Einziehung trotz Insolvenz zulässig ist.[9]

I. Strafrechtliche Vermögensabschöpfung

Einziehung bedeutet, dass Tatertrag oder dessen Wert dem Staat übertragen wird. Gleiches gilt – unter nicht ganz deckungsgleichen Umständen – auch für Tatprodukte, Tatmittel und Tatobjekte, die aber hier unbeachtet bleiben. Gegenständ-

5 Seit BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = ZInsO 2001, 218.

6 Eingängig *K. Schmidt*, JZ 2014, 878.

7 Z.B. BGH, Urt. v. 4.3.2020 – 5 StR 395/19, Rn. 14, wistra 2020, 293.

8 *Radtke*, NStZ 2016, 639; BGH, Urt. v. 9.8.2016 – 1 StR 121/16, Rn. 25, wistra 2016, 486, einerseits und z.B. BGH, Beschl. v. 8.8.2019 – 1 StR 214/19, Rn. 9, wistra 2020, 108, andererseits.

9 BGH, Beschl. v. 26.4.2019 – 1 StR 471/18, Rn. 18, NJW 2019, 2486; BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, Rn. 11, NJW 2021, 1469 = ZInsO 2021, 847.

licher Tatertrag können Sachen und Rechte sein. Eine dingliche Rechtsänderung ist jedoch während eines laufenden Insolvenzverfahrens grds. nicht möglich, § 91 InsO. Die Anordnung gegenständlicher Einziehung kann daher in dessen Geltungsbereich nicht die gesetzliche Rechtsfolge, Übergang des Eigentums oder der Rechtsträgerschaft, auslösen. Dabei bleibt es, wenn der Insolvenzverwalter den Gegenstand verwertet. Anderenfalls tritt die Rechtsfolge mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens ein.

II. Insolvenzrechtliche Verwertung von Taterträgen: Strafbare Geldwäsche?

Fraglich ist allerdings, ob sich der Insolvenzverwalter mit der Verwertung von Taterträgen persönlich einen Gefallen tut. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zur strafrechtlichen Abschöpfungsreform 2017 warnte das damalige Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vor Geldwäscherisiken. Zwar zeigt dies nur, wie lähmend sich Übereifer und Überregulierung auswirken – schließlich hätte der schlichte Hinweis genügt, der Insolvenzverwalter dürfe Taterträge ebenso verwerten wie der Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft, der deswegen ja auch nicht von seiner eigenen Behörde wegen Geldwäsche zur Verantwortung gezogen wird und dessen Vorgesetzte nicht wegen Anstiftung dazu – aber das übertriebene punitive Denken erreichte mit der Novellierung des § 261 StGB im März 2021 einen weiteren Höhepunkt, indem nun jeder Tatertrag und alle Vermögenswerte, die auf solchen zurückgehen, geldwäscherelevant sind. Es liegt daher leider nicht fern, dass irgendwann irgendwo irgendein Staatsanwalt, nach Streit um Verwaltung oder Zuordnung eines aus Tatertrag finanzierten Gegenstands gegen den Insolvenzverwalter ein Verfahren wegen Geldwäsche einleitet.

III. Einziehung des Werts trotz vorangegangener Einziehung des Tatertrags im Original?

Die während laufenden Insolvenzverfahrens angeordnete Original-Einziehung kann zeitweise oder völlig leerlaufen, weil sie jedenfalls zunächst die Rechtsfolge, Übergang des Eigentums auf den Staat, nicht auszulösen vermag. Darin liegt kein *nachträglicher*, das Unzureichen oder die mangelnde „Ausführbarkeit" begründender oder erkennbar machender Umstand, der es gem. § 76 StGB gestatten würde, nachträglich die Einziehung des Werts der Taterträge anzuordnen. Jedoch ist eine originäre Einziehungsentscheidung, ggf. im selbstständigen Verfahren, noch 30 Jahre nach Tatbeendigung zulässig, § 76b Abs. 1 StGB, allerdings ausgeschlossen, wenn zuvor über die Einziehung rechtskräftig entschieden worden ist, § 76a Abs. 1 Satz 3, 4. Var. StGB. Hier fragt sich, ob mit der Einziehung des Tatertrags im Original zugleich spiegelbildlich gegen die ersatzweise Einziehung des Werts der Taterträge entschieden wurde. Es muss mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass die zunehmend fiskalisch orientierte Strafjustiz zu dem Ergebnis gelangen wird, über die ersatzweise Einziehung des Werts der Taterträge sei mit der Einziehung des Tatertrags im Original noch nicht rechtskräftig entschieden und § 76 StGB entfalte keine Sperrwirkung.

Von diesem Standpunkt aus müsste die Strafjustiz das Ende des Restschuldbefreiungsverfahrens nicht abwarten, sondern könnte schon zuvor die ersatzweise Einziehung des Werts der Taterträge anordnen. Das wirft insolvenzrechtlich kein Problem auf, da es sich nur um die Titulierung einer schuldrechtlichen Altverbindlichkeit handelt.[10] Sie nimmt als Insolvenzforderung nur einen Nachrang ein, § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO (und würde sich als Neugläubigerforderung schon gar nicht gegen die Masse richten).

IV. Ersatzweise Einziehung des Werts aufgrund insolvenzbedingt vorübergehender Nicht-Durchsetzbarkeit der Einziehung des Tatertrags im Original?

Fraglich ist, ob die aktuelle, vielleicht aber nur vorübergehende Unmöglichkeit des Eintritts der Rechtsfolge einer Einziehung im Original einen ausreichenden (Rechts-)Grund dafür bietet, stattdessen sogleich ersatzweise die Einziehung des Werts anzuordnen. Auch hier ist die Antwort offen. Es wäre wünschenswert, eine Strafkammer stellte sich auf diesen Standpunkt und eröffnete damit den Weg zu einer höchstrichterlichen Entscheidung. Rechtssicher, aber falsche Erwartungen weckend wäre es, im subjektiven Strafverfahren von der Einziehung nach § 421 StPO abzusehen, aber, weil diese Entscheidung nicht in Rechtskraft erwächst, nachinsolvenzlich die selbstständige Einziehung zu betreiben.

Aus fiskalischer Sicht der Strafjustiz ist jegliche, selbst erst nachinsolvenzlich vollstreckbare Anordnung ersatzweiser Einziehung von Taterträgen attraktiv – und seit dem 1.7.2021 erst recht. Das StPO-Fortentwicklungsgesetz hat die Entreicherung eines Empfängers von Taterträgen oder deren Wert als selbstständiges Vollstreckungshindernis beseitigt. Nunmehr scheidet allein noch unverhältnismäßige Vollstreckung aus, § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO. Die Strafjustiz wird das beendete Insolvenzverfahren kaum ausreichen lassen, um Unverhältnismäßigkeit zu bejahen. Dass das alles im Widerspruch steht zur insolvenzrechtlichen „Kultur der 2. Chance", wie sie 2012 im Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) und 2020 im Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, scheint weder den Strafgesetzgeber noch die Strafjustiz zu stören.

V. Einfluss vorläufiger Sicherungsmaßnahmen

Die Strafjustiz muss sich mit dem Zugriff auf Tatertrag oder dessen Wert nicht gedulden, bis eine rechtskräftige Einziehungsentscheidung vorliegt, sondern kann vorläufige Sicherungsmaßnahmen ergreifen. Dabei ist zwischen Ertrag nur aus Gemeindelikten (z.B. Verstoß gegen das Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln – BtMG, Landesverrat) und Ertrag (ggf.: auch) aus mindestens einem Individualdelikt zu unterscheiden.

10 Das gilt selbst bei vorinsolvenzlichem Beiseiteschaffen und nachfolgendem Verheimlichen gegenüber dem Insolvenzverwalter, BGH, Urt. v. 21.10.2021 – IX ZR 265/21, Rn. 23.

1. Vollstreckungssichernde Beschlagnahme

Tatertrag im Original kann die Staatsanwaltschaft im Wege der Beschlagnahme, §§ 111b – 111e StPO sichern. Sie führt zu einem relativen Veräußerungsverbot, § 111d Abs. 1 Satz 1 StPO. § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO ordnet dessen Verlängerung in das Insolvenzverfahren an. Der allgemeine Wortlaut ist jedoch zu weit geraten. Des systematischen und im Gesetz selbst zum Ausdruck gebrachten Zusammenhangs mit § 75 Abs. 4 StGB wegen dient die Verlängerung des Veräußerungsverbots in das Insolvenzverfahren allein der Sicherung der gegenständlichen Restitution des Verletzten nach tatbedingtem Eigentumsverlust. Da dieser Zweck nach Gemeindelikten gar nicht erreicht werden kann, ist der Anwendungsbereich des § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO teleologisch zu reduzieren. Die Vorschrift ist daher nur nach Individualdelikten einschlägig.[11] Selbst wenn eine *solche* Straftat zum Eigentums- oder Rechtserwerb des Schuldners geführt hat, so verbleibt der Gegenstand in diesen Fällen daher nicht in der Masse, sodass eine Verwertung zugunsten der Gläubigergemeinschaft ausscheidet.

Im Ergebnis gilt Gleiches, war die Straftat nicht mit dem Erwerb des Gegenstands verbunden. Dann fiel er gar nicht erst in die Soll-Masse und in Bezug auf die Ist-Masse besteht ein Aussonderungsrecht. Darin erschöpft sich hier die Wirkung des Insolvenzrechts, sodass es i.Ü. auf diesen Gegenstand keine Anwendung findet, also auch keine strafprozessualen Folgen zu zeitigen vermag. Insoweit kommt es auf § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO nicht an. Mangels Zugehörigkeit zur Soll-Masse bleiben an solchen Gegenständen die Wirkungen der Beschlagnahme, § 111d Abs. 1 Satz 1 StPO, trotz Insolvenzeröffnung selbst dann bestehen, wenn sie zur Ist-Masse zählen. Die Beschlagnahme geht allerdings nicht zulasten der Gläubiger, weil ein solcher Gegenstand ohnehin nicht zugunsten ihrer Gemeinschaft verwertet werden kann.

Demgegenüber belastet die (vor oder nach dem Eröffnungsbeschluss angeordnete und/oder vollzogene[12]) strafprozessuale Beschlagnahme nach zumindest einem Individualdelikt die Masse, wenn nur und erst § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO die Verwertung im Insolvenzverfahren hindert. Insolvenzrechtlich relevant ist dies in den Fällen, in denen der Verletzte sein dingliches Recht aufgrund der Straftat verloren hatte. Nach Beschlagnahme und rechtskräftiger Einziehung ist es an ihn zurückzuübertragen, § 459h Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO – wirksam trotz Insolvenzverfahrens wegen § 75 Abs. 4 StGB als Ausnahme zu § 91 InsO. Das schmerzt die Insolvenzverwalter und wird von Insolvenzrechtlern als Fremdkörper gebrandmarkt – sicher nicht ohne Grund: Trotzdem liegt die Privilegierung des Anspruchs des Opfers einer Straftat auf Rückführung entzogenen Tatertrags im Original im Rahmen des Ermessensspielraums des Gesetzgebers. Dass er ihn willkürlich ausgeübt hätte, lässt sich weder aus dem überlieferten Insolvenzrecht noch aus anderen Gründen ableiten. Beschlagnahmter Original-Tatertrag aus Individualdelikten ist demnach für die zur Verteilung stehende Masse verloren.

2. Vermögensarrest

Befindet sich der Tatertrag nicht (mehr) im für die Gläubiger zugriffsfähigen Herrschaftsbereich des strafprozessual Täters, Teilnehmers oder Dritten = insolvenzrechtlich des Schuldners, so haftet er strafrechtlich ersatzweise auf dessen Wert. Der entsprechende Zahlungsanspruch lässt sich mittels Vermögensarrests, §§ 111e – 111i StPO, sichern. Dessen Vollziehung löst ein nicht insolvenzfestes Veräußerungsverbot, § 111h Abs. 1 Satz 1 StPO, und ein Sicherungsrecht aus, Arrestpfandrecht bzw. Sicherungshypothek, § 111f StPO nebst Verweisung auf einschlägige zivilverfahrensrechtliche Bestimmungen. Dieses kann nach allgemeinen insolvenzrechtlichen, für strafprozessual erwirkte Sicherungsrechte gem. § 111h Abs. 1 Satz 2 StPO ebenfalls geltenden Regeln insolvenzfest werden.

a) Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Insolvenzfestigkeit ist jedoch nicht in jedem Fall das letzte Wort, denn das weitere insolvenzrechtliche Schicksal eines solchen Sicherungsrechts scheidet sich ebenfalls am Rechtsgut der Herkunftstat. Das grundsätzliche Verhältnis zwischen Gemein- und Individualdelikten verkehrt sich hier allerdings gegenüber demjenigen beim Tatertrag im Original quasi ins Gegenteil: Steht der Original-Tatertrag nach Individualdelikten im Grundsatz den Verletzten zu und nach (nur) Gemeindelikten der Masse, so profitiert die Masse vom verbliebenen Wert der Taterträge aus Individualdelikten, während der Wert insolvenzfest arrestgesicherter Erträge aus Gemeindelikten dem Justizfiskus zugutekommt: Das Vermögen des insolventen Drogenbosses wird also nicht an dessen Gläubiger verteilt, sondern fließt dem Staat zu. Nur hier sprechen § 111f und § 111h Abs. 1 Satz 2 StPO das letzte Wort.

b) § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO

Demgegenüber kommt § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO das letzte Wort nach aufgrund der Sicherung des Werts aus mindestens einem Individualdelikt strafprozessual erwirkten Sicherungsrechten zu: Sie sind im Insolvenzverfahren kraft Gesetzes wirkungslos. Die Vorschrift verweist zwar unstimmigerweise auf § 111h Abs. 1 StPO. Da diese Vorschrift jedoch ihrerseits die gem. § 111f StPO entstandenen Sicherungsrechte in Bezug nimmt, lässt sich mit noch ausreichender Gewissheit erkennen, was gemeint ist.

Zum genauen Zeitpunkt des Erlöschens enthält § 111i Abs. 1 StPO ausdrückliche Bestimmungen. Deren wichtigste Funktion besteht darin, dass das Außerkrafttreten der strafprozessual erwirkten Sicherungsrechte nicht ausnahmslos automatisch im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung einsetzt[13] und damit anders konstruiert ist als der in eben diesem Moment wirksam werdende Insolvenzbeschlag. Dessen Eintritt ist jedoch ebenfalls nicht gleichbedeutend mit der Möglichkeit des

11 *Bittmann/Tschakert*, in: Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 2020, Rn. 665 – 671.

12 *Bittmann/Tschakert*, in: Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert (Fn. 11), Rn. 658 – 663.

13 *Bittmann/Tschakert*, in: Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert (Fn. 11), Rn. 605 f. und 753 – 770; *Mayer*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, § 111i Rn. 4; *Köhler, in:* Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. 2021, § 111i Rn. 7; *Schmidt*, Vermögensabschöpfung, 2. Aufl. 2019, Rn. 1901; offengelassen von *Johann*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2018, § 111i Rn. 2, 13 und 15, eher unzutreffend Rn. 14.

Insolvenzverwalters, auch tatsächlich auf sämtliche darunterfallenden Vermögensgegenstände des Schuldners zugreifen zu können,[14] sondern gibt ihm lediglich das Recht dazu, welches er ggf. erst noch durchsetzen muss: Soll- und Ist-Masse können deutlich auseinanderfallen.

Angesichts dessen ist es eine kluge Entscheidung, die Erlöschensfolge des § 111i Abs. 1 StPO nicht bereits an das Einsetzen des Insolvenzbeschlags als rechtliche Anordnung zu knüpfen, sondern erst an die tatsächliche Herrschaft des Insolvenzverwalters über den gesicherten Vermögensgegenstand. Das eröffnet Synergieeffekte, ohne die Masse zu schmälern, denn § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO ist auch eine schuldrechtliche Komponente eigen, die es der Staatsanwaltschaft im Ergebnis gebietet, die Vermögensgegenstände, auf die sie nach mindestens einem Individualdelikt zur Sicherung der ersatzweisen Einziehung von Taterträgen zugegriffen hat, in die Herrschaftssphäre des Insolvenzverwalters zu überführen.[15]

Zwischen Sein und Sollen des Insolvenzbeschlags klafft insbesondere nach Vermögensdelikten eine Lücke, schließlich will sich der Straftäter seinen „Erfolg“ weder von der Staatsanwaltschaft noch vom Insolvenzverwalter wieder nehmen lassen. Solange er dies verhindert, unterliegen beiseitegeschaffte oder verheimlichte Gegenstände des Schuldners zwar dem Insolvenzschlag, ohne aber schon der Masse dienlich zu sein. Gleiches gilt, wenn ein ausländischer Staat den deutschen Insolvenzbeschlag nicht anerkennt, beispielhaft deklaratorisch[16] in § 111i Abs. 1 Satz 2 StPO hervorgehoben. Dann kann die strafprozessuale Sicherung auch für den Insolvenzverwalter den „letzten Rettungsanker“ bilden.[17]

Den Zugriff der Strafjustiz ermöglicht in beiden Konstellationen § 111i Abs. 1 Satz 1, letzter HS StPO, der – nur für seinen Anwendungsbereich – die Wirkung des Eröffnungsbeschlusses vorübergehend einschränkt: Die in Vollziehung eines Vermögensarrests erwirkten Sicherungsrechte bleiben solange bestehen, bis die belasteten Gegenstände nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch dem Zugriff des Insolvenzverwalters unterliegen.[18]

Die Staatsanwaltschaft führt ihr Verfahren auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Beschuldigten oder von einer Einziehung potenziell Betroffenen fort.[19] Inhaltlich hat sie jedoch allgemein, d.h. auch in Verfahren allein wegen Gemeindelikten, mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundene zivilrechtliche Änderungen zu berücksichtigen. Das hindert sie allerdings nicht an der Wahrnehmung etwaiger weitergehender verfahrensrechtlicher Befugnisse. Dazu gehört das Recht, ungeachtet des Insolvenzbeschlags aus Straftaten stammende oder auf solche zurückgehende Gegenstände zu sichern. Das Vorgehen hängt von den jeweiligen Umständen ab.

VI. Verhältnis Straf- und Insolvenzverfahren in der Praxis

1. Im Eigentum des Verletzten verbliebener Tatertrag im Original

Der Bestohlene verliert nicht sein Eigentum am Diebesgut. Zivilrechtlich kann er nach § 985 BGB Rückübertragung des Besitzes verlangen. Insolvenzrechtlich besteht ein Aussonderungsrecht. Findet der Insolvenzverwalter über das Vermögen des (ursprünglichen oder eines Anschluss-)Täters einen gestohlenen Gegenstand in der Ist-Masse, so kann er ihn kurzerhand dem Eigentümer zurückgeben. Im Fall bestehender rechtlicher Streitigkeiten oder dann, wenn der Gegenstand nicht aufzufinden ist, kann ihn die Staatsanwaltschaft beschlagnahmen lassen. Gelingt es ihr, die Beschlagnahmeanordnung zu vollziehen, so kann sie den Verletzten via § 111n StPO sogleich oder spätestens nach rechtskräftiger Einziehungsanordnung mittels Rückgabe entschädigen, § 459h Abs. 1 Satz 3 StPO. Der Insolvenzverwalter ist daran nicht beteiligt, weil der Gegenstand nie zur Soll-Masse gehörte.

2. Tatbedingter Eigentumsverlust des Verletzten

Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hat der dem Verletzten verbliebenen dinglichen Berechtigung mit Wirkung v. 1.7.2017 im Kern den Fall ihres tatbedingten Verlusts, z.B. nach einem Betrug, gleichgestellt. Trotzdem können sich gewisse Abweichungen ergeben.

(a) Das ist insolvenzrechtlich nicht der Fall, soweit der Gegenstand zwar Teil der Ist- oder der Sollmasse ist, die Staatsanwaltschaft ihn jedoch aufgrund bestehender oder zu erwirkender Beschlagnahmeanordnung an sich zieht. Die strafprozessuale Folge besteht hier jedoch darin, dass der Gegenstand nicht nur zurückzugeben, sondern auch das Vollrecht zurückzuübertragen ist. Der Staatsanwaltschaft ist Letzteres insolvenzrechtlich möglich, § 75 Abs. 4 StGB, aber erst nach Rechtskraft und damit gem. § 75 Abs. 1 Satz 1 StGB verbundenem eigenen Eigentumserwerb, § 459h Abs. 1 Satz 1 oder 2 StGB.

(b) Hat der (Insolvenz-)Schuldner den Betrug nicht selbst begangen, sondern den Gegenstand von einem Dritten erworben, so kann zwar zunächst eine Beschlagnahme wegen der Ursprungstat erfolgen, aber nur solange aufrechterhalten werden, wie die Einziehungserwartung, § 111b Abs. 1 Satz 1 StPO, fortbesteht. Das wiederum hängt von verschiedenen Faktoren ab. Solange der Betrogene seine Übereignungserklärung nicht wirksam nach § 123 BGB angefochten hat, liegt ein Erwerb vom Berechtigten vor. Nach wirksamer Anfechtung, aber noch fehlender Rückabwicklung kann der Schuldner den Gegenstand gutgläubig erworben haben. Dies ist gem. § 932 BGB möglich, weil das in § 111d Abs. 1 StPO angeordnete

14 Zur Inbesitznahme seitens des Insolvenzverwalters *Kor*, ZInsO 2020, 2256.

15 Vgl. *Bittmann/Tschakert*, in: Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert (Fn. 11), Rn. 780 f.

16 *Mayer*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger (Fn. 13), § 111i Rn. 4.

17 Verkannt von OLG Nürnberg, Beschl. v. 15.3.2013 – 2 Ws 561 und 590/12, ZInsO 2013, 882.

18 Näher dazu *Bittmann/Tschakert*, in: Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert (Fn. 11), Rn. 757 – 770; im Ergebnis auch *Spillecke*, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 111i Rn. 6 f.

19 Für die Anordnung ersatzweiser Einziehung des Tatertrags aus Bankrott, Beiseiteschaffen: BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847.

Veräußerungsverbot auf § 136 BGB verweist. Demzufolge tritt es hinter gutgläubigem Erwerb zurück, § 136 Abs. 2 BGB.

Weder der Erwerb vom Berechtigten noch gutgläubiger Erwerb hindern jedoch in allen Fällen die Einziehung. Maßgeblich ist insoweit § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b StGB. Danach ist der Erwerber nicht geschützt, wenn er erkannt hatte oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt. Dem Wortlaut gemäß, wertungsmäßig jedoch nicht mit § 932 Abs. 2 BGB im Einklang stehend, erlaubt bereits leichte Fahrlässigkeit die Einziehung. Dem Erwerber kann daher sein Eigentum oder seine Rechtsinhaberschaft bereits nach jeglichem Sorgfaltsverstoß wieder entzogen werden. Ist ein solcher jedoch nicht zu erkennen, so scheidet die Einziehung aus und es besteht folglich die Einziehungserwartung nicht mehr, die zum Aufrechterhalten der Beschlagnahme erforderlich ist. Sie ist daher aufzuheben. Der Gegenstand ist Teil der Soll-Masse und verbleibt entweder in der Ist-Masse oder ist von der Staatsanwaltschaft dieser zuzuführen. Daran ändert die spätere ersatzweise Einziehung des Werts der Taterträge beim Schuldner nichts, weil dies kein Fall des § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO ist, welcher die Geltung des § 91 InsO via § 75 Abs. 4 StGB suspendieren würde.

3. Beiseiteschaffen oder Verheimlichen von Vermögensbestandteilen, § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

a) Beiseitegeschafftes in der Ist-Masse

Alle Bestandteile des Vermögens des Schuldners unterfallen rechtlich der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, sofern kein Vollstreckungsschutz eingreift. In der Ist-Masse können sich daher auch solche Gegenstände befinden, die der Schuldner in bemakelter Weise erlangt hat. Dabei kann die Kontamination aus dem Erwerbsvorgang selbst stammen, aber auch vorgelagert sein. Der Schuldner ist dann entweder Opfer, Einziehungsbeteiligter oder Anschlusstäter (Geldwäscher, Hehler). Von einem Dritten beiseitegeschaffte und vom Schuldner für diesen verwahrte Gegenstände gehören aufgrund der lediglich schuldrechtlichen Grundlage von vorn herein nicht zur Soll-Masse. Sonstige bemakelte Gegenstände, ob von einem Dritten beiseitegeschafft oder nicht, verbleiben in der Ist-Masse nur im Fall beständigen Erwerbs des Schuldners.[20]

b) In der Ist-Masse nicht vorhandenes Beiseitegeschafftes

Ist aufgrund bestimmter Anhaltspunkte anzunehmen, dass sich bemakelte Gegenstände im Zugriffsbereich des Schuldners befinden, hat der Insolvenzverwalter sie jedoch nicht aufgefunden, so ist rechtlich danach zu unterscheiden, ob der Schuldner nur den Besitz erlangt hatte oder aber auch das Eigentum. Nur letzterenfalls und wenn der Erwerb Bestand hat, gehört der Gegenstand zur verwertungsfähigen Soll-Masse und hat für den Insolvenzverwalter Bedeutung.

Interessant für den Insolvenzverwalter sind alle beiseitegeschafften (unbemakelten oder aus Taterträgen bzw. deren Werten finanzierten) Gegenstände, die nicht nur in die Masse fallen, sondern auch dort verbleiben und verwertet werden können. Das trifft im Fall abgesonderter Befriedigung an sich nur hinsichtlich eines zu erwartenden Übererlöses sowie der Verwaltungs- und Verwertungspauschale zu. War jedoch an einem beiseitegeschafften Vermögensgegenstand zuvor in Vollziehung eines Vermögensarrests ein Sicherungsrecht erwirkt worden, so folgt aus § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO an sich der insolvenzrechtliche Vorrang.

c) Strafprozessuale Sicherung

Aber ein gem. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB beiseitegeschaffter oder verheimlichter, zur Soll-Masse gehörender Vermögensgegenstand des Schuldners stellt Tatertrag im Original dar. Als solcher unterliegt er der vollstreckungssichernden Beschlagnahme mit der Folge eines insolvenzfesten Veräußerungsverbots. Ist die Rechtslage tatsächlich so perplex wie sie klingt und führt gerade die Beschlagnahme von Massegegenstände zu ihrer Insolvenzfestigkeit und damit ihrem Entzug aus der Masse?

Wiewohl sich niemand darauf verlassen sollte, dass tatsächlich nicht ist, was nicht sein darf, ist dem geltenden Recht eine derartige perplexe Folge nicht eigen. Restituiert werden kann immer nur das, was aufgrund der Tat verloren ging. Fand aufgrund der Tat gar kein Wechsel des Eigentums statt, so ändert sich daran auch aufgrund strafprozessualer Beschlagnahme und nachfolgender Einziehung nichts. Das allein hilft jedoch noch nicht weiter, denn Eigentümer war und ist der Straftäter – derjenige, der verheimlichte bzw. das Beiseiteschaffen vornahm oder veranlasste: Wäre ihm in Person der Tatertrag wieder zur Verfügung zu stellen, müsste dann die Sicherstellung nicht gleich unterbleiben, führte sie doch nur zu einem perpetuum mobile aus der (real vielleicht gar immobilen) Abfolge von Sicherstellung-Rückgabe-Sicherstellung usw.?

Der Eigentümer ist jedoch nicht der Empfangsberechtigte. Er ist nicht Geschädigter des *Insolvenz*delikts, auch nicht einer etwaigen, nur nach § 288 StGB strafbaren Tat. Das ist beim Verheimlichen gänzlich, beim Beiseiteschaffen dann zweifelsfrei, wenn der Schuldner weiterhin Zugriff auf den Gegenstand hat, gilt aber auch im Fall der Verminderung des eigenen Vermögens (von der h.M., wenngleich zu Unrecht, ebenfalls als tatbestandsmäßig angesehen), kann doch der Täter nicht gleichzeitig Verletzter der *Tat* sein. Geschädigt (vom Schuldner als Täter) ist vielmehr die der Gläubigergemeinschaft zustehende Masse. Sie wird repräsentiert vom Insolvenzverwalter, auch dem vorläufigen, dem spätestens mit Bekanntwerden der Straftat die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu übertragen sein wird. Er ist damit an die Stelle des Schuldners als rechtmäßiger Empfänger getreten. An ihn und nicht an den Eigentümer persönlich sind daher sichergestellte, zuvor verborgen gewesene Massegegenstände herauszugeben. Das gilt strafprozessual sowohl für vorinsolvenzlich als auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiseitegeschaffte Gegen-

20 S. oben VI 1 und 2.

stände, obwohl die eigenen Möglichkeiten zivilrechtlicher Rechtsverfolgung seitens des Insolvenzverwalters in beiden Fällen unterschiedlich sind.[21]

Wurde Beiseitegeschafftes (etwa das Guthaben auf dem diskreten Offshore-Konto) zum Erwerb eines bestimmten anderen Gegenstands genutzt (Surrogat, § 73 Abs. 3 StGB), oder manifestiert sich sein Wert in nicht mehr im Einzelnen feststellbaren Vermögensbestandteilen, so fallen auch diese in die Masse. Obwohl ursprünglich nicht sie selbst beiseitegeschafft worden waren, hat der Schuldner diese Gegenstände dem Insolvenzverwalter gegenüber ebenfalls zu offenbaren. Missachtet er diese Pflicht, so liegt darin eine (neuerliche) Tat des Verheimlichens. Daher hat die Staatsanwaltschaft auch solche Vermögensbestandteile zu beschlagnahmen und an den Insolvenzverwalter weiterzuleiten. Das wäre nach Vollziehung eines Vermögensarrests wegen § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO nicht anders.

Ein im Ermittlungs- oder Strafverfahren entdeckter, zuvor verheimlichter oder beiseitegeschaffter Massegegenstand ist demnach strafprozessual nach § 111b – 111d StPO zu beschlagnahmen und an den (ggf. vorläufigen) Insolvenzverwalter herauszugeben. Das gilt auch dann, wenn in ihn bereits vor der Tat ein Vermögensarrest vollzogen worden war: Das dabei entstandene Sicherungsrecht erlischt, sobald der Insolvenzverwalter sein Verwaltungsrecht tatsächlich ausüben kann.

d) Nicht eröffnetes Insolvenzverfahren

Deckt der realisierbar erscheinende Wert des Vermögens die Kosten des Verfahrens, mindestens 2.500 €, nicht, so unterbleibt die Insolvenzeröffnung. Befinden sich in dem geringen Vermögen dennoch Erträge aus Straftaten, so darf die Staatsanwaltschaft diese jedoch nach den allgemeinen Regeln beschlagnahmen, nach Rechtskraft einziehen. Einen wegen einer solchen Tat gegen den Schuldner erwirkten Vermögensarrest bzw. die rechtskräftige ersatzweise Einziehung des Werts solcher Taterträge darf sie innerhalb der Freigrenzen vollziehen bzw. vollstrecken.

In einem solchen Fall hätte eine etwaige Bankrotthandlung die Gläubiger noch stärker und damit erst recht geschädigt. Das wäre zwar strafschärfend zu berücksichtigen, nützte den Gläubigern aber nicht unmittelbar. Stößt jedoch die Staatsanwaltschaft auf zuvor verborgen gewesene Vermögenswerte, vollzieht in diese einen Vermögensarrest oder vollstreckt eine ersatzweise Einziehung des Werts von Taterträgen, so mag nun erneut geprüft werden, ob ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann.

Bleibt dies wiederum aus, so kann *jeder* Insolvenzgläubiger Entschädigung aus dem Erlös der staatsanwaltschaftlichen Verwertung verlangen, weil er zu den Geschädigten nicht nur einer Vollstreckungsvereitelung, § 288 StGB, sondern auch des Bankrottdelikts gehört. Dadurch hat er zwar meist keinen zusätzlichen Schaden erlitten, weil auf Insolvenzgläubiger in Insolvenzverfahren mit einer derart geringen Masse meist ohnehin keine Quote entfällt. Dies ist jedoch eine nur statistische Erkenntnis, die für das konkrete Verfahren nichts besagt. Da hypothetische Verläufe unbeachtlich sind, hat die Staatsanwaltschaft den Anspruchsteller im Deckungsfall nach § 459h Abs. 2 Satz 1 StPO zu entschädigen. Im Mangelfall reicht die Vorlage eines Vollstreckungstitels über die Ursprungsforderung für die Auskehr nach dem Prioritätsprinzip gem. § 459m StPO aus.

4. Trotz Insolvenzverfahrens entstehende Sicherungsrechte?

a) Beschlagnahme

Ein eröffnetes Insolvenzverfahren hindert nicht nur die Beschlagnahme nicht, sondern deren Wirkung, Veräußerungsverbot, tritt ungeachtet dessen kraft ausdrücklicher Anordnung ein, § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO.

b) Vermögensarrest

Bei Vollziehung eines Vermögensarrests ist zu differenzieren. Das Veräußerungsverbot entsteht nicht. Es hat im Insolvenzverfahren keine Wirkung, § 80 Abs. 2 Satz 1 InsO, und ist (anders als bei der Beschlagnahme) nicht auf das Insolvenzverfahren erstreckt. Für die dinglichen Sicherungsrechte, Arrestpfandrecht bzw. Sicherungshypothek, gilt zwar § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO, bestätigt von § 111h Abs. 1 Satz 2 StPO. Allerdings entstehen diese während des laufenden Insolvenzverfahrens erst gar nicht, § 91 Abs. 1 InsO.

aa) Gemeindelikte

Dabei hat es allerdings nur für Erträge aus Gemeindelikten sein Bewenden. In solchem Fall darf die Staatsanwaltschaft einen Vermögensarrest trotzdem vollziehen und anschließend zunächst den Besitz an beweglichen Sachen ausüben. Ein dingliches Sicherungsrecht wäre jedoch ohnehin nicht insolvenzfest: Wenn schon im Zeitraum einen Monat vor dem Insolvenzantrag bis zum Zeitpunkt der Eröffnung entstandene Sicherungsrechte kraft Gesetzes unwirksam werden, § 88 InsO, dann könnte für während des eröffneten Verfahrens entstandene Sicherungsrechte nichts anderes gelten: Entstehung und Erlöschen fielen in Eins, d.h. auf denselben Zeitpunkt. Im Ergebnis zeitigt die Vollziehung eines Vermögensarrests während des Insolvenzverfahrens keine anderen Wirkungen als die Beschlagnahme zu Beweiszwecken, § 94 StPO, die gar nicht erst auf weitergehende Sicherungswirkungen abzielt.

bb) Individualdelikte

Abweichungen kann es nur auf Basis einer rechtlichen Grundlage geben, die den Geltungsbereich des § 88 InsO einschränkt. Eine solche besteht nicht für im Wege der Vollziehung eines Vermögensarrests gesicherte Erträge aus Gemeindelikten, wohl aber für solche aus mindestens einem Individualdelikt.

Soweit § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO anordnet, dass strafprozessual erwirkte Sicherungsrechte (erst) im Zeitpunkt des effek-

21 BGH, Urt. v. 21.10.2021 – IX ZR 265/20, Rn. 6-20.

tiven Verwaltungszugriffs des Insolvenzverwalters außer Kraft treten, setzt dies ihre vorherige Entstehung voraus. Das ist vorinsolvenzlich kein Problem, hilft dem Insolvenzverwalter aber nichts, wenn er auf verborgene Vermögenswerte stößt, auf die er aber noch nicht selbst zugreifen kann. Gölte § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO nur für vor der Eröffnung entstandene Sicherungsrechte, so raubte dies der Neuregelung nicht nur ihren, jedenfalls einen bedeutenden Effekt, sondern könnte auch dazu führen, dass der Schaden eintritt, vor dem die Vorschrift die Masse gerade bewahren will, z.B. unbelasteter Erwerb vom Berechtigten im Ausland. Um zumindest irgendein Sicherungsrecht alsbald zu erwirken, könnte es sich dann sogar anbieten, den Eröffnungsantrag zu verschieben. In der Zwischenzeit fehlte es aber selbst im Inland an rechtlicher Sicherung – und zwar im Hinblick auf das gesamte Vermögen des Schuldners.

Ein derart unschlüssiges Auslegungsergebnis lässt sich jedoch vermeiden, versteht man § 111i Abs. 1 Satz 1, letzten HS StPO auch als Ausnahme zu § 91 Abs. 1 InsO mit der Folge, dass die Vollziehung eines Vermögensarrests zur Sicherung der Einziehung des Werts des Ertrags aus mindestens einem Individualdelikt auch während des eröffneten Insolvenzverfahrens ein Arrestpfandrecht bzw. eine Sicherungshypothek entstehen lässt.

Das so entstandene Sicherungsrecht verhindert die rechtliche Wirksamkeit etwaiger (eigennütziger) Eingriffe von außen wie von innen, ist von vorn herein befristet und richtet sich daher nicht gegen das weiterhin vorrangige Insolvenzverfahren: Nach strafprozessualem Zugriff hat die Staatsanwaltschaft dem Insolvenzverwalter die effektive Wahrnehmung seiner Befugnisse zu ermöglichen. Dazu gehört die Inbesitznahme, § 148 Abs. 1 InsO. In dem Moment, in dem dies geschieht, erlischt das strafprozessual erwirkte Sicherungsrecht wieder – und zwar kraft Gesetzes, d.h. automatisch. Das strafprozessuale Handeln dient damit nicht nur der Allgemeinheit, sondern manifest auch den Interessen des Insolvenzverwalters und damit denen der Insolvenzgläubiger. Es sichert mittelbar die Masse für die Zeit, bis zu der der Insolvenzverwalter auch in Bezug auf diese Vermögensgegenstände seines Amts walten kann. Sobald er dazu in der Lage ist, bedarf es (außer nach erwirtschaftetem Überschuss, § 111i Abs. 3 StPO) seiner Rücksichtnahme auf das strafprozessuale Geschehen nicht mehr.

VII. Synergieeffekte zwischen Insolvenz- und Ermittlungs- bzw. Strafverfahren

Verheimlichte oder beiseitegeschaffte Gegenstände muss der Insolvenzverwalter demnach nicht allein zur Masse ziehen. Er darf sich vielmehr im Bedarfsfall der Unterstützung seitens der Strafjustiz versichern, ohne Nachteile für die Masse fürchten zu müssen – im Gegenteil: Angesichts der sich vor ihm türmenden zivilrechtlichen Hürden[22] ist die Hilfe seitens der Staatsanwaltschaft zuweilen nötig, jedenfalls höchstwillkommen. Die Strafjustiz darf dann erst mal so agieren, wie wenn es das Insolvenzverfahren nicht gäbe. Sie kann zunächst den Besitz an zu beschlagnahmenden oder zu arrestierenden Gegenständen beanspruchen und dieses Recht erforderlichenfalls im Wege der Durchsuchung nach § 103 StPO verfolgen. Das ist allgemein und daher auch nach einem Verheimlichen oder Beiseiteschaffen i.S.v. § 283 Abs. 1 Satz 1 StGB möglich, selbst wenn ein Gegenstand nach Vollziehung einer Beschlagnahme oder eines Vermögensarrests amtlicher Verwahrung entzogen wurde (praxisrelevant nach Pfändung im Wege bloßer Markierung oder aufgrund Diebstahls aus der Asservatenkammer, s. Zollamt Emmerich).

Um derartige Sicherungsmaßnahmen nicht dem Zufall oder einem Hinweis seitens des Insolvenzverwalters zu überlassen, kann die Staatsanwaltschaft in Zusammenarbeit mit diesem von ihrer einfache Fahndungsmaßnahmen einschließenden[23] Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO Gebrauch machen und in der Ist-Masse fehlende Gegenstände zur Sachfahndung ausschreiben. Es ist eine Frage des konkreten Sachverhalts, ob dies auf der Basis einer Beschlagnahmeanordnung oder eines Vermögensarrests, nach Rechtskraft einer Einziehung im Original oder als Ersatzforderung, aufgrund früherer Straftaten oder wegen des Bankrott-Delikts geschieht.[24] Zwecks Beschlagnahme oder Einziehung lassen sich nur konkrete Gegenstände als solche zur Fahndung ausschreiben, aber auch als Objekte, in die ein Vermögensarrest zu vollziehen oder eine Einziehungsforderung zu vollstrecken ist. Auf diese Weise lässt sich z.B. bei einer einfachen Verkehrskontrolle ein zum Fuhrpark des insolventen Unternehmens gehörendes Kfz sichern, das dem Insolvenzverwalter nicht ausgeliefert wurde – unabhängig davon, ob es gekauft, geleast oder ertrogen worden war.

Sollte die Sicherstellung gelingen, so obliegt die Verwaltung der Gegenstände zumindest zunächst der Staatsanwaltschaft, § 111m StPO.[25] Erst im Fall erfolgter Sicherung ist daher über das weitere Vorgehen zu entscheiden und können sich Variationen aufgrund des Insolvenzverfahrens ergeben. Wie gezeigt, ist die Beschlagnahme aufgrund eines Individualdelikts insolvenzfest, § 75 Abs. 4 StGB, § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO, und kann auch während des Insolvenzverfahrens mit dieser Folge wirksam angeordnet und vollzogen werden. Ist jedoch der Insolvenzverwalter wie nach Vollziehung eines mindestens auch wegen eines Individualdelikts erlassenen Vermögensarrests zur Verwertung aufgerufen, § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO, so hat ihm die Staatsanwaltschaft die dafür erforderlichen eigenen Verwaltungsbefugnisse einräumen.

C. Resümee

Einziehungsentscheidungen dürfen während eines Insolvenzverfahrens nur vollstreckt, Sicherungsanordnungen nur vollzogen werden, soweit dies entweder im Einklang mit der InsO

22 BGH, Urt. v. 21.10.2021 – IX ZR 265/21, Rn. 6-20.

23 *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 13), § 161 Rn. 1 m. Nachw.

24 Vgl. zu Letzterem BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847.

25 Zur Konkurrenz der Verwaltungsrechte von Staatsanwaltschaft und Insolvenzverwalter vgl. *Tschakert*, in: Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert (Fn. 11), Rn. 1228 – 1234; s. auch *Johann*, in: Löwe/Rosenberg/ (Fn. 13), § 111i Rn. 18.

steht oder die StPO dafür eine gesonderte Rechtsgrundlage bietet. Unabhängig davon, ob die Verwertung strafprozessual oder im Insolvenzverfahren stattfindet, ist die Strafjustiz befugt, nach Taterträgen oder Vollziehungs- bzw. Vollstreckungsobjekten zu fahnden und sie jedenfalls zunächst zu sichern.

Der Staatsanwaltschaft obliegt die Verwertung nach Erwerb eines Sicherungsrechts, das trotz Insolvenz Bestand hat. Praxisrelevant ist dies vor allem nach dessen Entstehung im Vorfeld der rechtskräftig gewordenen Einziehungsentscheidung: mittels Beschlagnahme von Original-Tatertrag aus Individualdelikten (dann gefolgt von der Entschädigung Verletzter) bzw. nach Vollziehung eines (nur) wegen Gemeindelikten ergangenen Vermögensarrests. Demgegenüber gebührt der Original-Tatertrag aus Gemeindelikten dem Insolvenzverwalter. Er hat zudem die Objekte für die Masse zu verwerten, die ursprünglich mit gem. § 111i Abs. 1 Satz 1 (ggf. i.V.m. § 459h Abs. 2 Satz 2) StPO erloschenem strafprozessual erwirkten Sicherungsrecht gesichert worden waren (Vermögensarrest bzw. Vollstreckung angeordneter Einziehung des Werts von Taterträgen, je ergangen zumindest auch wegen eines Individualdelikts).

Vermögensabschöpfung und Insolvenz

Neues und Bekanntes vier Jahre nach der Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung

von Dr. Peter Laroche, Köln*

Die zum 1.7.2017 in Kraft getretene Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung[1] hat erhebliche Auswirkungen auch auf das Insolvenzrecht. Neben einem Insolvenzantragsrecht der Staatsanwaltschaft, geregelt in § 111i Abs. 2 StPO, ist erklärtes Ziel, das bislang gesetzlich nicht geregelte Spannungsverhältnisse zwischen Insolvenz und strafprozessualen Maßnahmen mit Vermögensbezug aufzulösen. Namentlich genannt sind das Spannungsverhältnis von vorläufiger Sicherstellung von Vermögensgegenständen zum Insolvenzrecht,[2] zwischen den insolvenzrechtlichen Pflichtbindungen des Insolvenzverwalters und dem strafrechtlichen Verbot der Geldwäsche[3] sowie zwischen Insolvenzverfahren und strafprozessualer Arrestvollziehung im Fall der Insolvenz des Arrestschuldners.[4] Wenn die Gesetzesbegründung hier erklärt, Letzteres sei im Sinne der Einheit der Rechtsordnung und dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung aufgelöst,[5] so suggeriert dies einen Vorrang des Insolvenzrechts, der sich so im Gesetz nicht widerspiegelt. Vielmehr finden sich sehr unterschiedliche Wertentscheidungen des Gesetzgebers, die je nach Fallkonstellation mal dem Insolvenzrecht, mal dem Strafrecht den Vorrang einräumen. Auch wenn die Regelungen komplex sind, ist es doch weitgehend gelungen, konsequente und stringente Regelungen zu schaffen. Das Ziel, die Spannungsfelder aufzulösen, wurde jedenfalls weitgehend erreicht. Mittlerweile sind die Regelungen durch das Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften zum 1.7.2021[6] an einigen Stellen leicht modifiziert, teils auch nachjustiert worden. Im Folgenden soll ein Überblick über aktuelle und praxisrelevante Probleme im beschriebenen Spannungsfeld sowie ihre Auflösung gegeben werden.

I. Konkurrenzverhältnis Vermögensabschöpfung/Insolvenzverfahren

Zentrale, aber nicht einzige Vorschrift zur Abgrenzung zwischen Insolvenzverfahren und Vermögensabschöpfung ist § 111i Abs. 1 StPO, im Rahmen der Strafvollstreckung i.V.m. § 459h Abs. 2 Satz 2 StPO. Die Norm regelt die Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden zur Freigabe von Vermögen, das auf Grundlage der §§ 111e ff. StPO zur Sicherung eines Anspruchs auf Einziehung des Wertersatzes nach §§ 73, 73c StGB[7] arrestiert wurde.

Der Anspruch auf Einziehung des Wertersatzes aus §§ 73, 73c StGB ist ein strafrechtlicher Anspruch eigener Art. Er steht der Staatsanwaltschaft als originär staatlicher Anspruch zu,[8] wenn die Einziehung eines bestimmten Gegenstands nicht möglich ist, weil der Täter oder Teilnehmer diesen veräußert, verbraucht oder die Einziehung auf andere Weise vereitelt hat. Entsprechend seiner quasi-bereicherungsrechtlichen Rechtsnatur entsteht der Anspruch und wird fällig mit dem Erlangen des Gegenstands durch den Betroffenen.[9] Aus § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO folgt die Nachrangigkeit des Anspruchs, weil die Einziehung Nebenfolge einer Straftat ist, die zu einer Geldzahlung verpflichtet.[10]

Selbstständig neben § 111i Abs. 1 StPO stehen insolvenzrechtliche Tatbestände, insbesondere die Rückschlagsperre des § 88 InsO, die Vollstreckungsverbote nach § 89 InsO und § 294 Abs. 2 InsO sowie die Insolvenzanfechtung nach den

---

* Der Autor ist RiAG Köln und Leiter der dortigen Insolvenzabteilung.

1 Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 13.4.2017, BGBl. I, S. 872.

2 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 75.

3 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 76.

4 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 78 und 79.

5 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 79.

6 Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25.6.2021, BGBl. I, S. 2099.

7 Näher zum Anspruch und seiner insolvenzrechtlichen Einordnung s.u. unter IV.

8 BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847 Rn. 8.

9 Begr. des Rechtsausschusses, BT-Drucks.18/11640, S. 86.

10 BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZInsO 2010, 2091 Rn. 8; Begr. des Rechtsausschusses, BT-Drucks.18/11640, S. 87 unter Bezug ➔

§§ 129 ff. InsO. Auch die gerichtlich angeordneten Vollstreckungsverbote nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO, ggf. i.V.m. § 30d Abs. 4 ZVG, bzw. im Restrukturierungsverfahren nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG ggf. i.V.m. § 30g ZVG, sind zu beachten und gelten auch für die Vollstreckung im Rahmen der Vermögensabschöpfung. All diese Regelungen sind jedenfalls dann zu prüfen, wenn nicht bereits über § 111i Abs. 1 StPO die arrestierten Vermögenswerte in die Masse fließen.

1. Vorrang des Insolvenzrechts bei Verletzung von Rechtsgütern mit individualschützendem Charakter, § 111i Abs. 1 StPO

§ 111i Abs. 1 StPO bestimmt, dass ein von den Strafverfolgungsbehörden ausgebrachtes Sicherungsrecht erlischt, soweit es dem Insolvenzbeschlag eines inländischen oder ausländischen Insolvenzverfahrens unterfällt und jemandem aus der Tat ein Anspruch auf Ersatz des Werts des Erlangten gem. §§ 73, 73c StGB erwachsen ist. Die Neufassung des Wortlauts der Norm zum 1.7.2021 soll nach dem Willen des Gesetzgebers keine inhaltliche Änderung mit sich bringen. Sie hat ihren Hintergrund lediglich in der Neufassung des Verletztenbegriffs in § 373b StPO.[11]

Voraussetzung für den Vorrang des Insolvenzrechts ist stets, dass die dem Arrest zugrunde liegende Norm individualschützenden Charakter hat. Dies ist für jeden Einfall zu prüfen. Der individualschützende Charakter liegt etwa bei Vermögensdelikten wie Diebstahl, § 242 StGB, Unterschlagung, § 246 StGB, Betrug, § 263 StGB, oder Untreue, § 266 StGB, auf der Hand. Weniger klar die Frage schon beim Bankrott, §§ 283 ff. InsO, und erst recht bei der Insolvenzverschleppung, § 15a InsO, wobei es in diesen Fällen regelmäßig an einem abzuschöpfenden Gewinn fehlen dürfte. Die Steuerhinterziehung nach § 370 AO soll individualschützenden Charakter zugunsten des Fiskus haben.[12]

Anderes gilt für die Ordnungswidrigkeit der Steuerverkürzung nach § 378 AO. Bei Ordnungswidrigkeiten richtet sich die Einziehung nach § 29a OWiG, ohne dass § 111i Abs. 1 StPO oder eine vergleichbare Norm eine Freigabe vorsehen würde. Entsprechendes gilt etwa für Wertersatzeinziehungen wegen Verstoßes gegen das Mindestlohngesetz, § 21 MiLoG, oder wegen Schwarzarbeit, § 8 SchwarzArbG. Ob die Strafnormen der §§ 9, 10 SchwarzArbG individualschützenden Charakter haben, ist ebenfalls zweifelhaft. Keinen individualschützenden Charakter haben etwa BTM-Delikte (Betäubungsmittel – BTM), sodass arrestierte Drogengelder regelmäßig nicht über § 111i Abs. 1 StPO freizugeben sind. Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Betroffene mit Erlösen, die durch Taten gegen Rechtsgüter der Allgemeinheit erlangt worden sind, nicht mittelbar (über das Insolvenzverfahren) private Schulden (teilweise) begleichen können soll. Dies wäre aber der Fall, wenn etwa Drogengelder im Insolvenzverfahren zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung stehen würden. Zwar kommt es hierzu in gewissem Umfang auch, wenn Individualbetroffene vorhanden sind, weil die Gelder nicht exklusiv für die Tatopfer zur Verfügung stehen, sondern ohne Bildung eines Sondervermögens in die Masse fließen. Diese Folge wurde aber bewusst in Kauf genommen, weil hier dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung der Vorrang eingeräumt wurde.

2. Rechtsfolge: Anspruch auf Freigabe, nicht auf Zahlung

Ist das Insolvenzverfahren eröffnet, haben Insolvenzverwalter und – von Amts wegen – auch die Strafverfolgungsbehörden zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 111i Abs. 1 StPO vorliegen. Ist dies der Fall, haben die Strafverfolgungsbehörden die Freigabe zugunsten der Masse zu erklären. Geschieht dies nicht, kann der Insolvenzverwalter eine Entscheidung des nach § 162 StPO zuständigen Gerichts (Ermittlungsrichter; nach Erhebung der Klage: befasstes Gericht; bei Revision: Gericht, dessen Urteil angefochten ist) beantragen.[13] § 111i Abs. 1 StPO begründet keinen unmittelbaren Zahlungsanspruch, sondern nur einen Anspruch auf Freigabe zugunsten der Masse. Hierauf ist bei einer etwaigen Inanspruchnahme der Staatsanwaltschaft oder bei Beschreiten des Rechtswegs zu achten.

§ 111i Abs. 1 StPO hat zur Folge, dass das in Vollziehung des Vermögensarrestes entstandene Sicherungsrecht erlischt, nicht der Vermögensarrest selbst. Ebenfalls nicht ohne Weiteres erlischt die öffentlich-rechtliche Verstrickung. Diese bleibt – wie auch sonst im Vollstreckungsrecht – bestehen, bis die Pfändungsmaßnahme aufgehoben oder ausgesetzt wurde. Ob die Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen, wonach die Beseitigung einer öffentlich-rechtlichen Verstrickung einer gepfändeten Forderung ohne Aufhebung der Pfändung insgesamt möglich ist,[14] übertragbar ist, ist angesichts des Wortlautes des § 111i Abs. 1 StPO „erlischt“, auf den ersten Blick zweifelhaft. Allerdings dürfte ein „Erlöschen“ einem Wiederaufleben nicht zwingend entgegenstehen. Auch besteht ein Bedürfnis zur Übertragung der Rechtsprechung, da es ohne Weiteres denkbar ist, dass der Verwalter den Gegenstand aus der Masse freigibt oder das Verfahren ohne Verwertung endet (denkbar insbesondere bei laufendem Einkommen, vgl. § 196 Abs. 1 InsO). Entsprechendes gilt in asymmetrischen Verfahren (§ 300a InsO) für Lohnpfändungen nach Erteilung der Restschuldbefreiung. In all diesen Fällen muss sichergestellt sein, dass das Pfändungspfandrecht wieder auflebt, ohne dass es einer erneuten Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner bedarf.[15]

Es ist deshalb durch das Vollstreckungsorgan (i.d.R. die Staatsanwaltschaft) klarzustellen, dass die Freigabe nur in dem Umfang erfolgt, wie der Vermögenswert im Rahmen des Insolvenzverfahrens verwertet wird. Tenoriert werden kann eine solche Aussetzung in enger Anlehnung an die Formulierung des BGH

---

auf: BGH, Urt. v. 11.5.2010 – IX ZR 138/09, ZInsO 2010, 1183; MünchKomm-InsO/*Ehricke*, 3. Aufl. 2013, § 39 Rn. 23; Nerlich/Römermann/*Andres*, InsO, 30. Erg. Lfg. Juli 2016, § 39 Rn. 8.

11 RegE BT-Drucks. 19/27654, S. 76.

12 Bericht Rechtsausschuss, BT-Drucks.18/11640, S. 86.

13 Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 63. Aufl., § 111k Rn. 15.

14 BGH, Beschl. v. 19.11.2020 – IX ZB 14/20, ZInsO 2021, 784.

15 BGH, Urt. v. 19.11.2020 – IX ZR 210/19.

etwa wie folgt: „*Die Vollziehung [des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses/der sonstigen Pfändungsmaßnahme] wird bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens oder Freigabe des gepfändeten Gegenstandes aus der Insolvenzmasse ausgesetzt, ohne die Pfändung insgesamt aufzuheben (BGH, Beschl. v. 19.11.2020 – IX ZB 14/20). Die öffentlich-rechtliche Verstrickung ist durch die Aussetzung beseitigt.*"

3. Anfechtung und Rückschlagsperre

Auch wenn § 111i Abs.1 StPO im Einzelfall keinen Anspruch auf Freigabe geben sollte, insbesondere weil es keine Individualgeschädigten gibt, bedeutet dies nicht, dass die Vermögenswerte nicht dennoch in die Masse zu zahlen wären. Denn soweit es sich um eine Vollstreckungsmaßnahme im Rahmen der Wertersatzeinziehung handelt, gelten nicht nur die insolvenzrechtlichen Vollstreckungsverbote, sondern dem Insolvenzverwalter steht auch die Insolvenzanfechtung offen. Während die Rückschlagsperre, § 88 InsO, wie auch die gesetzlichen Vollstreckungsverbote nach §§ 89, 294 Abs. 2 InsO, ebenso sowie die gerichtlich angeordneten nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG (ggf. i.V.m. §§ 30d Abs. 4, 30g ZVG) mit strafprozessualen Rechtsbehelfen geltend zu machen sind, insbesondere vor den nach § 162 StPO zuständigen Gerichten, sind Ansprüche aus Insolvenzanfechtung auf den bekannten zivilrechtlichen Rechtswegen zu verfolgen.

Um die Gefahr einer Insolvenzanfechtung und einer doppelten Zahlung (an Geschädigte und an den Insolvenzverwalter) zu minimieren, sollten die Strafverfolgungsbehörden im Zweifel zwischen Pfändung und Auszahlung mehr als 6 Monate warten (3 Monate Rückschlagsperre bzw. Anfechtungsfrist und weitere 3 Monate Sicherheitszuschlag für Insolvenzeröffnungsverfahren). Unter Berücksichtigung der Anmeldefristen von 6 Monaten gem. §§ 459j Abs. 1, 459k Abs. 1 StPO sollte dies allerdings nur in den seltensten Fällen ein Problem darstellen. Auch sollte bei begründetem Anlass vor einer Auszahlung an die Betroffenen unter *www.insolvenzbekanntmachungen.de* recherchiert werden, ob ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

4. Freiwillige Zahlungen im Rahmen der Vermögensabschöpfung

Bisweilen kommt es vor, dass Schuldner bereits im Ermittlungsverfahren freiwillige Leistungen erbringen. Es ist dann ggf. durch Auslegung zu klären, ob die Zahlung in Erfüllung etwaiger Ansprüche erfolgt ist, oder ob tatsächlich (nur) eine Sicherheit geleistet wurde. Eine solche Zahlung als Sicherheit kann etwa erfolgen, um ein gepfändetes Konto oder einen gepfändeten Gegenstand freizubekommen (etwa eine zur Fortführung des Geschäftsbetriebs wichtige Maschine; denkbar aber auch die an die Kette gelegte Luxusjacht). Die Zahlung als Sicherheit durch Hinterlegung i.S.d. §§ 111e Abs. 4, 111g StGB hat zur Folge, dass § 111i Abs. 1, 2 StPO eingreift, wie Satz 3 durch den Bezug auf § 111g Abs. 1 StPO ausdrücklich klarstellt. Das ursprüngliche Pfandrecht (an dem Kontoguthaben; der Jacht etc.) erlischt, aber es entsteht ein Pfandrecht an dem hinterlegten Geld. Dieses ist ggf. nach § 111i Abs. 1 Satz 2 StPO freizugeben.

Erfolgt die Zahlung zur Erfüllung der Ansprüche auf Einziehung des Wertersatzes, gilt über die Verweisungskette des §§ 459n, 459h Abs. 2, 111i StPO nichts anderes.

Soweit allerdings ausnahmsweise eine unmittelbare Zahlung an die Tatopfer erfolgt und damit die Voraussetzungen der Wertersatzeinziehung entfallen, dürfte die Zahlung dem Anwendungsbereich des § 111i Abs. 1 StPO entzogen sein und allenfalls eine Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO in Betracht kommen, soweit die weiteren Voraussetzungen vorliegen.

II. Unzulässigkeit weiterer Vollstreckung durch Dritte nach Ausbringung eines Vermögensarrestes, § 111h Abs. 2 StPO

§ 111h Abs. 1 ZPO bestimmt, dass die Zwangsvollstreckung in Gegenstände, die im Wege der Arrestvollziehung nach § 111f gesichert (*a.F. bis 30.6.2021: „gepfändet"*) worden sind, während der Dauer der Arrestvollziehung nicht zulässig ist. Nachrangige Vollstreckungsmaßnahmen sind unwirksam. Die zum 1.7.2021 erfolgte Änderung der Formulierung ist erfolgt, um klarzustellen, dass die Vorschrift entgegen ihrem bisher insoweit missverständlichen Wortlaut auch Anwendung findet, wenn der Vermögensarrest in ein Grundstück bewirkt worden ist.[16]

Mit der Regelung soll verhindert werden, dass in der Zeitspanne zwischen der Arrestvollziehung und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Absonderungsrechte durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen entstehen. Da das Sicherungsrecht der Staatsanwaltschaft unter den Voraussetzungen des § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO erlischt, muss zur Verwirklichung der gesetzgeberischen Zwecke für alle Sicherungsrechte die Entstehung nachrangiger Absonderungsrechte verhindert werden. In der Immobiliarvollstreckung verstärkt das Vollstreckungsverbot des § 111h Abs. 2 StPO den Schutz der Sicherungshypothek über das Veräußerungsverbot hinaus, indem nachrangige Zwangssicherungshypotheken nicht mehr eingetragen werden dürfen. Hierdurch wird vermieden, dass diese im Insolvenzfall durch das Erlöschen der Sicherungshypothek der Staatsanwaltschaft aufrücken.[17] Gleichzeitig wird die freihändige Verwertung einer Immobilie durch den Insolvenzverwalter im Interesse der Masse deutlich erleichtert, da er ohne Belastung mit nachrangigen Sicherungsrechten veräußern kann. Der Insolvenzverwalter ist nämlich im eröffneten Verfahren nicht auf die Versteigerung der Immobilie beschränkt, sondern kann freihändig verkaufen. Eine Ausnahme gilt für die Vollstreckung der Finanzverwaltung nach § 324 AO. Diese bleibt gem. § 111h Abs. 2 Satz 2 StPO unberührt, soweit der Arrestanspruch aus der Straftat erwachsen ist.

16 RegE BT-Drucks. 19/27654, S. 39.
17 RegE BT-Drucks. 19/27654, S. 75.

III. Insolvenzfestigkeit der Beschlagnahme, § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO

Grundlegend anders als das Verhältnis zwischen Insolvenzrecht und Arrest zur Sicherung des Anspruchs auf Einziehung des Wertersatzes ist das Verhältnis zwischen Insolvenzrecht und Beschlagnahme geregelt.

§ 111d Abs. 1 Satz 2 StPO bestimmt, dass die Wirkung der Beschlagnahme von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen nicht berührt wird; Maßnahmen nach § 111c StPO können in einem solchen Verfahren auch nicht nach den §§ 129 ff. InsO angefochten werden, § 111d Abs. 1 Satz 2 a.E. StPO. Die Regelung soll den Bestand des Sicherungsrechts an dem inkriminierten Gegenstand im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der von der Beschlagnahmeanordnung betroffenen Person gewährleisten.[18]

Da die Wirkung der Beschlagnahme von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt bleibt und Bestand hat, finden § 80 Abs. 2 Satz 1 und § 88 InsO keine Anwendung. Es handelt sich hier teilweise um eine echte Änderung zum alten Recht, jedenfalls soweit man die Konstellation aus Sicht der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung betrachtet.[19] Denn nunmehr fallen nicht nur solche Gegenstände aus dem Insolvenzbeschlag, an denen der Geschädigte ein Aussonderungsrecht hat (z.B. Diebesgut), sondern es können über die Beschlagnahme auch solche Gegenstände aus der Masse fallen, die einem Geschädigten durch eine Straftat mit Eigentumsverlust entzogen worden sind, etwa betrügerisch erlangtes Eigentum an einem Gegenstand.[20]

Die Erweiterung der Insolvenzfestigkeit schützt zudem den Insolvenzverwalter, da – nach Lesart des Gesetzgebers – das alte Recht mit Verwertungsrecht und -pflicht des Insolvenzverwalters diesen in eine bedenkliche Nähe zum Straftatbestand der Geldwäsche nach § 261 StGB gerückt habe.[21]

Die Einziehung eines Gegenstands, die mit der Beschlagnahme gesichert wird, hat nach § 75 Abs. 1 StGB zur Folge, dass er in das Eigentum des Staats oder desjenigen, dem er zusteht, übergeht. Zur weiteren Klärung des Spannungsverhältnisses zum Insolvenzrecht stellt § 75 Abs. 4 StGB klar, dass es sich nicht um einen nach § 91 InsO ausgeschlossenen sonstigen Rechtserwerb handelt, wenn der Gegenstand vor der Einziehungsentscheidung bereits beschlagnahmt war. Auch insoweit ist die Insolvenzfestigkeit und damit der Vorrang des Strafrechts sichergestellt. Ist der inkriminierte Gegenstand also noch individualisierbar, gibt das Gesetz der Einziehung und ggf. der Rückgewähr an das Tatopfer den Vorrang vor der Verwertung im Insolvenzverfahren.

Bezweifelt der Verwalter die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme, kann er sie beim nach § 162 StPO zuständigen Gericht überprüfen lassen.

IV. Überschuss nach Schlussverteilung – Nachhaftung, § 199 InsO und § 111i Abs. 3 StPO

Aufgrund der Nachrangigkeit des Anspruchs auf Einziehung des Wertersatzes aus §§ 73, 73c StGB[22] kommt es regelmäßig nicht zu einer Anmeldung der Forderung. Anders ist die Situation, wenn ausnahmsweise alle Insolvenzgläubiger im Range des § 38 InsO befriedigt werden können. (Nur) in diesem Fall sind die Nachranggläubiger zur Anmeldung aufzufordern, § 174 Abs. 3 InsO. Vor Aufhebung des Verfahrens sind dann die Nachranggläubiger zu befriedigen.

Meldet die Staatsanwaltschaft, gleich aus welchem Grunde, ihre Forderung nicht an, so darf der Verwalter einen Überschuss nach der Schlussverteilung gleichwohl nicht nach § 199 InsO an den Schuldner herausgeben. Denn die Herausgabe an den Schuldner nach § 199 InsO hätte zur Folge, dass dieser Taterträge behalten dürfte. Genau dies soll § 111i Abs. 3 StPO verhindern. Nach Satz 1 entsteht ein gesetzliches Pfandrecht des Staats an dem Herausgabeanspruch des Schuldners. Satz 2 verpflichtet den Insolvenzverwalter den Überschuss an die Staatsanwaltschaft herauszugeben.[23] Missachtet der Verwalter dieses gesetzliche Pfandrecht – was tatsächlich bereits vorgekommen ist – so haftet der Verwalter der Staatskasse, hat aber seinerseits selbstverständlich einen Bereicherungsanspruch gegen den Schuldner.

V. Vollstreckung durch die Staatsanwaltschaft nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens

Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens und ggf. Ablauf der Wohlverhaltensphase kann die Staatsanwaltschaft den Einziehungsersatzanspruch weiterhin vollstrecken. Insolvenzrechtliche Beschränkungen, insbesondere die Vollstreckungsverbote der §§ 89, 294 Abs. 1 InsO, gelten nicht mehr. Eine erteilte Restschuldbefreiung steht der weiteren Vollstreckung des Einziehungsersatzanspruchs nicht entgegen, da es sich um eine nach § 302 Nr. 2 InsO von der Restschuldbefreiung ausgenommene Forderung handelt.

Auch strafprozessual steht der Vollstreckung nichts mehr entgegen, seit § 459g Abs. 5 StPO mit Wirkung zum 1.7.2021 geändert wurde. Bis zum 30.6.2021 galt, dass auf Anordnung des Gerichts die Vollstreckung unterbleibt, soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre. Da nach Durchführung des Insolvenzverfahrens typischerweise das Erlangte nicht mehr im Vermögen vorhanden ist – der Verwalter hat es ja gerade verwertet und an die Gläubiger verteilt – war eine Vollstreckung des Anspruchs auf Einziehung des Wertersatzes faktisch nicht mehr möglich. Diese Einschränkung ist nunmehr weggefallen und es kommt nur noch auf die Verhältnismäßigkeit der weiteren Vollstreckung an. Das Gericht ordnet die Wiederaufnahme der Vollstreckung an,

18 RegE, S. 88; vertiefend: *Asensio Pagán*, ZInsO 2019, 1554, 1556 (mit Fallbeispielen).

19 Vgl. dazu BGH, Urt. v. 24.5.2007 – IX ZR 41/05, ZInsO 2007, 709 Rn. 12 ff.

20 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 88.

21 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 88.

22 S.o. unter I.

23 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 81.

wenn sie nicht mehr unverhältnismäßig ist, sofern es zuvor das Unterbleiben der Vollstreckung angeordnet hatte.

Der Vollstreckungserlös ist an die Anspruchsinhaber, sprich die Geschädigten, auf Grundlage des § 459m StPO auszukehren. Gleiches gilt über § 459m Abs. 2 StPO, wenn nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ein Gegenstand, namentlich Neuerwerb, gepfändet wird.

VI. Abweisung des Insolvenzantrags – Folgen für Geschädigte

Kommt es nicht zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens, können die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele der gemeinsamen und gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung der Tatopfer durch das Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckungsverfahren nicht erreicht werden. Es stellt sich für die Strafvollstreckungsbehörden dann die Frage, wie weiter zu verfahren ist.

Dies gilt zunächst für die Abweisung des Antrags mangels Masse. Hierzu kann es etwa kommen, wenn nur geringe Vermögenswerte ermittelt wurden, die nicht zur Eröffnung des Verfahrens reichen. Dies ist bei bekanntem bzw. ermitteltem Vermögen von weniger als rd. 5.000 € typischerweise der Fall. Es gilt dann über § 459m Abs. 1 Satz 4 StPO das Prioritätsprinzip,[24] d.h. die Verteilung verwirklicht gerade *nicht* die vom Gesetzgeber gewollte Gläubigergleichbehandlung. Für die Verteilung selbst gelten die §§ 459j ff. StPO. De lege ferenda wäre hier ein quotales Entschädigungssystem außerhalb des Insolvenzverfahrens wünschenswert, um den gesetzgeberischen Zielen Genüge zu tun.[25]

Noch schwieriger ist Entschädigungssituation, wenn der Insolvenzantrag unzulässig ist, bspw. mangels internationaler Zuständigkeit, etwa wenn der Schuldner im Ausland sitzt oder wohnt, oder – was auch immer wieder vorkommt – wenn der Schuldner völlig unbekannt ist, etwa weil nur Taterträge von unbekannten Tätern gesichert werden konnten. Hier versagt nicht nur das Insolvenzrecht als Weg zur gleichmäßigen Verteilung an die Tatopfer, sondern oftmals auch die Verteilung nach dem Prioritätsprinzip. Denn soweit sich der Anspruch des Tatopfers nicht ohne Weiteres aus der Einziehungsanordnung und den ihr zugrunde liegenden Feststellungen ergibt, §§ 459m Abs. 1 Satz 2, 459k Abs. 2 Satz 1 StPO, bedarf es nach § 459m Abs. 1 StPO eines rechtskräftigen Titels, der gegen den im Ausland sitzenden Täter oft nur schwer und gegen den unbekannten Täter überhaupt nicht zu erwirken ist.[26] Rechtsfolge ist, dass das arrestierte Vermögen der Staatskasse anheimfällt.

VII. Sicherstellung nach Polizeigesetz

Selbst wenn die Staatsanwaltschaft bereit ist, Vermögensgegenstände zur Masse freizugeben, heißt dies noch nicht zwingend, dass der Gegenstand auch in die Masse fließt. Denn nach verbreiteter Ansicht ist unabhängig von strafprozessualen Maßnahmen eine Sicherstellung zur Einziehung unter Anwendung der gefahrenabwehrrechtlichen Sicherstellungsvorschriften nach Polizeirecht möglich, z.B. auf Grundlage von § 43 Nr. 1, 2 PolG NRW, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren oder um den Eigentümer oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung einer Sache zu schützen.[27] Der Anwendung der gefahrenabwehrrechtlichen Sicherstellungsvorschriften stehen die strafrechtlichen Vorschriften über die Sicherstellung zur Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB i.V.m. § 111b StPO nicht entgegen.[28]

Zwischen strafrechtlichen und gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen besteht kein Vorrangverhältnis in dem Sinne, dass die einen die anderen ausschließen. Insbesondere erstreckt sich die Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft grds. nicht auf polizeiliche Präventivmaßnahmen.[29] Das bedeutet, dass staatsanwaltschaftlichen Freigabeverfügungen keine Bindungswirkung gegenüber Maßnahmen auf Grundlage des Polizeirechts zukommt. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, dass die Staatsanwaltschaft mangels strafrechtlicher Einziehungsmöglichkeit die Rückgabe eines Gegenstands verfügt, gleichzeitig aber die Polizei bittet, eine Einziehung nach Polizeigesetz zu veranlassen. Auch einer solchen Verfügung kommt keine Bindungswirkung zu; sie macht folglich eine eigene Ermessensentscheidung der Polizei nicht entbehrlich.[30]

Dies bedeutet aber auch, dass der Insolvenzverwalter sich ggf. gegen die polizeirechtliche Maßnahme mit den nach Polizeirecht eröffneten Rechtsmitteln wehren und Freigabe zugunsten der Masse verlangen kann. An der Berechtigung des Verwalters dürfte nach Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, § 80 InsO, kein Zweifel bestehen. Ein solches Freigabebegehren ist z.B. denkbar, wenn auf Grundlage des § 43 Nr. 1 PolG NRW Geldbeträge beschlagnahmt wurden, um damit den bevorstehenden Ankauf von Betäubungsmitteln zu verhindern.[31] Die hier drohende, abzuwehrende Gefahr besteht nicht mehr, wenn das Geld zur Masse fließt und damit nicht mehr zum Erwerb von Betäubungsmitteln zur Verfügung steht.

VIII. Antragsrecht der Staatsanwaltschaft, § 111i Abs. 2 StPO

Im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutiert wurde das Insolvenzantragsrecht der Staatsanwaltschaft, das in § 111i Abs. 2 StPO normiert ist.[32] Die ursprüngliche, nicht Gesetz gewordene Konzeption sah eine Stellvertretung der Geschädigten bei der Insolvenzantragstellung vor.[33] Die Staatsanwalt-

24 BeckOK-StPO/*Coen*, 41. Edition, Stand: 1.10.2021, § 459h Rn. 36; § 459m Rn. 7; BT-Drucks. 18/9525, S. 53.

25 Vgl. auch BeckOK-StPO/*Coen* (Fn. 24), § 459h Rn. 36.

26 Vgl. BeckOK-StPO/*Coen* (Fn. 24), § 459h Rn. 36.

27 VG Köln, Urt. v. 3.5.2018 – 20 K 7407/16.

28 VG Köln, Urt. v. 3.5.2018 – 20 K 7407/16, Rn. 47.

29 VG Köln, Urt. v. 3.5.2018 – 20 K 7407/16, Rn. 58.

30 VG Köln, Urt. v. 3.5.2018 – 20 K 7407/16, Rn. 60.

31 Vgl. dazu VG Köln, Urt. v. 3.5.2018 – 20 K 7407/16.

32 Vgl. zum Antragsrecht der Staatsanwaltschaft auch: *Laroche*, ZInsO 2017, 1245 ff.; *Blankenburg*, ZInsO 2017, 1453 ff.

33 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 81.

schaft galt unter bestimmten Voraussetzungen „als ermächtigt", für die Verletzten einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen zu stellen. Nachdem sich dieser Weg u.a. aus insolvenzrechtlichen Gründen als nicht praktikabel erwiesen hat, ist bereits im Gesetzgebungsverfahren reagiert worden.[34] Nunmehr sieht die Regelung vor, dass die Staatsanwaltschaft den Antrag aus eigenem Recht stellt. Die ursprünglich als Erweiterung der staatsanwaltlichen Rechte gedachte Norm des § 111i Abs. 2 StPO hat sich damit zu einer internen Beschränkung der Staatsanwaltschaft gewandelt, wann und unter welchen Voraussetzungen sie von der Antragsbefugnis Gebrauch machen soll,[35] und schafft keine neue Befugnis der Staatsanwaltschaft.

1. (Wertersatz-)Einziehungsanspruch nach §§ 73, 73c StGB als Antragsforderung der Staatsanwaltschaft – Rechtsnatur und Zeitpunkt des Entstehens

Ihren Insolvenzantrag kann die Staatsanwaltschaft auf den staatlichen Anspruch auf Einziehung des Wertersatzes nach §§ 73, 73c StGB stützen. Dieser Anspruch wird insolvenzrechtlich mit der Erlangung des Gegenstands begründet.[36] Für seine Entstehung entscheidend ist, wann die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs eintreten. Allein maßgeblich ist die Begehung der zugrunde liegenden Straftat und das damit verbundene Erlangen des Gegenstands der Wertersatzeinziehung durch den Täter und nicht erst die rechtskräftige Anordnung der Wertersatzeinziehung durch das Strafgericht.[37] Damit kommt es nicht auf die etwa erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgende Titulierung im Strafurteil an. Diese erfolgt, scheinbar insolvenzrechtlich systemwidrig, abweichend von §§ 174 ff. InsO außerhalb des Insolvenzverfahrens durch das Strafgericht und nicht durch Anmeldung und Feststellung der Forderung zur Tabelle. Dies ist allerdings dem Umstand geschuldet, dass es sich um eine strafrechtliche Nebenfolge, § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB, handelt, die dem strafrechtlichen Erkenntnisverfahren vorbehalten bleiben muss.[38]

2. Nachrangigkeit des Anspruchs auf Einziehung des Wertersatzes im Insolvenzverfahren

Im Insolvenzverfahren vermittelt der staatliche (Wertersatz-) Einziehungsanspruch lediglich die Stellung als nachrangiger Gläubiger i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO.[39] Dies ändert aber nichts an der Befugnis der Staatsanwaltschaft, wegen des staatlichen Einziehungsanspruchs einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.[40]

Eine doppelte Inanspruchnahme durch Staatsanwaltschaft und Tatopfer muss der Schuldner weder insolvenzrechtlich noch strafprozessual fürchten. Da nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren nur nach besonderer Aufforderung durch das Insolvenzgericht anzumelden sind, § 174 Abs. 3 InsO, wird eine doppelte Anmeldung und Berücksichtigung des Anspruchs des Staats neben dem Anspruch des individuell Verletzten i.a.R. bereits insolvenzverfahrensrechtlich vermieden. Aber auch strafprozessual ist eine doppelte Inanspruchnahme des Betroffenen durch Staatsanwaltschaft und Geschädigtem ist über die Vorrangregelungen der §§ 73e Abs. 1, 459l Abs. 2 StPO zugunsten der Tatopfer ausgeschlossen.

3. Besondere Antragsvoraussetzungen: Mehrheit von Anspruchsberechtigten gegenüber der Staatsanwaltschaft und Mangelfall

Nach § 111i Abs. 2 StPO stellt die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arrestschuldners, wenn mehrere Anspruchsberechtigte i.S.d. Abs. 1 Satz 1 vorhanden sind und der Wert des in Vollziehung des Vermögensarrests gesicherten Gegenstands oder des durch dessen Verwertung erzielten Erlöses nicht ausreicht, um die Ansprüche der Verletzten auf Ersatz des Werts des Erlangten, die ihnen aus der Tat erwachsen sind und von ihnen gegenüber der Staatsanwaltschaft geltend gemacht werden, zu befriedigen. Die Neufassung des Wortlautes zum 1.7.2021 (a.F.: „*Gibt es mehrere Verletzte*") ist lediglich der Änderung des strafprozessualen Verletztenbegriffs geschuldet und bezweckt keine inhaltlichen Änderungen.[41]

a) Mehrheit von Anspruchsberechtigten

Durch das Erfordernis, dass mehrere Anspruchsberechtigte vorhanden sein müssen, kommt deutlich zum Ausdruck, dass hier der Weg des Insolvenzrechts zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung gewählt wurde. Macht lediglich ein einziger Betroffener Ansprüche geltend, gilt für die Verteilung das Prioritätsprinzip, soweit nicht aus anderen Gründen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Dann bleibt zu prüfen, ob die Vermögenswerte unter Berücksichtigung des Konkurrenzverhältnisses zwischen Vermögensabschöpfung und Insolvenzverfahren in die Masse fallen (s.o. unter I.).

b) Mangelfall

Weitere Voraussetzung des Antragsrechts nach § 111i Abs. 2 StPO ist das Vorliegen eines „Mangelfalls",[42] der sich durch einen Vergleich der gesicherten Vermögenswerte mit den geltend gemachten Ansprüchen ergibt. Es ist also neben der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit, bei der selbstverständlich das gesamte Vermögen des Schuldners und seine gesamten Verbindlichkeiten einzustellen sind, ein weiterer Vergleich von Vermögen und Schulden vorzunehmen, nur eben beschränkt auf das gesicherte Vermögen und die Ansprüche der Tatopfer.

---

34 Begr. des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 18/11640, S. 87.
35 Begr. des Rechtsausschusses, BT-Drucks.18/11640, S. 87.
36 BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847 Rn. 13.
37 BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847 Rn. 9.
38 BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847 Rn. 11.
39 S.o. unter IV.
40 BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZB 282/09, ZInsO 2010, 2091 Rn. 9.
41 RegE BT-Drucks. 19/27654 v. 17.3.2021, S. 76.
42 Vgl. RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 80.

Genügt das gesicherte Vermögen nicht, um die geltend gemachten Ansprüche der Tatopfer zu befriedigen, liegt ein Mangelfall vor und der Weg zur Stellung eines Insolvenzantrags ist insoweit eröffnet. Ist hingegen mehr Vermögen gesichert als Ansprüche bei der Staatsanwaltschaft geltend gemacht wurden, steht dies der Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft entgegen, auch wenn sie sichere Kenntnis vom Vorliegen eines Insolvenzgrundes hat.

4. Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft

§ 111i Abs. 2 StPO ermächtigt die Staatsanwaltschaft lediglich zur Antragstellung; eine Pflicht zur Antragstellung normiert die Norm nicht.[43] Auch wenn es sich aus dem Wortlaut nicht unbedingt ergibt, handelt es sich damit um eine Ermessensentscheidung. Dies heißt allerdings auch, dass die Regelung eine neue, über das alte Recht hinausgehende Verpflichtung der Staatsanwaltschaft beinhaltet, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Insolvenzantragstellung in Betracht kommt oder gar geboten ist. Liegen aus Sicht der Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen für einen zulässigen (Gläubiger-)Antrag nach § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor, wird von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen sein.[44]

Da für den Eröffnungsantrag i.Ü. uneingeschränkt die Anforderungen gelten, die § 14 InsO an einen Gläubigerantrag stellt, genügt es zur zulässigen Antragstellung, wenn die Forderung glaubhaft gemacht wird. Sie muss nicht notwendigerweise feststehen, solange sich aus der Forderung nicht gleichzeitig der Insolvenzgrund herleitet.[45] Es genügt damit regelmäßig schon der Arrestbefehl zur Glaubhaftmachung der (eigenen) Forderung der Staatsanwaltschaft und damit zur Begründung der Antragsberechtigung. Stehen in einer solchen Konstellation andere Forderungen fest (etwa von Sozialversicherungsträgern durch Titulierung) und ergibt sich bereits aus diesen Forderungen die Zahlungsunfähigkeit, bedarf es zur Begründetheit des Insolvenzantrags keines Rückgriffs mehr auf die Forderung zur Einziehung des Wertersatzes. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn bisweilen angenommen wird, dass nur bei einem vollständig geständigen Täter bereits im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft einen zulässigen Antrag stellen könne.[46]

Andererseits bedeutet Ermessen auch, dass die Staatsanwaltschaft keinen erkennbar unzulässigen Antrag stellen darf. Deshalb ist auch von einer Antragstellung abzusehen, wenn erkennbar ist, dass die Kosten des Verfahrens nicht gedeckt sein werden und mit einer Abweisung mangels Masse zu rechnen ist. Auch ist von der Stellung eines Insolvenzantrags (nur) vorläufig abzusehen, wenn der Einziehungsanspruch des Staats im Ermittlungsverfahren nicht glaubhaft gemacht werden kann, weil etwa keine präsenten Beweismittel vorliegen, § 4 InsO i.V.m. § 294 Abs. 2 ZPO.[47] Spätestens nach Abschluss des Strafverfahrens dürften allerding weder Glaubhaftmachung noch Beweis der Forderung problematisch sein, wenn und soweit im Urteil des Zahlungsanspruchs des Staats gegen den Betroffenen tituliert ist. Schließlich ist (vorläufig) von der Antragstellung abzusehen, wenn noch unklar ist, ob ein Mangelfall i.S.d. § 111i Abs. 2 StPO vorliegt. Das Vorliegen eines Mangelfalls wird sich oftmals erst nach Abschluss des Strafverfahrens beurteilen lassen, da erst dann feststeht, ob und wer als Geschädigter einen Anspruch geltend machen kann.

Aufgrund der vorstehenden Problemfelder empfiehlt sich vielfach, mit der Insolvenzantragstellung zu warten, bis das Strafverfahren abgeschlossen und der Einziehungsersatzanspruch tituliert ist und auch das Vorliegen des Mangelfalls sicher festgestellt werden kann.

5. Schutz der Geschädigten im Insolvenzverfahren

Die Rolle der Staatsanwaltschaft hat sich mit Eröffnung des Verfahrens erschöpft. Insbesondere ist sie im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht für die Forderungsanmeldung nach § 174 InsO verantwortlich.[48] Da die „Stellvertreter"-Konstellation des RefE nicht Gesetz worden ist, müssen die Geschädigten der Straftat auch im Insolvenzverfahren selbst aktiv tätig werden und ihre Forderungen eigenständig nach § 174 InsO beim Insolvenzverwalter anmelden, auch wenn sie ihre Forderung bereits bei der Staatsanwaltschaft angemeldet hatten. Hierüber informiert die Staatsanwaltschaft die Geschädigten in ihrer Mitteilung nach § 111l Abs. 3 StPO. Darüber hinaus werden sie vom Insolvenzverwalter über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. §§ 30 Abs. 2, 8 Abs. 2 InsO informiert, soweit ihre Anschriften bekannt sind.[49]

Leider wird aufgrund der hohen Kosten des Insolvenzverfahrens gerade bei kleinen Massen (allein die Regelvergütung des Insolvenzverwalters ohne Zuschläge, Auslagen und MWSt beträgt gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 InsVV bei Massen bis zu 35.000 € netto 40 % der Masse) vielfach das zur Verteilung an die Tatopfer zur Verfügung stehende Vermögen weitgehend aufgezehrt. Nicht selten sind 80 % und mehr der zur Verfügung stehenden Masse für die Verfahrenskosten aufzuwenden. Für die Gläubiger bleiben dann oft nur geringe Quoten – wenn sie überhaupt etwas bekommen. Das Ziel der gleichmäßigen Befriedigung der Geschädigten durch das Insolvenzverfahren droht damit verfehlt zu werden. De lege ferenda wäre deshalb gerade bei kleinen Massen über eine quotale Verteilung außerhalb des Insolvenzverfahrens nachzudenken, wenn anderenfalls erwartete Quote und Kosten des Insolvenzverfahrens außer Verhältnis stehen. Bisweilen behilft sich die Praxis hier, indem alle Betroffenen nur einen Teilanspruch gegenüber der Staatsanwaltschaft geltend machen, um so den Mangelfall und die Insolvenzantragstellung zu vermeiden. Opferanwälte sollten diese Möglichkeit im Interesse ihrer Mandanten stets im Blick haben.

---

43 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 80.

44 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 80.

45 Vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2007 – IX ZB 12/07, ZInsO 2008, 103, 104 Rn. 6; HambKomm-InsO/*Wehr*, § 14 Rn. 60 m.w.N.; Vallender/Undritz/*Laroche*, Praxis des Insolvenzrechts, Kap. 2, Rn. 32.

46 Zutreffend *Tschakert* (seinerzeit Richterin AG Lübeck), ZInsO 2019, 2148, in einer abl. Entscheidungsbesprechung von LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 12.4.2019 – 1 T 29/19.

47 Begr. des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 18/11640, S. 87.

48 RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 81.

49 Begr. des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 18/11640, S. 87.

6. Rechtsmittel gegen die Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft

Die Ausübung des Antragsrechts ist (obwohl schlichtes Verwaltungshandeln) gem. §§ 23 ff. EGGVG durch das OLG gerichtlich überprüfbar.[50] Der Überprüfung unterliegt dabei nur, ob die Voraussetzungen des § 111i Abs. 2 StPO vorliegen. Insolvenzrechtliche Fragen werden dabei nicht – auch nicht inzident – geprüft. Die Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit des Insolvenzantrags bleibt dem Insolvenzgericht vorbehalten.

7. Antragberechtigung aus anderen Gründen

Ob die Staatsanwaltschaft in Konstellationen, die nicht mit strafrechtlicher Vermögensabschöpfung, insbesondere mit der Einziehung von Wertersatz in Verbindung stehen, berechtigt ist, einen Insolvenzantrag zu stellen, auch wenn die Voraussetzungen des § 111i Abs. 2 StPO nicht vorliegen, ist bislang nicht geklärt. Denkbar wäre dies etwa wegen offener Verfahrenskosten aus einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren. Diese Forderungen fallen nicht unter § 39 Nr. 2 InsO, sondern sind einfache Insolvenzforderungen nach § 38 InsO und auch von einer Restschuldbefreiung erfasst.

Es spricht alles dafür, dass § 111i Abs. 2 StPO hier keine Beschränkung der Gläubigerrechte vorsehen möchte. Dies folgt bereits aus der Stellung des § 111i StPO im achten Abschnitt der StPO (Ermittlungsmaßnahmen). Damit aber abgrenzbar bleibt, ob die Beschränkungen des § 111i Abs. 2 StPO für den konkreten Antrag gelten, ist spätestens im Antrag klarzustellen, wenn die Staatsanwaltschaft ihren Antrag nicht auf den Anspruch auf Einziehung des Wertersatzes gem. §§ 73, 73c StGB stützt.

IX. Rechtsmittel

Der Verwalter kann nach § 111k Abs. 3 StPO gegen die Entscheidungen im Rahmen der Vermögensabschöpfung, insbesondere gegen den Arrest und die Beschlagnahme, die Entscheidung des nach § 162 StPO zuständigen Gerichts beantragen. Soweit auf ihn nach § 80 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist, ist er zweifellos Betroffener im Sinne der Vorschrift. Dies gilt auch, soweit er sich auf insolvenzrechtliche Normen, namentlich auf §§ 88, 89 InsO stützt. § 89 Abs. 3 InsO mit seiner Zuweisung vollstreckungsrechtlicher Fragen an die Insolvenzgerichte gilt im Verhältnis zu den Strafgerichten nicht.[51]

Soweit der Insolvenzverwalter allerdings den zivilrechtlichen Anspruch aus Insolvenzanfechtung geltend macht, ist der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet.

X. Zusammenfassung

Die Neuregelung des Rechts der Vermögensabschöpfung hat das Verhältnis zum Insolvenzrecht rechtssicher geklärt.

Beschlagnahme und die Einziehung sind i.a.R. insolvenzfest. Der Verwalter ist darauf angewiesen, dass ggf. die Staatsanwaltschaft oder das Strafgericht den Gegenstand zugunsten der Masse freigibt.

Anders ist dies bei der äußerst praxisrelevanten Wertersatzeinziehung nach den §§ 73, 73c StGB und dem Arrest zur Sicherung dieses Anspruchs nach §§ 111e ff. StPO. Hier ist ein mehrfacher Vorrang des Insolvenzrechts gegenüber Arrest und Wertersatzeinziehung möglich. Zunächst gelten die insolvenzrechtlichen Vollstreckungsverbote der §§ 89, 294 Abs. 1 InsO. Im Eröffnungsverfahren kommen auch die Vollstreckungsverbote nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO, ggf. i.V.m. § 30d Abs. 4 ZVG, im Restrukturierungsverfahren nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG ggf. i.V.m § 30g ZVG, in Betracht, sofern das Gericht diese angeordnet hat.

Strafprozessual ergibt sich ein Vorrang des Insolvenzrechts aus § 111i Abs. 1 StPO (ggf. i.V.m. § 459h Abs. 2 Satz 2 StPO), wenn mindestens eine Person durch die Tat individuell geschädigt wurde. In diesem Fall erlischt das Sicherungsrecht der Staatsanwaltschaft, wenn Gegenstand vom Insolvenzbeschlag erfasst ist. Ist Grund der Wertersatzeinziehung hingegen eine Straftat ohne individualschützenden Charakter oder eine Ordnungswidrigkeit, besteht ein Vorrang des Insolvenzrechts nicht. Daneben gelten die Rückschlagsperre des § 88 InsO sowie die Regelungen der Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO.

Zu beachten ist schließlich der Rechtsweg: Möchte der Verwalter die Unzulässigkeit der Beschlagnahme oder der Arrestanordnung, insbesondere wegen eines Vollstreckungsverbots, rügen und einen Freigabeanspruch geltend machen, kann er die nach § 162 StPO zuständigen Gerichte anrufen und dort die strafprozessual vorgesehenen Rechtsbehelfe einlegen. Macht er hingegen einen Anspruch aus Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO geltend, ist dieser nach den allgemeinen Regelungen vor den Zivilgerichten einzuklagen.

Das im Vorfeld des Inkrafttretens des neuen Vermögensabschöpfungsrechts so kontrovers diskutierte Insolvenzantragsrecht der Staatsanwaltschaft spielt zwar in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle, hat sich aber, von wenigen Ausreißern abgesehen, als gut handhabbares Instrument erwiesen. Das mit dem Antragsrecht verfolgte Ziel einer gleichmäßigen Opferentschädigung wird hingegen vielfach verfehlt, weil gerade bei kleinen Massen die Kosten des Insolvenzverfahrens das zur Verteilung an die Tatopfer zur Verfügung stehende Vermögen weitgehend aufzehren.

---

50 BGH, Beschl. v. 10.6.2020 – 5 ARs 17/19, ZInsO 2020, 1648; OLG Hamm, Beschl. v. 3.6.2019 – 1 VAs 38/19.

51 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.8.2006 – 2 BvR 1552/06, JurionRS 2006, 35792 = NJW 2006, 3626 ff. Selbstverständlich vorausgesetzt wird dies in den zahlreichen Entscheidung zur Zulässigkeit der Vollstreckung nach dem OWiG, die sämtlich von Strafgerichten erlassen wurden, vgl. etwa LG Berlin, Beschl. v. 3.7.2006 – 505 Qs 54/06; LG Potsdam, Beschl. v. 14.9.2006 – 21 Qs 108/06; Beschl. v. 12.1.2016 – 24 Qs 52/15; LG Hannover, Beschl. v. 7.9.2009 – 48 Qs (OWi) 101/09; LG Flensburg, Beschl. v. 26.8.2011 – II Qs 48/11; LG Deggendorf, Beschl. v. 28.3.2012 – 1 Qs(b) 62/12; LG Dresden, Beschl. v. 20.7.2012 – 5 Qs 95/11; LG Bochum, Beschl. v. 4.12.2012 – 9 Qs 86/12; LG Duisburg, Beschl. v. 5.7.2017 – 69 Qs 7/14; AG Dortmund, Beschl. v. 12.9.2017 – 729 OWi 107/17 [b]; vgl. auch *Vallender/Elschenbroich*, NZI 2002, 130 ff.; *Rönnau/Tachau*, NZI 2007, 208 ff.; *Laroche/Neurauter*, InsbürO 2018, 58.

Betriebswirtschaftlich/strafrechtliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

von Oberstaatsanwalt (HAL) a.D. Dr. Hans Richter, Stuttgart

Ein zentrales wirtschaftsstrafrechtliches Beweiselement ist die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Gemeinsam mit ihrem Drohen dokumentiert sie den (fließenden) Übergang der wirtschaftlichen Berechtigung am Schuldnervermögen auf dessen Gläubiger, der seinen Endpunkt in der Überschuldung findet. Die Bedeutung aller drei Krisenelemente beschränkt sich aber keinesfalls auf das Antragsstrafrecht nach § 15a Abs. 4 und 5 InsO. Deshalb werden mit dem Liquiditätselement in der Praxis strafrechtlicher Aufarbeitung gescheiterter (oder auch nur vorgetäuschter) Unternehmenssanierungen sehr häufig erste Weichenstellungen für den gesamten Verfahrenskomplex gestellt. Angesprochen sind damit Ermittlungserweiterungen mit Blick auf Bankrott (wegen Masseschmälerungs- und Rechnungslegungsdelikten) nach §§ 283 ff. StGB und Untreue (zum Nachteil des Unternehmens-Rechtsträgers) nach § 266 StGB und auch des Betrugs (zum Nachteil ihrer Lieferanten und sonstigen Kreditgeber) nach § 263 StGB. Selbst die parallel laufende Schutzrichtung der Feststellung eines Vermögensdefizits beim Schuldner – die Überschuldung – wird in der Praxis der Strafverfolgung häufig – jedenfalls in Bezug auf die Feststellungsintensität – vom Ergebnis der Zahlungsunfähigkeitsprüfung bestimmt.

Diese Zusammenhänge sind zentraler Gegenstand aller wirtschaftsstrafrechtlicher Handbücher; sie sind (jedenfalls ansatzweise) bei den unternehmerischen Verantwortungsträgern bekannt; mindestens ihre Berater sind auch über die beiden Feststellungsmethoden[1] zur Zahlungsunfähigkeit, der „kriminalistischen" und der „betriebswirtschaftlichen" informiert. Der Schwerpunkt hierauf bezogener Erläuterungen liegt, ganz an der Praxis der Strafverfolgung orientiert, bei der Darstellung zur kriminalistischen Feststellung. Dies erstaunt nicht, bietet doch schon ihre Zulässigkeit,[2] vor allem aber auch ihre Methodik – der einzustellenden Parameter („Indikatoren"), deren Gewichtung und der Notwendigkeit einer abschließenden Gesamtbetrachtung[3] – erheblichen Diskussionsstoff und damit Verteidigungsressourcen.[4] All dies soll im Folgenden nicht aufgegriffen oder gar vertieft werden, ist aber als Hintergrund der nachfolgenden Überlegungen zur „betriebswirtschaftlichen Feststellung"[5] bedeutsam.

I. Kriminalistische Grundlagen

Die Insolvenzstrafrechtspraxis verzeichnet zunehmend auch bei kleineren und mittleren Unternehmensinsolvenzen verwertbare *Informationen* ihres *Rechnungswesens*, der Buchhaltung. Sieht man von „*gesteuerten*" und/oder der „*Unternehmensbeerdigung*" dienenden oder ihnen folgenden Insolvenzen[6] ab, gehen Unternehmensinsolvenzen zunehmend professioneller werdende (oder auch nur beabsichtigte) Sanierungsversuche voraus. Da deren „Finanziers" immer mehr auf fundierte Entscheidungsgrundlagen bestehen, werden hierfür vor allem liquiditätswirksame Buchungsvorgänge und darauf beruhende Planrechnungen notwendig. Dennoch ist zu beobachten, dass diese Informationsquellen nicht immer hinreichend als „Ausgangsmaterial" für die Prüfung des Vorliegens – und noch mehr des konkreten Inhalts – eines strafrechtlichen *Anfangsverdachts*[7] von Insolvenzstraftaten (im weiteren Sinne) Beachtung finden. Wird die Sanierung im justiziellen Verfahren nach dem Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – *StaRUG*)[8] versucht, stehen den Strafverfolgungsbehörden hierfür noch viel weitergehende Informationen, vor allem auch der Planrechnung, zur Verfügung.[9] Diese Entwicklung für den zuständigen Staatsanwalt hat nicht nur Auswirkungen auf die Begründung dieses Verdachts, sondern auch für das dann zu erstellende Ermittlungskonzept zum „dringenden" und zum „hinreichenden Tatverdacht"[10] (bzw. seines Fehlens). Die *Sanierungsgestaltung/-beratung* wird dies implementieren müssen: Zwar sind Auswirkungen dieser Entwicklung auf insolvenzstrafrechtliche Verfahren – auch auf die (weiterhin in der Masse der Fälle) eher seltene Aufklärung der Vermögenssituation zu einer möglicherweise der Zahlungsunfähigkeit vorausgehenden Überschuldung der Schuldnerunternehmen – noch wenig sichtbar, sie sind aber durchaus erwartbar.

II. Zahlungsunfähigkeits-Feststellung

Die sich aus diesem kriminalistischen Befund ergebenden Konsequenzen im Hinblick auf die strafrechtliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit fordern zunächst einen kurzen Blick auf dogmatische Grundlagen und führen dann – über dessen (begrenzte) Bedeutung bei *kriminalistischer Feststellung* – zur Handhabung der *betriebswirtschaftlichen* Feststellung.

---

1 Statt aller Müller-Gugenberger/*Gruhl/Hadamitzky/Richter*, Wirtschaftsstrafrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 78 (im Folgenden abgekürzt: MüGu/*Verfasser*).

2 Nach BGH v. 29.4.2010 – 3 StR 314/09, Rn. 49, BGHSt 55, 107 ff = ZInsO 2010, 1383 „empfiehlt es sich", die betriebswirtschaftlich-mathematische Feststellungsmethode anzuwenden. Hieraus schließt *Waßmer* in seiner Anmerkung (*Waßmer*, ZInsO 2018, 1485 ff.), diese sei nur in „evidenten Fällen" zulässig. Zutreffend ohne solche Einschränkung *Trück*, ZWH 2013, 366 ff.; ebenso *Richter*, ZInsO 2016, 1346 ff.

3 Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 78.43 m. Nachw.; BGH v. 11.7.2019 – 1 StR 456/18, ZInsO 2019, 2461 ff. m. Anm. *Brand*, GmbHR 2020, 93 ff., 98.

4 Bockemühl/*Quedenfeld/Bechtel/Richter*, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 22, Rn. 118 ff.

5 Die gelegentlich hierfür verwendete Bezeichnung als „*kriminalistisch-mathematisch*" meint – soweit erkennbar – dasselbe, führt aber, wie der Beitrag belegen soll, eher in die Irre.

6 Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 87.22, 87.44 ff.

7 Meyer-Goßner/Schmitt/*Köhler*, StPO, § 102 Rn. 2 f.

8 StaRUG, BGBl. I 2020, S. 3256.

9 Zu diesen Möglichkeiten vgl. Richter, Strafrechtliche Risiken der Akteure des Restrukturierungsverfahrens nach StaRUG und Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), in *Pannen/Riedemann/Zeuner* (Hrsg.), FS Smid zum 65. Geburtstag, 2021, S. 645 ff. (im Druck).

10 Löwe/Rosenberg/*Lind*, StPO, 27. Aufl. 2019, § 112 Rn. 16 ff.

1. Zivilrechtsakzessorietät und (strafrechtliche) Zahlungsunfähigkeit

Die Rechtsprechung der ZS des BGH bestimmt nach dem *Grundsatz der Zivilrechtsakzessorietät*[11] die Definition der liquiden Mittel und fälligen Verbindlichkeiten, also aller (gegenüberzustellender) Rechengrößen mit deren Zeitpunkt-/Zeitraumbezogenheit und damit die Zahlungsunfähigkeit selbst auch für das Strafrecht.[12] Wegen des Schuldgrundsatzes *unanwendbar* sind hier aber gesetzliche (etwa § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) oder von der Rechtsprechung vorgegebene *zivilrechtliche Beweislastregeln*.[13] Das für die Zahlungsunfähigkeit in Abgrenzung zur Zahlungseinstellung erforderliche Liquiditätsdefizit (*Wesentlichkeitskriterium*) und zur Zahlungsstockung dessen Andauern (*Dauerhaftigkeit*) einschließlich seiner hierauf bezogenen *Schuld* (*Vorsatz/Fahrlässigkeit*) ist dem möglichen Täter strafrechtlich jeweils vollständig zur Gewissheit des Richters nachzuweisen. Diese Vorgaben sind von den Ermittlungsbehörden schon bei Prüfung des Anfangsverdachts zu beachten.

Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts und die grds. unterschiedliche Beweisführung in beiden Rechtsgebieten machen eine (sehr knappe) Darstellung der Zivilrechtsprechung einerseits und der Bedeutung des Rechnungswesens des Schuldners für die Beweisführung andererseits erforderlich.

2. Zivilrechtsprechung und „BGH-Faustformel"

Mit seiner Grundsatzentscheidung v. 25.5.2005 hat der IX. (Insolvenz-)ZS des BGH[14] zur Abgrenzung von Zahlungsstockung zur Zahlungsunfähigkeit bekanntermaßen eine Kombination zeitlicher und quantitativer Elemente (mit der sog. „*Faustformel*") vorgegeben: Ausgangspunkt der Zahlungsunfähigkeitsprüfung ist stets ein konkreter Kalendertag („*Stichtag*").[15] Fehlen am Stichtag liquide Mittel zur (vollständigen) Deckung der fälligen Verbindlichkeiten greift bei einer Deckungslücke <90 % (also Unterdeckung nicht >10 %) eine „*Bagatellregelung*" zugunsten der Zahlungsstockung, wenn der Schuldner in einer „*Schonfrist*" von 3 Wochen voraussichtlich die zur Tilgung notwendige Liquidität beschaffen und so die entstandene Lücke schließen kann.[16] Beide Elemente versteht die Zivilrechtsprechung ausdrücklich nicht als eine feste Quantifizierung, sondern sieht darin lediglich einen „*Orientierungsrahmen*", der zudem (wiederum für beide Elemente) durch Ausnahmeregelungen ergänzt wird.[17] Auch bei einer Deckungslücke >10 % soll der Schuldner (ausnahmsweise) deren Schließung in der Schonfrist beweisen können. Dafür müssen dann aber „konkrete Umstände" vorliegen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass die Liquiditätslücke in überschaubarer und dem Gläubiger zumutbarer Zeit geschlossen werden kann. Bei nicht vollständig erlangter Liquidität am Ende der Schonfrist kann eine *Nachfrist* (wiederum von „überschaubarer Zeit") gewährt werden.

Hieraus kann folgender *Merksatz* gebildet werden: Je größer die Deckungslücke, desto wahrscheinlicher ist, dass sie (voraussichtlich) nicht mehr (in kurzer, dem Gläubiger zumutbarer Frist) geschlossen werden kann. Der „Orientierungsrahmen" der Zivilrechtsprechung regelt insofern Notwendigkeit/Möglichkeit und Anforderungen an einen Gegenbeweis durch den Schuldner.

3. Daten des Rechnungswesens und Beweisführung

Typisch in der Schuldner-Beweisführung zu seiner Zahlungsfähigkeit (bzw. rechtzeitig beseitigten Zahlungsunfähigkeit) ist dessen Rückgriff auf Daten seines Rechnungswesens. Die Zivilrechtsprechung nennt hierzu etwa eine „chronologische Auflistung" oder „Tabelle" (z.B. aus seiner „elektronischen Buchhaltung"), die „nach Kontonummern" (mit Kontoart und -bezeichnung, Buchsaldo sowie Betrag)[18] oder „alphabetisch nach Kontobezeichnung" (jeweils unter Angabe von Kontonummer, Belegdatum und -nummer, Buchungstext, Rechnungsbetrag und Fälligkeitsdatum) geordnet ist.[19] Die tabellarische Folge täglicher, jeweils *statischer Daten* bildet dann die Grundlage einer *Zeitraumbetrachtung*, in der die (*dynamische*) *Entwicklung* des Deckungsgrads (für den Prognosezeitraum von 21 Tagen, oder auch für Zeiträume vor oder nach dessen Anfangs-/Endzeitpunkt) darzustellen ist.

Betriebswirtschaftlich eher verwirrend ist hierbei die Wortwahl der Zivilrechtsprechung: So „entnimmt" das OLG Rostock[20] unter Hinweis auf das Urteil des IX. ZS des BGH v. 24.5.2005 die Daten einer „Auflistung" in einer „*Liquiditätsbilanz*" – ein Terminus den auch der II. ZS[21] für zeitraumbezogene Daten verwendet, der aber – in derselben Entscheidung – (zeitpunktbezogen – und so zutreffend) den Begriff „*Liquiditätsstatus*" gebraucht.[22] Ganz zu Recht weist *Bitter*[23] darauf hin, dass Betriebswirte[24] beiden Termini ausschließlich eine *zeitpunktbezogene* Bedeutung beimessen. Dies erkennt

11 Zu Umfang und Grenzen vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2014, Rn. 204 ff.; spezifisch zur Zahlungsunfähigkeit Rn. 1118 ff. und Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rn. 78.9 ff.

12 *Waßmer*, ZInsO 2018, 1485 ff.

13 Näher m. Nachw. Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 78.28 ff.

14 IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134 ff. = ZInsO 2005, 807.

15 Ist der Schuldner an diesem Tag nicht in der Lage, seine fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, hat er die Zahlungsfähigkeit anhand einer „Liquiditätsbilanz" zu überprüfen – OLG Rostock v. 22.1.2018 – 6 U 10/14, Rn. 46, ZInsO 2019, 1689 ff.

16 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 ff. = ZInsO 2018, 381.

17 Näher Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 78.25 ff.

18 Vgl. etwa OLG Rostock v. 22.1.2018 – 6 U 10/14, Rn. 46, ZInsO 2019, 1689 ff. unter Bezug auf BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 141 = ZInsO 2005, 807.

19 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 ff. = ZInsO 2018, 381 m. Anm. *Bittmann*, wistra 2018, 270 ff. und *Richter*, ZWH 2018, 124 ff.

20 OLG Rostock v. 22.1.2018 – 6 U 10/14, Rn. 46, ZInsO 2019, 1689 ff.; BGH v. 14.5.2005 – IX ZR 123/04, Rn. 12, BGHZ 163, 134, 141 = ZInsO 2005, 807.

21 Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 ff. = ZInsO 2018, 381 Rn. 33.

22 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 ff. = ZInsO 2018, 381 Rn. 5.

23 *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, Rn. 28 mit kritischem Hinw. (dort Fn. 136) auf *Pape*, WM 2008, 1949, 1951 f.

24 Vgl. *Frystatzki*, ZInsO 2018, 601 f. mit Bezug auf das Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW e.V.).

die Strafrechtsprechung,[25] die zwischen einer „stichtagsbezogenen Gegenüberstellung“ und einer „Prognose zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit“ im Rahmen einer „*Finanzplanrechnung*“ unterscheidet.

4. Strafrechtliche Beweisführung

Die Strafrechtsprechung akzeptiert bekanntermaßen zwei unterschiedliche Wege zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit, die *kriminalistische* und die *betriebswirtschaftliche Beweisführung* (oder auch eine Kombination beider).[26] Obwohl beide Methoden in der Rechtsprechung als grds. gleichwertig anerkannt sind,[27] intendiert die Rechtsprechung gelegentlich, einer „stichtagsbezogenen Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig zu beschaffenden Mittel aufgrund ordnungsgemäßer Rechnungslegung“[28] komme ein höherer Beweiswert als der Sammlung von „Indizien“ zu.[29] Richtig daran ist, dass sich die „*Gleichwertigkeit*“ der Methoden auf deren *Ergebnisse* (nach jeweils korrekter Anwendung) bezieht.[30] Wenn dennoch in der Praxis weit überwiegend „kriminalistisch“ vorgegangen wurde und noch wird, hat dies seine Ursache darin, dass bei der Masse kleinerer bis mittlerer Unternehmensinsolvenzen verlässliche Zahlen des Rechnungswesens in der Vergangenheit regelmäßig nicht vorlagen. Wie bereits konstatiert, zeichnet sich hier jedoch ein Wandel ab: Zunehmend finden sich auch in diesem Delinquenzfeld mindestens in Teilen belastbare Buchungs- und darauf beruhende Planungsdaten.

Als Konsequenz hieraus empfiehlt sich für den Regelfall folgende Vorgehensweise zur *Beweisführung*:

- *Feststellung*: Belastbare Informationen können dem schuldnerischen Rechnungswesen nicht entnommen werden – *kriminalistische Beweisführung.*
- *Feststellung*: Das schuldnerische Rechnungswesen ist belastbar – *betriebswirtschaftliche Beweisführung.*
- *Feststellung*: Das schuldnerische Rechnungswesen ist nur in Teilen belastbar – Verwendung dieser Teile zur Beweisführung nach Begründung ihrer Belastbarkeit *kombiniert* mit kriminalistischer Beweisführung.[31]

III. Betriebswirtschaftliche Beweisführung

Grundlage der „betriebswirtschaftlichen“ Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auch in der Strafrechtspraxis ist die *Finanzplanrechnung* des Schuldnerunternehmens.[32] Wie schon skizziert sind (ex ante) stichtagsbezogen die fälligen Verbindlichkeiten den zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel gegenüber zu stellen. Unter Zugrundelegung der oben dargestellten Größenordnungen (unter II. 2.) ergibt sich hieraus das *Liquiditätsdefizit zum Stichtag*.[33] Danach ist (*zeitraumbezogen*) die *Entwicklung im Prognosezeitraum* mittels des Liquiditätsplans darzustellen. Zum *Prognose-Endtag* (wiederum *zeitpunktbezogen*) wird dann errechnet, ob – und wenn ja, in welchem Umfang – ein Liquiditätsdefizit besteht. Gegebenenfalls folgt ein weiterer (von der Rechtsprechung nicht quantifizierter, jedenfalls aber kurzer) Prognosezeitraum („*Nachfrist*“) für die Folgeentwicklung. In diesem muss das geringe (höchstens 3 % betragende) Liquiditätsdefizit endgültig gedeckt sein oder sich mindestens die Entwicklung hierzu hinreichend sicher abzeichnen.

1. Dynamische Zeitraumbetrachtung

Die Daten der Planrechnung[34] des Schuldnerunternehmens belegen das jeweilige *Liquiditätsdefizit* im Prognosezeitraum der Dreiwochenfrist (T1 – T21) „Tag-genau“.[35] Stützen sich die Ermittlungsergebnisse – bei fehlender oder unzureichender Planrechnung – auf buchhalterisch erfasste *Liquiditätszu-/-abflüsse* muss bedacht werden, dass diese die Entwicklung „ex post“ darstellen und deshalb nur zur Plausibilisierung der ex-ante Prognose herangezogen werden können.[36] Für hierfür häufig eingeholte betriebswirtschaftliche Gutachten ist zu bedenken, dass deren Feststellungen mit den Ergebnissen mathematischer Berechnungen anhand der „Fakten“ (buchhalterisch verwendete Daten) gelegentlich juristische Wertungen verknüpfen. (Betriebswirtschaftlich-)sachverständiger Wertung ist zwar Auswahl und Bestimmung der Zahlen und ihrer Bedeutung, nicht aber die rechtliche Würdigung zugänglich. Die jeweils einzelnen (*statischen*) Daten belegen in ihrer

25 BGH v. 10.7.2018 – 1 StR 605/16, Rn. 3, ZInsO 2018, 1953 f. unter Bezug auf MünchKomm-InsO/*Eilenberger*, 4. Aufl. 2019, § 17 Rn. 10 ff. und zum Finanzstatus Rn. 14a; vgl. zur Entscheidung auch die Anm. *Bittmann*, NStZ 2019, 84 ff. und *Brand*, NZI 2018, 766 f., die diesen Aspekt allerdings nicht ansprechen.

26 Alle insolvenzstrafrechtlichen Handbücher und Kommentierungen behandeln dieses Thema ausführlich. Hierauf wird verwiesen – statt aller, Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 78.28 ff.; *Bittmann*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, Kap. 26, Rn. 58 ff. je m. Nachw.

27 Nachw. bei Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 78.37.

28 BGH v. 4.12.2018 – 4 StR 319/18, ZInsO 2019, 258 f.; v. 12.4.2018 – 5 StR 538/17, ZInsO 2018, 1410 f.; v. 15.8.2019 – 5 StR 204/19, ZInsO 2019, 2110 Rn. 2.; zum Maßstab konkreter Rechnungslegungsnormen und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung vgl. BGH v. 16.5.2017 – 1 StR 306/16, ZInsO 2018, 2071 ff.

29 Weshalb sich in der Rechtsprechung – wohl kaum empirisch gemeint – auch gelegentlich die Formulierung findet: „Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt *in der Regel* durch die betriebswirtschaftliche Methode“; vgl. etwa BGH v. 12.4.2018 – 5 StR 538/17, ZInsO 2018, 1410 f. Rn. 16.

30 Wobei beachtlich ist, dass die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit mithilfe der „Warnzeichenhäufung“ regelmäßig zu einem deutlich späteren Zeitpunkt führt, vgl. Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 78.43.

31 BGH v. 19.2.2013 – 5 StR 427/12, ZInsO 2013, 876 f. m. Anm. *Trück*, ZWH 2013, 366 ff.: „erweist sich [die Anwendung der kriminalistischen Feststellungsmethode] ohne jegliche (Mindest-)Feststellung zu einem Liquiditätsstatus als unzulässig“, betrifft zwar einen Sonderfall (mit Bezug auf Feststellungen zum Nachteil der Untreue nach § 266 StGB, deutet aber auf Probleme bei rein kriminalistischer Beweisführung trotz belastbarer Prognosezahlen des Unternehmens.

32 BGH v. 21.8.2013 – 1 StR 665/12, Rn. 14, ZInsO 2013, 2107 ff.; *Richter*, NZWiSt 2014, 34 f. Auch der 3. (v. 23.7.2015 – 3 StR 518/14, Rn. 17, ZInsO 2015, 2021 ff.) und der 2. Strafsenat (v. 16.5.2017 – 2 StR 169/15, Rn. 30, ZInsO 2017, 1364 ff.) folgen dieser Rechnung. *Bitter* (*Bitter* [Fn. 23], Rn. 38) weist aber zutreffend darauf hin, dass hier jeweils eine Aussage zu den in dieser Zeit fälligen Verbindlichkeiten fehlt.

33 Im Ergebnis ebenso die Berechnungen von *Fallak*, ZIP 2018, 1860 ff. 1863.

34 Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 ff. = ZInsO 2018, 381 Rn. 38 m. ausführlichen Nachw.

35 Zur digitalen Auswertung von Buchhaltungsdaten vgl. *Fallak*, ZIP 2018, 1860 ff. 1863.

36 Der tatsächliche Liquiditätsverlauf, wie er etwa dem Rechnungswesen – ex post – zu entnehmen ist, kann nur zur Plausibilisierung der Planung und so auch zur Verifizierung (behaupteter) subjektiver Erwartungen herangezogen werden.

Gesamtschau die (dynamische) *Entwicklung* im Zeitraum.[37] Diese Entwicklung kann (und wird häufig) in einem „*Diagramm*“ dargestellt. *Fallak*[38] hat zutreffend darauf hingewiesen (und dies grafisch dargestellt), dass es sich dann um ein *Punktdiagramm* handelt. Dessen Aussagegehalt über die Zeitraumentwicklung ist aber für sich genommen kaum hilfreich.

2. „Quasi-statische“ Zeitraumbetrachtung

Deutlich einfacher erscheint die Vorgehensweise der bereits vorgestellten (oben II. 2.) Zivil-*Rechtsprechung*: Das Liquiditätsdefizit des (Ausgangs-)Stichtags (T1), gebildet aus Aktiva I und Passiva I, wird dem des Endtages (T21) gegenübergestellt (Aktiva II und Passiva II).[39] So wird festgestellt, ob (und wenn ja in welcher Richtung/Größenordnung) sich das Defizit verändert hat.[40] Zutreffend kritisiert *Bitter*[41] das Vorgehen der Rechtsprechung, dass sich letztlich als „statisch“ erweist: Die In-Bezug-Setzung zweier Zeitpunkte kann nicht als „*dynamische Zeitraumbetrachtung*“ bewertet werden, weil so die Bewegung im Zeitraum nicht gespiegelt wird. *Bitter*[42] weist außerdem – ebenfalls zutreffend – darauf hin, dass Defizite zwischen Stichtag und Ende der Schonfrist deutlich höher ausfallen, als *zeitraumbezogene* Deckungsgrade. Die Zahlungsunfähigkeit tritt daher mit dieser Berechnung später ein. Mit dem strafrechtlichen „Zweifelssatz“ (*in dubio pro reo*)[43] ist dieses Ergebnis für die Beweisführung im Strafprozess nicht zu begründen. Vor allem aber kann auch das strafrechtliche Beweisergebnis zur Zahlungsunfähigkeit nicht mit einem schlichten Rechenergebnis begründet werden. Gefordert ist stets eine juristische *Wertentscheidung*.[44]

Festzustellen ist somit, ob – bei wertender Betrachtung unter Zugrundelegung des Schutzes des bereits gefährdeten Gläubigervermögens – die Fortführung des Schuldnerunternehmens diese Gefährdung vertieft oder ihr Grad auch nur stagniert oder aber, ob diese beseitigt oder doch mindestens so zurückgeführt wird, dass die Beseitigung objektiv in absehbarer Zeit erwartet werden kann.

3. „Gesamtheitliche“ Zeitraumbetrachtung

Erscheint danach zwar die taggenaue Erfassung der Liquiditätsentwicklung im Prognosezeitraum vorzugswürdig, zeigen sich neue Problempunkte: Regelmäßig wird das *Punktdiagramm* im Planzeitraum erhebliche *Schwankungen* zwischen T1 und T21 aufzeigen – bis hin zum Erreichen des „0-Punktes“ oder sogar seines Übersteigens. Mithin können auch *Tage* angezeigt werden, an denen *keine Unterdeckung* der Liquidität gegeben ist, obwohl T1 eine Unterdeckung von <10 und T21 eine solche von >3 aufweist. Diese Problematik kann durch eine (partielle) Übertragung des Punktdiagramms, etwa in „3 Monats-Diagramme“[45] nicht grds. gelöst werden. Für die Umsetzung der zivilrechtlichen Vorgaben in der strafrechtlichen Beweisführung ist entscheidend, dass die (zu *prognostizierende dynamische*) *Entwicklung der Liquidität* des Schuldnerunternehmens in der „3-Wochen-Frist“ bei *wertender Betrachtung* die Feststellung der (mindestens weitestgehenden) *Beseitigung der* (bereits am *Stichtag* eingetretenen) *Gläubiger-Gefährdung* begründet.

Ein auf das Punktdiagramm aufbauendes *Liniendiagramm über den gesamten Zeitraum der 3 Wochen* (als *eine Linie*), kann dies veranschaulichen. Diese Linie – beruhend auf den Tageszahlen des Punktediagramms – wird dann entweder relevant *nach oben* (*keine Zahlungsunfähigkeit*) oder *nach unten* (*Zahlungsunfähigkeit*) oder *gradlinig* (also im Ergebnis eine bleibende Unterdeckung und damit ebenfalls *Zahlungsunfähigkeit*) verlaufen. Dies kann durch Verwendung der Tageszahlen als Grundlage zu ihrer Visualisierung im Zeitablauf mit den Mitteln der Trendberechnung – etwa über einen „exponentiellen“ zum „linearen“ Trend,[46]– erreicht werden. Einzelne Tage – dies illustriert die „Trendlinie“ ebenfalls anschaulich – führen dann regelmäßig nicht zu neuen *Stichtagen*, also dem Neu-Beginn der Dreiwochenfrist.[47] Solche Darstellungen verdeutlichen auch, dass Einzelereignisse fehlender Unterdeckung im 3-Wochen-Zeitraum nicht zum Anlass für immer neue „Stichtage“ genommen werden dürfen: Der Schuldner hat in diesen Fällen seine Zahlungen nicht „auf Dauer“ oder „im Allgemeinen“ wieder aufgenommen.[48]

IV. Praxishinweise

Die vorstehenden Überlegungen geben *Hinweise für die Beweisführung* zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit für die

37 Näher *Mylich*, ZIP 2018, 514 ff.

38 *Fallak*, ZIP 2018, 1860, dort Fn. 9: „Diese graphische Darstellung stellt gerade kein *Liniendiagramm* dar“.

39 Zu Missverständnissen hat die Formulierung des IX. ZS (v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, Rn. 28, ZInsO 2006, 1210 ff. unter Bezug auf BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134 ff. = ZInsO 2005, 807) geführt. Danach sollen den Aktiva I die zum „*maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel*“ (Aktiva II) den „*am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten*“ (Passiva II) gegenübergestellt werden. Damit würde aber eine „zeitraumbezogene“ Rechengröße zu einer „zeitpunktbezogenen“ ins Verhältnis gesetzt. *Bitter* (*Bitter* [Fn. 23], Rn. 28) bezeichnet unter Bezug auf diese Rechtsprechung sowohl Aktiva II als auch Passiva II als *Flussgrößen*. Dies ist konsequent, da von ihm beide Positionen als die in der Dreiwochenfrist „*hinzukommenden*“ Verbindlichkeiten/liquiden Mittel erfasst werden (so in Rn. 26). Problematisch bleibt aber auch bei dieser Interpretation „Zeitpunkt-Zahlen“ der Aktiva/Passiva I ins Verhältnis zu „Flusszahlen“ zu stellen.

40 Näher zur Problematik der Einbeziehung beider Größenordnungen und zum Streit in der Literatur hierüber *Fallak*, ZIP 2018, 1862 unter Bezug auf *Ganter*, ZInsO 2011, 2297 ff.

41 *Bitter* (Fn. 23), Rn. 29 mit ausführlicher Darstellung und Nachw., auch unter Hinw. auf den IDW-Standard S 11.

42 *Bitter* (Fn. 23), Rn. 28.

43 BGH v. 1.2.2017 – 2 StR 78/16, Rn. 25 m. Nachw.

44 Hierauf hat der 1. Strafsenat des BGH zutreffend schon im Urt. v. 7.1.1955 – 5 StR 638/54, Rn. 14, BGHSt 7, 86 ff. hingewiesen.

45 So aber der Vorschlag von *Fallak*, ZIP 2018, 1860 ff. 1863, dargestellt in seiner Abb. 3, S. 1866.

46 Mit Mitteln der „Regressionsanalyse“, etwa der „linearen Regression“, vgl. hierzu die anschaulichen Beispiele in Einführungsbücher zur Statistik, wie *Quatember*, Statistik ohne Angst vor Formeln, 5. Aufl. 2020 oder *Eckstein*, Statistik für Wirtschaftswissenschaftler, 6. Aufl. 2018.

47 Auch *Bittmann* (*Bittmann*, wistra 2018, 270 ff.) will nur „dauerhafte Unterdeckungen“ anerkennen. Dies bleibt so aber ähnlich vage, wie seine Empfehlungen zur „*Relativen Großzügigkeit bei anhaltender Erholungstendenz*“ oder „*keine Quotentoleranz bei Statik der Krise*“. Zu den Manipulationsmöglichkeiten im Hinblick auf solche „Liquiditätstage“ vgl. *Fallak*, ZIP 2018, 1860 ff. 1863.

48 Zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit vgl. Müller-Gugenberger/*Richter* (Fn. 1), Rz. 78.45a.

Strafverfolgungsbehörden sowohl bei Einschaltung von Sachverständigen, aber auch zur Tatsachenfeststellung durch die beauftragte Kriminalpolizei. Sie zeigen damit zugleich auf, welche *Beratungsschwerpunkte* zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit in den Blick genommen werden können:

- Entscheidend ist die Bestimmung eines konkreten Kalendertags der relevanten Liquiditätsunterdeckung als „Stichtag". Ist dieser Tag in einem Zeitraum (etwa in einem Monat) nicht näher bestimmbar, ist dieser strafrechtlich stets auf den für den Beschuldigten günstigsten Tag in diesem Zeitraum (etwa „im Mai 2020" auf den 31.5.2020) festzulegen.
- Es folgt die Bestimmung der Liquidität in der „*3-Wochen-Schonfrist*" in wertender Betrachtung *der Richtung* ihres dynamischen Verlaufs in dieser Zeit.
- Bei hinreichend *sinkendem Liquiditätsverlauf* in der Schonfrist (auf Beseitigung des Liquiditätsdefizits gerichtetem linearem Verlauf hin zu einem nur geringem Restdefizit von < 3 % am Schlusstag führend), ist – in gleicher Weise – der Verlauf in der *Nachfrist* festzustellen. Der Zeitraum dieser Frist richtet sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls. Er soll gewährleisten, dass auch „Kleingläubiger" für ihre Befriedigung nicht auf den „Sankt-Nimmerleins-Tag" vertröstet werden.

Zur Zulässigkeit eines Insolvenzantrags der Staatsanwaltschaft (§ 111i Abs. 2 StPO, § 14 Abs. 1 InsO)

Eine Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20, ZInsO 2021, 377

von Vorsitzender Richterin am Landgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

Der IX. ZS des BGH hat mit Beschl. v. 14.1.2021[1] *eine Entscheidung zur Alternative Glaubhaftmachung oder Vollbeweis insolvenzauslösender Forderungen im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung eines Gläubigerantrags gem. § 14 InsO getroffen. Die Entscheidung ist auch für die strafrechtliche Vermögensabschöpfung im Hinblick auf einen Insolvenzantrag der Staatsanwaltschaft, § 111i Abs. 2 StPO,*[2] *§ 14 InsO, von Bedeutung.*[3]

I. Sachverhalt und zentrale Aussage der Entscheidung

Die Antragstellerin hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners beantragt. Grundlage des Antrags waren rückständige Kaufpreisforderungen aus acht selbstständigen Kaufverträgen, die ein Dritter aus der Rechtsbeziehung mit dem Schuldner an die Antragstellerin zum (wesentlichen) Teil abgetreten hatte. Bei der Antragstellung hatte die Antragstellerin diese Forderungen sowie den Insolvenzgrund glaubhaft gemacht und sich dabei darauf berufen, dass sie den Antrag nicht nur auf eine einzige Forderung, sondern auf acht selbstständige, an sie abgetretene (Kaufpreis-)Forderungen stütze.

Das Insolvenzgericht hat den Insolvenzantrag als unzulässig verworfen, da die Antragstellerin die Forderung(en) nicht bewiesen habe. Sowohl die sofortige als auch die Rechtsbeschwerde blieben erfolglos.[4] Der IX. ZS des BGH formulierte dazu folgenden amtlichen Leitsatz: „Stützt ein Gläubiger den Insolvenzantrag nicht auf eine einzelne, sondern auf mehrere, auf gleichgelagerten Lebenssachverhalten beruhende Forderungen, hat er den Bestand der Forderung zur Überzeugung des Gerichts zu beweisen, soweit diese Forderungen zugleich den Eröffnungsgrund bilden."

Der Sachverhalt sei so zu beurteilen, als ob zwischen dem Zedenten und dem Schuldner nur ein einziger Kaufvertrag geschlossen gewesen sei. Sämtliche geltend gemachte Forderungen beruhten auf gleich gelagerten Lebenssachverhalten, die durch die vertragliche Gestaltung verknüpft seien. Auch der Umstand, dass bei der ursprünglichen Gläubigerin noch zwei offene Kaufpreisforderungen verblieben seien[5] und damit die Forderungen der Antragstellerin nicht die einzigen Forderungen wären, ließ der BGH nicht ausreichen, da auf die Einheitlichkeit des ursprünglichen Rechtsverhältnisses abzustellen sei.

II. Bedeutung für den Insolvenzantrag der Staatsanwaltschaft, § 111i Abs. 2 StPO, § 14 InsO

Das Recht der Staatsanwaltschaft, gem. § 111i Abs. 2 StPO einen Insolvenzantrag zu stellen, ist Teil des vom Gesetzgeber für die „Verletzten" einer Straftat bzw. (neu seit 1.7.2021) „Anspruchsberechtigten" i.S.d. § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO[6] vorgese-

1 BGH, Beschl. v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20, ZInsO 2021, 377 ff.

2 § 111i Abs. 2 StPO (jetzt i.d.F. v. 1.7.2021 durch Gesetz v. 25.6.2021, BGBl. I, S. 2099.

3 Zur Zulässigkeit eines Insolvenzantrags der Staatsanwaltschaft: *Tschakert*, ZInsO 2019, 2148 ff., Anmerkung zum Beschluss des LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 12.4.2019 – 1 T 29/19; ferner *Bittmann*, ZWH 2019, 233 ff.; *Hellfeld*, EWiR 2019, 563 ff.; *Funken/Weitzell*, NZI 2019, 952 ff.; *Bittmann/Tschakert*, ZInsO 2017, 2657, 2659 f.; *Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert*, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 2020, Rn. 857 ff.

4 BGH, Beschl. v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20, ZInsO 2021, 377 ff.; zustimmend: *Kleinschmidt*, NZI 2021, 266 f.; *Hölken*, jurisPR-InsR 4/2021, Anm. 2; *Büttner*, EWiR 2021, 209 ff.

5 BGH, Beschl. v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20, ZInsO 2021, 377 Rn. 11.

6 Der Begriff des Verletzten wurde – nur verfahrensrechtlich – im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 1.7.2021 (Gesetz v. 25.6.2021 [BGBl. I, S. 2099]) umformuliert, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung einhergeht, BR-Drucks. 57/21, S. 41. Dies war erforderlich, da der Begriff des Verletzten neu in § 373b StPO definiert wurde und dieser Begriff nicht übereinstimmt mit dem weitergehenden Begriff der Vermögensabschöpfung.

henen Entschädigungsmodells. Nach § 111i Abs. 2 StPO ist die Staatsanwaltschaft in Fällen mit „mehreren Anspruchsberechtigten im Sinne des Abs. 1 S. 1“ gehalten, einen Insolvenzantrag über das Vermögen des Schuldners eines Vermögensarrests, § 111e StPO, auch schon im Ermittlungsverfahren zu stellen, wenn die bei diesem (und ggf. bei gesamtschuldnerischer Haftung auch bei anderen Beteiligten, § 73b StGB)[7] gesicherten Werte nicht ausreichen, um die von den Anspruchsberechtigten bei der Staatsanwaltschaft angemeldeten Ansprüche zu befriedigen (Mangelfall). Über den Verweis in § 459h Abs. 2 Satz 2 StPO gilt § 111i Abs. 2 StPO auch im Strafvollstreckungsverfahren bei einer rechtskräftigen Einziehungsanordnung.

1. Gläubigerantrag, § 14 InsO

Die Befugnis der Staatsanwaltschaft, einen Insolvenzantrag zu stellen, folgt nicht aus § 111i Abs. 2 StPO,[8] sondern aus § 14 InsO. Der dem Justizfiskus zustehende Anspruch auf Einziehung des Werts von Taterträgen nach § 73c StGB verschafft dem Staat eine eigene Gläubigerstellung.[9] Es handelt sich um einen in Geld zu erfüllenden Anspruch eigener Art.[10] Der ursprüngliche Anspruch auf Einziehung im Original entsteht in dem Moment und wird zugleich fällig, indem der Täter, Teilnehmer oder ein Dritter (§ 73b StGB) etwas aus einer Straftat erlangt.[11] Ab dem Zeitpunkt, zu dem es aus tatsächlichen Gründen nicht (mehr) möglich ist, den Tatertrag beim Schuldner selbst einzuziehen, wird aus dem Anspruch des Justizfiskus auf gegenständlichen Entzug eine Geldforderung im Umfang des Werts des Tatertrags. Korrespondierend hierzu verhält es sich mit dem zivilrechtlichen Anspruch des Verletzten[12] der Tat, z.B. gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB. Beide Ansprüche stehen unabhängig nebeneinander. Erst mit (vollständigem oder teilweisen) Erlöschen der zivilrechtlichen Forderung geht (nicht bei Verjährung) auch der staatliche Einziehungsanspruch unter, § 73e StGB (bzw. im Vollstreckungsverfahren, § 459g Abs. 4 StPO).

2. Zulassungsverfahren – Glaubhaftmachung oder Vollbeweis der Forderung(en)

a) Allgemeine Grundsätze

Der Anspruch auf ersatzweise Einziehung des Werts von Taterträgen verschafft der Staatsanwaltschaft die Stellung als Gläubiger. Die Zulässigkeit ihres Insolvenzantrags richtet sich daher nach den Vorschriften der InsO.[13] Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO ist der Antrag eines Gläubigers zulässig, wenn der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat und seine Forderung sowie den Eröffnungsgrund glaubhaft macht. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt dann voraus, dass ein Eröffnungsgrund tatsächlich gegeben ist, § 16 InsO.

Der Wortlaut des § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO fordert bei der Prüfung der Zulässigkeit des Antrags im Zulassungsverfahren damit nur die Glaubhaftmachung der Forderung und des Insolvenzgrundes. Der Vollbeweis der Forderung muss danach im Insolvenzeröffnungsverfahren nicht geführt werden, ausreichend ist vielmehr die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Bestehens der Forderung des Antragstellers.[14] Bei diesem Wortlaut ist die Rechtsprechung jedoch nicht stehengeblieben: Hängt das Vorliegen eines Eröffnungsgrunds vom Bestand der Forderung ab, derer sich der antragstellende Gläubiger berühmt, verlangt sie bereits im Eröffnungsverfahren ihren Vollbeweis, da ein Insolvenzverfahren ohne tatsächlichen Eröffnungsgrund nicht geführt werden darf.

Kommt es auf den Bestand der Forderung des Antragstellers an, so muss er als Gläubiger im Fall des Bestreitens seine Forderung beweisen, z.B. mittels Vorlage eines Titels. Anderenfalls ist der Antrag bereits unzulässig.[15] Nicht erheblich ist dabei, so stellte der IX. ZS des BGH im Beschl. v. 14.1.2021[16] klar, ob der Gläubiger eine einzige oder mehrere Forderungen gegen den Schuldner geltend macht, solange der Eröffnungsgrund vom Bestehen dieser Forderung abhängt. Dies gilt auch dann – und dies ist neu an der Entscheidung – wenn der antragstellende Gläubiger seinen Antrag zwar auf mehrere Forderungen stützt, diese aber auf gleich gelagerten, durch die vertragliche Gestaltung verknüpften Lebenssachverhalten beruhen, und zwar selbst, wenn weitere derartige Forderungen bei dem ursprünglichen Gläubiger verblieben sind und nicht ebenfalls an den Antragsteller abgetreten wurden. Dies ändert nichts an der Einheitlichkeit des ursprünglichen Rechtsverhältnisses.

b) Staatsanwaltschaft als antragstellende Gläubigerin

Auch unter Anwendung dieser vom IX. ZS des BGH aufgestellten Voraussetzungen genügt für die Zulässigkeit des Antrags der Staatsanwaltschaft gem. § 111i Abs. 2 StPO weiterhin allein die Glaubhaftmachung der Forderungen auf Einziehung des Werts von Taterträgen gem. § 73c StGB und des Insolvenzgrundes; Ersteres kann sie mittels Vorlage des Vermögensarrestes bzw. der rechtskräftigen Einziehungsentscheidung und Letzteren mittels der durchgeführten Finanzermittlungsmaß-

---

7 Höchstgrenze ist die Arrestsumme. Demgegenüber hält das LG Berlin, Beschl. v. 16.12.2020 – 514 Qs 29/20 die Vollziehung gegen jeden Gesamtschuldner bis zur vollen Arrestsumme für zulässig. Diese Auffassung würde einen staatsanwaltschaftlichen Insolvenzantrag gegen jeden Arrestschuldner zulassen, gegen den die Vollziehung nicht insgesamt gelang – und verlangte demgemäß nach einer deutlich restriktiveren insolvenzrechtlichen Kontrolle des Bestands der Forderung.

8 § 111i Abs. 2 StPO nennt nur die Umstände, unter denen die Staatsanwaltschaft einen Insolvenzantrag i.S.d. Anspruchsberechtigen stellen soll.

9 *Bittmann/Tschakert*, ZInsO 2017, 2657, 2665; BT-Drucks. 18/11640, S. 95; *Blankenburg*, ZInsO 2017, 1453 ff.; *Laroche*, ZInsO 2017, 1245 ff.

10 MünchKomm-InsO/*Breuer/Flöther*, § 88 Rn. 22.

11 BGH, Beschl. v. 18.2.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847 Rn. 6 (LS: Der Anspruch auf Einziehung von Wertersatz wird insolvenzrechtlich mit der Erlangung des Gegenstands begründet); BGH, Beschl. v. 11.12.2018 – 5 StR 198/18; *Bittmann/Tschakert*, ZInsO 2017, 2657, 2658; BT-Drucks. 18/11640, S. 95.

12 In materiell-rechtlicher Hinsicht ist es beim Begriff des „Verletzten“ geblieben.

13 BGH, Beschl. v. 10.6.2020 – 5 ARs 17/19, u.a., ZInsO 2020, 1648 Rn. 27.

14 BGH, Beschl. v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20, ZInsO 2021, 377 Rn. 6; *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 14 Rn. 110.

15 BGH, Beschl. v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20, ZInsO 2021, 377 Rn. 3.

16 BGH, Beschl. v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20, ZInsO 2021, 377 Rn. 8; Beschl. V. 29.11.2007 – IX ZB 12/07, ZInsO 2008, 103.

nahmen glaubhaft machen.[17] Die Staatsanwaltschaft kann beim Insolvenzantrag nach § 111i Abs. 2 StPO (im Vollstreckungsstadium i.V.m. § 459h Abs. 2 Satz 2 StPO) gar nicht in die Situation kommen, ihre Einziehungsforderungen *für die Zulässigkeit* ihres Insolvenzantrags beweisen zu müssen. Denn der Antrag setzt das Vorliegen eines Mangelfalls voraus, der nur dann gegeben ist, wenn der Umfang der aufgrund des Vermögensarrestes (§ 111e StPO)[18] gesicherten Werte nicht ausreicht, um die von *mehreren* Anspruchsberechtigten i.S.d. § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO bei der Staatsanwaltschaft geltend gemachten Ansprüche vollständig zu befriedigen.

Zur Prüfung und Feststellung eines Mangelfalls hat die Staatsanwaltschaft

- den Wert der in Vollziehung des Vermögensarrestes gesicherten bzw. den Erlös aus der Verwertung der eingezogenen Gegenstände einerseits

  und

- die von den Anspruchsberechtigten i.S.d. § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO ihr gegenüber angemeldeten Ansprüche andererseits (soweit diese Ansprüche Gegenstand des Vermögensarrestes bzw. der Einziehungsanordnung sind)

gegenüberzustellen. Anspruchsberechtigt gem. § 111i Abs. 1 Satz 1 StPO sind dabei nur die (materiell-rechtlich) Verletzten „aus der Tat".[19] Da dies im Mangelfall nur mehrere sein können, darf die Staatsanwaltschaft einen Insolvenzantrag zwar aufgrund einheitlicher Einziehungsforderung[20] stellen, aber eben nur dann, wenn sich diese aus der Addition mindestens zweier von Verletzten bei ihr geltend gemachter Ansprüche zusammensetzt.

Da die jeweilige Anlasstat zugleich die Quelle sowohl des Ersatzanspruchs der Staatsanwaltschaft als auch die des materiell-rechtlich Verletzten bildet, liegt insoweit zwar ein einheitlicher Lebenssachverhalt i.S.d. Rechtsprechung des IX. ZS des BGH vor.[21] Demzufolge können beide Ansprüche *für die Zulässigkeit des Insolvenzantrags* nur als ein einziger Anspruch gelten.[22] Das führt aber nicht etwa dazu, dass der Eröffnungsgrund allein vom Bestand der Einziehungsforderung abhinge. Der Schuldner ist nämlich selbst dann zahlungsunfähig, wenn keine strafrechtliche Einziehungsforderung besteht, weil er daneben zumindest zwei eigenständigen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen zweier Insolvenzgläubiger i.S.v. § 38 InsO ausgesetzt ist. Wenngleich sich zwar die Verbindlichkeiten aufgrund strafrechtlicher Einziehung und zivilrechtlich aus Delikt wirtschaftlich decken, resultieren die mehreren deliktischen Ansprüche und ebenso die addierte Arrestsumme gerade nicht aus insgesamt nur einem und damit einheitlichen Lebenssachverhalt. Vielmehr handelt es sich um mindestens zwei selbstständige Verbindlichkeiten des Schuldners. Weil jedenfalls die zivilrechtlichen Ansprüche weder rechtlich noch wirtschaftlich voneinander abhängen, stammen sie i.S.d. Rechtsprechung des IX. ZS des BGH aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten. Die Einziehungsforderung der Staatsanwaltschaft ist damit nie insolvenzbegründend, denn es gibt neben ihr mindestens zwei weitere Gläubiger.[23]

III. Fazit

Der Beschluss des IX. ZS des BGH führt zu keiner Änderung in Bezug auf die Anforderungen an den Insolvenzantrag der Staatsanwaltschaft als Gläubigerantrag, § 14 InsO. Zwar bilden der staatliche Einziehungsanspruch (Einziehung des Werts von Taterträgen, § 73c StGB) und der mit diesem im Umfang korrespondierende Anspruch eines Anspruchsberechtigten i.S.d. § 111i Abs. 2 StPO (= materiell-rechtlich Verletzten) für die Zulässigkeit eines Gläubigerantrags nur eine Forderung.[24] Da die Staatsanwaltschaft den Insolvenzantrag gem. § 111i Abs. 2 StPO jedoch nur dann stellen darf, wenn es mehrere (also mindestens zwei) Anspruchsberechtigte gibt, d.h. mehrere Gläubiger, liegen dem Antrag immer zumindest zwei auf unterschiedlichen Lebenssachverhalten beruhende Forderungen zugrunde. Die Staatsanwaltschaft kann damit gar nicht in die Situation geraten, den Vollbeweis ihrer Einziehungsforderung erbringen zu müssen, weil diese nie als einzige den Insolvenzeröffnungsgrund bildet: Glaubhaftmachung mittels Vermögensarrests genügt demnach immer.

17 *Tschakert*, ZInsO 2019, 2148, 2150; *Bittmann*, NStZ 2021, 149, 152; *Konczalla*, InsbürO 2020, 153, 156 f.; *Pape* (Fn. 14), § 14 Rn. 110, MünchKomm-InsO/*Vuia*, § 14 Rn. 6. a.A. LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 12.4.2019 – 1 T 29/19.

18 Im Vollstreckungsverfahren aufgrund der rechtskräftigen Einziehungsanordnung.

19 *Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert* (Fn. 3), Rn. 738.

20 Im Tenor werden die verschiedenen Forderungen der Anspruchsberechtigten addiert.

21 *Bittmann*, NStZ 2021, 149, 152.

22 In diesem Sinne bereits *Tschakert*, ZInsO 2019, 2148, 2150.

23 *Bittmann*, NStZ 2021, 149, 152; *Tschakert*, ZInsO 2019, 2148, 2150.

24 Ebenso *Bittmann*, NStZ 2021, 149, 152; *Tschakert*, ZInsO 2019, 2148, 2150.

Informationsquellen und -verpflichtungen der Staatsanwaltschaft in Insolvenz- und Wirtschaftsstrafsachen

von Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Wirtschaftsstraftaten, zumal Insolvenzdelikte, werden allgemein der „Holkriminalität" zugerechnet.[1] *Entsprechende Ermittlungsverfahren beruhen mithin regelmäßig auf von Amts wegen betriebenen Untersuchungen. Hierzu sind die Staatsanwaltschaften auf vielfältige Informationen angewiesen. Die Ermittlungsbehörden sind selbst aber auch ihrerseits zu Informationsweitergaben verpflichtet.*

1 So bereits *Diversy*, ZInsO 2005, 180.

I. Informationsquellen der Staatsanwaltschaft[2]

1. Strafanzeigen

Der Staatsanwaltschaft werden Strafanzeigen wegen Wirtschaftsdelikten in sehr unterschiedlichem Maße zugeleitet. Während bei spektakulären Zusammenbrüchen von Kapitalanlagefirmen, wie bspw. dem 2019 insolvent gewordenen Containervermieter *P & R* oder aktuell der *Wirecard AG*, meist sehr schnell eine große Zahl von Geschädigten mit Anzeigen wegen Betrugs (§ 263 StGB) reagieren,[3] bleibt etwa die Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO) normalerweise lange unentdeckt. Die Ermittlungsbehörden reagieren auf Anzeige überdies sehr unterschiedlich. Während nur aus kurzen pauschalen Vorwürfen bestehenden anonymen Anschuldigungen oft nicht weiter beachtet werden, ändert sich dies bei detaillierten Schilderungen sehr schnell, auch wenn diese von ungenannten Verfassern stammen. Eine Leitlinie bietet hier § 152 StPO, in dem das Legalitätsprinzip verankert ist; hiernach sind entsprechende Verfahren (nur) dann zu führen, wenn ein Anfangsverdacht vorliegt. Dessen Voraussetzungen sind im Gesetz nicht weiter definiert. Erforderlich sind jedenfalls konkrete Tatsachen, die auf Straftaten hindeuten. Kriminalistische Erfahrungen dürfen dabei auch zurate gezogen werden,[4] wie etwa die auf empirischen Untersuchungen[5] beruhende Feststellung, dass 90 % aller Anträge auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens verspätet gestellt worden sind.[6]

2. Eigenaufgriffe

Eigenaufgriffe, mithin Verfahren, die durch die Ermittlungsbehörden ohne konkrete Hinweise von Amts wegen eingeleitet werden, sind praktisch sehr selten. Sie können etwa dann infrage kommen, wenn Medien über angebliche Straftaten ausführlich informieren. Die Staatsanwaltschaft lassen hier aber besondere Vorsicht walten, bevor sie einen Anfangsverdacht im v.g. Sinne annehmen. Gerade Medienberichte ermöglichen regelmäßig keine Rückschlüsse auf die Grundlagen, die zu den Veröffentlichungen geführt haben. Missliebige Konkurrenten oder enttäuschte (frühere) Mitarbeiter treten nicht selten aus sachfremden (Rache-)Motiven an Journalisten heran, die dann nur zu leicht vermeintlich skandalöse Machenschaften an den Tag bringen, welche sich erst geraume Zeit später als objektiv unzutreffend herausstellen. Vor Verfahrenseinleitungen auf einer solchen Basis sind auf jeden Fall sorgfältige Prüfungen der Faktenlage unverzichtbar.

3. Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen – MiZi[7]

Die MiZi ist eine von den Landesjustizverwaltungen bundeseinheitlich in Kraft gesetzte Verwaltungsvorschrift, die auf § 12 Abs. 5 EGGVG beruht. Sie enthält eine Fülle von Unterrichtungspflichten gegenüber einer Vielzahl von justizinternen und -externen Stellen. Für das Wirtschaftsstrafverfahren besonders bedeutsam sind:

- die Pflicht des Vollstreckungsgerichts, die Staatsanwaltschaft zu unterrichten über Eintragungen in das Schuldnerverzeichnis (§ 882b ZPO), wenn das Verfahren eine AG, eine KGaA, eine GmbH oder eine Genossenschaft betrifft. Dasselbe gilt, wenn das Verfahren eine OHG oder eine KG zum Gegenstand hat, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist (MiZi Zweiter Teil Abschn. 3 VII 2)
- die Pflicht des Insolvenzgerichts die Staatsanwaltschaften zu unterrichten zu unterrichten über
  - die Abweisung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse (MiZi Zweiter Teil Abschn. 3 IX 2)
  - die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (MiZi Zweiter Teil Abschn. 3 IX 3).

Diese Unterrichtungspflichten sollen die Staatsanwaltschaften in die Lage versetzen, bei den erfassten Aktivitäten der Vollstreckungs- bzw. Insolvenzgerichte Anhaltspunkte für strafbares Verhalten zu prüfen, mithin das Vorliegen eines Anfangsverdachts zu klären.[8] Die Regelungen der MiZi wurden in der Vergangenheit – aus Sicht des Strafverteidigers – in Zweifel gezogen.[9] Die hier geäußerten Bedenken schlagen aber nicht durch. Zum einen begründen die bereits erwähnten empirischen Untersuchungen[10] bei solchen unternehmensbezogenen Vorkommnissen regelmäßig einen Anfangsverdacht i.S.d. § 152 StPO. Zum anderen ist, wie *Bittmann* überzeugend gezeigt hat,[11] auch bei Auswertung von MiZi-Mitteilungen kein besonders schutzwürdiges Interesse des betroffenen Unternehmens bzw. der Unternehmensorgane betroffen. Gerade im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren informieren alle Insolvenzgerichte über die die allgemein zugängliche Seite *www.insolvenzbekanntmachungen.de*. MiZi-Mitteilungen enthalten keine über diese Informationen hinausgehenden Erkenntnisse. Es ist der Ermittlungsbehörden aber unbenommen, sich aus solchen öffentlich einschränkungslos zur Verfügung stehenden Quellen zu informieren, schon zur Klärung des verbreitet bei Wirtschaftsdelikten angenommenen Dunkelfeldes.[12] Wird aus der MiZi-Mitteilung etwa deutlich, dass der Insolvenzantrag durch eine Krankenkasse gestellt worden ist, liegt der Anfangsverdacht einer Beitragsvorenthaltung (§ 266a

2 S. dazu einführend *Bittmann*, in: Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 passim; *Pelz*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Kap. 9, Rn. 430 ff.; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, 10. Aufl. 2016, Rn. 166 ff.

3 Hierbei spielt auch oft die – im Normalfall vergebliche – Hoffnung, eine Rolle, die Ermittlungsbehörden könnten eine Schadenswiedergutmachung herbeiführen; *Schulz*, in: Bittmann (Fn. 2), § 15 Rn. 3, spricht in diesem Zusammenhang von der bei Geschädigten verbreitet bestehenden Hoffnung auf ein „strafrechtliches Quasi-Inkasso".

4 Meyer-Goßner/Schmitt/*Schmitt*, StPO, 64. Aufl. 2021, § 152 Rn. 4.

5 S. z.B. *Kirstein*, ZInsO 2006, 966.

6 Ausführlich *Weyand*, ZInsO 2016, 441; a.A. und sehr kritisch *Püschel*, ZInsO 2016, 262. S. auch *Püschel/Paradissis* ZInsO 2016, 1786: „Schnüffeljustiz".

7 Die MiZi ist etwa durch das Justizministerium Baden-Württemberg in Die Justiz 2018, 509, veröffentlicht. Zu ihrer Bedeutung für die Staatsanwaltschaft s. bereits *Baumgarte*, wistra 1991, 171.

8 *Richter*, in: Müller/Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 76, Rn. 20 m.w.N.

9 *Püschel/Paradissis*, ZInsO 2016, 1786.

10 *Kirstein*, ZInsO 2006, 966.

11 *Bittmann* (Fn. 2), § 1 Rn. 11.

12 S. dazu *Fridrich*, in: Müller-Gugenberger (Fn. 8), § 2 Rn. 21 m.w.N.

StGB) zudem auf der Hand, desgleichen der der Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO), wenn der eine Kapitalgesellschaft betreffende Antrag mangels Masse abgelehnt wird.

Folge der Unterrichtung auf der Grundlage der MiZi ist in den v.g. Fällen bei ersichtlichem Anfangsverdacht jeweils die Einleitung eines förmlichen Verfahrens, das im Js-Register der Staatsanwaltschaften eingetragen wird. Anderenfalls werden (zunächst) AR-Verfahren[13] registriert, in denen die Ermittlungsbehörden Verdachtsklärungsmaßnahmen betreiben, die man auch mit dem in der StPO nicht verankerten Begriff der „Vorermittlungen" bezeichnet.[14] In beiden Fällen fordern die Staatsanwaltschaften die Akten des Insolvenzgerichts an und werten diese aus.

Der seit geraumer Zeit heftig geführte Streit,[15] inwieweit das „Insolvenzgeheimnis" (§ 97 Abs. 3 InsO) Ermittlungen erschwert oder gar verhindert, soll hier nicht erneut weiter vertieft werden. Jedenfalls sind die im Insolvenzverfahren abgegebenen Erklärungen des Schuldners nicht umfassend einer strafrechtlichen Verwertung entzogen. Eine einheitliche Linie aufseiten der Gerichte ist hierzu bislang nicht festzustellen.[16] Die Problematik bleibt weiter letztlich ungeklärt,[17] ohne dass es indes in der Staatsanwaltschaftlichen Praxis zu nennenswerten Problemen kommt.

II. Staatsanwaltschaft als Informationsquelle anderer Stellen

1. Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen – MiStra

Eine bundeseinheitliche Vereinbarung über Mitteilungen in Strafsachen existiert bereits seit Ende der 50er Jahre: 1958 haben sich die Landesjustizminister auf eine gemeinsame Verwaltungsanweisung – die „Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen" (MiStra) – geeinigt, die zum 15.1.1958 in Kraft trat.[18] In der Folgezeit wurde die MiStra vielfach geändert und ergänzt. Die aktuelle Neufassung gilt seit dem 1.5.2019;[19] ihre gesetzliche Grundlage findet sich in § 14 EGGVG. Die MiStra umfasst insgesamt 43 einzelne Mitteilungspflichten. Beispielhaft seien folgende Einzelregelungen mit möglichen Konsequenzen für die Betroffenen erwähnt, die im Zusammenhang mit Wirtschaftsdelikten im Hinblick auf die jeweils kurz angesprochenen schwerwiegenden Folgen immer wieder besondere praktische Bedeutung erlangen:

- MiStra Nr. 23: Sie regelt Mitteilungspflichten bei Angehörigen der rechtsberatenden Berufe. Auch Verurteilungen zu Geldstrafen können hier einen Zulassungsentzug rechtfertigen, wobei eine Wiederzulassung nach 5 Jahren,[20] in gravierenden Fällen, etwa bei Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr, erst nach 10 – 15 Jahren,[21] infrage kommt
- MiStra Nr. 26: Sie betrifft Angehörige der Heilberufe, namentlich Ärzte und Apotheker, aber auch deren Hilfspersonen. Verurteilungen wegen Steuerdelikten führen zwar nicht immer zum Approbationsentzug. Dieser ist aber dann angezeigt, wenn ein schwerwiegendes beharrliches steuerliches Fehlverhalten die Annahme rechtfertigt, der Arzt setze sich im eigenen finanziellen Interesse in einem erheblichen Maß über strafbewehrte Bestimmungen hinweg, die im Interesse der Allgemeinheit bestehen[22]
- MiStra Nr. 36: Sie betrifft Inhaber von waffen- oder sprengstoffrechtlichen Erlaubnissen. Verurteilungen wegen Wirtschaftsdelikte führen regelmäßig zum Entzug des Waffenscheins[23]
- MiStra Nr. 37: Sie betrifft Inhaber von Jagdscheinen. Machen diese sich eines Vermögensdelikts schuldig, müssen mit dem Entzug der Jagderlaubnis rechnen[24]
- MiStra Nr. 38: Sie betrifft Inhaber von Pilotenscheinen. Begehen diese Straftaten, sind entsprechende Entscheidungen dem Luftfahrt-Bundesamt zu melden. Jedenfalls bei Verurteilungen zu mehr als 60 Tagessätzen fehlt es an der (weiteren) Zuverlässigkeit, sodass die Flugerlaubnis zu entziehen ist[25]
- MiStra Nr. 39: Sie stellt sicher, dass die Gewerbebehörden Kenntnis von Verfehlungen erlangen, die auf eine Unzuverlässigkeit i.S.d. § 35 GewO schließen lassen können.[26] Gerade im Zusammenhang mit Firmenzusammenbrüchen bzw. unternehmensbezogenen Straftaten werden Gewerbeuntersagungen sehr schnell ausgesprochen, wie vielfältige aktuelle Entscheidungen den VG belegen.[27]

---

13 AR ist die Abkürzung für „Allgemeines Register".

14 S. dazu weiter *Bittmann* (Fn. 2), § 1 Rn. 12 f.

15 S. dazu bereits *Diversy*, ZInsO 2005, 180. Vgl. weiter *Püschel*, FS AG Strafrecht im DAV, S. 759, *ders.*, ZInsO 2016, 262, *Weyand*, ZInsO 2016, 441, sowie *Haarmeyer*, ZInsO 2016, 545.

16 Als erstes Gericht hatte sich das LG Stuttgart mit der Problematik befasst, s. LG Stuttgart, Beschl. v. 21.7.2000 – 11 Qs 46/2000, ZInsO 2001, 135, m. Anm. *Richter*, wistra 2000, 440, und *Weyand*, ZInsO 2001, 108. Jüngst LG Frankfurt/O., Beschl. v. 28.10.2019 – 22 Wi Qs 6/19, NZI 2020, 1070. Vgl. auch AG Frankfurt/O., Beschl. v. 14.8.2019 – 412 Cs 237 Js 4412/18 (72/19), ZInsO 2019, 2483, m. Anm. *Köllner*, NZI 2019, 15, und *Wilke/Knauth*, NZWiSt 2020, 207, ferner AG Frankfurt/O., Beschl. v. 26.11.2018 – 412 Ds 237 Js 13913/17 (2/18), n.v., m. Anm. *Buchholz*, jurisPR-InsR 6/2019, Anm. 3. Zur Frage der Verwertbarkeit von Angaben gegenüber einem vom Insolvenzgericht bestellten Sachverständigen s. OLG Celle, Beschl. v. 19.12.2012 – 32 Ss 164/12, ZInsO 2013, 731, sowie OLG Jena, Beschl. v. 12.8.2010 – 1 Ss 45/10, ZInsO 2011, 732.

17 S. erschöpfend *Bittmann* (Fn. 2), § 1 Rn. 16 ff., sowie *Richter* (Fn. 8), § 76 Rn. 23 ff.

18 BAnZ 1958 Nr. 12.

19 Die letzte Veröffentlichung ist erfolgt im BAnZ AT 8.4.2019 B1. Die MiStra findet sich überdies z.B. bei *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 4), im Anh. 13.

20 BGH, Urt. v. 14.1.2019 – AnwZ (Brfg) 50/17, AnwBl 2019, 294.

21 AGH NRW, Urt. v. 14.2.2020 – 1 AGH 28/19, n.v.

22 OVG Münster, Beschl. v. 3.2.2020 – 13 A 296/19, NWVBl 2020, 425.

23 So bereits BVerwG, Urt. v. 30.11.1989 – 3 C 92/87, NJW 1990, 1864; VGH Bayern, Beschl. v. 28.6.2017 – 21 CS 17.196, ZInsO 2017, 1727. S. auch VG Mainz, Beschl. v. 27.4.2011 – 1 L 219/11.MZ, n.v.

24 S. etwa OVG Hamburg, Urt. v. 21.8.2018 – 5 Bf 25/17, DÖV 2019, 37.

25 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 25.4.2019 – 8 K 11837/17, ZInsO 2019, 2174.

26 *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, 9. Aufl. 2020, § 35 Rn. 198.

27 Vgl. beispielhaft aus jüngerer Zeit etwa VGH Bayern, Beschl. v. 29.3.2017 – 22 ZB 17.244, ZInsO 2017, 1221; VG Köln, Urt. v. 20.3.2019 – 1 K 2317/18, ZInsO 2019, 1222; OVG Bautzen, Beschl. v. 5.9.2019 – 6 B 4/19, n.v.; VG München, Urt. v. 16.6.2020 – M 16 K 17.6016, n.v.; VG Würzburg, Urt. v. 2.7.2020 – W 6 K 20.380, n.v.; OVG Saarlouis, Beschl. v. 28.8.2020 – 1 B 174/20, NZG 2020, 1153; VG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2020 – 6 L 1700/20, n.v.; VGH Bayern, Beschl. v. 3.3.2021 – 22 ZB 20.1576, ZInsO 2021, 969.

Allen auf MiStra-Mitteilungen beruhenden verwaltungs- bzw. standesgerichtlichen Entscheidungen ist gemeinsam, dass ein konkreter Bezug der begangenen Straftat zu den erlaubnispflichtigen Umständen nicht gefordert wird. Vereinfacht ausgedrückt: Wirtschaftsdelikte indizieren normalerweise eine umfassende Unzuverlässigkeit in allen anderen – vor allem beruflichen – Bereichen.[28]

2. Ausgewählte weitere Mitteilungsgrundlagen

Die Befugnisse der Ermittlungsbehörden und der Gerichte zur Übermittlung personenbezogener Daten richten sich allgemein nach den §§ 12 ff. EGGVG. Der Gesetzgeber hat aber eine Vielzahl spezialgesetzlicher Regelungen geschaffen, die auch von den Ermittlungsbehörden neben den MiStra-Mitteilungen zu beachten sind, wobei sich die Obliegenheiten teilweise überschneiden.[29] Einige für die Praxis des Wirtschaftsstrafverfahrens besonders bedeutsame Normen sollen nicht unerwähnt bleiben.[30]

a) Mitteilungen nach § 116 AO[31]

Die Finanzbehörden sind verpflichtet, Steuern gleichmäßig festzusetzen und zu erheben (§ 85 AO). Hierzu müssen sie über möglichst umfassende Informationen zu Sachverhalten verfügen, die eventuelle steuerlich relevant sein können. Neben spezialgesetzlichen Regelungen[32] ist in diesem Zusammenhang insbesondere § 116 AO zu erwähnen, der auch von den Ermittlungsbehörden beachtet werden muss. Die Bestimmung wird in der Praxis teilweise nicht berücksichtigt, schon weil ihre Existenz nicht allen Adressaten bewusst ist.[33] Sie verpflichtet die Ermittlungsbehörden, aber auch z.B. Gerichte jedes Gerichtszweiges, dienstlich erlangte Tatsachen, die „auf eine Steuerstraftat schließen lassen", den Finanzbehörden mitzuteilen. Ein Anfangsverdacht i.S.d. § 152 StPO ist nicht erforderlich. Es genügt, dass ein Sachverhalt vorliegt, der mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bzw. nach kriminalistischer Erfahrung auf Steuerstraftaten schließen lässt. Die zur Informationsweitergabe verpflichteten Stellen müssen hierbei keine eigenen weitergehenden Ermittlungen anstellen.[34] Entsprechende Mitteilungen kommen bspw. infrage[35]

- bei Betrügereien im Zusammenhang mit nicht angemeldeten Gewerben
- wenn sich Hinweise auf gewerbsmäßige EBAY-Geschäfte ergeben
- beim Betreiben eines „kriminellen Gewerbes", z.B. als Hehler oder Waffenhändler, aber auch als Prostituierte
- bei illegalem Glückspiel
- bei „Schwarzbrennen" von Alkohol
- wenn ungewöhnliche Bargeschäfte getätigt werden, die z.B. auf Schmiergeldzahlungen hinweisen.

Die Mitteilungen ergehen entweder an das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) oder aber – in der Praxis eher relevant – an die örtlich zuständige Finanzbehörde. Staatsanwaltschaften fertigen hierzu üblicherweise Aktenkopien oder zumindest Auszüge aus ihren eigenen Ermittlungsakten. So liegen auch etwaige Beweismittel, also bspw. Zeugenaussagen oder Kontounterlagen, der Finanzbehörde gleichfalls direkt vor.[36]

b) Mitteilungen nach § 122 WpHG[37]

Das deutsche Insiderstrafrecht wurde aufgrund europarechtlicher Vorgaben in jüngerer Vergangenheit vielfach ergänzt und erweitert.[38] Es hat sich mittlerweile zu einer völlig unübersichtlichen Rechtsmaterie entwickelt, die zu Recht als negatives Beispiel für eine hypertrophe Gesetzgebungstätigkeit genannt wird.[39] Das Gesetz über den Wertpapierhandel (WpHG) enthält – neben der mehr als 100 Tatbestände umfassenden Bußgeldnorm des § 120 WpHG – mit § 119 WpHG auch eine Strafbestimmung, die u.a. Marktmanipulationen und Insidergeschäfte mit Sanktionen bedroht. Um der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ihre Überwachungs- und Kontrollaufgaben zu erleichtern, schafft § 122 WpHG für die Ermittlungsbehörden weitreichende Unterrichtungs- und Beteiligungspflichten.[40] Insoweit gilt:

- bereits über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Verstößen gegen § 119 WpHG ist zu informieren (§ 122 Abs. 1 Satz 1 WpHG)
- die Staatsanwaltschaft muss der BaFin Anklageschriften, Strafbefehlsanträge bzw. Einstellungsverfügungen mitteilen; bei Einstellungen ist der Verwaltungsbehörde zuvor rechtliches Gehör zu gewähren (§ 122 Abs. 1 Satz 2, 3 WpHG)
- das Gericht hat die BaFin über Hauptverhandlungstermine zu unterrichten (§ 122 Abs. 2 WpHG)
- der BaFin sind ferner Kopien des Urteils bzw. einer anderen verfahrensabschließenden Entscheidung[41] zuzuleiten (§ 122 Abs. 2 WpHG)

---

28 S. ergänzend noch *Bohnert/Szesny*, in: Volk/Beukelmann, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 33 Rn. 514 ff.

29 S. etwa Nr. 25 MiStra und § 60a KWG; Nr. 25a MiStra und § 122 WpHG.

30 Für den Bereich der allgemeinen Kriminalität s. z.B. § 87 AufenthG für Mitteilungen an die Ausländerbehörden zu Umständen, die für ausländerrechtliche Konsequenzen wichtig sein können.

31 Zu dieser Norm s. bereits *Weyand*, INF 2007, 397.

32 S. z.B. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG (bei Schmiergeldverdacht), § 32 Abs. 6 GWG (bei Geldwäscheverdacht), § 6 Abs. 4 SchwarzArbG (bei Verdacht der Schwarzarbeit), § 12a Abs. 8 Satz 3 i.V.m. Abs. 8 Satz 2 Nr. 3 ZollVG (bei Bargeldentdeckung durch Zollbehörden), sowie die zu § 93a AO ergangene Mitteilungsverordnung – MV, BStBl. I 1999, S. 524.

33 S. dazu *Brandis*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 116 AO Rn. 1 und Rn. 4.

34 *Brandis* (Fn. 33), § 116 AO Rn. 3.

35 S. etwa *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 116 AO Rn. 31, *Brandis* (Fn. 33), § 116 AO Rn. 3; jeweils m.w.N.

36 Das BZSt stellt hierzu auch einen Vordruck zur Verfügung, s. *www.bzst.de/SharedDocs/ExterneLinks/DE/BFinV-Formularserver/010158_mitteilung_steuersteraftat.html*.

37 S. dazu *Spoerr*, in: Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 122 WpHG Rn. 8 ff.

38 Vgl. weiter *Ambrosio*, in: Müller-Gugenberger (Fn. 8), § 68, passim.

39 *Theile*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 39 WpHG a.F. Rn. 1 m.w.N. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der durchgängig als Blankettnormen ausgestalteten Bestimmungen s. etwa *Spoerr* (Fn. 37), Vor § 119 WpHG Rn. 33 ff.

40 S. ausführlich *Spoerr* (Fn. 37), § 122 WpHG Rn. 8 ff.

41 Etwa eine Einstellung gegen Geldauflage gem. § 153a StPO.

Identische Mitteilungspflichten bestehen bei „Kapitalmarktstrafsachen“[42] (§ 122 Abs. 4 WpHG); hierunter fallen etwa Verstöße gegen die in den §§ 283 ff. StGB normierten Insolvenzdelikte bzw. Betrugs- und Untreuehandlungen (§§ 263, 266 StGB), soweit sie von Verantwortlichen eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens begangen werden.

Schließlich „sollen“ Ermittlungsbehörden die BaFin informieren, wenn Tatsachen bekannt werden, die auf Missstände bei dem Betrieb eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens auftauchen, § 122 Abs. 5 WpHG, z.B. dann, wenn Mitarbeiter einer solchen Institution wegen Vermögensdelikten auffällig werden.[43]

c) Mitteilungen nach § 60a KWG[44]

Die in § 60a KWG normierte Mitteilungspflicht gegenüber der BaFin verfolgt eine im Hinblick auf § 122 WpHG vergleichbare Intention: Auch hierdurch sollen der BaFin Überwachungs- und Kontrollaufgaben erleichtert werden. Die in der Norm verankerten Obliegenheiten betreffen Verfahren, die sich gegen Verantwortliche von Instituten i.S.d. § 1 KWG richten oder aber nach § 3 KWG verbotene Geschäfts bzw. Bankgeschäfte ohne die nach § 32 Abs. 1 KWG erforderliche Erlaubnis zum Gegenstand haben; dies ist strafbar nach § 54 KWG. Hier müssen gleichfalls Kopien von Anklagen, Strafbefehlsanträgen bzw. anderweitige verfahrensabschließende übersandt werden; bei Zuwiderhandlungen gegen § 54 KWG ist schon die Verfahrenseinleitung mitzuteilen.

III. Fazit

Ob und inwieweit der Ermittlungsbehörden ihren vorstehend beschriebenen Mitteilungspflichten tatsächlich in vollem Umfang nachkommen, wurde bislang nicht untersucht. Säumnisse sind strafrechtlich irrelevant, können aber – theoretisch – disziplinarrechtliche Folgen haben.[45] Jeder Beschuldigte muss damit rechnen, dass strafrechtliche Sanktionen auch zu außerstrafrechtlichen Konsequenzen führen, die teilweise ganz erhebliche Auswirkungen auf den Berufs- und Lebensweg bzw. das weitere geschäftliche Schicksal des Betroffenen haben können. Gerade in der Beratungspraxis sind solche Nebenwirkungen in den Blick zu nehmen und sorgfältig zu bedenken.[46]

42 Zu diesem Begriff s. weiter *Spoerr* (Fn. 37), § 122 WpHG Rn. 23 ff.

43 S. weiter *Spoerr* (Fn. 37), § 122 WpHG Rn. 27 ff.

44 S. in diesem Zusammenhang schon *Wegner*, PStR 2009, 10.

45 S. etwa *Spoerr* (Fn. 37), § 122 WpHG Rn. 21.

46 Ausführlich hierzu *Parigger*, StraFo 2011, 447 sowie *Röth*, StraFo 2012, 354.

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung

Eckhart Müller/Reinhold Schlothauer/Christoph Knauer (Hrsg.), 3. Aufl. 2022, 3148 S., 239 €, C.H. Beck

Strafverteidigung ist – anders als in vielen Filme, in denen der Verteidiger zielsicher nach kürzester Zeit seinen Mandanten auf möglichst unkonventionelle Art und Weise entlastet – regelmäßig mühevoll und schwierig. Es gilt, neben formellen und materiellen Rechtsproblemen auch das gesamte Feld der Kriminalistik, der Ermittlungstechniken und -praktiken, der Tätigkeit von Sachverständigen sowie von möglichen Nebenfolgen drohender Sanktionen im Blick zu halten.

Nach 7 Jahren ist die Neuauflage des eingeführten und bewährten Standardwerks erschienen, das diese Problemfelder auf vorbildliche Art und Weise abdeckt. Die Darstellung verfahrensrechtlicher Probleme steht naturgemäß im Vordergrund. Jeder Schritt des Verfahrens, von der Aufnahme von Ermittlungen bis hin zu Rechtsmitteln gegen Urteile sowie der Verteidigertätigkeit nach Rechtskraft einer verhängten Strafe, wird akribisch erläutert. Dies entspricht dem Standard. Einzigartig ist das Handbuch aber durch die Einblicke, die über den Tellerrand des Strafverfahrensrechts weit hinausgehen. Forensische Wissenschaften und Kriminaltechnik werden breit gewürdigt. Im Fokus steht gleichfalls der sachgerechte Umgang mit Sachverständigen, seien es Gerichtspsychiater, seien es Rechtsmediziner oder technisch Fachkundige. Gerade die Bedeutung solcher Experten nimmt auch in Strafverfahren immer weiter zu; kaum einer der großen Prozesse, deren Gegenstand Firmenzusammenbrüche oder groß angelegte Betrügereien waren, konnte in den letzten Jahren etwa auf Wirtschaftsforensiker verzichten. Der Leser findet überdies nicht nur Ratschläge, wie (Zwischen- oder Abschluss-)Plädoyers aufzubauen und zu fassen sind, sondern auch – teils schon fast philosophisch anmutende – Hinweise zur optimalen Rhetorik („7 Sterne, nach denen der Redner greifen soll“, § 37 Rn. 12), die man bspw. auch als Staatsanwalt beherzigen sollte. Ausführungen zum Vergütungs-, zum Berufs- und zum Haftungsrecht sowie zu finanziellen und steuerlichen Aspekte der Strafverteidigung runden die Darstellung ab.

Materiell-rechtliche Ausführungen beschränken sich hingegen auf wenige Deliktsfelder. Hier stehen Kapitalstrafsachen, Betäubungsmittel- und Arztstrafverfahren sowie Sexualdelikte und – mittlerweile sehr praxisrelevant – Cybercrime im Zentrum. Wirtschaftsdelikte werden bis auf wenige Hinweise, wie etwa zu der in § 6 Abs. 2 GmbHG verankerten Inhabilität nach einer Verurteilung (§ 33 Rn. 47), nicht gesondert gewürdigt – eine Entscheidung, die angesichts der besonderen und immer weiter zunehmenden Relevanz dieses Kriminalitätsfeldes bei der Folgeauflage durchaus überdacht werden sollte.

Mehr als 90 Autoren wirken an der Neuauflage des Handbuchs mit. Sie sind überwiegend als Anwälte tätig, arbeiten aber auch

als Polizeibeamte, Psychiater, Gerichtsmediziner oder Sachverständige, was die Praxisnähe und Sachkunde der jeweiligen fachspezifischen Ausführungen garantiert. Die Darstellung ist trotz dieser großen Zahl von Verfassern sehr aktuell. So wird etwa der Beschluss des BGH v. 27.1.2021 – StB 44/20, ZInsO 2021, 494, nach dem der Insolvenzverwalter Berufsgeheimnisträger von der Schweigepflicht wirksam entbinden kann, schon (zustimmend) gewürdigt (§ 54 Rn. 20), desgleichen (§ 39 Rn. 204) die seit Frühjahr 2021 explizit gesetzlich verankerte Privilegierung von Verteidigerhonoraren im Geldwäschetatbestand (§ 261 Abs. 1 Satz 3 StGB.

Alles in allem ein unentbehrliches Handwerkszeug für den Strafverteidiger, dem die jetzt erschienene Neuauflage uneingeschränkt und nachdrücklich empfohlen werden kann.

Raimund Weyand

Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder

Semler/v. Schenk/Wilsing, 5. Aufl. 2021, 1.208 S., 175 €, Verlag C.H. Beck

Der Verlag titelt vielsagend: „Das Handbuch"!, obgleich der Titel auf „*Arbeits*handbuch" lautet. „*Das Handbuch*" wird – tatsächlich im selbigen Verlag – bereits von *Goette* und *Arnold* herausgegeben. Das aber nur am Rande.

Adressat und damit Zielgruppe dieses Rahmenwerks aus dem Hause Beck sind die Mitglieder des Aufsichtsrats („AR"). Hiermit ist nicht das einzelne Mitglied, sondern alle Mitglieder, letztlich somit „das Organ" angesprochen.

Der Kommentar konkurriert mit weiteren Publikationen aus dem Hause Beck, namentlich dem bereits genannten „Handbuch Aufsichtsrat" von *Goette/Arnold* (1. Aufl. 2021) für 199 € und im unteren Preissegment mit dem recht griffigen Ratgeber von *Scheffler* („Der Aufsichtsrat") in der 3. Aufl. 2020 für 9,90 € sowie mit dem aktuelleren „Handbuch für die Praxis" von *Hoffmann/Bröcker* (erscheinend in der 6. Aufl., Dezember 2022) für 39 €.

Aus der Blickrichtung der natürlichen Person kommend, beginnt der Kommentar auf Seite 1 folgerichtig mit einer Checkliste, die allerdings schon mit dem ersten Punkt den Großteil der Mitglieder überfordern dürfte.

„Führen Sie im größtmöglichen Umfange eine Due Diligence des Unternehmens durch (…)"

Bereits bei einem kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) mit Aufsichtsrat dürften Wirtschaftsprüfer und Juristen Tage damit beschäftigt sein, sich ein belastbares Bild von Unternehmen und Unternehmung zu machen. Wie soll dies ein einzelnes AR-Mitglied schaffen?

Genauso gut könnte man, wahrscheinlich auch treffender, titeln: „*Denn Sie wissen nicht, was Sie tun!*", zumal der Aufsichtsrat grds. wie die Geschäftsführung haftet, ohne jedoch (regelmäßig) derart tiefe Einblicke in die Führung des Unternehmens zu haben. Also sollte sich jeder Kandidat, losgelöst von einer D&O-Versicherung fragen, warum er oder sie diese Tätigkeit ausüben will.

Weiter geht die Einführung mit den „Rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen". Hierbei dient die AG sowie die KGaA als Leitbild. Dieser Ansatz ist eine Konstante im gesamten Kommentar, wobei ein wesentlicher Teil der Aufsichtsratsmitglieder in einem obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH sitzen dürften. Insofern wäre eine direkte Ansprache dieser Gruppe oder eine deutliche Überleitung zu dieser Gruppe am Anfang durchaus sinnvoll und wünschenswert. Gleiches gilt für die – nicht weiter thematisierten – öffentlichen Unternehmen in Rechtsform der AG oder GmbH (immerhin gut 12.200 Gesellschaften allein in Rechtsform der GmbH [*https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentliche-Finanzen/Fonds-Einrichtungen-Unternehmen/Tabellen/jahresabschluesse-rechtsformen.html*. Im Überblick: *Voigt* (Hrsg.), Handbuch Staat, 1. Aufl. 2018, *https://link.springer.com/chapterEine./10.1007%2F978-3-658-20744-1_71*]. Für diese gilt eben nicht der explizit benannte Deutsche Corporate Governance Kodex (s. Rn. 4), sondern der Public Corporate Governance Kodex (PCGK, verbindlich für Bundesbeteiligungen), bzw. der Deutsche Public Corporate Governance-Musterkodex (D-PCGM) oder kommunale, bzw. landeseigene Regelwerke als (ggf. unverbindliches) Leitbild mit weitreichenden Vorgaben für den AR als beratendes Kontrollorgan. Die ersten Seiten sollten daneben auch einen Überblick geben, „was rechtlich oder tatsächlich in der Luft (f)liegt". Zu nennen wäre an dieser Stelle sicherlich neben dem Führungspositionengesetz (FüPoG) FüPoG I, das FüPoG II und ganz sicher der stetig wichtiger werdende Ansatz der Nachhaltigkeit in ökologischer, sozialer und ökonomischer Hinsicht. All dies ist mehr als bloße Naturlyrik, sondern stellt bereits kurzfristig einen Großteil der Unternehmen vor ernste Herausforderungen. (*https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/gesetze/zweites-fuehrungspositionengesetz-fuepog-2-164226*. Das Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst [Zweites FüPoG – FüPoG II] entwickelt das 2015 in Kraft getretene FüPoG weiter, verbessert seine Wirksamkeit und schließt Lücken. Das Ziel des Zweiten Führungspositionen-Gesetzes ist es, den Anteil von Frauen in Führungspositionen zu erhöhen und verbindliche Vorgaben für die Wirtschaft und den öffentlichen Dienst zu machen. Eine zentrale Neuerung ist ein Mindestbeteiligungsgebot für Vorstände mit mehr als drei Mitgliedern in großen deutschen Unternehmen.)

Unabhängig davon beinhaltet das Arbeitshandbuch insgesamt alle wesentlichen Aspekte und Fragestellungen im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds. Die Anhänge beinhalten Muster, die (gelungene) Arbeitshilfen für zu regelnde Sachverhalte darstellen. Eine Kaufempfehlung für alle, die sich mehr als kursorisch in ihre (kommende) Funktion als Mitglied eines zentralen gesellschaftsrechtlichen Organs einarbeiten wollen.

Dr. Klaus Priebe

Fachpresse – Kurzmeldungen*

Elektronische Wertpapiere und Kryptowährungen in Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Jens M. Schmittmann/Christiane C. Schmidt, DZWIR 2021, 648

Häufig enthält die Insolvenzmasse nicht nur körperliche Gegenstände und Forderungen klassischer Art, sondern auch elektronische Wertpapiere und Kryptowährung. Die Autoren befassen sich in ihrem Beitrag mit der Verwaltung und Verwertung eben dieser durch den Insolvenzverwalter.

Die Autoren stellen dar, wie der Insolvenzverwalter dabei vorgehen sollte, denn um diese Vermögenswerte zu ermitteln, hat der Insolvenzverwalter alle Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Sofern es sich um elektronische Wertpapiere handelt, die in einem Register verzeichnet sind, kann dieses als Drittschuldner auf Übertragung der Rechte in Anspruch genommen werden. Bei der Kryptowährung unterscheiden die Autoren, ob diese sich nur mithilfe des Schuldners übertragen lassen oder ob sich diese in Verwahrung eines Dritten befinden. Zu betonen sei gegenüber dem Schuldner während des Verfahrens insbesondere auch, dass dieser sich strafbar machen könne, wenn er Vermögenswerte verheimliche und damit auch eine Versagung der Restschuldbefreiung befürchten müsse.

Das globale Scheitern

Rolf Schaefer, DZWIR 2021, 653

Der Autor skizziert zunächst einen konkreten Sachverhalt: Ein Finanzinvestor kauft ein Unternehmen mit einem Umsatz von 46 Mrd. € und einer Umsatzrendite von 15 % (6,9 Mrd. €) für 82,6 Mrd. €. Anschließend entnimmt er das Eigenkapital des gekauften Unternehmens (30 Mrd. €) und verkauft die Sachanlagen mit einem bilanziellen Wert von 12 Mrd. € für 30 Mrd. € an den Käufer 1 und mietet diese für eine Dauer von 6 Jahren und einer jährlichen Miete von 6 Mrd. €. Den Verkaufserlös entnimmt er ebenfalls. Immaterielle Vermögensgegenstände (z.B. Patente), die in der Bilanz mit 30 Mrd. € verbucht waren, verkauft er für 50 Mrd. € an den Käufer 2 und erwirbt Nutzungsrechte an den verkauften immateriellen Vermögensgegenständen für durchschnittlich 10 Jahre, wofür jährlich 5,5 Mrd. € zu zahlen sind. Von diesen 50 Mrd. € entnimmt er 22,6 Mrd. € zur restlichen Aufbringung seines Kaufpreises. 27,4 Mrd. € verbleiben als Liquiditätsreserve im Unternehmen. Wegen der erhöhten Kosten sänke die Rentabilität des Unternehmens bei gleichbleibendem Umsatz und gleichbleibender Handelsspanne von 6,9 Mrd. € auf -4,6 Mrd. €. Von den Arbeitnehmern (Personalaufwand: 11 Mrd. €) wird ein Entgeltverzicht von 10 % verlangt, sodass noch ein Verlust von 3,5 Mrd. € zu tragen wäre. Die Umsatzrendite soll auf 17 % und der Umsatz soll in den nächsten 3 Jahren um jeweils 10 % auf 50,6 Mrd. € (verbleibender Verlust: 1,8 Mrd. €), dann auf 55,66 Mrd. € (verbleibender Verlust: 0,9 Mrd. €) und schließlich auf 61,23 Mrd. € („schwarze Null“) gesteigert werden. Dem Finanzinvestor gehört danach das Unternehmen und er hat seinen Kaufpreis zu 100 % zurückerhalten. Käufer 1 hat Sachanlagen für 30 Mrd. € gekauft und bekommt in den nächsten 6 Jahren insgesamt 36 Mrd. € zurück. Käufer 2 hat immaterielle Vermögensgegenstände für 50 Mrd. € gekauft und bekommt in den nächsten 10 Jahren insgesamt 55 Mrd. € zurück.

Schaefer weist in seiner Darstellung darauf hin, dass nach den Berechnungen des Internationalen Währungsfonds (IWF) bei einer weltweiten Rezession 19 Billionen $ weltweit im Feuer stünden. Der Autor kritisiert, dass aus der Erkenntnis, dass Wachstum Grenzen hat, keine Konsequenzen gezogen werden. Eine Postwachstumsgesellschaft wird nur im kleinen Rahmen diskutiert, während global die politisch aktiven Bürger und auch die meisten Wissenschaftler ihr Credo, Wachstum sei nötig, nicht hinterfragen. Schroeder weist ferner darauf hin, dass Arbeitnehmer sich „smarte“ Ziele zu setzen haben; demgegenüber definiert das Unternehmen keine Begrenzung bei der Rendite. Das Vorjahr bildet die Grundlage auf der herrschenden Wachstumstheorie für die Forderung, dass die Rendite im laufenden Jahr höher ausfallen müsste. Es gibt insoweit kein „Genug“. Abschließend wirft der Autor die Frage auf, weshalb Vermögen wachsen oder Gehälter steigen müssen. In seinem Fazit konstatiert *Schaefer*, dass die nationalen Parlamente darauf achten sollten, ihre Rechtsdurchsetzungsmacht faktisch zu erhalten.

Voraussetzungen und Ablauf eines Eigenverwaltungsverfahrens nach dem SanInsFoG

Florian Harig/Silvio Höfer/Alexander Reus, NZI 2021, 993

Harig u.a. legen einleitend dar, dass durch das Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG) auch die Eigenverwaltung in den §§ 270 ff. InsO zum 1.1.2021 reformiert wurde. Daneben schuf das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVInsAG) Übergangsregelungen bis zum 31.12.2021, die u.a. eine Eigenverwaltung nach altem Recht ermöglichen. Die Autoren untersuchen im Folgenden die Voraussetzungen und den Ablauf eines Eigenverwaltungsverfahrens nach der Reform. Sie machen zunächst deutlich, dass der Gesetzgeber mit den Änderungen der §§ 270a ff. InsO im Wesentlichen den Zweck verfolgt, Missbrauch der Regelungen zu unterbinden. Dies – so *Harig u.a.* – ist mit den erhöhten Anforderungen an die Vorbereitung, die Dokumentation und den Zustand des Unternehmens im Zeitpunkt der Antragstellung auch möglich und richtig. Auch nach der Reform des SanInsFoG ist nicht jeder Fall geeignet für ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung. Das SanInsFoG hat bewusst die Zugangsvoraussetzungen für die Eigenverwaltung und das Schutzschirmverfahren erhöht.

Harig u.a. arbeiten im nächsten Abschnitt heraus, dass der Gesetzgeber auch die Gläubigerautonomie stärken wollte,

* Die Kurzbeiträge sind der Fachpresseauswertung des Verlages entnommen, in der online 107 Fachzeitschriften aus 37 Rechtsgebieten inhaltlich umfänglicher ausgewertet werden.

indem er dem vorläufigen Gläubigerausschuss in den § 56a Abs. 1 Satz 2 InsO und § 270b Abs. 2 und 3 InsO das letzte Wort für die Durchführung eines Verfahrens in Eigenverwaltung einräumte. In diesem Zusammenhang ist es – so die Autoren – wichtig, dass die Gerichte insbesondere prüfen, ob ein vorgeschlagener Gläubigerausschuss gesetzmäßig zusammengestellt wurde. Dafür soll die dem Insolvenzantrag gem. § 13 Abs. 1 Satz 3 InsO beizufügende Liste der Gläubiger dienen. Die Vollständigkeit und Richtigkeit der Liste haben die Organe der Antragsteller nach § 3 Abs. 1 Satz 7 InsO zu bestätigen. In ihrem Fazit halten die Autoren fest, dass dann, wenn Eigenverwaltungsverfahren gut vorbereitet und die Gläubigerautonomie durch die Berater und Gerichte geachtet werden, dies die Akzeptanz und die Qualität aller Verfahrensarten weiter stärken. Das erhöhte Maß und Sicherheit in der Vorbereitung sollte auch die Frühzeitigkeit der Anträge und damit die Ergebnisse der Verfahren verbessern.

Der neue § 15b VIII InsO: Auflösung einer Pflichtenkollision oder nur Insolvenzfinanzierungsinstrument

Gudrun Schneider, NZI 2021, 996

Schneider weist einleitend darauf hin, dass ein wichtiges Instrument zur Finanzierung von Insolvenzen darin besteht, die künftige Insolvenzmasse zusammenzuhalten. Bei der insolvenzanfälligen GmbH ist hierfür der Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter zuständig. Fällige Zahlungen an Gläubiger werden zurückgehalten. Lieferanten sind häufig durch Absonderungsrechte geschützt, Banken besichern sich schon aufgrund der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung ohnehin. Andere Gläubiger sichern sich vielfach durch Vorkasse. Das einfachste Mittel, die spätere Insolvenzmasse zu vergrößern, ist daher das Zurückhalten von Zahlungen an öffentliche Kassen, also von Steuern und Sozialbeiträgen. Bei Steuern wird das Finanzamt versuchen, den Geschäftsführer gem. §§ 34, 69 AO in Haftung zu nehmen. Die Autorin stellt im nächsten Abschnitt § 15b InsO n.F. dar und zeigt auf, dass ein Geschäftsführer auch einer selbst verschuldeten Pflichtenkollision entgehen kann, die sich im Spannungsfeld des Zahlungsverbots gem. § 15b Abs. 1 InsO n.F. und der strafbewehrten Pflicht zur Abführung des Arbeitnehmerbeitrags zur Sozialversicherung (§ 266a StGB) oder der buß- und haftungsbewehrten Pflicht zur Steuerabführung (§§ 69, 34 AO) ergeben kann, in er in erster Linie die Massesicherungspflicht beachtet.

Schneider zeigt im Folgenden auf, dass § 15b Abs. 8 InsO eine neue Rechtslage schafft. Sie ermöglicht es dem Geschäftsführer ohne Haftungsrisiko seine steuerrechtlichen Zahlungspflichten zu verletzen, wenn er pünktlich einen Insolvenzantrag stellt (§ 15a InsO). Damit wird er in bestimmten Fällen von der öffentlich-rechtlichen Haftung gem. §§ 34, 69 AO freigestellt. Im nächsten Abschnitt arbeitet die Autorin heraus, dass § 15b Abs. 8 InsO von seinem Wortlaut her nicht die Lohnsteuerabführungspflicht des Arbeitgebers erfasst, für deren Nichterfüllung der gesetzliche Vertreter haftet. Die Nichtabführung einbehaltener Lohnsteuer stellt eine systemwidrige Trennung von Lohnsteuer und Nettoarbeitslohn als Gesamtbestandteile des Bruttoarbeitslohns dar. Ausführungen zur Neufassung von § 55 Abs. 4 InsO schließen sich an (hierzu BFH, Urt. v. 22.10.2019 – VII R 30/18, *ZInsO 2020, 1096*). *Schneider* lehnt in ihrem Fazit § 15b Abs. 8 InsO n.F. ab und konstatiert, dass die Bestimmung neue Ungerechtigkeiten und Probleme schafft. Sie hilft allein den Insolvenzverwaltern.

Vorsatzanfechtung, Wissenszurechnung und Factoring

Stefan Krüger, NZI 2021, 1009

Krüger erläutert im ersten Abschnitt die rechtlichen Grundlagen der Anfechtung. Gem. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten 10 Jahren vor dem Insolvenzantrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zzt. der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Deshalb wird nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners abgestellt. In Zwei-Personen-Verhältnissen ist dies von der Grundkonzeption her kein Problem: Dass z.B. ein Lieferant Kenntnis besitzt, wenn ihm der Schuldner schriftlich mitgeteilt hat, er habe kein Geld mehr und könne auch zukünftig nicht zahlen, liegt auf der Hand. Im nächsten Abschnitt zeigt der Autor auf, dass die Neuausrichtung des BGH (*ZInsO 2021, 1627*) zu den Anforderungen an die Kenntnis des Anfechtungsgegners zu berücksichtigen ist. Danach kann die Annahme der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nicht allein darauf gestützt werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung erkanntermaßen zahlungsunfähig ist. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners erfordert im Fall der erkannten Zahlungsunfähigkeit zudem, dass der Schuldner im maßgeblichen Zeitpunkt wusste oder jedenfalls billigend in Kauf nahm, seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können.

Krüger geht im nächsten Abschnitt auf die Entscheidung des OLG SchlH v. 23.6.2021 – 9 U 109/19 – ein. Hiernach soll eine Wissenszurechnung angenommen werden können (bei § 130 InsO). Der Senat hat dabei darauf abgestellt, dass im Factoringvertrag eine Klausel enthalten war, aufgrund derer der Kunde verpflichtet war, dem Factor alle zum Debitoreneinzug erforderlichen Informationen zu übermitteln. Zudem traf den Kunden eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Factor, wenn ihm Umstände bekannt werden, die die Zahlungsfähigkeit des Debitors und die Durchsetzung einer zum Kauf anzubietenden, angebotenen respektive angekauften Forderung gefährden könnten. Der Autor zeigt in seiner Bewertung auf, dass das OLG SchlH verkennt, dass es auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners ankommt und der Kunde kein Vertreter des Factors war. Zudem – so *Krüger* – hat der Senat die vom BGH entwickelte Wissenszurechnung unrichtig angewendet und eine unvertretbare neue Fallgruppe begründet, wobei Kenntnis mit einer im Gesetz nicht vorgesehenen Kenntnisfiktion verwechselt wird. Letztlich verkennt das Gericht auch § 402 BGB durch ein alleiniges Abstellen auf eine vertragliche Informationsverpflichtung. In seinem Fazit bringt der Autor seine Hoffnung zum Ausdruck, dass der BGH korrigierend eingreifen wird.

ZInsO-Rechtsprechungsreport

In dieser Rubrik werden Entscheidungen in der Regel im Volltext veröffentlicht. Redaktionelle Kürzungen werden durch Punkte (…) kenntlich gemacht, redaktionelle Hinzufügungen werden kursiv gestellt.

Insolvenz- und Sanierungsrecht

§ 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Versagung der Restschuldbefreiung wegen unrichtiger schriftlicher Angaben in den letzten 3 Jahren vor der Antragstellung

Leitsatz des Gerichts:

Unrichtige schriftliche Angaben des Schuldners über seine wirtschaftlichen Verhältnisse in den letzten drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens können auch dann zu einer Versagung der Restschuldbefreiung führen, wenn sie im Rahmen eines Vergleichsangebots erfolgen.

BGH, Beschl. v. 18.11.2021 – IX ZB 1/21
Vorinstanzen: LG Neubrandenburg, AG Neubrandenburg

[1] I. In dem auf Anträge v. 13.9.2013 und v. 11.10.2013 am 13.11.2013 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners hat die Gläubigerin beantragt, die Restschuldbefreiung zu versagen, weil der Schuldner unrichtige Angaben über seine wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht habe. Unstreitig hat die Gläubigerin gegen ihn mit Bescheid v. 9.8.2010 Tabaksteuern i.H.v. 79.832,59 € festgesetzt, nachdem sie zuvor verschiedene Vermögenswerte des Schuldners arretiert hatte. Mit Anwaltsschreiben v. 11.3.2011 bat der Schuldner wie folgt um Stundung:

„Ihr Antrag auf Verwertung der beschlagnahmten Vermögenswerte liegt mir vor. Herr M. ist bemüht, die Forderung des Hauptzollamtes i.H.v. EUR 79.832,59 zu begleichen. Er hat bereits mehrfach versucht, einen Kredit aufzunehmen und dabei sein Haus als Sicherheit anzubieten. Dies ist bisher stets daran gescheitert, dass auf dem Objekt eine Arrestsicherungshypothek lastet. Ansonsten stünde einer Kreditgewährung in Höhe der Steuerschuld nichts im Wege. Insbesondere reicht der Beleihungswert des Hauses gemäß anliegendem Gutachten i.H.v. EUR 472.000,00 ganz offensichtlich aus, um einen solchen Kredit zu besichern. Den von der Bank zu erwartenden Kredit würde Herr M. dazu nutzen, die Steuerschuld unverzüglich auszugleichen. Er könnte dann in tragbaren Raten seine Verbindlichkeit gegenüber der Bank ausgleichen. Die Staatskasse wäre unmittelbar befriedigt. In der Zwischenzeit, also bis zur Kreditgewährung, wäre Herr M. bereit, auf dem Grundstück eine Hypothek oder Grundschuld zu Gunsten der Staatskasse eintragen zu lassen, die dann bei Gewährung des Kredites abgelöst werden könnte. Demgemäß erlaube ich mir, im Rahmen eines Stundungsantrages folgenden Vergleichsvorschlag zu unterbreiten:

1. Herr M. verpflichtet sich, die bestehende Steuerschuld in monatlichen Raten zu EUR 1.000 zu begleichen.
2. Zur Absicherung der vorgenannten Steuerschuld lässt Herr M. auf dem Grundstück … zu Gunsten der Staatskasse eine Grundschuld über EUR 80.000 zzgl. 12 % Zinsen p.a. eintragen.
3. Alle weiteren in dem Schreiben des Hauptzollamtes … vom 21.2.2011 bezeichneten Vermögenswerte werden freigegeben.
4. Sämtliche Kosten in Verbindung mit diesem Vergleich, insbesondere diejenigen der Grundschuldbestellung trägt Herr M.

Herrn M. ist bewusst, dass der Schuldabtrag von EUR 1.000 angesichts der zu entrichtenden Zinsen nicht ausreichend ist. Jede höhere Zahlung würde jedoch seine derzeitigen finanziellen Möglichkeiten überschreiten. Zu berücksichtigen ist dabei aber auch, dass die vorgenannte Vereinbarung nur eine Zwischenlösung darstellen soll. Herr M. wird sich weiter darum bemühen, die Schuld durch einen Bankkredit abzulösen. Solange keine Arrestsicherungshypothek auf dem Grundstück mehr lastet, dürfte dies auch möglich sein, da dann das Vertrauen der Banken in die Leistungsfähigkeit des Herrn M. nicht mehr durch die Arrestsicherungshypothek beeinträchtigt wird. Um die finanzielle Existenz des Herrn M. nicht weiter zu gefährden beantrage ich, die Vollziehung des Bescheides auszusetzen, bis über den o.g. Stundungsantrag/Vergleich entschieden wurde. Die Aussetzung der Vollziehung birgt für die Staatskasse bis auf die in ihrer Hand liegende Verzögerung bis zur Entscheidung über den Stundungsantrag keine Nachteile, da eine ausreichende Besicherung bereits bestehen dürfte.“

[2] Dem Schreiben lag ein Wertgutachten an, welches den Schuldner als Eigentümer des zu belastenden Grundstücks auswies. Tatsächlich gehörte das Grundstück nicht dem Schuldner. Er hatte es mit notariellem Kaufvertrag v. 16.4.2010 verkauft. Die Käuferin war am 14.9.2010 als Eigentümerin eingetragen worden.

[3] Das Insolvenzgericht hat den Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Beschwerdegericht – Einzelrichter – zugelassenen Rechtsbeschwerde will die Gläubigerin weiterhin erreichen, dass die Restschuldbefreiung versagt wird.

[4] II. Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 ZPO statthaft und auch i.Ü. zulässig. Ihre Zulassung ist nicht deshalb unwirksam, weil entgegen § 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO anstelle des Kollegiums der Einzelrichter entschieden hat. Der angefochtene Beschluss unterliegt indes der Aufhebung, weil er unter Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) ergangen ist. Der Einzelrichter hat bei Rechtssachen, die grundsätzliche Bedeutung haben oder besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweisen, das Verfahren gem. § 568 Satz 2 ZPO zwingend dem Kollegium zu übertragen. Bejaht er – wie hier – mit seiner Entscheidung, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, entscheidet er aber zugleich in der Sache als Einzelrichter, so ist seine Entscheidung objektiv willkürlich und verstößt gegen das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters (vgl. BGH, Beschl. v. 7.5.2020 – IX ZB 56/19, *ZInsO 2020, 1367* Rn. 3 m.w.N.). Die Rechtsbeschwerde hat die Entscheidung durch den Einzelrichter ge-

rügt; der in der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch den Einzelrichter liegende Verfassungsverstoß wäre aber auch von Amts wegen zu berücksichtigen gewesen.

[5] III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende rechtliche Gesichtspunkte hin: Gem. § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist die Restschuldbefreiung zu versagen, wenn dies von einem Insolvenzgläubiger, der seine Forderung angemeldet hat, beantragt worden ist und wenn der Schuldner in den letzten 3 Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorsätzlich oder grob fahrlässig schriftlich unrichtige oder unvollständige Angaben über seine wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht hat, um einen Kredit zu erhalten, Leistungen aus öffentlichen Mitteln zu beziehen oder Leistungen an öffentliche Kassen zu vermeiden. Auf der Grundlage der von den Vorinstanzen bisher getroffenen Feststellungen sind diese Voraussetzungen erfüllt.

[6] 1. Die Gläubigerin ist antragsberechtigt. Sie hat Forderungen zur Tabelle angemeldet.

[7] 2. Der Schuldner hat schriftlich unrichtige Angaben über seine wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht.

[8] a) Im Schreiben v. 11.3.2011 hat der Schuldner angeboten, zur Sicherung der Forderung der Beklagten eine Grundschuld an einem ihm gehörenden Grundstück einzuräumen. Wie die Vorinstanzen zutreffend angenommen haben, konnte das Schreiben nur so verstanden werden, dass das zu belastende Grundstück im Eigentum des Schuldners stand.

[9] b) Die Angaben im Anwaltsschreiben muss sich der Schuldner als eigene zurechnen lassen. Eine schriftliche Erklärung des Schuldners liegt auch dann vor, wenn er die entsprechenden Erklärungen nicht selbst formuliert hat, sondern durch einen Dritten hat abfassen lassen. Der Versagungstatbestand des § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO setzt kein vom Schuldner unterzeichnetes eigenhändiges Schriftstück voraus. Unrichtige schriftliche Angaben, die der Schuldner zwar nicht persönlich niedergelegt hat, die jedoch mit seinem Wissen und seiner Billigung an den Empfänger weitergeleitet worden sind, entsprechen dem Unrechtsgehalt, den § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO sanktionieren will; sie werden von der Vorschrift in gleicher Weise erfasst (BGH, Beschl. v. 11.9.2003 – IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139, 144 = *ZInsO 2003, 941*; v. 9.3.2006 – IX ZB 19/05, *ZInsO 2006, 601* Rn. 6; MünchKomm-InsO/*Stephan*, 4. Aufl., § 290 Rn. 51; K. Schmidt/*Henning*, InsO, 19. Aufl., § 290 Rn. 37). Der Schuldner hat nicht behauptet, dass sein Anwalt eigenmächtig gehandelt habe oder auch nur in Einzelheiten von seinen Anweisungen abgewichen sei.

[10] c) Der Schuldner handelte vorsätzlich. Er wusste, dass ihm das zu belastende Grundstück nicht gehörte.

[11] 3. Die unrichtigen schriftlichen Angaben im Schreiben v. 11.3.2011 sind in den letzten 3 Jahren vor den Insolvenzanträgen v. 13.9.2013 und v. 11.10.2013 gemacht worden.

[12] 4. Sie erfolgten schließlich mit dem Ziel, Leistungen aus öffentlichen Mitteln zu beziehen und Leistungen an öffentliche Kassen zu vermeiden.

[13] a) Der Versagungsgrund des § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO setzt, wie der Wortlaut „um … zu“ verdeutlicht, ein finales Handeln zur Verwirklichung der Zielsetzung, der Leistungsbeziehung und/oder der Leistungsvermeidung, voraus. Ob die Leistungen im Ergebnis erreicht oder vermieden wurden, ist unerheblich. Da sich die Unredlichkeit des Schuldners in dem zielgerichteten Handeln hinreichend manifestiert, ist es, wenn zwischen den unrichtigen Angaben und den tatbestandlich vorausgesetzten Leistungen ein objektiver Zusammenhang besteht, ohne Bedeutung, ob der Schuldner mithilfe der Falschangaben sein Ziel tatsächlich erreicht hat (BGH, Beschl. v. 20.12.2007 – IX ZB 189/06, *ZInsO 2008, 157* Rn. 10; MünchKomm-InsO/*Stephan*, a.a.O., § 290 Rn. 56; HK-InsO/*Waltenberger*, 10. Aufl., § 290 Rn. 19).

[14] b) Der Begriff „Kredit“ in § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist weit auszulegen. Er umfasst jede Form von Darlehen, Zahlungsaufschub oder Finanzierungshilfe (MünchKomm-InsO/*Stephan*, a.a.O., § 290 Rn. 54; K. Schmidt/*Henning*, a.a.O., § 290 Rn. 39). Eine „Leistungsvermeidung“ i.S.v. § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist unproblematisch dann gewollt, wenn es dem Schuldner darum geht, bestandskräftige Steuern nicht bezahlen zu müssen und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen abzuwehren. Gerade bei Anträgen auf Stundung von Steuerrückständen gem. § 222 AO oder auf einstweilige Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung (§ 258 AO) werden häufig unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht (MünchKomm-InsO/*Stephan*, a.a.O., § 290 Rn. 55). Unrichtige Angaben zur Vermeidung von Steuerzahlungen sind schon in der amtlichen Begründung des RegE einer InsO v. 15.4.1992 als Beispiel einer unter § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO fallenden Verhaltensweise aufgeführt (BT-Drucks. 12/2443, S. 190 zu § 239 RegEInsO; vgl. BGH, Beschl. v. 13.1.2011 – IX ZB 199/09, *ZInsO 2011, 301* Rn. 6).

[15] Dem Schuldner ging es, wie sich aus dem Schreiben v. 11.3.2011 hinreichend deutlich ergibt, um die Aussetzung der Vollziehung des Steuerbescheides v. 9.8.2010 und um die Freigabe der beschlagnahmten Vermögenswerte.

[16] c) Das Beschwerdegericht hat einen finalen Zusammenhang zwischen der Falschangabe im Schreiben v. 11.3.2011 und einer Leistungsvermeidung nicht erkennen können, weil die Steuerschuld bestandskräftig festgestellt und vorläufig gesichert worden sei. Dem Schuldner könne es allenfalls darum gegangen sein, erst später zahlen zu müssen. Selbst wenn dies zuträfe, wäre der Versagungstatbestand des § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO jedoch erfüllt. Auch ein Zahlungsaufschub oder eine Stundung stellen eine Leistungsvermeidung im Sinne dieser Vorschrift dar. Überdies ging es dem Schuldner, wie aus Nr. 3 seines Vergleichsvorschlags ersichtlich, auch um die Freigabe der von der Gläubigerin sichergestellten Vermögenswerte.

[17] Das Beschwerdegericht hat weiter darauf verwiesen, dass der Schuldner die unrichtigen Angaben im Rahmen eines Vergleichsvorschlags gemacht habe. Zu entsprechenden Angaben sei er nicht verpflichtet gewesen. Eine Offenbarungspflicht habe nicht bestanden. Auch das steht der Annahme einer beabsichtigten Leistungsvermeidung jedoch nicht entgegen. Der Schuldner brauchte der Gläubigerin keinen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten. Wenn er es tat, durfte der Vorschlag aber keine unzutreffenden Angaben über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners enthalten. Zugeständnisse des Gläubigers hinsichtlich der Höhe, der Fälligkeit oder der Durchsetzung einer bereits festgestellten Forderung oder hinsichtlich der Verwertung bereits erlangter Sicherheiten, die durch unwahre Angaben erschlichen werden oder nach Vorstellung des Schuldners erschlichen werden sollen, unterfallen dem Versagungstatbestand des § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

[18] Das Beschwerdegericht hat schließlich gemeint, der Vortrag des Schuldners, die neue Grundstückseigentümerin hätte die Sicherungshypothek bewilligt, sei nicht widerlegbar. Der

Schuldner habe damit eine Sicherheit angeboten. Diese Überlegung trägt ebenfalls nicht. Der Schuldner hat keine Sicherheit an einem fremden Grundstück angeboten, sondern behauptet, das Grundstück gehöre ihm. Die bestehenden Sicherheiten sollten dem Schreiben v. 11.3.2011 zufolge gerade freigegeben werden.

§ 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO

Widerruf von Zulassung als Anwalt wegen Vermögensverfalls

Leitsätze der Redaktion:

1. **Zur COVID-19-Pandemie als (unverschuldeter) Grund für Vermögensverfall.**
2. **Zur (Nicht-)Berücksichtigung selbst bewohnten Immobilienbesitzes als Vermögenswert.**

BGH, Beschl. v. 3.11.2021 – AnwZ (Brfg) 29/21

[1] I. Der Kläger ist seit 2009 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Mit Bescheid v. 26.11.2020 widerrief die Beklagte die Zulassung des Klägers wegen Vermögensverfalls (§ 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO). Der AnwGH hat die hiergegen gerichtete Klage abgewiesen. Der Kläger beantragt nunmehr die Zulassung der Berufung gegen das Urteil des AnwGH.

[2] II. Der Antrag ist nach § 112e Satz 2 BRAO, § 124a Abs. 4 VwGO statthaft und auch i.Ü. zulässig. Er bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Ein Zulassungsgrund nach § 124 Abs. 2 VwGO ist nicht gegeben (vgl. § 112e Satz 2 BRAO, § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO).

[3] Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestehen nicht (§ 112e Satz 2 BRAO, § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Dieser Zulassungsgrund setzt voraus, dass ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Argumenten infrage gestellt wird (vgl. nur Senat, Beschl. v. 4.3.2019 – AnwZ [Brfg] 47/18, Rn. 3). Zweifel an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen füllen den Zulassungsgrund dann nicht aus, wenn sie nicht die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen (vgl. nur Senat, Beschl. v. 7.3.2019 – AnwZ [Brfg] 66/18, Rn. 5).

[4] Entsprechende Zweifel vermag der Kläger nicht darzulegen. Das Urteil des AnwGH steht im Einklang mit der Senatsrechtsprechung.

[5] 1. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des behördlichen Widerrufsverfahrens, also auf den Erlass des Widerspruchsbescheids oder – wenn das Vorverfahren entbehrlich ist – auf den Ausspruch der Widerrufsverfügung abzustellen; die Beurteilung danach eingetretener Entwicklungen ist einem Wiederzulassungsverfahren vorbehalten (vgl. nur Senat, Beschl. v. 4.3.2019 – AnwZ [Brfg] 47/18, Rn. 4, und v. 7.12.2018 – AnwZ [Brfg] 55/18, Rn. 5; jeweils m.w.N.).

[6] 2. Das Vorbringen des Klägers begründet keine ernstlichen Zweifel an der Annahme des AnwGH, dass sich der Kläger im maßgeblichen Zeitpunkt des Widerrufsbescheids in Vermögensverfall befunden hat.

[7] Ein Vermögensverfall liegt vor, wenn der Rechtsanwalt in ungeordnete, schlechte finanzielle Verhältnisse geraten ist, die er in absehbarer Zeit nicht ordnen kann, und außerstande ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Nach den unangegriffenen Feststellungen des AnwGH war der Kläger zum Zeitpunkt des Widerrufs in dem vom Vollstreckungsgericht zu führenden Verzeichnis eingetragen (§ 882b ZPO). Gem. § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO wird der Vermögensverfall des Klägers deshalb widerlegbar vermutet. Zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung hat der Rechtsanwalt ein auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Widerrufsbescheids bezogenes vollständiges und detailliertes Verzeichnis seiner Gläubiger und seiner Verbindlichkeiten vorzulegen und konkret darzulegen, dass seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse nachhaltig geordnet waren (vgl. nur Senat, Beschl. v. 21.12.2018 – AnwZ [Brfg] 33/18, Rn. 10, und v. 30.1.2017 – AnwZ [Brfg] 61/16, Rn. 4). Dies ist hier nicht erfolgt.

[8] Der Kläger hat weder im Verwaltungsverfahren noch in erster Instanz eine Stellungnahme abgegeben. Das Vorbringen im Zulassungsantrag ist nicht geeignet, die Vermutung des Vermögensverfalls zu widerlegen.

[9] Das vom Kläger im Zulassungsantrag behauptete, selbst bewohnte Immobilienvermögen kann nicht berücksichtigt werden. Immobilienvermögen ist nur von Relevanz, wenn es dem Betroffenen zum maßgeblichen Zeitpunkt des Zulassungswiderrufs als liquider Vermögenswert zur Tilgung seiner Verbindlichkeiten zur Verfügung gestanden hat (vgl. Senat, Beschl. v. 29.4.2019 – AnwZ [Brfg] 21/19, Rn. 8). Der Vortrag des Klägers lässt Rückschlüsse auf eine solche Liquidität nicht zu.

[10] Nicht erheblich sind die Ausführungen des Klägers dazu, warum es zu den Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und zu der Eintragung im Schuldnerverzeichnis kam. Denn für den Widerruf ist nicht entscheidend, aus welchen Gründen der Rechtsanwalt in Vermögensverfall geraten ist und ob er dies verschuldet hat oder nicht (vgl. Senat, Beschl. v. 6.5.2021 – AnwZ [Brfg] 38/20, Rn. 16, und v. 8.1.2018 – AnwZ [Brfg] 10/17, Rn. 23 m.w.N.). Dies gilt auch dann, wenn – wie der Kläger behauptet – sein Vermögensverfall durch die Corona-Krise verursacht worden sein sollte. Die allein auf das Insolvenzverfahren zugeschnittenen Regelungen des Gesetzes zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG) haben auf das Verfahren über den Widerruf der Anwaltszulassung wegen Vermögensverfalls keinen Einfluss. Sollten – wie der Kläger vorträgt – seine durch die COVID-19-Pandemie bedingten Schwierigkeiten zwischenzeitlich behoben sein und wäre dadurch der Widerrufsgrund nachträglich weggefallen, könnte der Kläger jederzeit einen Antrag auf Wiederzulassung stellen.

[11] 3. Das Vorbringen des Klägers begründet auch keine ernstlichen Zweifel an der Annahme des AnwGH, dass eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden vorliegt. Nach der in § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers ist mit dem Vermögensverfall eines Rechtsanwalts grds. eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden verbunden. Auch wenn diese Regelung nicht im Sinne eines Automatismus zu verstehen ist, die Gefährdung daher nicht zwangsläufig und ausnahmslos schon aus dem Vorliegen eines Vermögensverfalls folgt, kann die Gefährdung im nach der gesetzlichen Wertung vorrangigen Interesse der Rechtsuchenden nur in seltenen Ausnahmefällen verneint werden, wobei den Rechtsanwalt hierfür die Feststellungslast trifft. Die Annahme einer derartigen Sondersituation setzt mindestens voraus, dass der Rechtsanwalt

seine anwaltliche Tätigkeit nur noch für eine Rechtsanwaltssozietät ausübt und mit dieser rechtlich abgesicherte Maßnahmen verabredet hat, die eine Gefährdung der Mandanten effektiv verhindern. Selbst auferlegte Beschränkungen des in Vermögensverfall geratenen Rechtsanwalts sind dagegen grds. nicht geeignet, eine Gefährdung der Rechtsuchenden auszuschließen (vgl. nur Senat, Beschl. v. 12.12.2018 – AnwZ [Brfg] 65/18, Rn. 7). Tragfähige Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Gefährdung zum maßgeblichen Zeitpunkt der Widerrufsentscheidung ausnahmsweise nicht bestand, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Behauptung des Klägers, dass im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit als Strafverteidiger keine Fremdgelder anfallen würden, reicht hierfür nicht aus.

[12] III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 112c Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 194 Abs. 2 Satz 1 BRAO.

(mitgeteilt von Rechtsanwalt Mark T. Singer, Neuss)

§ 47 Satz 2 InsO; §§ 93, 94, 95, 985 BGB

Gesonderter Eigentumserwerb an Modulen einer Freiland-Photovoltaikanlage

Leitsatz der Redaktion:

Zum (selbstständigen) Eigentumserwerb von bei Freiland-Photovoltaikanlage eingesetzten Photovoltaikmodulen als wesentliche Bestandteile derselben.

BGH, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 8/20

[1] Der Kläger ist Insolvenzverwalter. Die Insolvenzschuldnerin kaufte im Jahr 2010 eine Freiland-Photovoltaikanlage mit insgesamt 5.000 Photovoltaikmodulen, neun Wechselrichtern und einer Gesamtleistung von 1.050 kWp, die im Jahr zuvor auf dem Grundstück eines Dritten errichtet worden war. An dem Grundstück erhielt sie ein Nutzungsrecht. Im Dezember 2010 verkaufte sie dem Beklagten 60 Module dieser Photovoltaikanlage nebst einem Miteigentumsanteil an deren Unterkonstruktion. Der Vertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

„Vorbemerkung

[…].

2. Auf Grundlage des unter Ziffer 1 genannten Nutzungsrechts errichtete der Verkäufer auf der in der Anlage 1 markierten Freilandfläche eine Photovoltaikanlage. Das Eigentum an dieser Anlage, und zwar die Module, die mit der in der Angebot/Bestellung näher bezeichneten Nummer gekennzeichnet sind, soll auf der Grundlage des vorliegenden Vertrages auf den Käufer übergehen. […].

[…].

§ 1 Kaufgegenstand – Photovoltaikanlage

1. Gegenstand dieses Vertrages ist die Übergabe und Übereignung einer Photovoltaikanlage. […].

2. […].

3. Zum Schutz des Käufers steht der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Verkäufers mit Rang vor etwaigen Belastungen in Abteilung III des Grundbuches erfolgt und […] Abteilung II, soweit sie den Vertragszweck gefährden, um die Befugnis zu[r] Nutzung der Freiflächen des Grundstückes grundbuchmäßig abzusichern. Die Bewilligung hierzu wurde vom Grundstückseigentümer notariell erteilt.

[…].

§ 8 Eigentumsvorbehalt

Die Photovoltaikanlage einschließlich der Zubehörteile bleibt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises im Eigentum des Verkäufers. Nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises geht das Eigentum und Miteigentum an der Anlage (Vorbemerkung zu Ziffer 2 und § 1 Abs. 1) auf den Käufer über, worüber die Parteien einig sind. Die Übergabe gilt als erfolgt zu dem Zeitpunkt, zu dem der Kaufpreis vollständig bezahlt ist.

[…].

§ 11 Mietvertrag

1. Der Verkäufer, hier der Mieter genannt, und der Käufer, hier Vermieter genannt, sind über die Begründung eines Mietverhältnisses an der dem Käufer nach diesem Vertrag übereigneten Anlage einig zu folgenden Bedingungen:

[…].“

[2] Zugleich unterzeichneten die Insolvenzschuldnerin und der Beklagte ein „Angebot/Bestellung zur Lieferung einer Photovoltaikanlage“, in dem die Module und die Unterkonstruktion näher beschrieben waren. Die mietvertragliche Vereinbarung änderten die Beteiligten noch im Dezember 2010 dahin gehend, dass der Beklagte die gekauften Module einschließlich Unterkonstruktion statt an die Insolvenzschuldnerin an deren Tochtergesellschaft vermietete. Der Beklagte zahlte den Kaufpreis von 56.227,50 €. Anfang des Jahres 2012 wurde zugunsten der Insolvenzschuldnerin ein – im Rang einem entsprechenden Recht eines Dritten nachfolgendes – Photovoltaikanlagenrecht in das Grundbuch eingetragen. Am 1.3.2016 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

[3] Mit der Klage hat er zunächst die Feststellung begehrt, dass der Beklagte kein Eigentum an den Modulen und der Unterkonstruktion erworben habe. Nachdem der Beklagte Widerklage u.a. auf Herausgabe der verkauften Module an ihn sowie der Unterkonstruktion an alle Käufer erhoben hat, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der Klage für in der Hauptsache erledigt erklärt. Das LG hat der Widerklage im Wesentlichen stattgegeben. Das OLG hat die Berufung des Klägers unter Konkretisierung des Tenors zur Herausgabe der Module sowie nach insoweit geändertem Widerklageantrag mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Kläger dem Beklagten an der Unterkonstruktion Mitbesitz zu verschaffen habe. Mit der durch den Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

[4] I. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte habe das Eigentum an 60 Modulen und das Miteigentum an der Unterkonstruktion erworben. Diese seien nicht nach § 94 Abs. 1 BGB wesentliche Bestandteile des Grundstücks geworden, weil die Photovoltaikanlage – und damit auch die Module – nur für einen vorübergehenden Zweck errichtet worden seien und nach Ablauf der Nutzungsdauer wieder abgebaut werden

sollten. Die Module und die Unterkonstruktion seien auch nicht wesentliche Bestandteile der Photovoltaikanlage nach § 93 BGB. Der Kläger behaupte nicht, dass die serienmäßig produzierten und nicht besonders an die Anlage angepassten Module nach den maßgeblichen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Verbindung im Jahr 2009 durch ihre Abtrennung wirtschaftlich wertlos geworden wären und ebenso wenig, dass sie hierdurch beschädigt oder zerstört worden wären. Dass die Module inzwischen nicht mehr auf dem Markt erhältlich seien, sei unerheblich, weil es auf eine Änderung der Verhältnisse nach der Verbindung nicht ankomme.

[5] Die Module und die Unterkonstruktion seien auch wirksam an den Beklagten übereignet worden. Die dingliche Einigung habe dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot entsprochen, da sich aus der Anl. 1 zum Kaufvertrag (Lageplan) ergebe, welche Module an den Beklagten hätten übereignet werden sollen. Zwar sei die von dem Beklagten zunächst zu den Akten gereichte Schwarz-Weiß-Kopie des Lageplans schwer lesbar. Es bestehe jedoch kein Zweifel, dass die von ihm nachgereichte lesbare Farbkopie mit der zunächst vorgelegten Kopie identisch sei. Auch hindere die in § 1 Nr. 3 des Kaufvertrags vereinbarte aufschiebende Bedingung die Wirksamkeit der Übereignung nicht. Zwar sei im Grundbuch vorrangig ein anderes Photovoltaikanlagenrecht eingetragen. Nach ihrem eindeutigen Wortlaut diene die von der Schuldnerin als Verwenderin gestellte Vertragsklausel aber ausschließlich dem Schutz des Käufers, sodass sich der Kläger auf den fehlenden Bedingungseintritt zum Nachteil des Beklagten nicht berufen könne. Ein Besitzkonstitut i.S.v. § 930 BGB liege in Form eines Mietvertrags mit der Schuldnerin bzw. deren Tochtergesellschaft vor, mittels dessen der Beklagte den mittelbaren Besitz erlangt habe. Die Schuldnerin bzw. deren Tochtergesellschaft übten den unmittelbaren Besitz ersichtlich für den Beklagten aus.

[6] II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Widerklage nicht stattgegeben werden.

[7] 1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Widerklage nur Erfolg haben kann, wenn der Beklagte Eigentümer der Module und Miteigentümer der Unterkonstruktion (nachfolgend der Einfachheit halber auch nur Module) ist, da die Herausgabeansprüche nur auf § 985 BGB i.V.m. § 47 Satz 2 InsO gestützt werden können. Richtig ist auch, dass der Beklagte das Eigentum nur durch eine wirksame Übereignung durch die Insolvenzschuldnerin erlangt haben kann, was voraussetzt, dass die Module im Zeitpunkt der Übereignung Gegenstand besonderer Rechte sein konnten (§ 93 BGB). Denn anderenfalls wäre das dingliche Rechtsgeschäft, durch das dem Beklagten das Eigentum verschafft werden sollte, nichtig (vgl. Senat, Urt. v. 20.5.1988 – V ZR 269/86, BGHZ 104, 298, 303). Die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche setzen daher voraus, dass die Module weder wesentliche Bestandteile des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 BGB) noch der Photovoltaikanlage (§ 93 oder § 94 Abs. 2 BGB) waren, als sie dem Beklagten von der Insolvenzschuldnerin übereignet wurden.

[8] 2. Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Module und die Unterkonstruktion nicht nach § 94 Abs. 1 BGB als wesentliche Bestandteile des Grundstücks anzusehen sind, weil die Photovoltaikanlage nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden wurde und daher insgesamt einen Scheinbestandteil des Grundstücks i.S.v. § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt.

[9] a) Nach § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse eines Grundstücks, solange sie mit dem Boden fest zusammenhängen. Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören aber nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Verbindet ein Mieter, Pächter oder sonst schuldrechtlich Berechtigter eine Sache mit dem ihm nicht gehörenden Grundstück, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass er dabei nur in seinem eigenen Interesse handelt und nicht zugleich in der Absicht, die Sache nach Beendigung des Vertragsverhältnisses dem Grundstückseigentümer zufallen zu lassen, also dafür, dass die Verbindung nur vorübergehend – für die Dauer des Vertragsverhältnisses – i.S.d. § 95 Abs. 1 BGB hergestellt ist (Senat, Urt. v. 7.4.2017 – V ZR 52/16, ZfIR 2017, 541 Rn. 8 m.w.N.; Beschl. v. 21.11.2019 – V ZB 75/19, WM 2020, 938 Rn. 7). Eine Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Sache für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll (Senat, Urt. v. 7.4.2017 – V ZR 52/16, ZfIR 2017, 541 Rn. 14 f.).

[10] b) Nach diesem Maßstab nimmt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei an, dass die Photovoltaikanlage ein Scheinbestandteil des Grundstücks ist, weil sie auf der Grundlage eines mit dem Grundstückseigentümer geschlossenen schuldrechtlichen Nutzungsvertrags errichtet wurde und dieser die Entfernung der Anlage von dem Grundstück nach Ablauf der vereinbarten Nutzungsdauer vorsieht. Sind demnach die Voraussetzungen des § 95 BGB zu bejahen, durfte das Berufungsgericht offenlassen, ob die Tatbestandsmerkmale des § 94 BGB erfüllt sind, namentlich ob die Photovoltaikanlage i.S.d. § 94 Abs. 1 BGB fest mit Grund und Boden verbunden ist (vgl. zu den Voraussetzungen Senat, Beschl. v. 21.11.2019 – V ZB 75/19, WM 2020, 938 Rn. 10 f.), weil es hierauf nicht mehr ankommt (vgl. Senat, Urt. v. 23.9.2016 – V ZR 110/15, GE 2017, 825 Rn. 15).

[11] 3. Die Übereignung der Module an den Beklagten wäre aber auch dann unwirksam, wenn diese zum Zeitpunkt der Übereignung als wesentliche Bestandteile der Photovoltaikanlage i.S.v. § 93 BGB anzusehen waren. Dies lässt sich mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht ausschließen.

[12] a) Noch zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Module Bestandteile der Photovoltaikanlage sind.

[13] aa) Bestandteile einer Sache sind diejenigen körperlichen Gegenstände, die entweder von Natur aus eine Einheit bilden oder die durch die Verbindung miteinander ihre Selbstständigkeit dergestalt verloren haben, dass sie fortan, solange die Verbindung dauert, als eine einzige Sache erscheinen. Maßgebend dafür ist die Verkehrsanschauung und – wenn diese fehlt oder nicht festgestellt werden kann – die natürliche Betrachtungsweise eines verständigen Beobachters, wobei Zweck und Wesen der Sache und ihrer Bestandteile vom technisch-wirtschaftlichen Standpunkt aus zu beurteilen sind (Senat, Urt. v. 11.11.2011 – V ZR 231/10, BGHZ 191, 285 Rn. 11 m.w.N.).

[14] bb) Zu Recht geht das Berufungsgericht nach diesem Maßstab davon aus, dass die Module jedenfalls einfache Bestandteile der Photovoltaikanlage sind, weil sie dazu ausgelegt sind, gemeinsam mit den anderen Teilen der Anlage verbunden zu werden, und nur so ihren Zweck der Stromerzeugung erfüllen könnten (vgl. auch Senat, Urt. v. 11.11.2011 – V ZR 231/10, BGHZ 191, 285 Rn. 12).

[15] b) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, die Module seien nicht als wesentliche Bestandteile der Photovoltaikanlage anzusehen, weil sie serienmäßig produziert und nicht besonders an die Photovoltaikanlage angepasst worden seien und daher zum Zeitpunkt der Verbindung im Jahr 2009 durch ihre Abtrennung wirtschaftlich nicht wertlos geworden wären.

[16] aa) Wesentliche Bestandteile einer Sache sind nach § 93 BGB solche, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend sieht, bestimmt sich die Wesentlichkeit der einzelnen Bestandteile einer Sache nach den Wirkungen ihres (gedachten) Ausbaus. Eine Zerstörung oder Wesensveränderung des abzutrennenden Teils ist daher anzunehmen, wenn dieses durch die Trennung wertlos wird oder nur noch Schrottwert hat, nicht aber wenn es nach dem Ausbau in gleicher oder in ähnlicher Weise in eine andere Anlage integriert werden und damit wieder seine Funktion erfüllen kann. Ebenso wird die Restsache durch die Trennung nicht zerstört oder in ihrem Wesen verändert, wenn sie nach der Abtrennung des Bestandteils noch in der bisherigen Weise benutzt werden kann, sei es auch erst, nachdem sie zu diesem Zweck wieder mit anderen Sachen verbunden wird (vgl. zum Ganzen Senat, Urt. v. 11.11.2011 – V ZR 231/10, BGHZ 191, 285 Rn. 14 ff.; BGH, Urt. v. 3.3.1956 – IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159, 161 f.). Somit wären die einzelnen Module in der Tat nicht als wesentliche Bestandteile der Gesamtanlage anzusehen, wenn sie durch ein Gleiches o.Ä. Bauteil ersetzt und wenn sie zudem ihrerseits wieder in eine andere Anlage eingebaut werden und dort Strom erzeugen könnten.

[17] bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es aber insoweit nicht auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Errichtung der Anlage an, sondern auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Übereignung. Ob ein Bestandteil i.S.d. § 93 BGB wesentlich ist, bestimmt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Verbindung, wenn es darauf ankommt, ob an dem Bestandteil bestehende Rechte Dritter infolge der Verbindung untergegangen sind. Ist dagegen zu beurteilen, ob Rechte Dritter an einem Bestandteil begründet werden können, der bereits in eine zusammengesetzte Sache eingefügt ist, kommt es auf die Verhältnisse bei Entstehung des Rechts an (hierzu ausführlich Senat, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, Rn. 28 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

[18] cc) Folglich kommt es für die hier zu entscheidende Frage, ob der Beklagte das Eigentum an den Modulen erwerben konnte oder ob diese als wesentliche Bestandteile der Photovoltaikanlage nach § 93 BGB nicht Gegenstand gesonderter Rechte sein konnten, darauf an, welche Folgen der Ausbau der Module bei der Übereignung an den Beklagten gehabt hätte. Diese ist frühestens im Dezember 2010 erfolgt. Zu den Verhältnissen zu diesem Zeitpunkt hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – jedoch keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

[19] 4. Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 93 BGB kann insbesondere nicht deshalb dahinstehen, weil die Module nur als sog. Scheinbestandteile der Photovoltaikanlage zu qualifizieren wären. Bei der Photovoltaikanlage – die kein Gebäude i.S.v. § 94 BGB (vgl. dazu noch unter Rn. 23) und kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (s.o. Rn. 8 ff.) ist – handelt es sich um eine bewegliche Sache im Rechtssinne. § 95 Abs. 1 BGB ist auf Bestandteile einer beweglichen Sache i.S.v. § 93 BGB nicht entsprechend anwendbar (hierzu ausführlich Senat, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, Rn. 39 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

[20] III. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Sie ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[21] 1. Das Berufungsgericht wird festzustellen haben, ob es sich bei den Modulen und den Teilen der Unterkonstruktion zu dem Zeitpunkt der Übereignung an die Beklagte nach den oben dargestellten Maßstäben um wesentliche Bestandteile der Photovoltaikanlage nach § 93 BGB handelte. Dies beurteilt sich maßgeblich danach, ob die Module noch durch zumindest vergleichbare, auf dem Markt verfügbare Modelle hätten ersetzt und ob sie ihrerseits in anderen Anlagen hätten verwendet werden können. Dem Kläger wird Gelegenheit zu geben sein, hierzu ergänzend vorzutragen. Sollten keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorgetragen werden, wird das Berufungsgericht davon ausgehen dürfen, dass sich die maßgeblichen Verhältnisse in der eher kurzen Zeitspanne zwischen der Errichtung der Anlage und der Übereignung nicht geändert haben.

[22] Unerheblich ist indes entgegen der Auffassung des Klägers, ob das gesamte Solarkraftwerk durch den Ausbau eines oder mehrerer Module die bisherige Einspeisevergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) verloren und nur noch die geringere Einspeisevergütung aus dem Jahr der Übereignung an den Beklagten erhalten hätte, weil für sie nach § 32 Abs. 5 EEG a.F. in diesem Fall ein neues Fertigstellungsdatum gegolten hätte. Denn eine solche Verringerung der Einspeisevergütung für die Photovoltaikanlage führte weder zu ihrer wirtschaftlichen Zerstörung noch zu einer Wesensveränderung i.S.v. § 93 BGB (hierzu Senat, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, Rn. 44, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

[23] 2. Entgegen der von der Revision und in einem Parallelverfahren von dem OLG Karlsruhe (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.1.2020 – 1 U 57/18, bislang n.v.) vertretenen Ansicht scheitert eine wirksame Übereignung hingegen nicht daran, dass die Photovoltaikanlage als Gebäude i.S.v. § 94 BGB anzusehen ist und die Module wesentliche Bestandteile nach § 94 Abs. 2 BGB geworden sind. Gebäude i.S.v. § 94 BGB sind zwar auch andere größere Bauwerke, deren Beseitigung eine dem (Teil-)Abriss eines Gebäudes im engeren Sinne vergleichbare Zerschlagung wirtschaftlicher Werte bedeutete. Ein Bauwerk setzt in diesem Zusammenhang aber regelmäßig etwas mit klassischen Baustoffen „Gebautes“ von solcher Größe und Komplexität voraus, dass die Beseitigung die Zerstörung oder wesentliche Beschädigung und den Verlust der Funktionalität der Sache zur Folge hätte. Eine Freiland-Photovoltaikanlage, die aus einer gerüstähnlichen Aufständerung aus Stangen oder Schienen sowie darin eingesetzten Photovoltaikmodulen besteht, stellt daher kein Gebäude i.S.v. § 94 BGB dar (vgl. dazu im Einzelnen Senat, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, Rn. 12 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

[24] 3. Selbst wenn die Module und die Unterkonstruktion danach im Zeitpunkt der Übereignung an den Beklagten sonderrechtsfähig gewesen sein sollten, trägt die Begründung des Berufungsgerichts aber nicht die Annahme, das Eigentum daran sei wirksam auf den Beklagten übergegangen.

[25] a) Im Ergebnis zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, der Eigentumserwerb des Beklagten scheitere nicht an dem fehlenden Eintritt einer aufschiebenden Bedingung.

[26] aa) Dies folgt allerdings – wie die Revision mit Recht rügt – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht daraus, dass der Kläger sich schon deshalb nicht auf die (fehlende bzw.) nachrangige und damit unzureichende Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit berufen kann, weil die aufschiebende Bedingung nach ihrem Wortlaut ausschließlich dem Schutz des Beklagten dient. Richtig ist zwar, dass die Berufung auf eine ausschließlich dem Schutz des anderen Vertragspartners dienende Vertragsklausel sich als treuwidrig (§ 242 BGB) erweisen kann. Die Annahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens bedarf jedoch konkreter Feststellungen. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach sich eine Vertragspartei auf eine vertragliche Regelung nicht berufen kann, die den Schutz der anderen Vertragspartei bezweckt, gibt es nicht. Im Gegenteil ist eine nur einseitige Verbindlichkeit von vertraglichen Abreden, die nur oder vorrangig im Interesse eines Beteiligten liegen, dem Vertragsrecht fremd. Soll es einem Vertragspartner nicht gestattet sein, sich auf eine zugunsten des anderen Vertragspartners getroffene Regelung zu berufen, muss sich dies entweder ausdrücklich aus der Vereinbarung selbst ergeben oder bedarf als Ergebnis einer Inhalts- oder Ausübungskontrolle besonderer Gründe.

[27] bb) Die Ansicht, der fehlende Einritt der in § 1 Nr. 3 des Vertrags vereinbarten Bedingung stehe der wirksamen Übereignung nicht entgegen, erweist sich aber jedenfalls aus anderem Grund als richtig. Denn bei der Auslegung dieser Abrede ergibt sich nicht mit der notwendigen Klarheit, dass auch der Eigentumsübergang durch die Eintragung der Dienstbarkeit aufschiebend bedingt sein sollte.

[28] (1) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Klausel um eine von der Insolvenzschuldnerin verwendete AGB i.S.d. §§ 305 ff. BGB.

[29] (2) Das Berufungsgericht hat sich nicht (ausdrücklich) mit der Frage auseinandergesetzt, ob sich die aufschiebende Bedingung nur auf das Kausalgeschäft oder auch auf das Verfügungsgeschäft bezieht. Da insoweit weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat die Frage selbst entscheiden. Die Auslegung von AGB ist revisionsrechtlich in vollem Umfang überprüfbar. Im Unterschied zu individuellen Vertragsbestimmungen sind sie objektiv ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und des Willens der konkreten Parteien auszulegen. Besondere Bedeutung kommt daher dem Wortlaut einer Klausel und seinem Verständnis durch die typischerweise beteiligten redlichen Verkehrskreise unter Berücksichtigung derer Interessen zu. Verbleiben nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel und sind zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar, geht die Unklarheit nach § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders (vgl. zum Ganzen BGH, Urt. v. 17.12.2020 – I ZR 130/19, NJW 2021, 771 Rn. 44 m.w.N.).

[30] (3) Nach diesen Maßstäben ist zulasten der Insolvenzschuldnerin davon auszugehen, dass die Übereignung nicht unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Dienstbarkeit stehen sollte (vgl. im Ergebnis ebenso in einem Parallelverfahren OLG München, Urt. v. 24.7.2019 – 3 U 875/19, bisher n.v., unter II.1.3.; hierzu Senat, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 225/19, Rn. 50 z.V.b.). Der Wortlaut, nach dem „der Vertrag“ unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit steht, ist nicht eindeutig. Er könnte zwar dahin zu verstehen sein, dass die Wirksamkeit aller in der Urkunde enthaltenen Regelungen, also sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft, aufschiebend bedingt sein sollten. Auch das Gegenteil ist aber möglich. Als einheitliches Rechtsgeschäft sind ein Kaufvertrag und die zu seiner Vollziehung erfolgende dingliche Einigung jedenfalls i.a.R. nicht zu qualifizieren (vgl. Senat, Urt. v. 26.10.1990 – V ZR 22/89, BGHZ 112, 376, 378). Es gibt außerdem keine allgemeine Übung, aufschiebende Bedingungen im Zusammenhang mit Veräußerungen jeweils sowohl in Bezug auf die Wirksamkeit des Kaufvertrags als auch in Bezug auf die Verfügung zu vereinbaren (vgl. allgemein Erman/*Armbrüster*, BGB, 16. Aufl., § 158 Rn. 2; Staudinger/*Bork*, BGB, 2020, § 158 Rn. 12). Der ausdrücklich bezweckte Schutz des Käufers erfordert es mit Blick auf die weiteren Vereinbarungen nicht, auch die Wirkung der Verfügung bis zu dem Eintritt dieser Bedingung aufzuschieben. An sich läge es zwar nahe, die dingliche Einigung – die hier in § 8 erklärt ist – nicht vorzunehmen, bevor die schuldrechtliche Vereinbarung wirksam geworden ist. In § 8 ist aber auch ein Eigentumsvorbehalt (vgl. § 449 BGB) bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung enthalten. Hat der Käufer den Kaufpreis vollständig bezahlt, liegt es jedoch nicht mehr in seinem Interesse, die Übereignung noch weiter aufzuschieben, unabhängig davon, ob die langfristige Durchführung des Projekts auf fremden Grundstück aufgrund einer vorrangig eingetragenen Dienstbarkeit bestmöglich abgesichert ist.

[31] cc) Ob, wie die Revisionserwiderung meint, und ggf. zu welchem Zeitpunkt ein wirksamer Verzicht auf die Bedingung (vgl. zu den Voraussetzungen etwa BGH, Urt. v. 25.3.1998 – VIII ZR 185/96, BGHZ 138, 195, 202 f.; Urt. v. 23.11.1988 – VIII ZR 262/87, NJW-RR 1989, 291, 292 f. m.w.N.) angenommen werden könnte, kann daher dahinstehen.

[32] b) Die bisherigen Feststellungen tragen aber nicht die Annahme des Berufungsgerichts, die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang sei hinreichend bestimmt gewesen.

[33] aa) Eine wirksame dingliche Einigung setzt voraus, dass die Beteiligten eine gemeinsame, auf individuell bestimmte Gegenstände gerichtete Vorstellung und den Willen haben, dass das Eigentum an diesen Gegenständen übergehen soll (BGH, Urt. v. 13.6.1956 – IV ZR 24/56, BGHZ 21, 52, 55; Urt. v. 24.6.1958 – VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16, 19 f.). Für diese Beurteilung ist allein der Zeitpunkt der dinglichen Einigung maßgebend (BGH, Urt. v. 24.6.1958 – VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16, 20).

[34] bb) Aus dem Vertrag ergibt sich, dass dem Beklagten insgesamt 60 Module übereignet werden sollten, die in dem in Bezug genommenen Angebot mit den Anlagen-Nr. 141, 142 und 143 näher bezeichnet sind. Da nicht festgestellt ist, dass die betroffenen Module selbst mit diesen Nummern gekennzeichnet waren, kann von einer hinreichenden Bestimmtheit der Übereignung nur ausgegangen werden, wenn dem Beklagten zum Zeitpunkt der dinglichen Einigung ein Plan vorlag, der eine eindeutige Identifizierung der an ihn zu übereignenden 60 von den insgesamt 5.000 Modulen ermöglichte. Hierzu fehlt es an Feststellungen. Zu welchem Zeitpunkt dem Beklagten ein Lageplan vorgelegen hat, in dem die zu übereignenden Module eindeutig gekennzeichnet sind, lässt sich dem Urteil des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Seine Bemerkung, es habe keinerlei Zweifel, dass die von dem Beklagten im Laufe des Verfahrens nachgereichte leserliche Farbkopie mit der von ihm zunächst überreichten Schwarz-Weiß-Kopie des Lageplans identisch sei, reicht hierfür nicht aus.

[35] (1) In der von dem Beklagten im Prozess zunächst überreichten Schwarz-Weiß-Kopie sind die einzelnen Module der Photovoltaikanlage nicht gekennzeichnet, und zwar weder zeichnerisch oder farblich – etwa durch Grautöne o.Ä. –, noch durch eine Beschriftung. Zwar sind die einzelnen Reihen der Anlage beschriftet, diese Beschriftung ist aber nicht leserlich. In der von dem Beklagten mit einem späteren Schriftsatz vorgelegten Farbkopie sind die einzelnen Reihen der Module farblich in Gruppen unterteilt. Diese Gruppen sind jeweils – wenn auch schwer leserlich – beschriftet mit den Bezeichnungen „String 141“, „String 142“ usw. Zusätzlich finden sich entsprechende handschriftliche Kennzeichnungen am Rand, die in der Schwarz-Weiß-Kopie nicht enthalten sind. Somit lässt sich der Farbkopie, nicht aber der Schwarz-Weiß-Kopie des Lageplans hinreichend bestimmt entnehmen, welche Module, zusammengefasst in sog. „Strings“, an den Beklagten übereignet werden sollten.

[36] (2) Mit Recht rügt die Revision, dass vor diesem Hintergrund die Begründung des Berufungsgerichts, es bestünden keine Zweifel, dass die von dem Beklagten vorgelegte Farbkopie mit der von ihm zunächst vorgelegten Schwarz-Weiß-Kopie identisch sei, die Feststellung einer hinreichend bestimmten Einigung nicht trägt. Denn dieser Satz ist, da die Schwarz-Weiß-Kopie mit der Farbkopie ersichtlich nicht im eigentlichen Wortsinne identisch ist, mehrdeutig.

[37] (a) Entweder meint das Berufungsgericht, dass die Schwarz-Weiß-Kopie und die Farbkopie von demselben Lageplan gefertigt wurden und in diesem Sinne „identisch“ sind. Dann wären die zu übereignenden Module aber nur hinreichend bestimmt, wenn es (nur) ein Original des Lageplans gab und dieses im Zeitpunkt der Übereignung sowohl der Insolvenzschuldnerin als auch dem Beklagten vorgelegen hat oder zumindest bekannt war. In diesem Falle wäre die Schwarz-Weiß-Kopie in der Anlage zu dem Kaufvertrag lediglich als konkrete Form der Bezugnahme auf das Original des Lageplans anzusehen, Letzteres aber für die Übereignung maßgeblich. Dass es sich so verhalten hat, ist indes nicht festgestellt.

[38] (b) Oder das Berufungsgericht meint, dass die von dem Beklagten im Prozess eingereichte Farbkopie beiden Vertragsparteien bei Abschluss des Kaufvertrags vorgelegen hat bzw. – falls sie nachträglich erstellt worden sein sollte – zumindest zeichnerisch, farblich und der Beschriftung nach mit der Kopie des Lageplans übereinstimmt, die dem Kaufvertrag beigefügt war. Dann hätte es aber zumindest der Angabe bedurft, worauf diese Annahme fußt.

[39] c) Nicht hinreichend sind schließlich die Feststellungen des Berufungsgerichts zu der Übergabe der Module und der Unterkonstruktion an den Beklagten bzw. einer nach §§ 929 ff. BGB zulässigen Surrogation. Zutreffend geht es zwar davon aus, dass die Erlangung des mittelbaren Besitzes genügen kann. Nicht offenlassen durfte das Berufungsgericht aber, ob die Schuldnerin selbst oder deren Tochtergesellschaft den unmittelbaren Besitz ausübte und dem Beklagten den Besitz vermittelte.

[40] aa) Ein Besitzkonstitut nach § 930 BGB setzte voraus, dass zwischen der Insolvenzschuldnerin und dem Beklagten ein Besitzmittlungsverhältnis begründet worden wäre. Davon ist aber nach der Änderungsvereinbarung und dem „überholenden“ Mietvertrag zwischen dem Beklagten und der Tochtergesellschaft nicht auszugehen. Ein Besitzmittlungsverhältnis sollte nach dem Willen der Beteiligten vielmehr nur zwischen der Tochtergesellschaft und dem Beklagten entstehen.

[41] bb) Eine Übergabe nach § 929 Satz 1 BGB setzte jedenfalls voraus, dass die Insolvenzschuldnerin als Veräußerin den unmittelbaren Besitz aufgegeben hat (vgl. BGH, Urt. v. 10.1.1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, 715; Urt. v. 22.2.2010 – II ZR 286/07, NJW-RR 2010, 983 Rn. 23 zum mittelbaren Besitz). Dies ist ebenfalls nicht festgestellt.

(mitgeteilt von Rechtsanwalt Mark T. Singer, Neuss)

§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO; § 3 Abs. 2f) ARB

Gewährung von Deckungsschutz für die Anmeldung von deliktischen Forderungen zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren einer Firma i.R.e. Rechtsschutzversicherungsvertrags

Leitsatz der Redaktion:

Die Klage eines Versicherungsnehmers auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung fällt nicht unter die Ausschlussklausel im Zusammenhang mit Kapitalanlagegeschäften, wenn der vom Versicherungsnehmer investierte Geldbetrag nie am Markt platziert wurde, sondern das Inaussichtstellen der Kapitalanlage lediglich als Lockmittel dient, um dem Anspruchsgegner die Verfügungsmacht über den täuschungsbedingt überwiesenen Geldbetrag zu verschaffen (im Anschluss an: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2017 – 4 U 232/15).

LG Düsseldorf, Urt. v. 15.4.2021 – 9 S 38/19

I. Die Parteien streiten über Ansprüche der Kläger auf Deckungsschutz für die Anmeldung von deliktischen Forderungen zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren der Firma Q & S GmbH beim AG München (Az. 1542 IN …/…).

Zwischen den Parteien besteht ein Rechtsschutzversicherungsvertrag. In den Versicherungsbedingungen ist in § 3 Abs. 2f) folgende Ausschlussklausel enthalten:

„Rechtsschutz besteht nicht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen im Zusammenhang mit Spiel- und Wettverträgen sowie Termin-, Options- oder vergleichbaren Spekulationsgeschäften, Gewinnversprechen sowie Kapitalanlagegeschäften aller Art und deren Finanzierung.“

Die Kläger schlossen am 29.4.2017 mit der Q & S GmbH einen „Kauf- und Mietvertrag“ mit dem Inhalt, dass die Kläger 13 Container kauften und diese umgehend an die Verkäuferin vermieteten. Die E GmbH ist Teil der Q & R-Gruppe, die seit mehreren Jahrzehnten Direktinvestments in Container anbietet.

Die Q & S GmbH zahlte den Mietzins bis einschließlich Februar 2018 und stellte dann ihre Zahlungen u.a. an die Kläger ein.

Der zum Insolvenzverwalter bestellte Dr. K kam im Rahmen von Ermittlungen zu dem Ergebnis, dass die Zahl der tatsächlich angeschafften bzw. vorhandenen Container deutlich hinter der Zahl der an die Anleger verkauften Container zurückblieb. Er konnte aber erhebliche Beträge zugunsten der Gläubiger sichern.

Die Kläger haben behauptet, das von ihnen gezahlte Geld sei nicht für einen Containerkauf verwendet worden.

Sie haben (nach teilweiser Klagerücknahme) beantragt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klagepartei Deckung für die Anmeldung von Forderungen zur Insolvenztabelle in dem Insolvenzverfahren der Firma Q & S GmbH, O-Straße, 82027 Grünwald beim AG München – 1542 IN …/… für die Anmeldung deliktischer Forderungen zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, aufgrund der Ausschlussklausel in § 3 Abs. 2f) ARB nicht zur Leistung verpflichtet zu sein und bezieht sich dabei auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 20.10.2017 – I-4 U 232/15.

Das AG hat mit Urt. v. 14.8.2019 der Klage (soweit diese nach teilweiser Klagerücknahme noch aufrechterhalten worden ist) stattgegeben.

Die Ausschlussklausel für Kapitalanlagegeschäfte stehe dem Anspruch der Kläger nicht entgegen.

Es handele sich zwar bei dem von den Klägern mit der Insolvenzschuldnerin abgeschlossenen Geschäft entgegen der Bezeichnung als „Kauf- und Mietvertrag“ um ein Kapitalanlagegeschäft im Sinne der Klausel.

Gleichwohl greife der Ausschluss nicht ein, weil sich im vorliegenden Fall nicht ein spezifisches Kapitalanlagerisiko verwirklicht habe, sondern ein Betrugsrisiko bei Gelegenheit eines Kapitalanlagegeschäfts. Die Ausschlussklausel sei nach der Rechtsprechung des BGH (IV ZR 327/02) eng auszulegen und auf das typische Kapitalanlagerisiko zu begrenzen.

Im vorliegenden Fall seien nach den Feststellungen des Insolvenzverwalters am 18.3.2018 ca. 618.000 Container vorhanden gewesen, während ca. 1,6 Mio. Container an Anleger verkauft worden seien. Es spreche nichts dafür, dass gerade das Geld der Kläger für die Anschaffung von Containern verwendet worden sei. Außerdem seien keine einzelnen Container als Eigentum der Kläger zu identifizieren. Die Kläger machten daher Ansprüche aus Delikt (Betrug) geltend, für die Versicherungsschutz bestehe.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 20.10.2017 (Az. I-4 U 232/15), wonach bei einem „Schneeballsystem“ die Ausschlussklausel greifen solle, stehe nicht entgegen. Es habe sich hier zumindest seit 2007 nicht mehr um ein Schneeballsystem gehandelt. Bei einem solchen werde „Kapital tatsächlich angelegt“. Der Beklagten hätte es oblegen, zu dem von ihr behaupteten Schneeballsystem umfangreich vorzutragen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Das Geschäftsmodell der Insolvenzschuldnerin sei „durchaus tragbar“ gewesen und habe „Gewinne abgeworfen“ bzw. werfe weiterhin Gewinne ab.

Die Gelder der Anleger seien weisungswidrig nicht zum Containerkauf eingesetzt worden, sondern „im System der Q & R angelegt“ worden, „womit es zu Auszahlungen an andere Anleger kam, um eine systemische Schieflage auszugleichen“. Auch die Kläger hätten Gelder erhalten. Darin liege ein Unterschied zu der Fallgestaltung, der dem Beschluss des OLG Düsseldorf v. 20.10.2017 – I-4 U 232/15 zugrunde lag. Das Geld der Anleger sei gerade nicht bereits der Anlage „direkt verloren“ gewesen.

Die Annahme des AG, es habe sich seit 2007 nicht mehr um ein Schneeballsystem gehandelt, sei unzutreffend.

Auch weisungswidrige oder vertragswidrige Handlungen führten nicht dazu, dass das Vorliegen eines Kapitalanlagegeschäfts auszuschließen wäre.

Die Beklagte rügt die Verletzung rechtlichen Gehörs, weil ein erbetener Hinweis für den Fall der Erforderlichkeit weiteren Vortrags nicht erteilt worden sei.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des AG Düsseldorf v. 14.8.2019 – 46 C 76/19 – aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Die Kläger verteidigen das erstinstanzliche Urteil. Das Geschäftsmodell der Insolvenzschuldnerin sei von Anfang an auf Betrug ausgelegt gewesen. Die Überweisung des Geldes der Investoren an die Gesellschaften von Q & R könne nicht als „Anlage am Markt“ verstanden werden. Das Geld der Investoren sei ausschließlich dazu verwendet worden, um fällige Ansprüche anderer Anleger zu erfüllen. Das eingezahlte Geld der Investoren sei mit der Überweisung direkt verloren gewesen, da es nicht dazu verwendet worden sei, Container zu kaufen, sondern dazu verwendet worden sei, alte Anleger auszubezahlen. Dementsprechend habe die Staatsanwaltschaft München gegen den Unternehmensgründer … Anklage wegen Betrugs erhoben. Dieser sei jedoch inzwischen verstorben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

Die Berufung kann gem. den §§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Solche Umstände zeigt die Berufungsbegründung nicht auf. Das AG hat der Klage zu Recht stattgegeben.

1. Zu Recht ist das AG zunächst von einem Kapitalanlagegeschäft ausgegangen. Die Bezeichnung als „Kauf- & Mietvertrag“ ändert daran nichts (vgl. auch BGH v. 10.4.2019 – IV ZR 59/18, NJW 2019, 2172 Rn. 22 f.), zumal – worauf das AG zu Recht hinweist – die Kläger in dem Vertragsformular durchgehend als „Anleger“ bezeichnet werden, von „Anlageverwaltung“ und „Vermögensablagen-Informationsblatt“ die Rede ist, usw.

2. Der Anspruch der Kläger ist nicht nach § 3 Abs. 2 lit. f) der Versicherungsbedingungen ausgeschlossen. Die von den Klägern geltend gemachten deliktischen Ansprüche wegen Betrugs stehen nicht in dem von § 3 Abs. 2 lit. f) der Versicherungsbedingungen vorausgesetzten Zusammenhang mit einem Kapitalanlagegeschäft und dessen Finanzierung.

Die Ausschlussklausel ist so auszulegen, dass sie nur solche Streitigkeiten erfasst, die ihren Ursprung jedenfalls auch in dem Anlagecharakter des Geschäfts haben (BGH v. 10.4.2019 – IV ZR 59/18, NJW 2019, 2172 Rn. 25). Für diese Auslegung kommt es nicht darauf an, ob der Wortlaut der Klausel sich auf Streitigkeiten „aus Kapitalanlagegeschäften aller Art und deren Finanzierung“ bezieht (BGH v. 10.4.2019 – IV ZR 59/18, NJW 2019, 2172 Rn. 25) oder – wie hier – auf die Wahrnehmung rechtlicher Interessen „im Zusammenhang mit … Kapitalanlagegeschäften aller Art und deren Finanzierung“. Im ersteren Fall wird der erforderliche Zusammenhang dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die ausgeschlossene Strei-

tigkeit gerade „aus“ einem Kapitalanlagegeschäft herrühren muss (BGH v. 10.4.2019 – IV ZR 59/18, NJW 2019, 2172 Rn. 24 a.E.), im letzteren Fall dadurch, dass gerade ein „Zusammenhang“ mit dem Kapitalanlagegeschäft verlangt wird.

Diese Einschränkung beugt zugleich einer uferlosen Ausdehnung der Klausel vor und trägt dem Grundsatz enger Auslegung von Risikoausschlussklauseln Rechnung (BGH v. 10.4.2019 – IV ZR 59/18, NJW 2019, 2172 Rn. 25).

Somit fällt die Klage eines Versicherungsnehmers auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung nicht unter den Ausschlusstatbestand, wenn der vom Versicherungsnehmer investierte Geldbetrag nie am Markt platziert wurde, sondern das Inaussichtstellen der Kapitalanlage lediglich als Lockmittel diente, um dem Anspruchsgegner die Verfügungsmacht über den täuschungsbedingt überwiesenen Geldbetrag zu verschaffen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2017 – I-4 U 232/15; Prölss/Martin/*Piontek*, VVG, 31. Aufl. 2021, § 3 ARB 2010 Rn. 54a).

So liegt der Fall hier. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Gelder der Kläger weisungswidrig nicht zum Containerkauf eingesetzt worden, sondern – nach dem Vorbringen der Beklagten – „im System der Q & R angelegt“ worden sind, „womit es zu Auszahlungen an andere Anleger kam, um eine systemische Schieflage auszugleichen“.

Dieses Verhalten stellt indes nicht (nur) ein weisungswidriges Verhalten im Rahmen einer Kapitalanlage dar, sondern einen Betrug (s.u.).

Ohnehin kommt es aber im Rahmen der o.g. Frage, ob der Risikoausschluss nicht eingreift, weil tatsächlich ein Betrug vorgelegen hat, auf das Vorbringen des Versicherungsnehmers an, mit dem dieser das Rechtsschutzbegehren begründet (vgl. etwa BGH v. 3.7.2019 – IV ZR 111/18, NJW 2019, 2852 Rn. 19 m.w.N., zur Bestimmung des Rechtsschutzfalls). Die Kläger tragen aber zur Begründung des Rechtsschutzfalls gerade vor, dass von Anfang an ein Betrug vorgelegen habe.

Sowohl nach dem unstreitigen Sachverhalt (s.o.) als auch nach dem Vorbringen der Versicherungsnehmer liegt hier ein Betrug vor.

a) Die Insolvenzschuldnerin hat den Klägern den Erwerb von Containern zugesagt. Dies ist unstreitig nicht erfolgt. Die Insolvenzschuldnerin hat die Kläger somit über Tatsachen getäuscht, wenn sie nicht entgegen ihrem tatsächlichen Handeln im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgehabt hätte, Container zu kaufen, wofür nichts ersichtlich ist. Ohnehin käme es auf Letzteres nicht an, weil insoweit auf das Vorbringen des Versicherungsnehmers zur Begründung des Rechtsschutzbegehrens abzustellen wäre (s.o.).

b) Die Kläger haben dadurch auch einen Vermögensschaden erlitten. Die Entziehung von Geldern oder Vermögenswerten dergestalt, dass der Vermögensträger keinen ungehinderten Zugriff auf diese mehr hat, begründet bereits einen Vermögensschaden (ohne dass es auf die Grundsätze einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ankommt), und zwar selbst dann, wenn der Handelnde die Vorstellung hat, den Vermögensträger später schadlos zu stellen, oder sogar zum vermeintlich Besten des Vermögensträgers handelt (vgl. etwa BGH, NStZ 2020, 544; BGHSt 52, 323 [Fall Siemens – „Schwarze Kassen“]), vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2017 – I 4 U 232/15, Rn. 53 („Der Betrugstatbestand war im Zeitpunkt der täuschungsbedingten Überweisung des Geldes beendet.“).

So liegt der Fall hier – bereits auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts. Durch die Verwendung der Gelder „im System Q & R“ – unabhängig davon, was die Beklagte damit konkret zum Ausdruck bringen will – waren die Gelder den Klägern entzogen. Sie hatten weder Zugriff auf die Gelder noch auf die vertraglich zugesagten Container. Ob die Insolvenzschuldnerin die Vorstellung hatte, die Ansprüche der Kläger irgendwann einmal wirtschaftlich erfüllen zu können, ist aus den vorstehenden Gründen unerheblich.

Es hat sich daher hier nicht die „Vertragsverhandlungen über ein Kapitalanlagegeschäft typischerweise innewohnende Gefahr“ verwirklicht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2017 – I-4 U 232/15, Rn. 54), sondern das allgemeine Betrugsrisiko.

c) Auf die Frage, ob (und ggf. ab wann) es sich um ein „Schneeballsystem“ handelte, kommt es nicht an, sondern darauf, ob es sich um einen Betrugsfall handelt oder um eine misslungene Kapitalanlage (s.o.). Das OLG Düsseldorf hat sich in seinem Beschl. v. 20.10.2017 – I-4 U 232/15 in Rn. 60 zu „Schneeballsystemen“ nur am Rande geäußert – nämlich im Rahmen einer Auseinandersetzung mit einer Beschwerdeentscheidung des Versicherungsombudsmannes. Aus den entsprechenden Formulierungen des OLG folgt bereits im Ausgangspunkt nicht, dass immer dann, wenn ein „Schneeballsystem“ vorliegt, die Ausschlussklausel für Kapitalanlagegeschäfte eingreift.

I.Ü. ist hier – selbst wenn man von einem Schneeballsystem ausgehen wollte – schon nach dem unstreitigen Vorbringen keine tatsächliche „Anlage“ der Gelder erfolgt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2017 – I-4 U 232/15, Rn. 60 a.E.). Schon nach dem Vorbringen der Beklagten wurden die Gelder in „das System Q & R“ eingespeist. Dass es sich dabei um eine „tatsächliche Anlage“ von Kapital am Markt gehandelt haben soll, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

d) In dem von der Beklagten weiterhin in Bezug genommenen Urteil des AG Günzburg v. 12.3.2018 – 4 C 889 hatte eine Bank, die ein Wertpapierdepot führte, das Wertpapierdepot nicht auftragsgemäß auf den Erben umgeschrieben, sondern aufgelöst und den Erlös unter den Erben verteilt. Ein Bezug zu der hier vorliegenden Konstellation liegt nicht vor.

III. Die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsätze v. 29.4.2021 und v. 11.5.2021 geben aus den vorstehend ausgeführten Gründen keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 156 ZPO).

IV. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) – so der BGH in seinem Beschl. v. 26.9.2018 (Az. IV ZR 272/17), *WKRS 2018, 34354*, zur Nichtzulassungsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf v. 20.10.2017 – I-4 U 232/15.

Allein der Umstand, dass die Reichweite des Ausschlusses für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen im Zusammenhang mit Kapitalanlagegeschäften jedenfalls im Schrifttum umstritten ist (vgl. etwa *Maier*, in: Harbauer, Rechtsschutzversicherung, 9. Aufl. 2018, § 3 ARB 2010 Rn. 123: Ansprüche aus unerlaubter Handlung seien – im Fall der Verwendung der dort kommentierten Allgemeinen Rechtsschutzversicherungsbedingungen (ARB) – vom Ausschluss mitumfasst) bzw. die Entscheidung des OLG Düsseldorf kritisiert wird (vgl. *Niebel*, r+s 2019, 568, 574), rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung bzgl. der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der *Streitwert* für das Berufungsverfahren wird auf bis 1.000 € festgesetzt.

§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO

(Kein) Beiseiteschaffen beim Bankrott durch sofortiges Abheben eingehender Zahlungen von Konto eines Dritten bei vorhandener Verfügungsberechtigung

Leitsätze des Gerichts:

1. **Zieht der Gläubiger in seiner Krise eine Forderung über das Konto einer dritten Person ein, für das er selbst verfügungsberechtigt ist, und hebt er das eingegangene Geld umgehend wieder ab, liegt darin noch kein Beiseiteschaffen i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Anschluss an BGH, Beschluss vom 12.5.2016 – 1 StR 114/16, juris Rn. 15).**
2. **Erteilt der Angeklagte die Zustimmung nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO und ermöglicht so die Überprüfung der Beweisergebnisse oder eine weitere Aufklärung des Tatvorwurfs, kommt ihm das im Fall einer Verurteilung bei der Strafzumessung zugute.**

LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 15.12.2021 – 12 Ns 502 Js 1046/19

I. Das AG Nürnberg hat den Angeklagten C wegen vorsätzlichen Bankrotts in 13 Fällen zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe und die Angeklagte E wegen Beihilfe dazu zu einer Gesamtgeldstrafe verurteilt. Daneben hat es gegen beide Angeklagte eine Einziehungsentscheidung getroffen. Hiergegen wenden sich beide Angeklagte mit jeweils umfassend eingelegten Berufungen und die Staatsanwaltschaft mit einer auf die Rechtsfolgen beschränkten Berufung.

Die Berufung der Angeklagten E hat vollen, die des Angeklagten C teilweisen Erfolg. Die weitergehenden Berufungen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft wurden verworfen.

II. Der Angeklagte C ist in Rumänien geboren und aufgewachsen. Im Jahr 2013 ist er in die Bundesrepublik übergesiedelt. Er ist gelernter Koch und hat in Rumänien als solcher und als Kellner gearbeitet. In Deutschland arbeitete er zunächst ein Jahr bei H als Kurierfahrer und machte sich anschließend als Transportunternehmer selbstständig. Daneben eröffnete er 2018 eine Gaststätte. Derzeit arbeitet er geringfügig als Bürohelfer. Er ist geschieden und hat eine erwachsene Tochter.

Die Angeklagte E …

Beide Angeklagte sind nicht vorbestraft und teilen sich eine Wohnung. Dort unterhalten sie eine Art wirtschaftliche Zweckgemeinschaft.

III. Die Kammer hat aufgrund der Hauptverhandlung folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Angeklagte C war seit 2015 Inhaber eines Einzelunternehmens im Transportgewerbe mit Sitz in … Daneben war er v. März bis September 2018 als selbstständiger Gastwirt tätig. Bereits seit dem Frühjahr/Sommer 2018 war dem Angeklagten klar, dass er mit seinen Unternehmungen keinen Erfolg hat und dass ihm die Schulden über den Kopf wachsen, daher dachte er seitdem immer wieder daran, beide Gewerbe einzustellen. Spätestens seit dem 1.10.2018 war er, wie er wusste, nicht mehr in der Lage, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Am 21.12.2018 meldete er beide Gewerbe ab.

Am 16.10.2018 eröffnete die Angeklagte E ein Konto bei der S-Bank, IBAN … (fortan: Konto), und räumte dem Angeklagten C tags darauf die Verfügungsbefugnis dafür ein. In der Folgezeit teilte der Angeschuldigte C seinen Auftraggebern und anderen Schuldnern mit, seine Bankverbindung habe sich geändert und sie sollten die ihm geschuldeten Geldbeträge nunmehr auf das Konto überweisen. Die eingehenden Gelder hob er sodann umgehend an verschiedenen Geldautomaten ab. Im Einzelnen stellten sich die Geldeingänge und Abhebungen wie folgt dar:

– Tabelle 1 –

Datum	Geldeingang in €	… von:	Abhebung in €
13.11.2018	10.628,01	H GmbH	
	9.155,12	H GmbH	
14.11.2018			1.000,00
			14.000,00
15.11.2018	9.615,81	A GmbH	
16.11.2018	735,80	Y GmbH	3.000,00
			4.000,00
			4.000,00
19.11.2018			4.000,00
27.11.2018	74,00	B	
	23,00	B	
30.11.2018	1.0668,62	H GmbH	
3.12.2018			10.000,00
			620,00
5.12.2018	1.295,60	AM	
	1.367,29	AM	
6.12.2018			2.000,00
11.12.2018			500,00
17.12.2018	7.651,42	A GmbH	4.500,00
			2.500,00
20.12.2018	10.385,35	H GmbH	10.000,00
	147,00	B	
27.12.2018			500,00
28.12.2018	58,00	B	
Summe	61.805,02		60.620,00

Welche Geldeingänge auf das Konto erfolgten und wann und in welchem Umfang Abhebungen vom Angeklagten C durchgeführt wurden, wusste die Angeklagte nicht. Insgesamt nutzte der Angeklagte C das Konto im vorstehend umrissenen Zeitraum allein.

Der Angeklagte C nutzte die bar abgehobenen Gelder i.H.v. insgesamt 15.782,45 € dazu, Forderungen einzelner Gläubiger zu begleichen. Im Einzelnen nahm er folgende Zahlungen vor:

– Tabelle 2 –

(…)

Weiterhin nahm er vom Konto Überweisungen i.H.v. insgesamt 2.124,63 € vor, um weitere eigene Verbindlichkeiten zu begleichen. Im Einzelnen handelte es sich um folgende Zahlungen:

– Tabelle 3 –

(…)

Mit Schreiben v. 8.1.2019, bei Gericht eingegangen am Folgetag, stellte der Angeklagte C beim AG – Insolvenzgericht – Fürth Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. In dem Antrag gab er an, über 15 € zu verfügen. Tatsächlich besaß er zu diesem Zeitpunkt noch mindestens 38.882,94 € aus dem bar abgehobenen Geld. Dieses verschwieg er bewusst sowohl in seinem Insolvenzantrag als auch später im Eröffnungs- und Insolvenzverfahren. Am 11.4.2019 beschloss das Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Von der Insolvenzantragstellung und dem Inhalt des Antrags hatte die Angeklagte E keine Kenntnis.

Im Insolvenzverfahren wurden später Forderungen gegen den Angeklagten i.H.v. 224.245,13 € festgestellt. Dem standen – soweit der Insolvenzverwalter dies ermitteln konnte, d.h. ohne den verheimlichten Betrag – liquide Mittel von 0 € gegenüber. Das Insolvenzverfahren ist mittlerweile abgeschlossen; die Wohlverhaltensphase im Restschuldbefreiungsverfahren dauert noch an.

IV. Die Überzeugung der Kammer vom unter III geschilderten Geschehen beruht auf Folgendem:

1. a) Die Angaben zu seiner Person beruhen auf den glaubhaften Ausführungen des Angeklagten C.

b) Zur Sache gab der Angeklagte an, er habe schon seit Anfang 2018 finanzielle Probleme gehabt und sich seit dem Frühjahr/Sommer 2018 mit dem Gedanken getragen, beide Gewerbe aufzugeben. Seine Schwierigkeiten im Transportgewerbe hätten darauf beruht, dass seine Angestellten unzuverlässig gewesen seien und Gelder unterschlagen hätten. Er habe Schulden bei der Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK), beim Finanzamt und wegen der Lohnzahlungen auch bei seinen Arbeitnehmern gehabt. Mit der Gaststätte hätte er bei hohen Kosten keinen hinreichenden Umsatz erwirtschaften können, manchmal seien es an einem Abend nur 50 € gewesen. Nicht zuletzt wegen der mangelhaften Deutschkenntnisse sei er mit dem Gaststättenbetrieb insgesamt überfordert gewesen. Weiterhin räumte er ein, er habe seinen Auftraggebern das Konto zur Abwicklung künftiger Zahlungen angegeben, weil er Angst vor Pfändungen durch das Finanzamt gehabt habe. Das an Geldautomaten abgehobene Geld habe er weitgehend dazu genutzt, Schulden zu bezahlen.

Dieses Teilgeständnis ist glaubhaft und wird durch die weiteren Beweismittel stimmig und widerspruchsfrei bestätigt und ergänzt.

aa) Die Kontoeröffnung durch die Angeklagte und dessen anschließende ausschließliche Nutzung durch den Angeklagten, einschließlich der Kontobewegungen und Abhebungen, wird belegt durch das Geständnis des Angeklagten und die verlesenen Kontoauszüge, die die einzelnen Geldbewegungen, wie in den Tabellen 1 und 3 (oben III) ersichtlich, abbilden. Weiterhin folgt die Verfügungsberechtigung des Angeklagten über das Konto aus der Verlesung der Bankauskunft der S-Bank sowie aus der Aussage der Zeugin G, einer Angestellten der Bank. Deren Aussage und den vom Angeklagten unterschriebenen Antragsformularen konnte zudem entnommen werden, dass es der Angeklagte war, der jeweils individuelle Freischaltungen bei der Bank beantragt hatte, um Abhebungen über dem Tageslimit von 2.500 € an den Geldautomaten tätigen zu können.

Die weiteren Zahlungen, die der Angeklagte aus dem Bargeldbestand bestritt, werden durch die von ihm vorgelegten Belege gestützt, die in der Tabelle 2 (oben III) zusammengestellt sind. Die Kammer war sich dessen bewusst, dass die Belege für die Zwecke des Strafverfahrens hergestellt worden sein könnten. Die angegebenen Verwendungszwecke und Beträge waren zumindest plausibel, weil sie z.B. bei Barlohnquittungen Namen von Arbeitnehmern aufwiesen, die für den Betrieb des Angeklagten auch bei der AOK gemeldet waren, wie ein Abgleich mit den verlesenen Beitragsrückstandsmeldungen der Krankenkasse bestätigte.

bb) Die Angabe gegenüber dem Insolvenzgericht, er besäße nur noch 15 €, ergibt sich aus dem verlesenen Insolvenzantrag und den Ausführungen des früheren Insolvenzverwalters, des Zeugen R. Letzterer hatte umfassend über den Ablauf und die Ergebnisse des Insolvenzverfahrens berichtet und insbesondere die Vermögensverhältnisse des Angeklagten, soweit sie ihm bekannt waren, dargelegt. Dabei sagte er aus, dass der Angeklagte ihm im Fortgang des Eröffnungs- und des Insolvenzverfahrens keine Mitteilung über die bei ihm verbliebenen Gelder machte.

cc) Der Angeklagte war spätestens seit dem 1.10.2018, realistischerweise deutlich früher, zahlungsunfähig. So hat der Zeuge R angegeben, es seien im Insolvenzverfahren Gläubigerforderungen von insgesamt 224.245,13 € zur Tabelle festgestellt worden, denen keine liquiden Vermögenswerte gegenüberstanden. Die Zahlungsunfähigkeit des Angeklagten wird weiter belegt durch die verlesenen Forderungsaufstellungen der AOK und des Finanzamts F. Letztere zeigen, dass der Angeklagte bis ins Jahr 2015 zurückreichende Steuerschulden hatte, die sich allein bei der USt im Frühjahr 2018 auf über 40.000 € summierten. Nachdem das Finanzamt hierüber mit dem Angeklagten im Sommer 2018 verhandelt hatte, nahm es am 25.10.2018 eine Kontopfändung bei ihm wegen Steuerrückständen von 139.399,72 € vor. Im April 2018 erging zudem der Gewerbesteuerbescheid der Stadt S für 2015 über rd. 5.700 €, den der Angeklagte nicht begleichen konnte, wie der Zeuge R näher ausführte. Ergänzend stützt sich die Kammer hier auf die Aussage des Zeugen H, der als ermittelnder Polizeibeamter die Krisensymptome in Übereinstimmung mit den verlesenen Urkunden chronologisch referiert hat und auf die verlesenen Auskünfte der Obergerichtsvollzieherin L.

dd) Die Zahlungseinstellung des Angeklagten (vgl. § 283 Abs. 6 StGB) lag spätestens seit Sommer 2018 vor, als der Angeklagte die sechsstellige Steuerforderung des Finanzamts F nicht ansatzweise wegfertigen konnte; daneben standen zur selben Zeit die weiteren vierstellige Verbindlichkeiten der Stadt S und der AOK im Raum, die ebenso wenig beglichen wurden.

ee) Die Kammer ist schließlich davon überzeugt, dass der Angeklagte bei Insolvenzantragstellung noch über mindestens 38.882,94 € an Bargeld verfügte. Dazu liegt keine Aussage des Angeklagten vor. Insoweit hat die Kammer aber alle belegten oder auch nur konkret behaupteten Ausgaben des Angeklagten zu dessen Gunsten von der vereinnahmten Summe von 61.805,02 € abgezogen. Neben den Zahlungen, die über das Konto liefen (Tabelle 3, oben III), hat die Kammer die nach der Behauptung des Angeklagten bar beglichenen und

quittierten oder zumindest durch Rechnungen belegten Verbindlichkeiten gemäß der Tabelle 2 (oben III) abgezogen. Abgezogen wurden weiterhin 3.000 €, die der Angeklagte für eine „schwarz" ausgeführte Autoreparatur beglichen haben will sowie die 15 €, die er im Insolvenzantrag deklarierte. Schlussendlich hat die Kammer weitere 2.000 € pauschal für nicht belegte Aufwendungen abgezogen. Danach verbleibt der genannte Rest von 38.882,94 €.

(…)

Die Anwendung des Zweifelssatzes zur Begründung weiterer Abzüge war nicht veranlasst. Zunächst verlangt der Zweifelssatz ohnehin nicht, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte liefert (BGH, Urt. v. 6.9.2016 – 1 StR 104/15, Rn. 33). Hier hatte die Kammer allerdings auch keine Zweifel. Nach eigener Aussage des Angeklagten hat dieser schon seit Frühjahr/Sommer 2018 das geschäftliche Ende kommen sehen, zum Jahresende hat er die Gewerbe tatsächlich geschlossen. Es ergab daher wirtschaftlich keinen Sinn mehr, nachdem er die Geschäftsaufgabe beschlossen hatte, weiterhin Gelder dort hineinzustecken. Es war ihm angesichts der Höhe seiner Schulden zudem klar, dass er diese keinesfalls wird begleichen können. Damit gab es bei lebensnaher Betrachtung keine plausible Begründung dafür, das verbliebene Geld für weitere Schuldentilgung zu nutzen. Der Aussage des Zeugen R war i.Ü. auch nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte andere als die bereits bekannten Gläubiger befriedigt hätte. Anhaltspunkte für sonstige Ausgaben, die nicht in einer Schuldentilgung begründet gewesen wären, konnte die Kammer nicht feststellen.

2. a) Die Angaben zu ihrer Person beruhen auf den glaubhaften Ausführungen der Angeklagten E.

b) Zur Sache konnte sich die Kammer demgegenüber bei der Angeklagten keine zweifelsfreie Überzeugung dahin bilden können, sie habe dem Angeklagten C zu dessen Bankrott vorsätzlich Hilfe geleistet. Deshalb war sie freizusprechen.

(…)

V. Die unter III geschilderte Tat ist als Bankrott des Angeklagten C gem. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Variante des Verheimlichens zu werten.

1. Ein Beiseiteschaffen durch den Angeklagten kann entgegen der Auffassung des AG nicht darin gesehen werden, dass er über das Konto einzelne Geldeingänge angenommen hat.

Beiseiteschaffen i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt vor, wenn ein Schuldner einen zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand dem alsbaldigen Gläubigerzugriff entzieht oder den Zugriff zumindest wesentlich erschwert. Dies kann entweder durch eine Änderung der rechtlichen Zuordnung des Vermögensgegenstands oder eine Zugriffserschwerung aufgrund tatsächlicher Umstände geschehen (BGH, Urt. v. 29.4.2010 – 3 StR 314/09, *ZInsO 2010, 1383* Rn. 26; Beschl. v. 12.5.2016 – 1 StR 114/16, *ZInsO 2016, 1436* Rn. 14). Das ist hier nicht gegeben. Die Rechtsprechung hat zwar Fälle als Beiseiteschaffen angesehen, in denen der Schuldner eine ihm zustehende Forderung von einer anderen Person über deren Konto, über das er selbst nicht verfügungsberechtigt war, einziehen ließ (BGH, Urt. v. 17.3.1987 – 1 StR 693/86, Rn. 9) oder in denen der Schuldner Geld auf Konten von ihm beherrschter, aber rechtlich selbstständiger Gesellschaften übertrug (OLG Frankfurt, Beschl. v. 18.6.1997 – 1 Ws 56/97, NStZ 1997, 551). Die Besonderheit liegt hier aber darin, dass der Angeklagte das auf das Konto eingegangene Geld umgehend für sich in bar abhob. Damit floss das Geld seinem Vermögen wieder zu und war dieses Vermögen nicht zum Nachteil seiner Gläubiger verringert. Bei dieser Sachlage liegt ein Beiseiteschaffen nicht vor (vgl. BGH, Beschl. v. 12.5.2016 – 1 StR 114/16, *ZInsO 2016, 1436* Rn. 15). In tatsächlicher Hinsicht standen die Gläubiger des Angeklagten nicht schlechter als wenn er sich die ihm zustehenden Gelder von seinen Schuldnern gleich bar hätte auszahlen lassen, was für sich betrachtet kein Beiseiteschaffen trüge. Das Beiseiteschaffen könnte hier erst durch eine weitere Handlung begründet werden, etwa indem der Angeklagte das empfangene Geld versteckt oder außer Landes schafft. Dazu konnte die Kammer keine Feststellungen treffen. In der Begleichung fälliger Verbindlichkeiten liegt jedenfalls kein Beiseiteschaffen, weil dadurch zwar die Haftungsmasse verringert, zugleich dadurch aber auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit und damit im Ergebnis lediglich eine Umschichtung des Schuldnervermögens bewirkt wird (vgl. *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 5. Aufl., § 283 Rn. 5).

2. Allerdings liegt ein Verheimlichen darin, dass der Angeklagte bewusst der Wahrheit zuwider in seinem Insolvenzantrag v. 8.1.2019 das bei ihm noch vorhandene Geld nicht angegeben und es auch später weder gegenüber dem Insolvenzgericht noch gegenüber dem Insolvenzverwalter pflichtgemäß offenbart hat. Dadurch wurde die Gesamtheit der Gläubiger und später der Insolvenzverwalter, vermittelt durch das nunmehr befasste Insolvenzgericht, hinsichtlich der Masse in die Irre geführt.

a) Die Kammer darf dieses Verheimlichen als Anknüpfungspunkt für die Verurteilung wählen, weil es zur angeklagten prozessualen Tat i.S.v. § 264 StPO gehört (zum Begriff BGH, Urt. v. 10.6.2020 – 5 StR 435/19, Rn. 44 m.w.N.; vgl. auch *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 264 Rn. 3). Der Anklagesatz umfasst die Vorgänge um das Konto und die Insolvenzantragstellung samt dem anschließenden Schweigen des Angeklagten. Die in der Anklage enthaltene rechtliche Beurteilung erfasst ebenfalls beide Aspekte. Insbesondere folgt eine eindeutige Engführung der prozessualen Tat im Sinne einer Fixierung allein auf die Kontobewegungen nicht aus dem in der Anklage mitgeteilten Konkurrenzverhältnis, das so auch vom AG übernommen wurde. Denn dieses ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt richtig. Die Annahme der Anklage, es lägen 13 Bankrotthandlungen vor, entspricht der Zahl der festgestellten Geldeingänge auf dem Konto. Diese sind aber, weil sie keine Handlungen des Angeklagten darstellen, kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Straftaten und ihrer Anzahl.

b) Verheimlichen ist jedes Verhalten, durch das ein Vermögensbestandteil oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis des Insolvenzverwalters oder der Gläubiger entzogen wird (BGH, Beschl. v. 12.5.2016 – 1 StR 114/16, *ZInsO 2016, 1436* Rn. 11 m.w.N.). Das ist erfüllt durch die Falschangabe im Insolvenzantrag, der Angeklagte besäße gerade noch 15 € sowie durch die anschließende pflichtwidrige Nicht-Richtigstellung der tatsächlichen Vermögensverhältnisse (zu den Offenbarungspflichten vgl. BGH, Beschl. v. 14.3.2016 – 1 StR 337/15, *ZInsO 2016, 792* Rn. 15, und v. 8.3.2012 – IX ZB 70/10, *ZInsO 2012, 751* Rn. 13 m.w.N. sowie Kammer, Urt. v. 28.10.2021 – 12 Ns 511 Js 2080/19, Rn. 35 f.). Damit ist ein zumindest vorübergehender Täuschungserfolg herbeigeführt worden, denn der Zeuge R, der seinerzeitige Insolvenzverwalter, erfuhr gemäß seiner glaubhaften Bekundung erstmals im Rahmen der hiesigen Hauptverhandlung von den unter III be-

schriebenen Vorgängen und konnte somit nicht im Rahmen des Insolvenzverfahrens auf das Bargeld zugreifen.

VI. Die Kammer hat den Strafrahmen für den Angeklagten C § 283 Abs. 1 StGB entnommen. Eine Strafrahmenverschiebung nach §§ 13 Abs. 2, 49 Abs. 2 StGB war schon deshalb nicht vorzunehmen, weil mit der Falschangabe im Insolvenzantrag eine aktive Täuschung vorlag.

Zugunsten des Angeklagten hat Kammer dessen Teilgeständnis angesetzt. Ebenso ist die Zustimmung nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zu seinen Gunsten zu werten. Nach dieser dem Schutz der Selbstbelastungsfreiheit dienenden Vorschrift können Angaben des Schuldners, die dieser in Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten gemacht hat, im Strafverfahren zu seinen Lasten nur mit seiner Zustimmung verwendet werden. Gibt der Schuldner diese Zustimmung ab und ermöglicht so die Überprüfung des bisherigen Beweisergebnisses oder die weitere Aufklärung des Tatvorwurfs – wie hier durch die Einvernahme des Insolvenzverwalters –, so spricht das für ihn. Weiterhin ist der Angeklagte nicht vorbestraft und durch sein wirtschaftliches Scheitern in gewisser Weise geläutert. Er will die missglückte selbstständige Unternehmerschaft endgültig aufgeben und sich um eine Anstellung in seinem Lehrberuf als Koch bemühen. Zulasten des Angeklagten hat die Kammer den Umfang des Bankrotts und das Planvolle und von erheblicher krimineller Energie zeugende Vorgehen des Angeklagten gewertet.

Unter Abwägung der genannten Gesichtspunkte hält die Kammer die Verhängung einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten für tat- und schuldangemessen. Angesichts der positiven Sozialprognose für den Angeklagten und weil auch die weiteren Voraussetzungen des § 56 Abs. 2 und 3 StGB für eine Strafaussetzung vorliegen, konnte die Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden.

VII. Die Einziehungsentscheidung beruht auf §§ 73 Abs. 1, 73c Satz 1 StGB. Das im Insolvenzantrag verheimlichte Geld befand sich zwar schon vor der Tat beim Angeklagten, allerdings hat er es sich durch das Verheimlichen weiterhin gesichert und dadurch einen messbaren wirtschaftlichen Vorteil erlangt. Hätte er den Betrag nämlich nicht verheimlicht, hätte der Insolvenzverwalter darauf zugegriffen, ihn zur Masse gezogen und darüber verfügt (§ 80 Abs. 1 InsO); für den Angeklagten wäre es jedenfalls verloren. Die Kammer zieht insoweit eine Parallele zu den Fällen der Einziehung der ersparten Aufwendungen in Fällen von Steuerhinterziehung (vgl. BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 1 StR 208/19, Rn. 9 f. m.w.N.).

VIII. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 465 Abs. 1, 467 Abs. 1, 473 Abs. 1, 4 StPO.

(mitgeteilt von der 12. Strafkammer des LG Nürnberg-Fürth)

§ 56 InsO; Art. 4 Nr. 7, Art. 15 DSGVO

Zur Datenverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters

Leitsätze des Gerichts:

1. **Ein Insolvenzverwalter ist für die Daten des Schuldner(organs) nicht Datenverantwortlicher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO und nicht auskunftspflichtig nach Art. 15 DSGVO.**
2. **Sofern Auskunftsansprüche geltend gemacht werden, wären konkrete Datenverarbeitungsvorgänge des Insolvenzverwalters (oder auf dessen Geheiß erfolgte) zu beschreiben; eine „Datenlagerung“ ist keine Datenverarbeitung.**
3. **Sofern der Insolvenzverwalter dennoch Auskunft erteilt, ist es ausreichend, wenn er über die über den Schuldner (bzw. dessen Organ) gespeicherten Daten nach Datenkategorien, über die übernommenen Datenkategorien, die Datenverarbeitungszwecke und die Speicherdauer, sowie der Übermittlung von Daten an Dritte und in Drittstaaten, Auskunft erteilt. Eine substantiiertere Auskunft ist nicht geschuldet.**

AG Hamburg, Urt. v. 15.11.2021 – 11 C 75/21

Entscheidungsgründe (ohne Tatbestand gem. § 313a Abs. 1 ZPO):

I. Die Parteien streiten über Auskunftsansprüche. Der Kläger war alleiniger Gesellschafter und früherer Geschäftsführer der R Holding AG und wechselte im Jahr 2015 in den Aufsichtsrat. Über die v.g. Gesellschaft wurde nach vorangegangenem Insolvenzeröffnungsverfahren in vorläufiger Eigenverwaltung in welchem der Beklagte vorläufiger Sachwalter war, am 5.9.2017 aufgrund Eigenantrags das Insolvenzverfahren, zunächst in Eigenverwaltung mit dem Beklagten als Sachwalter, eröffnet (AG Hamburg – 67g IN 173/17) und per Beschluss des Insolvenzgerichtes ab 17.9.2017 in das Regelinsolvenzverfahren mit dem Beklagten als Insolvenzverwalter überführt (zur genauen Verfahrenshistorie nimmt das Gericht Bezug auf den beklagtischen Schriftsatz v. 26.5.2021, S. 2). Der Kläger begehrt nach vorgerichtlichem Auskunftsverlangen nach Art. 15 DSGVO mit Schreiben v. 23.6.2020 unter Fristsetzung zum 7.7.2020, auf welches der Beklagte mit Schreiben v. 23.7.2020 nebst Anlagen antwortete, Auskunft über die vom Beklagten vorgenommene Verarbeitung der personenbezogenen Daten im Hinblick auf verschiedene Auskunftskategorien (im Einzelnen wird hierzu Bezug genommen auf die Klageschrift v. 8.3.2021). Der Kläger ist der Ansicht, der Beklagte sei auskunftsverantwortlich und zumutbar auskunftsverpflichtet und habe bisher ausreichende Auskunft nicht erteilt. Der Beklagte ist gegenteiliger Ansicht und verweist auch darauf, dass er den Kläger vor dem LG Hamburg (Az. 307 O 308/18) auf eine hohe Klagsumme aus Insolvenzanfechtung in Anspruch nimmt. Der Kläger nimmt den Beklagten persönlich mit Klage v. 8.3.2021 vor der Abt. 17a des hiesigen Gerichtes in Anspruch auf Auskunftserteilungen (Az. 17a C 100/21, das Gericht hat diese Akte zur Einsicht beigezogen). Die Parteien haben umfangreiche Schriftsätze gewechselt.

Das Gericht hat nach vorangegangener Streitwertfestsetzung mit Beschl. v. 15.4.2021 mit Vfg. v. 28.5.2021 das Verfahren nach § 495a ZPO angeordnet.

II. Die zulässige Klage ist unbegründet.

1. Der Klagantrag ist gegen den Beklagten als Insolvenzverwalter gerichtet, jedoch zeitlich nicht abgeschichtet auf den v.g. Gang des eröffneten Verfahrens, worauf der Beklagte zutreffend hingewiesen hat. Der von der zeitlichen Eingrenzung her unbestimmte – und damit eigentlich unzulässige (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) – Klagantrag ist geltungserhaltend im wohlverstandenen Interesse des Klägers in Ansehung des von ihm gewählten Passivrubrums dahin gehend auszulegen, dass er Auskunft (nur) begehrt über die vom Beklagten ab dem 17.9.2020 vorgenommenen Verarbei-

tungen personenbezogener Daten. Denn der Beklagte ist weder als vorläufiger noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestellter Sachwalter Verantwortlicher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Dieses anzunehmen hieße die Verfahrenstellung des (vorläufigen) Sachwalters zu verkennen. Der vorläufige Sachwalter des Eröffnungsverfahrens hat keinen Besitz an der Masse, mithin auch nicht am schuldnereigenen Datenbestand. Dies folgt bereits aus der Natur des Insolvenzeröffnungsverfahrens und dem gerichtlichen Bestellungsbeschluss (§§ 270a Abs. 2, 274 InsO a.F.). Ein Massebeschlag nach §§ 80, 148 InsO findet mit Eröffnung des Verfahrens in Eigenverwaltung statt, aber „zugunsten" der Schuldnerin (§§ 270 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 Satz 1, 282 InsO a.F.). Die Verwaltungs-, Geschäftsführungs- und Verfügungsbefugnis geht auf die eigenverwaltende Schuldnerin über (K. Schmidt/*Undritz*, InsO, 19. Aufl., § 270 Rn. 17, Rn. 18 m.w.N.). Sie – bzw. ihre Geschäftsleitung – entscheidet daher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO „allein", auch über die Mittel der Datenverarbeitung (zur Reichweite des Begriffs „entscheiden" s. insofern Kühling/Buchner/*Hartung*, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 DSGVO Rn. 13 m.w.N.). Der Sachwalter hat auch keine Mitverantwortlichkeit, sondern lediglich überwachende Funktion (§ 274 Abs. 2 InsO a.F.).

2. Die v.g. Einschränkung des Klagantrags koinzidierend wäre die Klage dennoch bereits vom generellen Ansatz her unbegründet.

Denn die Tätigkeit es Beklagten als Insolvenzverwalter ab 17.9.2017 fällt nicht in den Bereich des Unionsrechts, weshalb er nicht passivlegitimiert ist, da die Bereichausnahme zu Art. 2a.) DSGVO gilt. Der Beklagte hat zutreffend innerhalb des Schriftsatzwechsels angesprochen, dass er als amtswegig bestellter Insolvenzverwalter nicht Verantwortlicher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist (u.a. Schriftsatz v. 18.8.2021, S. 5 f.).

2.1 Das BVerwG (BVerwG v. 16.9.2020 – 6 C 10/19, ZInsO 2020, 2658; zustimmend *Hacker*, NZI 2021, 151; *Petri*, ZD 2021, 55; *Schmittmann*, NZI 2020, 39,40) hat für die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO festgestellt, dass dieser nicht „Betroffener" im Sinne der Regelung ist, da ein Übergang dieses Auskunftsanspruchs in die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters gem. § 80 Abs. 1 InsO nicht stattfindet. Denn er ist seinem Charakter nach untrennbar mit der Person des Berechtigten (des/der Schuldnerin) verbunden und könne nicht losgelöst von den weiteren Betroffenenrechten betrachtet werden. Eine Ausübung durch den Insolvenzverwalter würde seine Zielrichtung und seinen Zweck verändern. Auch eine Differenzierung nach dem Vermögensbezug der betroffenen Daten komme daher nicht in Betracht. Ob die daraus folgende Mitwirkungspflicht des Schuldners (§ 97 InsO) bzw. seiner Geschäftsleitung (§ 101 InsO) zur Mithilfe bei der Erlangung (auch) personenbezogener, aber massegenerierungsrelevanter, Daten (hierzu *Bleckat/Kor*, ZInsO 2020, 1457, 1460) auch umgekehrt, worauf der Beklagte hinweist, zum Entfallen des Auskunftsanspruchs des Schuldners (und der insofern Betroffenen) gegenüber dem Insolvenzverwalter im Sinne eines analogen „dolo petit"-Einwandes desselben führt, mag dahinstehen (würde vom Gericht bei Entscheidungserheblichkeit aber bejaht werden, da der Kläger als Mitglied des Aufsichtsorgans in den Bereich des § 101 InsO „fällt").

2.2 Denn der Insolvenzverwalter ist als Amtsperson im Sinne des deutschen Insolvenzrechts bereits per se dem datenschutzrechtlichen Unionsrecht der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nicht unterstellt. Der BGH hat zutreffend jüngst darauf hingewiesen, dass z.B. die Datenverantwortlichkeit des Zwangsverwalters, sofern dieser Daten selbst erhebt, grds. nur aus dessen Dienstleistungstätigkeit im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie abgeleitet werden kann (BGH v. 15.7.2021, ZInsO 2021, 2049 Rn. 18), da dieser keine „öffentliche Gewalt" ausübe. Diese Eingruppierung der Zwangsverwalterstellung ist nachvollziehbar, da die gerichtliche Anordnung der Zwangsverwaltung nicht – wie im Insolvenzverfahren per Eröffnung – zu einer allumfassenden Beschlagnahmewirkung und nicht zur Amtswegigen Pflichtenstellung zur Massegeneriung mit einem weiten Ermessensspielraum der amtswegig bestellten Person führt. Zutreffend ist deshalb ein eigenständiger „Beruf Zwangsverwalter" abgelehnt worden und eine Listenführungsnotwendigkeit bestellungsbereiter Personen ebenso (OLG Koblenz, ZInsO 2005, 1171 m. Anm. *Förster*, 1174; zustimmend *Depré*, EWiR 2006, 139; *ders.*, ZfIR 2006, 565; offengelassen von OLG Frankfurt/M., ZInsO 2009, 388).

Hinsichtlich der Insolvenzverwaltung hat hingegen das BVerfG einen Beruf „Insolvenzverwalter" anerkannt (BVerfG v. 23.5.2006, ZInsO 2006, 765; *Höfling*, JZ 2009, 339 m.w.N.).

Der Insolvenzverwalter unterfällt denn indes auch nach richtiger Ansicht der Dienstleistungsrichtlinie nicht (*Slopek*, ZInsO 2008, 1243; *Frind*, ZInsO 2008, 1248; die Verantwortlichkeit im Sinne der DSGVO ohne Untersuchung der berufsrechtlichen Stellung hingegen fälschlich unterstellend *Berberich/Kanschik*, NZI 2017, 1, 5; *Bornheimer/Park*, NZI 2018, 877, 878; *Schmidt/Heil*, NZI 2018, 865, 866; BeckOK-InsO/*Platzer*, 24. Edition, Datenschutz im Insolvenzrecht Rn. 33, Rn. 51; mit dem richtigen generellen Funktionsansatz hingegen zutreffend abl. *Berg*, ZIP 2019, 247, 252).

Da der Insolvenzverwalter bei seiner Tätigkeit kein rein „privates Amt" im Sinne einer Dienstleistung für Private erbringt (zu den Theorien betreffend die Amtsstellung: HambKomm-InsO/*Kuleisa*, 10. Aufl., § 80 Rn. 4 – 7 m.w.N.) und unter der Rechtsaufsicht des Gerichtes (§ 58 InsO) steht, wird er zu Recht als Teil der „Funktionseinheit Gericht/Verwalter" im konkreten Verfahren gleichsam auf Zeit „Angehöriger" des staatlichen Justizpersonals (*Höfling*, JZ 2009, 339, 341, 343; HK-InsO/*Riedel*, § 56 Rn. 3; a.A. *Blankenburg*, ZIP 2016, 749, 752; *Smid*, ZInsO 2009, 113, 114). Dahinstehen kann für die hiesige Beurteilung, ob er insofern gar ein „öffentliches Amt" ausübt (so OLG Hamburg v. 6.1.2012, ZInsO 2012, 175; „öffentliche Stelle" so LG Stuttgart, ZIP 2019, 585; abl. aber BeckOK-InsO/*Platzer*, a.a.O., Datenschutz im Insolvenzrecht Rn. 39), jedenfalls ist seine Tätigkeit und sein Berufsbild „eingebettet in die Tätigkeit der Rechtsordnung" in die Funktionseinheit Gericht/Verwalter zur Umsetzung der Ziele der InsO (K. Schmidt/*Ries*, a.a.O., § 56 Rn. 6; *Preuß*, ZIP 2011, 936, 938; OLG Hamburg v. 6.1.2012, ZInsO 2012, 175). Die EuGH-Entscheidung v. 24.5.2011 zu einem belgischen Notar (BB 2011, 1409 LS = ZEuP 2012, 171), der der Dienstleistungsrichtlinie der EU (EU-DLR) unterfallen soll, kann nicht als Gegenbeleg angezogen werden (so aber *Piekenbrock/Bluhm*, NJW 2016, 935; Uhlenbruck/*Zipperer*, InsO, 15. Aufl., § 56 Rn. 5), da in Belgien der Notar keine titelschaffende Funktion ausübt (*Frind*, ZInsO 2016, 672, 674), in Deutschland jedoch sehr wohl.

Durch die Einführung des Art. 102a EGInsO (*Preuß*, ZIP 2011, 934, 939) einerseits und die BVerfG-Entscheidung v. 12.1.2016 (ZInsO 2016, 383 Rn. 44, 62), wie bereits durch die BGH-Entscheidung v. 19.9.2013 (ZInsO 2013, 2103) zur (abl. entschiedenen) Frage der Möglichkeit, eine juristische Person als Insolvenzverwalter zu bestellen, ist ein hoheitliches Tätigwerden des Verwalters nach deutschem Recht bestätigt

(*Mitlehner*, NZI 2016, 248; *Frind*, ZInsO 2016, 672, 674; *ders.*, NZI 2016, 156). Der Kläger konzediert selbst, dass der Beklagte „nicht in Ausübung seines Berufes als Rechtsanwalt" (Schriftsatz v. 13.7.2021, S. 10) streitgegenständlich tätig (geworden) ist. Der Beklagte ist aber auch keine „öffentliche Stelle der Länder als Organ der Rechtspflege" i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 2b.) BDSG i.V.m. § 1 Abs. 8 BDSG, da er nicht durch das „Land" bestellt wird, sondern per individuellem Einzelfallbestellungsbeschluss durch das jeweilige Insolvenzgericht. Der Beklagte nimmt vielmehr aufgrund einzelgerichtlicher Anordnung hoheitliche Aufgaben „sui generis" wahr, indem er die insolvenzrechtliche Ordnungsfunktion exekutiert.

Der Insolvenzverwalter (und mithin der Beklagte) unterfällt mithin der Nichtanwendungsregelung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. i) der Dienstleistungsrichtlinie (Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 51 AEUV) als notwendiger Ausübender einer Tätigkeit, die mit Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist (*Gehrlein*, NJW 2013, 3756; Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins e.V. [DAV e.V.] v. 11.8.2010 zum Gesetzentwurf „Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie", NZI 18/2010, IX [beck link 1003752]; *Frind*, ZInsO 2010, 1678; Entschließung des Bundeskongresses „Sanierung als Chance für den deutschen Mittelstand" 4.3.2010, ZInsO 2010, 473; Entschließung BAK*inso* e.V. v. 1.12.2009, ZInsO 2009, 2391 = NZI 18/2009, VII; *Frind*, ZInsO 2009, 1997; Für eine leistungsorientierte Insolvenzverwalterauswahl, Thesen-Dokumentation, ZInsO 2009, 1950; *Ries*, ZInsO 2009, 2030, 2032; *Förster*, ZInsO 2009, 1932; *Marotzke*, ZInsO 2009, 1929; *Slopek*, ZInsO 2008, 1243; *Frind*, ZInsO 2008, 1248; unentschlossen AG Mannheim v. 20.1.2016, ZInsO 2016, 238; a.A. *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097; *Graf-Schlicker*, in: Kölner Schrift, 3. Aufl., S. 235 ff.; *ders.*, InsO, 5. Aufl., § 56, 56a Rn. 6 – 12). Ein anderer Ansatz lehnt die Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie ergänzend deswegen ab, weil bereits durch die bereits damals bei ihrer Verabschiedung geltende EuInsVO ein Eingriff in das Insolvenzverfahrensrecht laut dortigem Erwägungsgrund Nr. 6 ausdrücklich als nicht gewollt festgelegt worden sei und die Dienstleistungsrichtlinie demgegenüber subsidiär sei (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Dienstleistungsrichtlinie) (*Smid*, ZInsO 2009, 113). Der Insolvenzverwalter leistet keine „Dienste" im Sinne der Ausführung unternehmerischer Dienstleistungen oder der reinen einzelspurigen Exekution staatlicher Beauftragungen, sondern er beurteilt eigenständig innerhalb des ihm seitens der Rechtsprechung zugebilligten weiten Ermessensspielraumes (zu diesem BGH v. 12.3.2020, ZInsO 2020, 1180; v. 20.7.2017, ZInsO 2017, 1784 Rn. 25; v. 16.3.2017, ZInsO 2017, 827 Rn. 12; *Thole*, ZIP 2014, 1653, 1655 m.w.N.; BGH v. 25.4.2002, ZIP 2002, 1093) die von ihm zu treffenden mannigfachen und vielfältigen Entscheidungen und Umsetzungen zur Verwirklichung der Ziele der InsO – und dies unter unmittelbarer gerichtlicher Einzelaufsicht (§ 58 InsO).

Jedenfalls haben die EU-Mitgliedsländer in der Folgezeit nach Erlass der Dienstleistungsrichtlinie im europäischen Vergleich eine der Dienstleistungsrichtlinie – sofern deren Anwendung bejaht werden würde – folgende Regelungstiefe der Verwalterbestellung nicht umgesetzt (*Vallender*, ZIP 2018, 353; *Thole*, KTS 2018, 225) und somit ist deren Einschlägigkeit für insolvenzrechtlich amtswegig bestellte Personen auch dort offenbar nicht gesehen oder als solche beurteilt worden.

Die EU-Kommission hat im Gegenteil im Zuge des Erlasses der EU-Restrukturierungsrichtlinie v. 20.6.2019 (Abl. der EU 2019 Nr. L 172, S. 18) den Insolvenzverwalter ausdrücklich in den Regelungsbereich dieser neuen Richtlinie einbezogen (Erwägungsgrund, Nr. 87 a.E.). In der Restrukturierungsrichtlinie hat die EU-Kommission in Art. 26 betont, dass die Zugangsvoraussetzungen zum Amt des „Verwalters" klar, transparent und fair zu regeln sind und geht in Art. 26 Abs. 1 lit. a.), wie in Art. 27 davon aus, dass der „Verwalter" von einer Justizbehörde oder einem Gericht direkt bestellt und überwacht wird. Die Kommission hat es damit den nationalen Gesetzgebern überlassen, die Stellung der insolvenz- und restrukturierungsgerichtlich amtswegig eingesetzten Verwaltungspersonen und Restrukturierungsbeauftragten national eigenständig genauer zu fassen; die Dienstleistungsrichtlinie hat in der EU-Restrukturierungsrichtlinie hingegen keinerlei Erwähnung mehr gefunden. Die Kommission geht daher selbst nicht davon aus, dass die gerichtlich bestellten Insolvenzverwalter der Dienstleistungsrichtlinie (und damit der DSGVO) unterliegen. Dies stünde auch im Widerspruch zu ihrem Aufgabenbereich, das Verlangen nach Umfanglicher Datenspeicherungsauskunft die Tätigkeit der solcherart bestellten Verwalter gefährden und mit ihrem Auftrag, die Insolvenzmasse zu schützen, Restrukturierungspläne neutral zu beurteilen und gerichtlichen Weisungen zu folgen, kollidieren kann. Eine Datenspeicherungsauskunft direkt an das Gericht kann jenseits der Akteneinsicht gem. § 299 ZPO (§ 4 InsO; § 38 StaRUG) deshalb auch nach nationalem Recht nicht erfolgen, dies muss dann auch für den in die v.g. Funktionseinheit eingebundenen „Verwalter" gelten.

Diese generellen Erwägungen mögen aber dahinstehen, weil der Beklagten auch in Anbetracht des konkreten Klagantrags im konkreten Fall keine (weitere) Auskunft nach Art. 15 DSGVO schuldet:

3. Dass der Insolvenzverwalter nicht auskunftspflichtig nach Art. 15 DSGVO ist, folgt bereits neben seiner Amtsstellung auch aus seiner amtlichen Tätigkeit. Seine Massegenerieungspflicht aus §§ 80, 148 InsO darf nicht etwa über Auskunftsersuchen gefährdet werden, indem er z.B. verpflichtet wäre, Verfahrensbeteiligten oder ehemaligen Verfahrensbeteiligten oder Organen der Insolvenzschuldnerin über deren – eingeschränkte – Akteineinsichtsrechte nach § 299 ZPO (§ 4 InsO) hinaus, weitere Auskünfte zu erteilen, die damit auf eine Auskunftserlangung in Daten über diejenigen aus der Insolvenzakte hinaus geeignet wären und u.U. zu einem prozessrechtlichen Vorteil der solcherart Auskunftsverlangenden in kontradiktorischen Massegenerieungsprozessen führen könnten. Deshalb beschränkt sich auch die Akteneinsicht nach § 4 InsO, § 299 ZPO auf die Insolvenzakte (*Hoppe*, ZInsO 2017, 2249) und setzt bei einem Gesuch Dritter, und als solcher wäre der Kläger hier einzuordnen (zum Gesellschafter *Swierczok/Kontny*, NZI 2016, 566, 570; BGH v. 15.10.2020, ZInsO 2021, 97; *Swierczok/Saed*, NZI 2021, 124), nach § 299 Abs. 2 ZPO ein rechtliches schützenswertes Interesse voraus.

Insbesondere bei einem Akteneinsichtsgesuch eines Prozessgegners des Insolvenzverwalters in einem laufenden kontradiktorischen Massegenerierungsverfahren ist dieses rechtliche Interesse restriktiv auszulegen (OLG Frankfurt v. 21.6.2016, ZInsO 2016, 1698, 1700; weiter wohl BGH v. 5.4.2006, ZInsO 2006, 597; s. aber OLG Hamburg v. 19.5.2008, ZInsO 2008, 863 = NZG 2008, 902; LG München I, Urt. v. 25.3.2021 – 11 O 17663/20), was die Parteien vorliegend auch hinsichtlich der Einschlägigkeit und Reichweite des § 299 ZPO konträr erörtert haben. Das BayObLG hat jüngst darauf hingewiesen, dass auch ein Geheimhaltungsinteresse des Insolvenzverwalters hierbei zu beachten ist (BayObLG v. 2.9.2021, ZInsO 2021, 2200). Das Gericht kann vorliegend nicht erkennen,

dass das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers gemessen an den Anforderungen des Akteneinsichtsrechts den streitgegenständlichen Anspruch abdeckt.

4. Der Beklagte ist aber auch konkret nicht Verantwortlicher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, weil er im konkreten Fall keine Datenverarbeitung der mit dem Auskunftsanspruch in Bezug genommen Daten des Klägers i.S.d. Klagantrags „vorgenommen" hat. Denn der Beklagte verarbeitete nicht „an Stelle" der Schuldnerin, worauf der Beklagte wiederholt (Schriftsatz v. 26.5.2021, S. 8 f.; Schriftsatz v. 18.8.2021, S. 2 f. und S. 9 f.) hingewiesen hatte. Der Kläger hat nicht konkretisiert, welche Verarbeitungsvorgänge der Beklagte nach Bestellung zum Insolvenzverwalter am 17.9.2017 veranlasst hat (zu dieser Anforderung auch LG Heidelberg v. 21.2.2020, ZD 2020, 313 Rn. 34). Der Kläger hätte hierzu auf die entsprechenden Einwendungen des Beklagten, wozu er Gelegenheit hatte, konkrete Prozesse, die der Beklagte mit den Datenbeständen vorgenommen hat, vortragen müssen. Das „Führen" von Gläubigerlisten oder Anfechtungsklagen erfüllt diese Anforderung an einen konkreten Sachvortrag nicht. Soweit der Kläger von „weitreichenden Einflussmöglichkeiten" schreibt (Schriftsatz v. 13.7.2021, S. 7) ist dies, worauf der Beklagte hingewiesen hat, weshalb das Gericht dies nicht zu tun brauchte (§ 139 ZPO), in diesem Sinne ungenügend. Eine „Datenlagerung" ist keine Datenverarbeitung (dazu OVG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2020 – 5 Bs 152/20, NZI 2021, 191; LG Heidelberg v. 21.2.2020, ZD 2020, 313).

Soweit der Kläger von „Datenverarbeitungsvorgängen der R Holding AG" schreibt, übersieht er die notwendige Verantwortlichkeitsabschichtung (dazu 1.). Die Insolvenzschuldnerin selbst ist mit der Insolvenzeröffnung aufgelöst (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG), was auch in der Eigenverwaltung gilt (K. Schmidt/*Undritz*, a.a.O., § 270 Rn. 19 m.w.N.), zu einem Fortsetzungsbeschluss hat der Kläger nichts vorgetragen. Die Insolvenzschuldnerin ist daher seit Eröffnung nur noch für insolvenzrechtliche Zwecke tätig und ihre Geschäftsleiter haften insolvenzrechtlich (BGH v. 26.4.2018, ZInsO 2018, 1200). Der Kläger hat nicht dargelegt, welche eigenständigen, über die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Schuldnerin im Rahmen ihrer insolvenzrechtlichen Abwicklung hinausgehenden Tätigkeiten der Beklagten vorgenommen haben und verantworten soll.

5. Die Klage ist auch unbegründet, weil der Beklagte vorgerichtlich – ungeachtet der Verantwortlichkeitsfrage – bereits ausreichend Auskunft erteilt hat, und zwar mit seinem Schreiben v. 23.7.2020 in dessen dortiger Anlage. Der Beklagte hat hierin über die über den Kläger gespeicherten Daten, über die übernommenen Datenkategorien, die Datenverarbeitungszwecke und die Speicherdauer, sowie der Übermittlung von Daten an Dritte und in Drittstaaten Auskunft erteilt. Eine substanziierte Auskunft war von ihm, ungeachtet der generellen Bedenken betreffend seine Verantwortlichkeit (s. 2.) nicht geschuldet (zum Umfang der Auskunft BeckOK-InsO/*Platzer*, a.a.O., Datenschutz im Insolvenzrecht Rn. 78 „Mindestangaben").

Die Klage war daher abzuweisen; weitere Rechtsfragen zu den von den Parteien erörterten Problemen der möglichen Unbestimmtheit des Klagantrags und der Reichweite des anderweitig rechtshängigen Verfahrens (§ 261 Abs. 1 ZPO) (Az. 17a C 100/21) und zu dem beklagtenseitig – offenbar hilfsweise eingewandten Zurückbehaltungsrecht können dahinstehen. Es spricht jedoch viel dafür, dass der Klagantrag (auch) bereits wegen Unbestimmtheit, was der Beklagte substanziiert gerügt hat, unzulässig ist (so auch zu einem gleich gelagerten Fall LG Heidelberg v. 21.2.2020, ZD 2020, 313, dort aber dahinstehengelassen), da eine Präzisierung gemäß Erwägungsgrund Nr. 63 zur DSGVO fehlt.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 11, 711, 713.

Die Berufung war mangels entscheidungserheblichem (Zöller/*Heßler*, ZPO, 33. Aufl., § 551 Rn. 37) Beruhen (s. die Gründe unter 3., 4. und 5.) der Entscheidung auf grundsätzlichen Rechtsfragen nicht gem. § 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen.

(mitgeteilt von Richter am Amtsgericht Frank Frind, Hamburg)

§§ 4, 15 Abs. 1 InsO, §§ 51 ff. ZPO

Verfahrensfähigkeit eines Antragstellers im Insolvenz-Eröffnungsverfahren

Leitsatz der Redaktion:

Die Verfahrensfähigkeit des Insolvenzschuldners gem. § 4 InsO, §§ 51 ff. ZPO ist Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens selbst dann, wenn der Insolvenzantrag infolge Führungslosigkeit des Insolvenzschuldners auf die Antragsbefugnis aus § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO gestützt wird.

AG Hannover, Beschl. v. 30.11.2021 – 903 IN 451/21 – 1

Die Nichtabhilfeentscheidung beruht auf § 4 InsO, § 572 Abs. 1 ZPO. Die Beschwerdebegründung rechtfertigt eine andere Entscheidung nicht. Der Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist (weiterhin) unzulässig. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung eines Insolvenzantrags ist u.a. die Verfahrensfähigkeit des Schuldners. Die Antragstellerin ist infolge ihrer Führungslosigkeit (§ 10 Abs. 2 Satz 2 InsO) indes verfahrensunfähig.

1. Die Vorschriften der ZPO über die Prozessfähigkeit und Vertretung gelten im Insolvenzverfahren über § 4 InsO entsprechend (vgl. *Pape*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 4 Rn. 4; *Baumert*, in: Braun, InsO, 8. Aufl. 2020, § 4 Rn. 8). Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist daher neben der in § 11 InsO besonders geregelten Insolvenzfähigkeit (= Parteifähigkeit) des Schuldners auch dessen Prozess-/Verfahrensfähigkeit (§ 4 InsO, § 51 ZPO) als die Fähigkeit, selbst oder durch bestellte Vertreter Prozesshandlungen wirksam vor- und entgegen zu nehmen (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 12.10.1999 – 7 W 1754/99, Rn. 4; MünchKomm-InsO/*Ganter/Bruns*, 4. Aufl. 2019, § 4 Rn. 45). Ein Insolvenzantrag, der sich auf einen nicht prozess-/verfahrensfähigen Schuldner bezieht, ist unzulässig und unterliegt der Zurückweisung (vgl. BGH, Beschl. v. 7.12.2006 – IX ZB 257/05, Rn. 11, *ZInsO 2007, 97*).

Vorliegend fehlt es an der Verfahrensfähigkeit der Antragstellerin. Als GmbH stellt sie eine an sich nicht prozessfähige Partei i.S.v. § 51 ZPO dar, die durch ihren gesetzlichen Vertreter, mithin gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch ihren Geschäftsführer vertreten wird. Dies war zuletzt Herr E S, dessen Eintragung als Geschäftsführer aber von Amts wegen gem. § 395 FamFG im Handelsregister gelöscht worden ist. Seither ist die Antragstellerin laut Handelsregister ohne gesetzlichen Vertreter. Der antragstellende Gesellschafter hat nicht aufgezeigt, dass der durch das Handelsregister entfaltete Rechtsschein trügt und die Lö-

schungseintragung fälschlich erfolgt ist. Vielmehr geht er selbst davon aus, dass die GmbH derzeit führungslos ist.

2. Die besondere Bestimmung des § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bedingt anderes zur Verfahrensunfähigkeit nicht. Nach dieser Norm wird die Gesellschaft, die sich im Zustand der Führungslosigkeit befindet, für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, zwar durch die Gesellschafter vertreten. Es handelt sich aber (nur) um eine Regelung zur subsidiären Passivvertretung der GmbH durch ihre Gesellschafter als Empfangsvertreter (vgl. die Begründung zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140, S. 42; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 35 Rn. 28). § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbH verleiht den Gesellschaftern damit keine Rechtsmacht zur Aktivvertretung und stellt folglich auch keine abweichende Regelung zur Prozess-/Verfahrensfähigkeit der GmbH dar (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.2010 – II ZR 115/09, Rn. 13, *ZInsO 2010, 2404*). Die von der Antragstellerin in diesem Kontext zitierte Entscheidung des LG München I (Beschl. v. 29.7.2013 – 14 T 15462/13) besagt Anderes nicht.

3. Aus § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO, wonach bei einer juristischen Person im Fall der Führungslosigkeit auch jeder Gesellschafter zur Antragstellung berechtigt ist, folgt entgegen der Ansicht des Antragstellers ebenso wenig Abweichendes zur Verfahrensfähigkeit.

a) Allerdings ist der Regelungsinhalt des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO umstritten.

aa) In der Instanzrechtsprechung (vgl. LG Kleve, Beschl. v. 21.3.2017 – 4 T 577/16, Rn. 14 ff.; AG Oldenburg, Beschl. v. 24.6.2016 – 65 IN 9/16, Rn. 4 ff.) wird § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO als Komplementärregelung zu § 15a Abs. 3 InsO verstanden und der Regelungsinhalt ausschließlich darin erblickt, den zur Stellung eines Insolvenzantrags Verpflichteten die notwendige Antragsbefugnis zu verleihen. Demgegenüber soll § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO ebenso wenig wie § 15a Abs. 3 InsO die – lediglich angrenzende – Frage der Verfahrensfähigkeit der Schuldnerin regeln, welche vielmehr auf Grundlage der allgemeinen Bestimmungen (§ 4 InsO i.V.m. §§ 51 ff. ZPO) zu beantworten sei.

bb) Demgegenüber entspricht es verbreiteter Auffassung im juristischen Schrifttum, § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO begründe als – so verstandene – lex specialis zu den § 4 InsO, § 51 f. ZPO eine gegenständlich beschränkte Prozess-/Verfahrensfähigkeit der führungslosen Gesellschaft, subsidiär vertreten durch die in § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO Antragsbefugten, wobei einige Befürworter dies scheinbar auf das gesamte Insolvenzverfahren (so *Horstkotte*, ZInsO 2009, 209, 212; wohl ebenso *Laroche*, NZI 2016, 926, 927), andere nur auf das Insolvenzeröffnungsverfahren, aber einschließlich der aus Anlass desselbigen geführten Beschwerdeverfahren beziehen (vgl. *Kadenbach*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 1; *Merten*, jurisPR-HaGesR 12/2016, Anm. 1; *Berger*, ZInsO 2009, 1977, 1984; für eine Beschränkung der aktiven Verfahrensfähigkeit auf die mit dem Antragsrecht direkt in Zusammenhang stehenden Verfahrenshandlungen HambKomm-InsO/*Linker*, 9. Aufl. 2022, § 13 Rn. 14). Als Argument hierfür wird hauptsächlich angeführt, es sei sinnentleerend, die Gesellschafter einer führungslosen juristischen Person nach § 15a Abs. 3 InsO zur Stellung eines Insolvenzantrags zu verpflichten und sie nach § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO mit der hierfür nötigen Antragsbefugnis auszustatten, sodann aber die Durchführung des Insolvenzverfahrens an der fehlenden Verfahrensfähigkeit scheitern zu lassen (vgl. *Berger*, ZInsO 2009, 1977, 1984; *Horstkotte*, ZInsO 2009, 209, 212).

b) Das Gericht schließt sich der vorstehend dargestellten Instanzrechtsprechung an. Die abweichende Literaturansicht ist abzulehnen (ebenso MünchKomm-InsO/*Ganter/Bruns*, a.a.O., § 4 Rn. 45a; *Beurskens*, a.a.O., § 35 Rn. 28). Sie ist zu undifferenziert, weil sie das Verhältnis des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO zu den § 4 InsO, § 57 ZPO ungenügend berücksichtigt.

aa) § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO lässt sich keine umfassende abweichende Regelung zur Verfahrensfähigkeit entnehmen. Die Regelung erschöpft sich darin, dem einzelnen Gesellschafter gesetzliche Einzelvertretungsmacht zur wirksamen Stellung eines Eigenantrags namens der juristischen Person zu verschaffen. Diese Vertretungsmacht besteht nur für das Insolvenzeröffnungsverfahren und setzt sich auch in diesbezüglichen Rechtsmittelverfahren fort (vgl. BGH, Beschl. v. 20.7.2006 – IX ZB 274/05, Rn. 2), z.B. im Beschwerdeverfahren gegen die Zurückweisung des Antrags, geht gegenständlich über die mit dem Insolvenzantrag unmittelbar verbundenen Aspekte aber nicht hinaus und erstreckt sich keinesfalls auf das eigentliche Insolvenzverfahren (vgl. MünchKomm-InsO/*Ganter/Bruns*, a.a.O., § 4 Rn. 45a), welches aber nur eröffnet werden kann, wenn der Insolvenzschuldner verfahrensfähig ist.

aaa) Die beschränkte Regelungsreichweite spiegelt bereits der Wortlaut der Norm wider, angefangen bei der Überschrift des § 15 InsO, wo vom „Antragsrecht“ bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit die Rede ist und nicht von der „Vertretung“, wie es bei § 35 GmbHG heißt. Auch in der Norm selbst wird nur auf die Berechtigung zur Antragstellung abgestellt.

bbb) Die systematische Stellung des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO spricht ebenfalls dagegen, von einer Sonderbestimmung zu den § 4 InsO, § 51 ZPO auszugehen. § 15 ist in den Regelungskomplex zum Insolvenzantragsrecht (§§ 13, 13a, 14 InsO) hineingestellt und behandelt ergänzend zu § 13 InsO die Stellung von Anträgen über das Vermögen von juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit. Systematisch weist dies keinen thematischen Bezug zu der vom Insolvenzantragsrecht losgelösten allgemeinen verfahrensrechtlichen Frage der Verfahrensfähigkeit des Schuldners auf, die noch nicht einmal in der InsO selbst direkt geregelt ist, sondern über § 4 InsO durch den Rückgriff auf die §§ 51 ff. ZPO nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen beantwortet werden muss.

ccc) Gleichermaßen weist die Gesetzeshistorie darauf hin, der Norm einen rein insolvenzantragsrechtlichen Charakter beizumessen. In der Gesetzesbegründung wird § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO ausschließlich als „Antragsrecht“ bezeichnet, welches sich komplementär zur Antragspflicht aus § 15a Abs. 3 InsO verhalte (BT-Drucks. 16/6140, S. 55 und S. 56). An keiner Stelle finden sich gesetzgeberische Ausführungen dazu, dass durch § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO auch Abweichendes zur Prozess-/Verfahrensfähigkeit gelten soll. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber des MoMiG bei der Regelung des § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG erkannt, dass eine GmbH an sich eine nicht prozessfähige Person darstellt, sodass Zustellungen gem. § 170 Abs. 1 Satz 2 ZPO ihr gegenüber nicht wirksam bewirkt werden können, wenn sie sich im Zustand der Führungslosigkeit befindet und auch keinen rechtsgeschäftlichen Vertreter hat. Lösungsansatz des Gesetzgebers war insoweit aber nicht, die Prozessfähigkeit der führungslosen Gesellschaft zu modifizieren, sondern das erkannte zustellungsrechtliche Problem über eine gesetzliche Empfangsvertreterschaft der Gesellschafter zu beheben. Denn ist z.B. eine Klageschrift wirksam an einen solchen Empfangsvertreter zugestellt und die Kla-

ge eines Gläubigers gegen die GmbH damit wirksam erhoben, bietet das Zivilprozessrecht mit der Bestimmung des § 57 ZPO ein geeignetes und austariertes Rechtsinstrument, auf die – trotz § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG – fehlende Prozessfähigkeit des Beklagten zu reagieren. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass diese differenzierte Betrachtungsweise und punktuelle Intervention des Gesetzgebers auf der Seite der Passivvertretung nur im Zivilprozess hat greifen soll, wohingegen für das Insolvenzverfahren mit § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO auf der Seite der Aktivvertretung geradezu grobschlächtig eine Sonderregelung zu Antragsrecht wie Verfahrensfähigkeit hat aufgestellt werden sollen, obgleich auch im Insolvenzverfahren § 57 ZPO über § 4 InsO anwendbar ist. Dass dergleichen nicht intendiert war, belegt die Gesetzesbegründung zu § 15a Abs. 3 InsO, wonach die Insolvenzantragspflicht den Verpflichteten einen mittelbaren Anreiz geben soll, ordnungsgemäß aktionsfähige Vertreter für die juristische Person zu bestellen (BT-Drucks. 16/6140, S. 55; vgl. dazu vgl. LG Kleve, Beschl. v. 21.3.2017 – 4 T 577/16, Rn. 17). Dieser Anreiz würde indes abgeschwächt, wenn es nicht nur für den Initialakt der Beantragung, sondern auch für die Durchführung des weiteren Insolvenzeröffnungs- und eröffneten Verfahrens auf eine ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung der juristischen Person nicht ankäme.

ddd) Schließlich sprechen Sinn und Zweck des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO für die hiesige restriktive Auslegung. Wie ausgeführt, stellt die Regelung nach Vorstellung des historischen Gesetzgebers das Komplementärstück zur Antragspflicht der in § 15a Abs. 3 InsO Genannten dar. Deren Antragspflicht beruht wiederum auf dem Gedanken der Stärkung des Gläubigerschutzes. Der Gläubigerschutz wird aber nicht tangiert, wenn das Insolvenzgericht die Frage der Verfahrensfähigkeit nicht der Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO entnimmt, sondern sie – wie auch sonst – nach § 4 InsO, §§ 51, 52 ZPO beurteilt und im Fall der Führungslosigkeit auf vom Gericht anzuregenden Antrag auf Bestellung eines Verfahrenspflegers die allgemeine Bestimmung des § 57 ZPO ergänzend anwendet. Ist Gläubigerschutz angezeigt, wird regelhaft auch Gefahr im Verzug i.S.d. § 57 ZPO vorliegen und der Zulässigkeitsmangel der Verfahrensunfähigkeit behoben werden. § 57 ZPO kann bei vergleichbarer Interessenlage analog auf den Kläger angewendet werden (vgl. BAG, Beschl. v. 28.5.2009 – 6 AZN 17/09, Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 5.6.1968 – V C 147.67, Rn. 16; OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.5.2018 – 13 ME 170/18, Rn. 3), ist mithin im Hinblick auf den Gedanken des Gläubigerschutzes sowie den Charakter des Insolvenzverfahrens als Kollektivverfahren auch bei einem auf Grundlage von § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO gestellten Eigenantrag potenziell entsprechend anwendbar (ebenso *Laroche*, NZI 2016, 925, 927; insoweit a.A. LG Kleve, Beschl. v. 21.3.2017 – 4 T 577/16, Rn. 12). Wieso die Insolvenzgläubiger aber noch schutzwürdiger sein sollten als ein klagender Gläubiger, der die von § 57 ZPO aufgestellte Hürde der „Gefahr im Verzug“ überwinden muss, leuchtet nicht ein.

Wollte man auf die aus § 57 ZPO folgende Voraussetzung einer „Gefahr“ verzichten und in den Fällen des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO stets die Verfahrensfähigkeit zumindest für das Insolvenzeröffnungsverfahren annehmen, drohte in Umkehrung des Gedankens des Gläubigerschutzes sogar, dadurch sog. Firmenbestattungen Vorschub zu leisten. Firmenbestattungen kommen in der Praxis nämlich nicht nur in der Gestalt vor, dass der gesetzliche Vertretungsorganwalter, sondern dass (auch) die Gesellschafter (durch vollständige Geschäftsanteilsübertragung) kurz vor Insolvenzantragstellung ausgetauscht werden (bei der besonders praxisrelevanten GmbH meist durch einen einzigen Gesellschafter-Geschäftsführer), jeweils in der Absicht, dadurch eine effektive Auskunftsgabe und Mitwirkung im Insolvenzeröffnungsverfahren zur Aufdeckung vorheriger Vermögensverschiebungen zulasten der Gläubiger zu verhindern und eine erstrebte Abweisung mangels Masse zu provozieren.

bb) Die hiesige Sichtweise lässt die Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht deswegen ins Leere laufen, weil sie neben der Stellung des Insolvenzantrags faktisch die Beseitigung der Führungslosigkeit verlangte, indes sowohl die Antragspflicht der Gesellschafter aus § 15a Abs. 3 InsO wie auch die Antragsbefugnis aus § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO gerade die Führungslosigkeit voraussetzen (so aber MünchKomm-InsO/*Klöhn*, a.a.O., § 15 Rn. 18a; *Knauth*, NZI 2018, 55, 57). Diese Argumentationskette zeigt nur vermeintlich einen Widerspruch auf, indem sie die Möglichkeit des Insolvenzgerichts, auf zugleich gestellten Antrag einen Verfahrenspfleger zu bestellen, ausblendet. Ein auf § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO gestützter Insolvenzantrag verspricht selbst ohne angestrengte Neubestellung eines gesetzlichen Vertreters verfahrensförmigen Erfolg, wenn den Insolvenzgläubigern infolge der Führungslosigkeit oder aus sonstigen Gründen Nachteile drohen. Begründen diese Nachteile Sicherungsbedarf i.S.d. §§ 21 ff. InsO, liegt regelhaft auch Gefahr im Verzug i.S.v. § 4 InsO, § 57 ZPO vor. Das Insolvenzgericht bestellt dann einen Verfahrenspfleger und ordnet im erforderlichen Umfang Sicherungsmaßnahmen nach den §§ 21, 22 InsO an. Von daher trifft es nicht zu, wie von der Gegenansicht angeführt (vgl. MünchKomm-InsO/*Klöhn*, a.a.O., § 15 Rn. 18a), dass Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts in den Fällen des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO ohne extensives Normverständnis nicht ergehen könnten. Besteht umgekehrt kein Sicherungsbedarf, lässt sich von einer masseschädigenden Verzögerung des Insolvenzverfahrens zulasten der Gläubigergesamtheit nicht sprechen (so aber *Knauth*, NZI 2018, 55, 56 f.). Deswegen und entgegen der Beschwerdebegründung wird in den außerhalb von § 4 InsO, § 57 ZPO liegenden Fällen, in denen Sicherungsbedarf fehlt, die Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens nicht unterlaufen, zumal generell die Entfaltung der Ordnungsfunktion von der Verfahrenszulässigkeit abhängt und nicht umgekehrt.

I.Ü. berücksichtigt die Gegenauffassung ungenügend den tatsächlichen Ablauf eines Insolvenzeröffnungsverfahrens. Wenn, wie hier, an der Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfahrensfähigkeit uneingeschränkt festgehalten wird, so bedeutet dies nicht, dass ein Antrag nach § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO bei Führungslosigkeit umgehend zurückzuweisen wäre. Es handelt sich um einen behebbaren Zulässigkeitsmangel, sodass dem Antragsteller zunächst ausreichend Gelegenheit zu geben ist, für die Verfahrensfähigkeit zu sorgen (vgl. LG Kleve, Beschl. v. 21.3.2017 – 4 T 577/16, Rn. 24), sei es durch Beantragung der Bestellung eines Verfahrenspflegers nach § 4 InsO, § 57 ZPO, durch Beantragung der Bestellung eines Notgeschäftsführers nach § 29 BGB beim Registergericht oder durch entsprechende gesellschaftsrechtliche Maßnahmen einschließlich der Ausnutzung etwaiger Minderheitenrechte, bei der GmbH z.B. die aus § 50 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. GmbHG folgenden. Wird der Zulässigkeitsmangel auf irgendeinem der aufgezeigten Wege behoben, stellt sich entgegen der Beschwerdebegründung selbst im Hinblick auf die nach § 101 Abs. 1 Satz 2 InsO befristete Auskunftspflicht ehemaliger organschaftlicher Vertreter kein Verfahrensnachteil ein.

Vorliegend hat das Gericht im Abhilfeverfahren eine Zeitlang zugewartet, ob es auf Grundlage der auf Seite 5 der Beschwerdeschrift vom antragstellenden Gesellschafter erwogenen weiteren Antragstellung gem. § 29 BGB zur Bestellung eines Notge-

schäftsführers kommt. Diesbezüglich ist aber selbst nach Verstreichenlassen eines großzügigen, nämlich dreiwöchigen Zeitraums weder eine Mitteilung von der Antragstellerin erfolgt noch lässt sich Entsprechendes aus dem vom Gericht eingesehenen Handelsregister entnehmen. Dem Abhilfeverfahren nach § 4 InsO, § 572 ZPO ist daher Fortgang zu geben.

cc) Die hier vertretene Gesetzesauslegung führt entgegen der Beschwerdebegründung nicht zu einer eine gesetzliche Grundlage entbehrenden Strafbarkeit der Gesellschafter gem. § 15a Abs. 4 InsO wegen Nichtbestellung eines neuen gesetzlichen Vertreters. Dieser Einwand beruht auf einer Missdeutung der Reichweite des v.g. Straftatbestands. Zwar wird in der bereits zitierten Rechtsprechung vertreten, dass die nach § 15a Abs. 3 InsO Antragsverpflichteten unter Strafandrohung dazu angehalten seien, die weiteren Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu schaffen, zu denen auch die Verfahrensfähigkeit der Insolvenzschuldnerin gehöre (vgl. LG Kleve, Beschl. v. 21.3.2017 – 4 T 577/16, Rn. 23). Dem ist in diesem Punkt aber nicht zu folgen.

Unter Strafe steht nach § 15a Abs. 4 InsO, dass ein Eröffnungsantrag nicht oder nicht rechtzeitig (Nr. 1) oder nicht richtiggestellt wird (Nr. 2). Der Eröffnungsantrag ist im Sinne der restriktiv auszulegenden Tatbestandsvariante des § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO (vgl. *Reinhart*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 15a InsO Rn. 124) dann unrichtig gestellt, wenn die Antragsschrift den sich aus § 13 InsO und § 4 InsO i.V.m. §§ 253, 130 ZPO ergebenden formalen und inhaltlichen Anforderungen nicht gerecht wird (vgl. *Pelz*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Kap. 9, Rn. 86; *Rotsch/Wagner*, in: Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, § 28 Rn. 108; *Pfordte/Sering*, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 15a InsO Rn. 22; *Weyand*, ZInsO 2010, 359, 360 f.; *Weiß*, ZInsO 2009, 1520, 1521 ff.), mithin, wenn die Antragsschrift die gesetzlich verlangte Schriftform nicht wahrt (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO), die Schuldnerin nicht richtig bezeichnet ist, die im Antrag gemachten Angaben zum Insolvenzgrund unzutreffend oder unvollständig sind, die nach § 13 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 – 5 und Satz 5 InsO vorgeschriebenen Angaben fehlen oder das nach § 13 Abs. 1 Satz 3 und Satz 7 InsO erforderliche Gläubiger- und Forderungsverzeichnis nicht beigefügt oder nicht ordnungsgemäß ist (vgl. MünchKomm-StGB/*O. Hohmann*, 3. Aufl. 2019, § 15a InsO Rn. 86 f.). Allgemein wird im strafrechtlichen Schrifttum einschränkend formuliert, dass es sich um ein Defizit handeln muss, welches dem Gericht nicht ermöglicht, zeitnah die von der InsO vorgesehenen Gläubigerschutzmaßnahmen zu ergreifen (vgl. *Reinhart*, a.a.O., § 15a InsO Rn. 124).

Ausgehend hiervon ist die Verfahrensfähigkeit des Insolvenzschuldners nicht als Element eines richtig zu stellenden Eröffnungsantrags zu verstehen. Ebenso wenig, wie eine den Anforderungen des § 253 ZPO genügende Klageschrift durch fehlende Prozessfähigkeit von Kläger oder Beklagtem zu einer mangelhaften wird, macht die Verfahrensunfähigkeit den an sich korrekt gestellten Eröffnungsantrag nicht unrichtig. Prozess- bzw. Verfahrensfähigkeit sind vielmehr gesondert zu betrachtende Prozess-/Verfahrensvoraussetzungen.

Zwar stellt die objektive Bedingung der Strafbarkeit in § 15a Abs. 6 InsO ihrem Wortlaut nach allgemein auf die Unzulässigkeit des Eröffnungsantrags ab. Auch der zeitgleich eingeführte § 13 Abs. 3 InsO zur Hinweispflicht des Insolvenzgerichts spricht weitläufig von Antragsunzulässigkeit. Beides ist aber nicht dahin fehlzuinterpretieren, dass § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO als Unterlassungsdelikte strafrechtlich über die unterlassene richtige Antragstellung gemäß den Vorgaben der § 13, 4 InsO, §§ 253, 130 ZPO hinaus jedwedes Unterlassen, irgendeinen einen verfahrensrechtlichen Zulässigkeitsmangel (nach Möglichkeit) zu beheben, sanktioniert. Das verträgt sich schon nicht mit dem Wortlaut des Straftatbestands, der nicht auf die Stellung eines unzulässigen Antrags, sondern – enger als die objektive Bedingung der Strafbarkeit – den nicht richtiggestellten Antrag abstellt. Dafür spricht auch die Gesetzgebungsgeschichte. § 15a Abs. 6 InsO wurde durch das Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren v. 5.6.2017 (BGBl. I 2017, S. 1476) als Korrektiv für den als zu ausufernd empfundenen Wortlaut des § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO eingeführt und soll – ohne direkte Änderung des Straftatbestands in § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO selbst – die Strafbarkeit auf solche Fälle beschränken, in denen Defizite nach den §§ 13, 4 InsO, §§ 253, 130 ZPO zur Unzulässigkeit des Insolvenzantrags führen. So heißt es zu der neuen Begleitregelung in § 13 Abs. 3 InsO, auf die nach dem ersten, aber verworfenen Gesetzesentwurf noch direkt in § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO Bezug genommen werden sollte (vgl. die Begründung des RegE, BT-Drucks. 18/10823, S. 6 und S. 26 f.), dass mit „der Anknüpfung an die Unzulässigkeit des Antrags [in § 13 Abs. 3 InsO-E klargestellt werde], dass eine Unvollständigkeit des Antrags nur dann relevant ist, wenn die fehlende Angabe zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehört“ (vgl. die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 18/12154, S. 30). Zu § 15a Abs. 4 InsO heißt es in der Gesetzesbegründung direkt darauffolgend, dass die Strafbarkeit nur eintreten könne, „wenn der Antragsteller es versäumt, auf den gerichtlichen Hinweis hin den Antrag […] nachzubessern oder wenn die entsprechende Nachbesserung nicht zur Zulässigkeit des Eröffnungsantrags führt“ (BT-Drucks. 18/12154, S. 30). Aus beidem erhellt sich, dass die angesprochenen Unvollständigkeiten und fehlenden Angaben in erster Linie auf die §§ 13, 4 InsO, §§ 253, 130 ZPO bezogen sind. Ob damit generell alle weiteren allgemeinen wie besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Insolvenzverfahrens von § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO ausgenommen sind oder insbesondere die Zuständigkeit in Fällen der Antragstellung beim örtlich, sachlich oder instanziell unzuständigen Gericht aufgrund der Verwobenheit von Antragstellung und Gerichtszuständigkeit zu einem „nicht richtig“ gestellten Eröffnungsantrag führt, bedarf hier mangels Erheblichkeit keiner weiteren Erörterung.

Ein anderes Verständnis des § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO stünde zumindest mit Blick auf die Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfahrensfähigkeit nicht im Einklang mit dem strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip (§ 1 StGB). Insoweit ist der Beschwerdebegründung beizutreten, dass das Unterlassen, eine Gesellschafterversammlung zur Neubestellung eines Geschäftsführers einzuberufen, ebenso wie das Unterlassen, einen Antrag nach § 29 BGB oder § 4 InsO, § 57 ZPO zu stellen, nicht als nicht richtiges Stellen eines Insolvenzeröffnungsantrags verstanden werden kann. Bei den Antragstellungen nach § 29 BGB oder § 57 ZPO ist dies besonders augenscheinlich, handelt es sich doch um eigenständige Anträge, die mit dem von § 15a Abs. 4 Nr. 2 InsO allein bezeichneten „Eröffnungsantrag“ zweifelsohne nicht identisch sind.

dd) Soweit die Antragstellerin noch ausführt, in der gegebenen Sachverhaltskonstellation sei mit Beschwerden gegen Maßnahmen und Entscheidungen des Insolvenzgerichts sowieso nicht zu rechnen, führt auch dies nicht dazu, auf die Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfahrensfähigkeit zu verzichten. Sie steht unge-

achtet der jeweiligen Interessenlage nicht zur Disposition des Gesellschafters bzw. der Schuldnerin.

4. Nach alledem verbleibt es bei der Annahme der beachtlichen Verfahrensunfähigkeit, die vom Gericht auch nicht behoben werden kann. Im vorliegenden Fall liegen die Voraussetzungen gem. § 4 InsO, § 57 ZPO für die Bestellung eines Verfahrenspflegers – unabhängig vom ohnehin fehlenden Antrag – nämlich nicht vor. Die Antragstellerin gibt in ihrer Beschwerdebegründung selbst an, dass es keinen laufenden Geschäftsbetrieb und auch kein verwertbares Gesellschaftsvermögen mehr gebe. Den dargestellten Außenständen sollen zumindest aufrechenbare Gegenforderungen in übersteigender Höhe entgegenstehen, wenn sie nicht ohnehin durch erklärte Aufrechnung bereits erloschen sind. Auf Hinweis des Gerichts v. 14.10.2021 hat die Antragstellerin keinerlei Anhaltspunkte für insolvenzrechtliche Sonderaktiva, insbesondere mit Insolvenzverfahrenseröffnung entstehende Ansprüche aus Insolvenzanfechtung aufgezeigt, die bei länger andauernder Untätigkeit faktisch zu verloren gehen drohten. Gefahr im Verzug besteht nicht.

(mitgeteilt von Richter am Amtsgericht Dr. Adrian Kramer, Hannover)

Insolvenzanfechtungsrecht

§ 308 Nr. 1 Fall 2 BGB; § 134 Abs. 1 InsO

Bestimmung einer Mietzahlung als unentgeltliche Leistung; Auslegung einer Fälligkeitsregelung in AGB

Leitsätze des Gerichts:

1. **Eine formularmäßige Bestimmung, mit der die Fälligkeit der vom Verwender geschuldeten Mietzahlungen von der Inbetriebnahme einer Anlage abhängig gemacht wird, ist unwirksam, wenn die Inbetriebnahme ausschließlich oder teilweise von einer freien Entscheidung des Verwenders abhängt.**
2. **Ob eine Mietzahlung eine (teilweise) unentgeltliche Leistung darstellt, ist in erster Linie nach dem Umfang der mietvertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten zu bestimmen.**

BGH, Urt. v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20
Vorinstanzen: OLG Stuttgart, LG Heilbronn

[1] Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der C GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Die Schuldnerin und ihre mittlerweile ebenfalls insolvente Muttergesellschaft, die e GmbH (nachfolgend: E), waren im Bereich der erneuerbaren Energien tätig. Die E verkaufte einzelne Photovoltaikmodule von Photovoltaikanlagen an Anleger, die Schuldnerin mietete die Anlagen von den Anlegern zurück.

[2] Der Beklagte schloss im Jahr 2011 einen Kaufvertrag mit der E über Photovoltaikmodule auf der Dachfläche eines Gebäudes in L und vermietete diese an die Schuldnerin. Er zahlte im August 2011 den Kaufpreis von 171.568,85 € an die E. Im März 2012 teilte ein Vermittler dem Beklagten mit, dass es Probleme bei der Anlage in L gebe und die Verträge auf eine Anlage in B umgeschrieben werden könnten. Daraufhin unterzeichnete der Beklagte am 28.3.2012 inhaltlich mit dem Kauf- und dem Mietvertrag für die Anlage in L übereinstimmende Formularverträge zum Abschluss eines Kauf- und eines Mietvertrags hinsichtlich einer Photovoltaikanlage auf der Dachfläche eines Gebäudes in B. Zudem unterzeichnete der Beklagte am 28.3.2012 eine vorformulierte Erklärung, mit der er der Schuldnerin die ihm anteilig erwachsenden Ansprüche aus den eingespeisten Stromerträgen gegen den Energieversorger abtrat. Der Kaufvertrag mit der E kam am 13.4.2012 zustande, der Mietvertrag mit der Schuldnerin am 10.4.2012.

[3] Der Kaufvertrag mit der E v. 13.4.2012 umfasste 199 Photovoltaikmodule nebst zugehörigen Bauteilen. Dabei übertrug die E dem Beklagten zugleich das Nutzungsrecht an der Dachfläche und die Ausübungsbefugnis aus einer ihr von dem Grundstückseigentümer eingeräumten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Ferner verpflichtete sich die E zur Herstellung und Errichtung einer betriebsbereiten Photovoltaikanlage aus den veräußerten Modulen.

[4] Mit Mietvertrag v. 10.4.2012 (fortan auch MV) gestattete der Beklagte der Schuldnerin die Nutzung und den Gebrauch der erworbenen Photovoltaikmodule gegen ein monatliches Entgelt i.H.v. 1.000,79 € brutto. Der Mietvertrag enthielt u.a. folgende Regelungen:

„Präambel

Der Vermieter hat ein Nutzungs- bzw. Mitbenutzungsrecht und die Ausübungsbefugnis an der Dachfläche (Anlage 1) und zwar für den Bereich in dem seine Module installiert sind. Mit diesem Vertrag überträgt der Vermieter das Nutzungs- bzw. Mitbenutzungsrecht und die Ausübungsbefugnis für die Laufzeit des Mietvertrages an die C. GmbH.

1. Der Mieter und der Vermieter sind über die Begründung eines Mietverhältnisses an der in Anlage 1 genannten Photovoltaik-Anlage einig zu folgenden Bedingungen:

a) Das Mietverhältnis wird begründet auf die Dauer von 10 Jahren ab dem Tag der Inbetriebnahme der Anlage.

[…]

c) Der monatliche Mietzins beträgt […] 1.000,79 € brutto. Er ist fällig jeweils am Letzten eines jeden Monats […].

[…]

e) Die Wartung des Mietgegenstandes wird durch den Mieter auf dessen Kosten besorgt.

f) Der Mieter übernimmt ferner die erforderlichen und handelsüblichen Versicherungsprämien für die Solaranlage.

[…]

5. Der Vermieter tritt die jeweils anteilig erwachsenden Ansprüche aus den eingespeisten Stromerträgen gegen den Energieversorger an den Mieter ab […]. Im Gegenzuge verpflichtet sich der Mieter, an den Vermieter den Mietzins aus diesem Mietvertrag zu entrichten.“

[5] Die Photovoltaikanlagen in L und in B wurden nicht an das Stromnetz angeschlossen. Die Schuldnerin, welcher der technische Zustand der Anlagen bekannt war, zahlte an den Beklagten v. 30.9.2011 – 31.8.2015 jeweils als Mietzins monatlich 1.000,79 €. Insgesamt erhielt der Beklagte von einem Konto der Schuldnerin Zahlungen i.H.v. 47.037,13 €.

[6] Auf einen am 10.12.2015 eingegangenen Eigenantrag eröffnete das Insolvenzgericht mit Beschl. v. 6.4.2016 das In-

solvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter. Der Kläger verlangt die an den Beklagten geleisteten Zahlungen im Wege der Insolvenzanfechtung als unentgeltliche Leistung, hilfsweise bereicherungsrechtlich, zurück.

[7] Das LG hat der auf Zahlung von 47.037,13 € gerichteten Klage i.H.v. 44.034,76 € – und damit hinsichtlich der seit dem 10.12.2011 geleisteten Zahlungen der Schuldnerin – stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt er sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

[8] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, und zur vollständigen Klageabweisung.

[9] A. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Kläger habe gegen den Beklagten aus Insolvenzanfechtung nach §§ 134 Abs. 1, 143 InsO einen Zahlungsanspruch i.H.v. 44.034,76 €. Die Zahlungen der Schuldnerin seien gläubigerbenachteiligend gewesen. Die Schuldnerin habe die ihr von der E zur Verfügung gestellten Mittel vor der Auszahlung an den Beklagten zumindest vorübergehend in ihr Vermögen einverleibt. Es habe keine treuhänderische Bindung dieser Mittel vorgelegen.

[10] Weil die Zahlungen direkt von der Schuldnerin vorgenommen worden seien, liege ein Zweipersonenverhältnis vor. Die Zahlungen seien unentgeltlich i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO, weil die Schuldnerin bewusst auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit geleistet habe. Ein Mietzins sei mangels Inbetriebnahme der Photovoltaikanlagen nicht geschuldet gewesen und die Schuldnerin habe von der jeweils fehlenden Inbetriebnahme Kenntnis gehabt. Die als AGB der Insolvenzschuldnerin in Nr. 1 Buchst. a MV enthaltene Regelung, wonach das Mietverhältnis auf die Dauer von zehn Jahren ab dem Tag der Inbetriebnahme der Anlage begründet sei, enthalte keine Fälligkeitsregelung nach § 271 BGB, sondern eine Zeitbestimmung gem. § 163 BGB.

[11] Nach der für AGB maßgeblichen kundenfeindlichen Auslegung von Nr. 1 Buchst. a MV sei unter Inbetriebnahme die Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft sowie das Inbetriebsetzen aufgrund einer bewussten Entscheidung des Anlagenbetreibers zu verstehen. Im Hinblick darauf sei die Zeitbestimmung nicht nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Der Beklagte sei nach den mietvertraglichen Vereinbarungen Anlagenbetreiber gewesen und habe daher den Fristbeginn ermitteln können. Die Überlassung zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache habe vorausgesetzt, dass der Beklagte – und nicht die Schuldnerin – die erstmalige Möglichkeit zur Einspeisung der Photovoltaikanlage in das allgemeine Stromnetz schaffe. Insoweit sei die E als Dritte aufseiten des Beklagten anzusehen, auch wenn zwischen der Schuldnerin und der E ein Näheverhältnis bestanden habe und der Beklagte den Mietvertrag nicht ohne den Kaufvertrag abgeschlossen hätte. Denn der Beklagte habe aufgrund des Kaufvertrags die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit gehabt, die Erfüllung der Herstellungsverpflichtung der E zu überprüfen und ggf. durchzusetzen. Daher sei der Beklagte durch die im Mietvertrag enthaltene Zeitbestimmung, bei der voraussichtlich die im Kaufvertrag enthaltene Herstellungsfrist in Betracht gezogen worden sei, auch nicht unangemessen benachteiligt.

[12] Die Zeitbestimmung sei von den Parteien nicht konkludent durch Invollzugsetzung des Mietvertrags aufgehoben worden, denn der Beklagte habe nach eigener Darstellung keine Kenntnis von der fehlenden Inbetriebnahme und daher auch kein rechtsgeschäftliches Erklärungsbewusstsein bei Entgegennahme der Mieten gehabt. Er habe auch nicht dargelegt, dass die Schuldnerin die Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage wider Treu und Glauben verhindert habe.

[13] Die Schuldnerin habe die angefochtenen Zahlungen als Mietzins und nicht auf etwaige Schadensersatzansprüche des Beklagten geleistet. Hierbei habe die Schuldnerin die Zahlungen in Kenntnis dessen erbracht, dass keine der v.g. Photovoltaikanlagen in Betrieb genommen worden sei, es bereits an den technischen Voraussetzungen für eine Inbetriebnahme gefehlt habe und deshalb kein Anspruch des Beklagten aus dem Mietvertrag bestanden habe. Ein Fall, in dem die Geltendmachung des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs ausnahmsweise als treuwidrig zu bewerten sei, liege nicht vor. Schließlich habe der Beklagte auch eine Entreicherung i.S.d. § 818 Abs. 3 BGB nicht dargelegt.

[14] B. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[15] I. Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts trifft zu. Der Schuldner, der in einem – hier vorliegenden – Zweipersonenverhältnis auf eine tatsächlich nicht bestehende Schuld leistet, nimmt eine unentgeltliche Leistung i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO vor, wenn er die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld erbringt (vgl. BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 198/10, *ZInsO 2013, 1577* Rn. 21; v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = *ZInsO 2015, 681* Rn. 44; v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = *ZInsO 2017, 1367* Rn. 16). In einem solchen Fall ist ein Irrtum des Leistungsempfängers, sein Anspruch habe in Höhe der Leistung bestanden, anfechtungsrechtlich selbst dann ohne Belang, wenn der Irrtum durch eine Täuschungshandlung des Schuldners hervorgerufen worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = *ZInsO 2009, 185* Rn. 6; v. 18.7.2013, a.a.O.).

[16] II. Diese Voraussetzungen sind jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts im Streitfall nicht erfüllt. Die Zahlungen der Schuldnerin erfolgten nicht ohne Rechtsgrund, sondern dienten der Erfüllung einer Verpflichtung der Schuldnerin aus einem wirksamen entgeltlichen Vertrag.

[17] 1. Dem Beklagten stand ein Zahlungsanspruch i.H.v. monatlich 1.000,79 € aufgrund der mit der Schuldnerin abgeschlossenen Mietverträge zu. Er folgt für den Zeitraum v. Dezember 2011 bis März 2012 aus dem Mietvertrag über die Anlage in L, für die Zeit ab April 2012 aus dem – inhaltlich identischen – Mietvertrag über die Anlage in B. Der Beklagte und die Schuldnerin haben nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit dem Abschluss des Mietvertrags über die Anlage in B lediglich den Mietgegenstand während des laufenden Mietverhältnisses ausgetauscht. Die Schuldnerin hat diesen Mietanspruch mit ihren monatlichen Zahlungen ab Dezember 2011 jeweils erfüllt.

[18] 2. Der Mietzahlungsanspruch entstand mit Vertragsabschluss als jeweils monatlich fälliger Anspruch (Nr. 1 Buchst. c MV) mit Beginn der jeweiligen Nutzungsüberlassung (vgl. BGH, Urt. v. 17.9.2009 – IX ZR 106/08, BGHZ 182, 264 = *ZInsO 2010, 603* Rn. 10). Die Regelung in Nr. 1 Buchst. a MV, wonach das Mietverhältnis „auf die Dauer von 10 Jahren ab dem Tag der Inbetriebnahme der Anlage“ begründet wird,

ist hinsichtlich des Fristbeginns unwirksam. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, dass diese Klausel der Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB standhält.

[19] a) Die Regelungen des Mietvertrags stellen AGB dar. Die Auslegung der Vertragsklauseln ist deswegen unbeschränkt durch das Revisionsgericht zu überprüfen (vgl. BGH, Urt. v. 3.12.2014 – VIII ZR 224/13, WuM 2015, 80 Rn. 16; v. 12.1.2017 – I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 Rn. 65; v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, *ZInsO 2020, 2485* Rn. 18).

[20] aa) AGB sind so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen (BGH, Urt. v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 = *ZInsO 2018, 1091* Rn. 35; v. 19.4.2018 – III ZR 255/17, NJW 2018, 2117 Rn. 18; Beschl. v. 2.7.2019 – VIII ZR 74/18, WM 2019, 2273 Rn. 20; Urt. v. 10.6.2020 – VIII ZR 289/19, WM 2020, 1840 Rn. 26; je m.w.N.). Ansatzpunkt für die bei einer Formularklausel gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut. Der mit dem Klauselwerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Kunden erkennbar sind (vgl. etwa BGH, Beschl. v. 2.7.2019, a.a.O.; Urt. v. 31.3.2021 – IV ZR 221/19, WM 2021, 838 Rn. 26 m.w.N.). Eine Klausel ist dabei vor dem Hintergrund des gesamten Formularvertrags zu interpretieren; sie darf nicht aus einem ihre Beurteilung mit beeinflussenden Zusammenhang gerissen werden (vgl. BGH, Urt. v. 10.6.2020, a.a.O., Rn. 30 m.w.N.). Äußere Umstände, die zum Vertragsschluss geführt und für einen verständigen und redlichen Vertragspartner Anhaltspunkte für eine bestimmte Auslegung des Vertrags gegeben haben, dürfen berücksichtigt werden. Da AGB einheitlich auszulegen sind, kommen insoweit jedoch nur allgemeine Umstände in Betracht, die auf einen verallgemeinerbaren Willen des Verwenders schließen lassen (BGH, Urt. v. 19.4.2018, a.a.O.).

[21] bb) Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zulasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung. Hierbei bleiben allerdings Verständnismöglichkeiten unberücksichtigt, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen (BGH, Beschl. v. 2.7.2019 – VIII ZR 74/18, WM 2019, 2273 Rn. 20 m.w.N.). Diese Auslegungsregel führt im Ergebnis dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Denn damit ist die scheinbar „kundenfeindlichste“ Auslegung im Ergebnis die dem Kunden günstigste (BGH, Urt. v. 29.4.2008 – KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19; v. 8.10.2020 – III ZR 80/20, NJW 2021, 1392 Rn. 33; je m.w.N.). Führt die kundenfeindlichste Auslegung zur Unwirksamkeit der Klausel und begünstigt dadurch den Kunden, ist diese Auslegung zugrunde zu legen. Erst wenn sich die Klausel nach jeder in Betracht kommenden Auslegung als wirksam erweist, ist bei der Anwendung der Klausel die dem Kunden günstigste Auslegung maßgeblich (BGH, Urt. v. 29.4.2008, a.a.O.).

[22] b) Gemessen hieran hält die durch das Berufungsgericht vorgenommene Auslegung rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung stellt die Regelung in Nr. 1 Buchst. a MV bei objektiver Auslegung aus der Sicht eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Verbrauchers eine Fälligkeitsbestimmung i.S.d. § 308 Nr. 1 BGB dar. Als solche ist sie gem. § 308 Nr. 1 BGB unwirksam.

[23] aa) Die Schuldnerin ist Unternehmerin, der Beklagte nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts Verbraucher.

[24] bb) Zutreffend misst das Berufungsgericht die Klausel in Nr. 1 Buchst. a MV am Maßstab des § 308 Nr. 1 Fall 2 BGB. Danach sind formularmäßige Bestimmungen unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Erbringung einer Leistung vorbehält.

[25] (1) Die Vorschrift gilt für Leistungsfristen, die der Verwender für seine eigene Haupt- oder Nebenleistung setzt und welche die Fälligkeit gegenüber den gesetzlichen Regelungen, insbesondere § 271 Abs. 1 BGB, hinausschieben (vgl. MünchKomm-BGB/*Wurmnest*, 8. Aufl., § 308 Nr. 1 Rn. 18; Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2019, § 308 Nr. 1 Rn. 18; *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl., § 308 Nr. 1 BGB Rn. 32). Sie erfasst auch Zahlungspflichten des Verwenders (Staudinger/*Coester-Waltjen*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 14; MünchKomm-BGB/*Wurmnest*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 13; *Damman*, a.a.O., § 308 Nr. 1 BGB Rn. 31; *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 308 Nr. 1 BGB Rn. 17).

[26] Die für Entgeltforderungen vorrangige Bestimmung des § 308 Nr. 1a BGB ist im Streitfall nicht anwendbar. Diese Vorschrift ist erst nach Abschluss des Mietvertrags in Kraft getreten. Sie gilt gem. Art. 229 § 34 Satz 1 EGBGB erst für Schuldverhältnisse, die nach dem 28.7.2014 entstanden sind, für vorher entstandene Dauerschuldverhältnisse gem. Art. 229 § 34 Satz 2 EGBGB nur, soweit die Gegenleistung nach dem 30.6.2016 erbracht wird. Beide Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

[27] (2) Bei der Regelung in Nr. 1 Buchst. a MV handelt es sich um eine Fälligkeitsbestimmung für die Zahlungspflichten der Schuldnerin, nicht um ein aufschiebend befristetes (§ 163 BGB) Mietverhältnis. Mithin treten die Rechtswirkungen des Mietvertrags bereits mit Vertragsabschluss ein. Dies gilt insbesondere für die den Verbraucher treffenden Leistungspflichten.

[28] Bei objektiver Auslegung der Vertragsklauseln wird der Verbraucher nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung durch die Regelung in Nr. 1 Buchst. a MV verpflichtet, mit seiner für die Zahlung des Mietzinses geschuldeten Gegenleistung in Vorleistung zu gehen. Denn der Vertrag verschafft der Mieterin nach dem Verständnis eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Verbrauchers sofort das Recht und die Möglichkeit, die Photovoltaikanlage zur Stromerzeugung zu nutzen. Nach der Präambel des Mietvertrags überträgt der Verbraucher sein Nutzungs- und Mitbenutzungsrecht und die Ausübungsbefugnis an der Dachfläche sofort auf die Schuldnerin. Der Verbraucher entnimmt aus der Präambel des Mietvertrags weiter, dass seine Photovoltaikmodule bereits installiert sind. Zudem tritt der Verbraucher seine Ansprüche auf die EEG-Einspeisevergütung (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) mit gesonderter Erklärung bereits bei Abschluss des Mietvertrags an die Schuldnerin ab

und erfüllt so die in Nr. 5 MV uneingeschränkt vorgesehene Abtretungsverpflichtung. Der in Nr. 1 Buchst. c MV festgelegte monatliche Mietzins ist aus Sicht des Verbrauchers unabhängig davon, ob und in welcher Höhe die Anlage tatsächlich Strom erzeugt. Nach Nr. 5 Satz 2 MV verpflichtet sich die Schuldnerin, diesen Mietzins im Gegenzug für die Abtretung der Ansprüche aus der EEG-Einspeisevergütung zu entrichten.

[29] cc) Das Klauselverbot nach § 308 Nr. 1 Fall 2 BGB soll den Verbraucher vor übermäßig langen Leistungsfristen schützen, die ihn einerseits in seiner Dispositionsfreiheit behindern und es ihm andererseits schwer oder gar unmöglich machen, den Verwender in Verzug zu setzen (vgl. BGH, Urt. v. 28.6.1984 – VII ZR 276/83, BGHZ 92, 24, 28 zu § 10 Nr. 1 AGBG; MünchKomm-BGB/*Wurmnest*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 13; Erman/*Roloff/Looschelders*, BGB, 16. Aufl., § 308 Nr. 1 Rn. 7; Staudinger/*Coester-Waltjen*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 1). Eine Leistungsfrist i.S.d. § 308 Nr. 1 Fall 2 BGB ist nur dann hinreichend bestimmt, wenn der Vertragspartner ohne besondere Mühe und Aufwand die Fälligkeit ermitteln kann (vgl. Erman/*Roloff/Looschelders*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 9). Das ist dann zu bejahen, wenn der Beginn der Frist von einem Ereignis im Bereich des Vertragspartners abhängig ist, dieser etwa Unterlagen vorlegen oder Maße mitteilen muss (vgl. BGH, Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855 unter II.2. zu § 10 Nr. 1 AGBG). Dagegen ist die Leistungsfrist durch den Vertragspartner nicht mehr berechenbar, wenn ihr Beginn ausschließlich oder zusätzlich von einem Ereignis in der Sphäre des Verwenders abhängt (vgl. BGH, Urt. v. 6.12.1984, a.a.O.; Erman/*Roloff/Looschelders*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 9). Gleiches gilt für Klauseln, die den Fristbeginn von Handlungen Dritter abhängig machen (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1996 – VII ZR 224/95, NJW 1997, 394 unter II.2.a. zu § 10 Nr. 1 AGBG; Staudinger/*Coester-Waltjen*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 18; Erman/*Roloff/Looschelders*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 9) oder die aus sonstigen Gründen für den Vertragspartner keinen eindeutigen Zeitpunkt erkennen lassen (vgl. Staudinger/*Coester-Waltjen*, a.a.O., § 308 Nr. 1 Rn. 18).

[30] dd) Diesen Maßstäben hält die Klausel in Nr. 1 Buchst. a MV nicht stand. Damit ist die Bestimmung über den Zeitpunkt insgesamt unwirksam.

[31] (1) Die Regelung in Nr. 1 Buchst. a MV lässt eine Auslegung zu, dass der Beklagte die Zahlung der Miete erst dann beanspruchen kann, nachdem die Schuldnerin als Mieterin die Stromerzeugung aus ihrem freien Entschluss aufgenommen hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich aus dem Mietvertrag und den objektiven Umständen kein eindeutiges Bild, dass die Aufnahme der Stromproduktion Sache des Beklagten war. Das Berufungsgericht bezieht rechtsfehlerhaft in seine Auslegung die einzelnen Klauseln des Mietvertrags und die Zusammenhänge zwischen dem Kauf der Photovoltaikmodule und der Vermietung an die Schuldnerin nur unzureichend ein. Zudem wendet das Berufungsgericht den Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung nicht vollständig an.

[32] (2) Nach Nr. 1 Buchst. a MV hängt die Verpflichtung zur Zahlung der Miete von der „Inbetriebnahme der Anlage“ ab. Damit knüpft die Klausel nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung an ein Ereignis in der Sphäre des Verwenders an.

[33] (a) Soweit das Berufungsgericht die Regelungen des EEG herangezogen hat, ist dies rechtsfehlerhaft. Es bestehen bereits keine Anhaltspunkte, dass ein durchschnittlicher, rechtlich nicht vorgebildeter Verbraucher sich über die – im Mietvertrag weder erwähnten noch erläuterten – Einzelheiten der Bestimmungen des EEG bewusst ist. Weiter folgt aus § 3 Nr. 5 EEG 2009 i.d.F. v. 12.4.2011 nur, dass Inbetriebnahme die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft bedeutet. Hingegen ergibt sich daraus nichts für die Frage, wer im Verhältnis zwischen zwei Vertragsparteien verpflichtet ist, die Stromerzeugung tatsächlich in Gang zu setzen. Die Regelung in § 3 Nr. 5 EEG 2012 i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der Erneuerbaren Energien v. 17.8.2012 (BGBl. I, S. 1754 ff.) kann dabei entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zur Auslegung der Klausel schon deshalb nicht herangezogen werden, weil diese Regelung erst nach Abschluss des Mietvertrags Gesetz geworden ist; das rückwirkende Inkrafttreten zum 1.4.2012 hat für die Auslegung bereits vor Verabschiedung der Gesetzesänderung verwendeter AGB keine Bedeutung.

[34] (b) Bei objektiver Auslegung nach dem Verständnis eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Verbrauchers unter Berücksichtigung der objektiven Umstände, welche den Abschluss jedes Mietvertrags begleiteten, ergibt sich, dass die Zahlung der Miete erst nach vollständiger Fertigstellung und Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage verlangt werden kann. Dabei hängen sowohl Fertigstellung als auch Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage von dem Verhalten eines Dritten – der E als Muttergesellschaft der Schuldnerin – und dem Verhalten der Schuldnerin ab. Aus dem Gesamtzusammenhang des Mietvertrags ergibt sich nicht, dass der Beklagte als Vermieter die Inbetriebnahme der Anlage herbeizuführen hatte.

[35] Der Mietvertrag regelt nicht, was unter Inbetriebnahme zu verstehen ist. Zutreffend geht das Berufungsgericht nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung davon aus, dass die Inbetriebnahme die willentliche Schaffung aller Voraussetzungen für die Einspeisung der Photovoltaikanlage in das Stromnetz des örtlichen Betreibers voraussetzt. Der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung erstreckt sich jedoch nicht nur auf den Umfang der für die Inbetriebnahme erforderlichen Maßnahmen, sondern auch auf die Frage, wer nach dem Vertragsinhalt die Inbetriebnahme vorzunehmen hat. Dies ist die Schuldnerin, wie sich bei zutreffender Auslegung der AGB zeigt.

[36] Die Präambel zum Mietvertrag enthält keine Regelung, dass die betriebsbereite Übergabe oder Besitzverschaffung an den Photovoltaikmodulen geschuldet ist. Auch die übrigen Regelungen des Mietvertrags sehen nicht vor, dass der Beklagte die Anlage in Betrieb setzt, insbesondere nicht, dass er die Stromerzeugung auslöst. Im Gegenteil sprechen die weiteren Regelungen dafür, dass die Schuldnerin die Photovoltaikanlage in eigener Verantwortung zu betreiben hatte. So übernahm sie ausdrücklich die Wartung der Anlage auf ihre Kosten (Nr. 1 Buchst. e MV) sowie die erforderlichen und handelsüblichen Versicherungsprämien (Nr. 1 Buchst. f MV). Die versprochene Miete ist unabhängig davon, ob die Anlage tatsächlich Strom erzeugt (Nr. 1 Buchst. c MV). Der Vertrag sieht keine Betriebspflicht des Verbrauchers vor. Vielmehr entlasten die Regelungen den Verbraucher vollständig von den wirtschaftlichen Folgen eines Ausfalls der Stromerzeugung.

[37] Mit der Abtretung der Ansprüche gegen den Energieversorger auf Einspeisevergütung (Nr. 5 MV) verstärkt der Ver-

trag den Eindruck beim Verbraucher, er müsse sich in keiner Weise um den Betrieb der Anlage kümmern. Es handelt sich unabhängig von der Frage, wer nach den Regelungen des EEG anspruchsberechtigt ist, um eine Regelung, welche die Schuldnerin als tatsächliche Betreiberin der Anlage in die Lage versetzen soll, die vollen wirtschaftlichen Vorteile des Betriebs der Anlage einschließlich der Ansprüche auf Einspeisevergütung nutzen zu können. Denn nur die Abtretung, nicht aber die tatsächliche Zahlung der Einspeisevergütung, wird ausdrücklich mit der Mietzahlung verknüpft.

[38] Schließlich ist bei Auslegung des Mietvertrags einzubeziehen, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an dem Abschluss von Kauf- und Mietvertrag konzernverbundene Unternehmen beteiligt waren und dem Verbraucher diese Verträge nicht einzeln, sondern nur zusammen unter Einschaltung eines Vermittlers angedient wurden. Diese Zusammenhänge zwischen Kaufvertrag mit der E und Mietvertrag mit der Schuldnerin weisen darauf hin, dass der Verbraucher einen Betrieb „aus einer Hand“ erhält, nämlich der der Schuldnerin. Kauf- und Mietvertrag geben nach ihrer Ausgestaltung dem durchschnittlichen Verbraucher vor, dass der Betrieb der Anlage nicht von ihm zu veranlassen ist. Eine Regelung, die dem Verbraucher das Aufspaltungsrisiko verdeutlicht, fehlt. Vielmehr ist die Gesamtgestaltung aus Sicht des durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Verbrauchers so zu verstehen, dass er das Nutzungsrecht erwirbt und weiterüberträgt, die Montage der Photovoltaikanlagen für ihn von der E, der Muttergesellschaft der Schuldnerin, vorgenommen wird und die weitere Nutzung und der Betrieb von der Schuldnerin, wobei aus Sicht des Verbrauchers Muttergesellschaft und Schuldnerin zusammenarbeiten.

[39] Auf dieser Grundlage liegt aus der Sicht eines objektiven Empfängers ein Verständnis des mietvertraglichen Klauselwerks nahe, dass die Stromerzeugung allein Sache der Schuldnerin als Mieterin war. Dann ist eine Auslegung möglich, dass die Inbetriebnahme die tatsächliche Inbetriebsetzung der Anlage meinte und diese tatsächliche Inbetriebsetzung allein eine Entscheidung der Schuldnerin war. Denn nicht die Stromerzeugung war Gegenstand des Mietvertrags, sondern allein das Nutzungsrecht und die hierzu installierten Photovoltaikmodule des Beklagten. Auch § 3 Nr. 5 EEG unterscheidet – was das Berufungsgericht übersieht – zwischen der technischen Betriebsbereitschaft und der tatsächlichen Inbetriebsetzung.

[40] (c) Ein solches Verständnis widerspricht nicht dem Leitbild eines Mietvertrags. Die aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Pflicht des Vermieters, dem Mieter die Sache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen, betrifft einen rein tatsächlichen Vorgang, bei der keineswegs stets eine Besitzverschaffung notwendig ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2002 – XII ZR 86/01, WM 2003, 391, 392; Staudinger/*V. Emmerich*, BGB, 2021, § 535 Rn. 15; MünchKomm-BGB/*Häublein*, a.a.O., § 535 Rn. 79). Gehen die Mietvertragsparteien davon aus, die Schuldnerin könne sich aufgrund des Konzernverbundes der beteiligten Unternehmen die Sachherrschaft verschaffen und damit auch die Stromerzeugung in Gang setzen, genügt es im Hinblick auf § 854 Abs. 2 BGB, dass ihr der Beklagte den Gebrauch der Photovoltaikanlage ermöglicht. Er muss der Schuldnerin nicht selbst Besitz verschaffen.

[41] Entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung trifft es auch nicht zu, dass der Vermieter von Photovoltaikmodulen nach dem gesetzlichen Leitbild eine bereits stromproduzierende Anlage zu überlassen hat. Gem. § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Vermieter nur verpflichtet, dem Mieter den vertraglich festgelegten Gebrauch der Mietsache zu gewähren. Zu dieser Pflicht gehört jedoch nach der maßgeblichen Sicht des Verbrauchers nicht die Stromerzeugung. Ob die Schuldnerin – wie das Berufungsgericht meint – nach ihrem unternehmerischen Geschäftszweck lediglich für die Folgebetreuung von Photovoltaikanlagen verantwortlich sein sollte, ist nach dem Grundsatz der objektiven Auslegung für das Verständnis der AGB unerheblich.

[42] (d) Ob – wie die Revision meint – die von dem Beklagten erworbenen und an die Schuldnerin vermieteten Module nur gemeinsam mit der Photovoltaikanlage als Ganzes – d.h. mit den Modulen anderer Erwerber – hätten Strom erzeugen können, kann dahinstehen. Am – kundenfeindlichsten – Verständnis der Inbetriebnahme ändert sich nichts, wenn eine Stromerzeugung allein mit den vom Beklagten erworbenen Photovoltaikmodulen hätte erfolgen können.

[43] ee) Die Unklarheit hinsichtlich der Umstände, welche die Fälligkeit auslösen, geht gem. § 305c Abs. 2 BGB zulasten der Schuldnerin als Verwenderin der Klausel. Auf dieser Grundlage ist Nr. 1 Buchst. a MV dahin auszulegen, dass der Vermieter die Zahlung der Miete erst dann beanspruchen kann, nachdem die Mieterin die Stromerzeugung in Gang gesetzt hat. Diese Auslegung führt zur Unwirksamkeit der in Nr. 1 Buchst. a MV enthaltenen Fälligkeitsbestimmung gem. § 308 Nr. 1 Fall 2 BGB. Denn es fehlt im Vertrag an jeglichen Anhaltspunkten für einen zeitlichen Rahmen, innerhalb dessen mit dem tatsächlichen Beginn der Stromerzeugung zu rechnen ist. Die Schuldnerin hat sich im Vertrag insoweit keiner zeitlichen Bindung unterworfen und hat es damit in der Hand, den Beginn der Stromerzeugung beliebig hinauszuschieben. Dem stehen die Interessen des Beklagten an einer eindeutigen Vertragsgestaltung gegenüber. Er ist während der nicht absehbaren Dauer des aus Nr. 1 Buchst. a MV folgenden Schwebezustands in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beeinträchtigt, ohne sicher sein zu können, dass er jemals in den Genuss der vereinbarten Miete gelangen wird.

[44] c) Die Unwirksamkeit hat zur Folge, dass der Beklagte beginnend mit Vertragsabschluss einen jeweils monatlich fälligen Anspruch auf Zahlung der Miete hatte.

[45] aa) Eine nach § 308 Nr. 1 Fall 2 BGB unwirksame Fristbestimmung ist insgesamt unwirksam. Nach § 306 Abs. 2 BGB tritt an ihre Stelle das dispositive Recht. Demgemäß sind Entstehung und Fälligkeit der Mietforderung nach §§ 271, 579 Abs. 1 BGB zu beurteilen.

[46] bb) Gemessen hieran waren die Mietforderungen des Beklagten im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen jeweils bereits entstanden und fällig. Mietforderungen (§ 535 Abs. 2 BGB) sind, sofern der Zeitpunkt ihres Entstehens nicht durch vertragliche Vereinbarung modifiziert wird, als aufschiebend befristete Forderungen anzusehen. Das bedeutet, dass der Anspruch auf Entrichtung der Miete – ähnlich wie der Anspruch auf Vergütung für geleistete Dienste – zum Anfangstermin des jeweiligen Zeitraums der Nutzungsüberlassung entsteht (vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2005 – IX ZR 263/03, *ZInsO 2005, 884*; v. 5.12.2007 – XII ZR 183/05, *ZInsO 2008, 35* Rn. 35; v. 4.11.2009 – XII ZR 170/07, ZIP 2010, 332 Rn. 19). Der Zeitraum der Nutzungsüberlassung, für die monatliche Zeitabschnitte vereinbart waren (vgl. Nr. 1 Buchst. c MV), begann

aus den zur Auslegung von Nr. 1 Buchst. a MV ausgeführten Gründen bereits mit Vertragsabschluss. Die Mietzahlungen waren gem. Nr. 1 Buchst. c MV jeweils zum Letzten eines jeden Monats fällig.

[47] C. Die Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig. Dem Kläger steht kein Rückzahlungsanspruch gegen den Beklagten zu.

[48] I. Eine Anfechtbarkeit gem. § 134 Abs. 1 InsO kommt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht.

[49] 1. Die Zahlungen der Schuldnerin sind entgegen der Auffassung des Klägers nicht deshalb nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar, weil die Gegenleistung des Beklagten wertlos gewesen wäre.

[50] a) Allerdings ist in einem Zwei-Personen-Verhältnis eine Leistung als unentgeltlich anzusehen, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll (BGH, Urt. v. 15.9.2016 – IX ZR 250/15, *ZInsO 2016, 2345* Rn. 20; v. 19.7.2018 – IX ZR 307/16, *ZInsO 2018, 1841* Rn. 32; v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = *ZInsO 2019, 1734* Rn. 83; v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, *ZInsO 2020, 2666* Rn. 9). Für die Bewertung ist in erster Linie die objektive Wertrelation zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Empfängers maßgeblich. Andernfalls könnten die Beteiligten allein dadurch, dass sie einer für den Schuldner objektiv wertlosen Leistung in ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen einen subjektiven Wert beimessen, den Zweck des Gesetzes vereiteln (vgl. BGH, Urt. v. 15.9.2016, a.a.O., Rn. 21; v. 22.10.2020, a.a.O., Rn. 10; v. 10.6.2021 – IX ZR 157/20, *ZInsO 2021, 1977* Rn. 9).

[51] b) In einem auf § 134 Abs. 1 InsO gestützten Anfechtungsprozess obliegt dem Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung des Schuldners (vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2012 – IX ZR 21/12, *ZInsO 2013, 240* Rn. 30; v. 22.10.2020, a.a.O., Rn. 11; HK-InsO/*Thole*, 10. Aufl., § 134 Rn. 21; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 134 Rn. 85; Uhlenbruck/*Borries/Hirte*, InsO, 15. Aufl., § 134 Rn. 163) und demgemäß auch für die Umstände, aus denen sich eine Wertinadäquanz ergibt (vgl. BGH, Urt. v. 22.10.2020, a.a.O.).

[52] c) Gemessen hieran erfolgten die Zahlungen der Schuldnerin entgeltlich. Die vereinbarte Gegenleistung des Beklagten stellt einen ausgleichenden Wert für die Mietzinszahlung dar.

[53] aa) Der Kläger stützt seine gegenteilige Auffassung allein auf die fehlende Betriebsbereitschaft der Photovoltaikanlage. Hierbei lässt er außer Acht, dass die Unentgeltlichkeit einer Erfüllungshandlung nach dem Grundgeschäft zu beurteilen ist (vgl. BGH, Urt. v. 13.2.2014 – IX ZR 133/13, *ZInsO 2014, 493* Rn. 15; v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = *ZInsO 2017, 1367* Rn. 15; v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = *ZInsO 2019, 1734* Rn. 84 m.w.N.). Ob eine Mietzahlung eine (teilweise) unentgeltliche Leistung darstellt, ist daher in erster Linie nach dem Umfang der mietvertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten zu bestimmen; eine Mietzahlung ist nicht allein deshalb unentgeltlich, weil die Gegenleistung ausgeblieben ist (vgl. Jaeger/*Henckel*, InsO, § 134 Rn. 10). Die fehlende Inbetriebsetzung wäre deshalb selbst dann unbeachtlich, wenn sie vom Beklagten geschuldet gewesen wäre.

[54] bb) Die Auslegung des Mietvertrags ergibt allerdings, dass der Mietzins als Gegenleistung für die Übertragung des Nutzungsrechts und der Ausübungsbefugnis an der Dachfläche im Bereich der installierten Module sowie der Abtretung der Ansprüche auf die EEG-Einspeisevergütung, nicht aber für die Herstellung der Betriebsbereitschaft vereinbart ist.

[55] (1) Dafür spricht bereits der Wortlaut des Mietvertrags. Nach der Präambel des Mietvertrags besteht die Hauptleistungspflicht des Beklagten darin, das Nutzungs- und Mitbenutzungsrecht sowie die Ausübungsbefugnis an der Dachfläche für den Bereich auf die Schuldnerin zu übertragen, in dem seine Module installiert sind. Nach Nr. 5 MV ist die vom Verbraucher bereits bei Abschluss des Mietvertrags erklärte Abtretung seiner Ansprüche auf die EEG-Einspeisevergütung an die Schuldnerin die Gegenleistung für die Mietzinszahlung. Demgegenüber wird eine Herstellungsverpflichtung weder in diesem noch in einem anderen Zusammenhang erwähnt.

[56] (2) Es kommt hinzu, dass der in Nr. 1 Buchst. c MV festgelegte monatliche Mietzins unabhängig davon ist, ob und in welcher Höhe die Anlage tatsächlich Strom erzeugt. Zudem wird die den Vermieter nach der gesetzlichen Regelung treffende Instandhaltungspflicht (vgl. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) nach dem Verständnis eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Verbrauchers durch Nr. 1 Buchst. e MV auf den Mieter übertragen, den damit auch das wirtschaftliche Risiko wartungsbedingter Ausfälle trifft. Dem Verbraucher wird hierdurch der Eindruck vermittelt, die Stromerzeugung, welche die Herstellung der Betriebsbereitschaft voraussetzt, stehe mit der Pflicht des Mieters zur Mietzinszahlung nicht in synallagmatischem Zusammenhang.

[57] (3) Weiter ist bei der Auslegung des Mietvertrags die zeitgleiche Andienung von Kauf- und Mietvertrag sowie das Näheverhältnis zwischen Verkäuferin und Mieterin zu berücksichtigen. Im Lichte dessen würdigt ein redlicher und verständiger Vertragspartner den Umstand, dass er eine feste, von der Höhe der erwirtschafteten Einspeisevergütung unabhängige Miete erhält und ihm der Mietvertrag keine Herstellungsverpflichtung zuweist, nicht ausschließlich im Verhältnis der Mietvertragsparteien. Er wird vielmehr davon ausgehen, den Umfang der mietvertraglichen Rechte und Pflichten auch unter dem Blickwinkel eines Näheverhältnisses zwischen den an Kauf- und Mietvertrag jeweils beteiligten Unternehmen bestimmen zu können.

[58] Dies darf der Vertragspartner – wie auch das Berufungsgericht gesehen hat – zum einen so verstehen, dass die beteiligten Unternehmen die Photovoltaikanlage gemeinsam vermarkten und betreiben. Zum anderen wird der Verbraucher davon ausgehen, er solle und könne Kauf- und Mietvertrag nur gemeinsam abschließen. Der Mietvertrag ist danach für den Verbraucher Teil eines einheitlichen Kapitalanlagemodells, bei dem sich der Mietzins jedenfalls aus wirtschaftlicher Perspektive als Rendite seiner Investition – der Zahlung des Kaufpreises – darstellt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Photovoltaikmodule nicht auf einem im Eigentum des Beklagten stehenden Gebäude installiert worden sind und die Schuldnerin aus Sicht des Verbrauchers ohne Weiteres in der Lage ist, sich die tatsächliche Sachherrschaft über die Anlage von der mit ihr konzernverbundenen Verkäuferin zu verschaffen. Diese Umstände rechtfertigen die Bewertung, die angestrebte Bewirtschaftung der Photovoltaikanlage sei von den beteiligten Unternehmen lediglich formal in Kauf- und Mietvertrag aufgespalten worden und dem Verbraucher solle nur

die Funktion eines Kapitalgebers zukommen. Im Lichte dessen liegt das Risiko, die Anlage nutzen zu können, in der Sphäre der Schuldnerin und schließt eine synallagmatische Verbindung zwischen der Herstellung der Betriebsbereitschaft und der Pflicht zur Mietzinszahlung aus.

[59] (4) Dass die Nutzungsmöglichkeit und Abtretung für einen Zeitraum von 10 Jahren objektiv in erheblicher Weise außer Verhältnis zur vereinbarten Miete standen, hat der Kläger nicht behauptet.

[60] 2. Es bedarf keiner Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen eine auf Grundlage eines gegenseitigen Vertrags erfolgte Zahlung in Kenntnis bereits eingetretener Leistungsstörungen dem Anwendungsbereich des § 134 Abs. 1 InsO unterfallen kann. Denn der Beklagte hat die für die Zahlung des Mietzinses geschuldete Gegenleistung vollständig erbracht.

[61] II. Andere Anfechtungstatbestände sind nicht gegeben. Eine Anfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO scheidet aus, weil die Zahlungen außerhalb des von § 131 Abs. 1 InsO bestimmten Zeitraums erfolgten. Einer Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO oder nach § 133 Abs. 1 InsO steht entgegen, dass der Kläger keine Tatsachen vorgetragen hat, die den Schluss auf eine Kenntnis der Beklagten von der Zahlungsunfähigkeit oder einem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin zulassen.

[62] III. Dem Kläger steht auch kein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) zu. Die Mietzahlungen erfolgten mit Rechtsgrund. Der Mietvertrag war wirksam und der Beklagte hat mit der Überlassung der Module und Abtretung seiner Ansprüche auf die EEG-Einspeisevergütung seinen mietvertraglichen Pflichten, soweit sie Voraussetzung für den Bestand des Anspruchs auf Mietzinszahlung waren, genügt.

[63] D. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist abzuweisen.

§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO; §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG

(Keine) Teleologische Reduktion von § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG bei von drohend zahlungsunfähiger Schuldnerin vorinsolvenzlich gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen

Leitsatz der Redaktion:

Zum Anwendungsbereich des Anfechtungsausschlusses nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG auf den Anfechtungstatbestand des § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

LG Hamburg, Urt. v. 8.9.2021 – 336 O 65/21 (n. rkr.)

Die Klage ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

I. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken. Der Streitgegenstand ist durch den Klageantrag sowie den hierzu vorgetragenen tatsächlichen Vortrag eindeutig bestimmt. Insbesondere ergibt sich aus dem Sachvortrag unzweifelhaft, dass streitgegenständlich die gesamten von der Schuldnerin im Zeitraum v. 30.7.2020 – 24.9.2020 geleisteten Zahlungen sind, wobei der Kläger den im Wegen der Gutschrift bereits zurückerstatteten Betrag von der Klageforderung in Abzug bringt.

II. Die Klage ist allerdings unbegründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Rückgewähr der von der Schuldnerin im Zeitraum v. 30.7.2020 – 24.9.2020 an die Beklagte geleisteten Zahlungen.

1. Dabei kann dahinstehen, ob der Kläger überhaupt die Anfechtungsvoraussetzungen nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO hinreichend dargelegt hat. Dass der Beklagten die tatsächlich erfolgte Stellung eines Insolvenzantrags durch die Schuldnerin zur Kenntnis gegeben worden sei, hat der Kläger nicht dargetan. Vorgetragen ist vielmehr lediglich, dass der Beklagten mit dem Schreiben der Sanierungsberaterin der Schuldnerin v. 25.6.2020 mitgeteilt worden sei, dass der Schuldnerin die Stellung eines Insolvenzantrags habe angeraten werden müssen und ein solcher nunmehr vorbereitet werde. Zwar steht nach § 130 Abs. 2 InsO der Kenntnis eines gestellten Eröffnungsantrags die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Stellung eines Eröffnungsantrags schließen lassen. Für einen solchen zwingenden Schluss dürfte die bloße Ankündigung der Stellung eines Insolvenzantrags aber nicht ausreichen (streitig; MünchKommInsO/*Kayser/Freudenberg*, 4. Aufl. 2019, § 130 Rn. 56 m.w.N. zum Meinungsstand).

2. Die streitgegenständlichen Zahlungen unterliegen aber jedenfalls nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG nicht der insolvenzrechtlichen Anfechtung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO.

a) Der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 COVInsAG ist im vorliegenden Fall eröffnet.

Die streitgegenständlichen Zahlungen wurden im Zeitraum v. 30.7.2020 – 24.9.2020 und damit in dem in § 1 COVInsAG genannten Aussetzungszeitraum (1.3.2020 – 30.9.2020) geleistet.

Der Eröffnung des Anwendungsbereichs steht nicht entgegen, dass die Schuldnerin nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers den Insolvenzantrag lediglich wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt hat. Nach § 2 Abs. 2, 2. HS COVInsAG gilt der Anfechtungsausschluss des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG vielmehr ausdrücklich auch für Schuldner, die weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind und damit keiner Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO unterliegen.

Bei den Zahlungen handelte es sich zudem nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten zudem durchweg um kongruente Deckungshandlungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG.

b) Der Beklagten war auch nicht i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 4, 2. HS COVInsAG bekannt, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen der Schuldnerin nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen wären. Eine solche Kenntnis ergibt sich insbesondere nicht aus dem Schreiben der Sanierungsberaterin der Schuldnerin v. 25.6.2020. Dem Schreiben ist lediglich zu entnehmen, dass die Sanierungsberaterin die Stellung eines Insolvenzantrags in Eigenverwaltung vorbereite. Hieraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, dass damit jegliche (weiteren) Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen der Schuldnerin aussichtslos sein würden. Dieser Schluss wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Sanierung eines Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzverfahrens nicht zu erwarten wäre. Dies ist entgegen der Auffassung des Klägers aber nicht der Fall.

Die Sanierung eines Unternehmens ist sowohl nach der gesetzlichen Konzeption der Insolvenzordnung als auch ihrer praktischen Anwendung – unabhängig davon, ob man den Erhalt eines Unternehmens durch Sanierung als neben dem Ziel einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger gleichrangiges oder lediglich untergeordnetes Ziel des Insolvenzverfahrens einordnen möchte (zum Meinungsstand insoweit MünchKomm-InsO/*Ganter/Bruns*, a.a.O., § 1 Rn. 85) – von wesentlicher Bedeutung in der Führung von Insolvenzverfahren. Dies gilt gerade in Fällen, in denen – wie im vorliegenden Fall – ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung durchgeführt werden soll (s. RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 226). Es entspricht damit gerade nicht der Konzeption der InsO, die Sanierung eines Unternehmens bereits mit Stellung eines Insolvenzantrags als gescheitert anzusehen. Dementsprechend vermag auch allein die Kenntnis über einen gestellten oder gar nur in Vorbereitung befindlichen Insolvenzantrag keine Kenntnis hinsichtlich der fehlenden Eignung von Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen der Schuldnerin zur Beseitigung einer eingetretenen oder gar nur drohenden Zahlungsunfähigkeit zu vermitteln.

c) Entgegen der Auffassung des Klägers beansprucht der Anfechtungsausschluss nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG auch dann Geltung, wenn ein Schuldner einen Insolvenzantrag gestellt hat und dies dem Zahlungsempfänger bekannt ist.

Der Gesetzeswortlaut sieht eine Beschränkung des Anfechtungsausschlusses auf vor einem Insolvenzantrag geleistete Zahlungen nicht vor. Auch eine teleologische Reduktion der Norm in dem vom Kläger gewünschten Sinn erscheint vorliegend nicht veranlasst.

Dabei genügt es für die Annahme einer teleologischen Reduktion nicht, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung lediglich nach eigener Einschätzung des Gerichts sachlich verfehlt erscheint, das Gericht mithin in der Rolle des Gesetzgebers eine andere Regelung getroffen hätte. Vielmehr bedarf es belastbarer Anhaltspunkte dafür, dass die gesetzliche Regelung tatsächlich nicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht oder zumindest dem gesetzlich verfolgten Zweck zuwiderläuft. Hierfür liegen vorliegend aber keine hinreichend belastbaren Anhaltspunkte vor. Vielmehr spricht die Gesetzessystematik des § 2 COVInsAG deutlich gegen eine entsprechende Reduktion, auch das mit dem Anfechtungsausschluss ausweislich der Gesetzesmaterialien verfolgte gesetzgeberische Ziel gebietet eine entsprechende Reduktion nicht:

aa) In gesetzessystematischer Hinsicht ist insoweit zunächst zu berücksichtigen, dass die vom Kläger befürwortete teleologische Reduktion des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG dahin gehend, dass der Anfechtungsausschluss im Fall von Zahlungen nach bereits gestelltem Insolvenzantrag nicht zur Anwendung kommen solle, den gesamten Anfechtungstatbestand des § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt. InsO der Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG entziehen würde. Dass dies dem gesetzgeberischen Willen entspräche, erscheint insoweit zweifelhaft, als ein entsprechender vollständiger Ausschluss des Anfechtungstatbestands des § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt. InsO aus dem Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG regelungstechnisch ohne weitere Schwierigkeiten zu formulieren gewesen wäre.

Vor allem aber gilt der Anfechtungsausschluss nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG nach § 2 Abs. 2, 2. HS COVInsAG – wie bereits dargestellt – ausdrücklich auch für Schuldner, die weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind. Bei einem Schuldner, der weder zahlungsunfähig noch überschuldet ist, kommt im Fall kongruenter Deckungshandlungen aber praktisch nur der – vorliegend auch allein geltend gemachte – Anfechtungstatbestand des § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt. InsO in Betracht, während die übrigen Anfechtungstatbestände des § 130 Abs. 1 InsO und des § 133 Abs. 3 InsO eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraussetzen. Die klägerseits befürwortete teleologische Reduktion würde damit – wie gerade der vorliegende Streit exemplarisch zeigt – die Regelung des § 2 Abs. 2, 2. HS COVInsAG in Bezug auf den Anfechtungsausschluss nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG praktisch vollständig eines Anwendungsbereichs berauben. Dafür, dass ein solches Leerlaufen der Regelung des § 2 Abs. 2, 2. HS COVInsAG in Bezug auf den Anfechtungsausschluss nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG dem gesetzgeberischen Willen entsprechen könnte, ergeben sich aber weder aus der Gesetzesbegründung noch sonst belastbare Anhaltspunkte. Im Gegenteil nimmt die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2, 2. HS COVInsAG ausdrücklich auch auf die Regelung nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG Bezug (Fraktionsentwurf, BT-Drucks. 19/18110, S. 25).

bb) Auch das mit dem Anfechtungsausschluss verfolgte gesetzgeberische Ziel gebietet die klägerseits befürwortete teleologische Reduktion nicht. Dabei entbehrt die klägerische Prämisse, dass der Zweck des gesetzlichen Anfechtungsausschlusses im Fall der Stellung eines Insolvenzantrags nicht mehr erreicht werden könnte, einer zur Rechtfertigung einer teleologischen Reduktion der Norm hinreichenden Grundlage.

Erklärtes gesetzgeberisches Ziel des in § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG normierten Anfechtungsausschlusses ist es, Sanierungsbemühungen eines pandemiebedingt in die Krise geratenen Schuldners zu unterstützen (Fraktionsentwurf, BT-Drucks. 19/18110, S. 24). Weder dem Gesetzeswortlaut noch der Entwurfsbegründung lässt sich aber hinreichend sicher entnehmen, dass die entsprechenden Sanierungsbemühungen nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich außerhalb eines Insolvenzverfahrens erfolgen dürften, um in den Anwendungsbereich des Anfechtungsausschlusses nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG zu fallen.

Eine entsprechende Beschränkung des gesetzgeberischen Ziels des in § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG normierten Anfechtungsausschlusses auf außerhalb eines Insolvenzverfahrens erfolgte Sanierungsbemühungen ergibt sich dabei entgegen der Auffassung des Klägers nicht aus der Regelung über die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG. Zwar kommt in der in § 1 COVInsAG normierten zeitweiligen Aussetzung der Insolvenzantragspflicht unzweideutig der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, eine Sanierung von pandemiebedingt in die Krise geratenen Unternehmen ungeachtet einer eingetretenen Insolvenzreife außerhalb eines Insolvenzverfahrens zu ermöglichen. Hieraus kann aber nicht mit der erforderlichen Sicherheit im Umkehrschluss auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, dass Sanierungsbemühungen eines in die Krise geratenen Unternehmens nur dann unter den Schutz des Anfechtungsausschlusses nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG fallen sollen, wenn es tatsächlich auf die Stellung eines Insolvenzantrags verzichtet. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Anfechtungsausschluss des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG nach der ausdrücklichen gesetzgeberischen Anordnung in § 2 Abs. 2 COVInsAG gerade auch in Fällen gelten soll, in denen entweder aufgrund der Rechtsform des Schuldners oder mangels dessen Insolvenzreife i.S.d. § 15a InsO keine Insolvenzantragspflicht besteht. Mit § 2 Abs. 2 COVInsAG hat der Gesetzgeber mithin die Reichweite des Anfechtungsausschlusses nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG ausdrücklich über den Geltungsbereich der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG hinaus erstreckt. An-

gesichts dieser gesetzgeberischen Entscheidung fehlt es aber an einer Grundlage für die Annahme, dass außerhalb der Regelung des § 2 Abs. 2 COVInsAG von einer strengen Kongruenz zwischen der Aussetzung der Antragspflicht nach § 1 COVInsAG und dem Anfechtungsausschluss nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG auszugehen wäre.

Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass nach Vorstellung des Gesetzgebers eine mit dem Anfechtungsausschluss nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG zu unterstützende Sanierung eines pandemiebedingt in die Krise geratenen Schuldners mit Stellung eines Insolvenzantrags nicht mehr in Betracht käme. Wie bereits dargestellt, entspricht es gerade nicht der Konzeption der InsO, die Sanierung eines Unternehmens bereits mit Stellung eines Insolvenzantrags als gescheitert anzusehen. Dann muss aber das mit dem in § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG normierten Anfechtungsausschluss verfolgte gesetzgeberische Ziel, die Sanierung eines in die Krise geratenen Unternehmens dadurch zu erleichtern, dass ihm durch die Anordnung der Insolvenzfestigkeit von ihm geleisteter Zahlungen die Aufrechterhaltung seiner Geschäftsbeziehungen ermöglicht wird, gleichermaßen auch noch nach Stellung eines Insolvenzantrags verwirklicht werden können.

cc) Schließlich vermag auch das klägerische Argument, dass einem Vertragspartner bei Kenntnis eines bereits gestellten Insolvenzantrags auch bekannt sei, dass bei einem Vertragsschluss nach Insolvenzantragstellung die Gefahr bestehe, dass der Vertrag nicht mehr erfüllt werde bzw. Anfechtungen drohen könnten, als rein zirkuläre Argumentation keine entsprechende teleologische Reduktion der Norm zu rechtfertigen. Denn die Frage, ob eine Anfechtung empfangener Leistungen überhaupt droht, hängt gerade von der vorliegend in Streit stehenden Reichweite des Anfechtungsausschlusses ab.

(mitgeteilt von Rechtsanwalt Mark T. Singer, Neuss)

Verbraucherinsolvenzrecht

§§ 287a Abs. 2, 301 InsO

Zur Berechnung der Sperrfrist für ein zweites Verbraucherinsolvenzverfahren

Leitsätze der Redaktion:

1. **Bei der Sperrfrist des § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO handelt es sich um eine Rückwärtsfrist, auf deren Berechnung die § 222 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB über § 4 InsO entsprechende Anwendung finden.**
2. **Die Restschuldbefreiung gilt i.S.v. § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO in der bis zum 30.9.2020 gültigen Fassung als mit Erlass des Restschuldbefreiungsbeschlusses erteilt; auf dessen Rechtskrafteintritt kommt es nicht an.**
3. **Die Rückwirkungsfiktion des § 300 Abs. 1 Satz 3 InsO gilt trotz des weiten Wortlauts der Überleitungsvorschrift des Art. 103k Abs. 1, Abs. 3 EGInsO nicht für vor dem 1.10.2020 erteilte Restschuldbefreiungen.**

AG Hannover, Beschl. v. 19.10.2021 – 909 IK 1381/21 – 7

I. Der Schuldnerin wurde im früheren Verfahren Az. 909 IK 612/05 – 7 – mit Beschl. v. 4.10.2011 die Restschuldbefreiung erteilt. Der Erteilungsbeschluss erwuchs am 28.10.2011 in Rechtskraft. Mit Eingangsdatum bei Gericht v. 7.10.2021 beantragt die Schuldnerin erneut die Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens, Erteilung der Restschuldbefreiung und Stundung der Verfahrenskosten.

II. 1. Der gem. § 304 InsO statthafte und auch sonst zulässige Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens ist begründet. Nach den Antragsangaben steht zur Überzeugung des Gerichts fest (§ 4 InsO, § 286 Abs. 1 ZPO), dass die Schuldnerin zahlungsunfähig ist (§§ 16, 17 InsO). Die des Weiteren nach § 26 Abs. 1 InsO erforderliche Verfahrenskostendeckung ergibt sich aus der mit separatem Beschluss gewährten Verfahrenskostenstundung.

2. Der neuerliche Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung ist ebenfalls statthaft und zulässig, sodass gem. § 287a Abs. 1 Satz 1 InsO festzustellen ist, dass die Schuldnerin (wiederholt) Restschuldbefreiung erlangt, wenn sie den Obliegenheiten nach den §§ 295, 295a InsO nachkommt und die Voraussetzungen für eine Versagung nach den §§ 290, 297 – 298 InsO nicht vorliegen. Die frühere Restschuldbefreiungserteilung aus dem Verfahren 909 IK 612/05 – 7 – entfaltet keine Sperrwirkung mehr.

a) Gem. Art. 103k Abs. 3 EGInsO findet vorliegend § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO in der bis einschließlich 30.9.2020 geltenden Fassung Anwendung, weil der Schuldnerin letztmalig nach den bis einschließlich 30.9.2020 geltenden Vorschriften die Restschuldbefreiung erteilt wurde.

b) Nach § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Var. InsO a.F. ist der Antrag auf Restschuldbefreiung unzulässig, wenn dem Schuldner in den letzten 10 Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens Restschuldbefreiung erteilt worden ist. Dieser Unzulässigkeitsgrund liegt nicht vor.

aa) Die Berechnung der Sperrfrist erfolgt in Anwendung des § 4 InsO i.V.m. § 222 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Diese Vorschriften gelten entsprechend für sog. Rückwärtsfristen (vgl. BGH, Beschl. v. 5.6.2013 – XII ZB 427/11, Rn. 11). Um eine Rückwärtsfrist handelt es sich auch bei der Sperrfrist aus § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Var. InsO a.F. (dagegen für Vorwärtsfrist in Anknüpfung an den Erteilungsbeschluss MünchKomm-InsO/*Stephan*, 4. Aufl. 2020, § 287a Rn. 72; FK-InsO/*Ahrens*, 9. Aufl. 2018, § 287a Rn. 43; *Heilmaier*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 41 Rn. 21; *Henning*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 287a Rn. 7). Dies folgt aus dem unmissverständlichen Wortlaut der Norm („in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens“). Der Eingang des Insolvenzantrags, welcher Berechnungsausgangspunkt ist, führt folglich zu einem rückwärtsgerichteten Beginn der Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB und endet um 0:00 Uhr des seiner Benennung entsprechenden Wochentages. Die Ausgestaltung als Rückwärtsfrist hat insbesondere zur Konsequenz, dass ein Restschuldbefreiungsantrag, dessen Unzulässigkeit von der verfrühten, weil in die Sperrfrist fallenden Insolvenzantragstellung herrührt, anders als bei einer Vorwärtsfrist in ausschließlicher Anknüpfung an die frühere Restschuldbefreiung nicht durch weiteren Zeitablauf nachträglich zulässig werden kann. Schiebeverfügungen des Gerichts führen damit ebenso wenig zur Heilung des Zulässigkeitsmangels wie ein faktisches Ruhenlassen des Verfahrens. Um einer Antragszurückweisung zu entgehen, bleibt dem Antragsteller nur die Rücknahme der Anträge und die Neubeantragung nach Ablauf der

Sperrfrist. Dazu hat das Gericht dem Antragsteller gem. § 287a Abs. 2 Satz 2 InsO Gelegenheit zu geben (vgl. BT-Drucks. 17/11268, S. 25).

bb) Übertragen auf das hiesige Verfahren und zurückgerechnet vom Eingang des Verbraucherinsolvenzantrags am Donnerstag, den 7.10.2021 beginnt die Sperrfrist nach § 187 Abs. 1 BGB vorliegend am 6.10.2021, 24:00 Uhr und endet gem. § 188 Abs. 2, 1. Var. BGB am Freitag, den 7.10.2011 (0:00 Uhr). Die letzte Restschuldbefreiung darf mithin nicht später als Donnerstag, den 6.10.2011 (24:00 Uhr) erteilt worden sein. Vorliegend ist der Schuldnerin letztmalig mit Beschl. v. 4.10.2011 die Restschuldbefreiung erteilt worden, also vor dem Sperrfristende oder – verständlicher formuliert – vor dem relevanten Sperrfristzeitraum. Die Restschuldbefreiung ist i.S.v. § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO a.F. nämlich mit Erlass des Restschuldbefreiungsbeschlusses erteilt. Auf den späteren Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Beschlusses – hier am 28.10.2011 – kommt es nicht an.

aaa) Allerdings soll nach h.M. im Schrifttum für die Sperrfristberechnung des § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO a.F. maßgeblich der Rechtskrafteintritt sein (vgl. *Römermann*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand: 43. Erg. Lfg. 2021, § 287a Rn. 14; MünchKomm-InsO/*Stephan*, a.a.O., § 287a Rn. 72; *Sternal*, in: Uhlenbruck, InsO, § 287a Rn. 24; Andres in: Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl. 2018, § 287a Rn. 2; FK-InsO/*Ahrens*, a.a.O., § 287a Rn. 43; *Heilmaier*, a.a.O., § 41 Rn. 21; *Henning*, a.a.O., § 287a Rn. 7; kritisch dagegen HambKomm-InsO/*Streck*, 8. Aufl. 2021, § 287a Rn. 7). Diese Ansicht, die an keiner Stelle näher begründet wird, teilt das Gericht nicht.

bbb) Dagegen spricht bereits der Wortlaut des § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Var. InsO a.F. Er stellt schlicht auf die Erteilung der Restschuldbefreiung ab. Unter Erteilung wird der konstitutive, rechtsgestaltende Beschluss des Insolvenzgerichts verstanden, dem Schuldner die Restschuldbefreiung zu erteilen (vgl. BGH, Beschl. v. 1.6.2017 – IX ZB 87/16, Rn. 11, *ZInsO 2017, 1692*). Die Rechtskraft dieses Beschlusses kann begrifflich keine Voraussetzung für die Erteilung sein, sondern folgt ihr als Umstand allenfalls nach. Dass es auf diesen weiteren Umstand bei der Sperrfristberechnung ankommen soll, geht aus dem Wortlaut des § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Var. InsO a.F. nicht hervor. Die Rechtskraft wird dort nicht erwähnt. Für eine diesbezügliche gesetzgeberische Ungenauigkeit oder gar ein Redaktionsversehen gibt es keine Anhaltspunkte. An anderen Stellen in der Insolvenzverordnung wird ausdrücklich zwischen rechtskräftigen und nicht rechtskräftigen Beschlüssen unterschieden, so beispielhaft in § 13 Abs. 2 InsO und speziell zur Restschuldbefreiung in § 300a Abs. 2 InsO als auch § 303 Abs. 1 Satz 1 InsO. Daraus lässt sich schließen, dass für die Sperrfrist aus § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Var. InsO a.F. die Rechtskraft nicht von Belang sein soll.

ccc) Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten ebenfalls nicht, den Rechtskrafteintritt als maßgeblich anzusehen. Die negative Zulässigkeitsvoraussetzung des § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Var. InsO soll kraft Festlegung einer bestimmten und maßvollen Zeitspanne verhindern, dass ein Schuldner, der bereits in einem früheren Verfahren diese Rechtswohltat erlangt hat, die Restschuldbefreiung zur wiederholten Verminderung seiner Schuldenlast einsetzt (BT-Drucks. 17/11268, S. 24). Die Restschuldbefreiung soll als Hilfe für unverschuldet in Not geratene Personen dienen, nicht als Zuflucht für diejenigen, die bewusst finanzielle Risiken auf andere abwälzen wollen (BT-Drucks. 12/2443, S. 190 zu § 290 Abs. 1 Nr. 3 a.F.). Diesem gesetzgeberischen Anliegen wird eine Gesetzesauslegung, die nicht auf den Erlass, sondern den Rechtskrafteintritt des Erteilungsbeschlusses abstellt, nicht gerecht. Sie schießt über die ausdrückliche zehnjährige Sperre in all den Fällen hinaus, in denen ein Gläubiger nach § 300 Abs. 4 Satz 2 InsO a.F. eine erfolglose sofortige Beschwerde einlegt, die den Rechtskrafteintritt hinausschiebt und so zuungunsten des Schuldners zu einer spürbar längeren Zeitspanne zwischen zwei zulässigen Restschuldbefreiungsanträgen führt. Wollte man der h.M. folgen, hätte dies in der Rechtspraxis zudem die missliebige Konsequenz, dass der Schuldner die Sperrfrist ohne Weiteres nicht selber berechnen und damit den Zeitpunkt, zu dem ein neuer Insolvenzantrag mitsamt Restschuldbefreiungsantrag gestellt werden kann, nicht exakt bestimmen könnte. Er müssten sich im Vorfeld der Neubeantragung durch Rückfrage beim Insolvenzgericht über den Eintritt der Rechtskraft Auskunft geben lassen. Dass ein derart umständliches Prozedere gewollt ist, lässt sich § 287a Abs. 2 InsO nicht entnehmen.

ddd) Auch die Gesetzeshistorie legt nicht nahe, dass auf die Rechtskraft abzustellen ist. § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Var. InsO alte wie n.F. beruhen auf dem früher in § 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO geregelten Restschuldbefreiungsversagungsgrund, dessen Wortlaut auf die Rechtskraft gleichsam nicht verwies. In den Gesetzesmaterialien wird ebenso wenig auf die Rechtskraft Bezug genommen (vgl. BT-Drucks. 17/11268, S. 24; BT-Drucks. 12/2443, S. 190).

eee) Gesetzessystematisch tritt hinzu, dass nach neuer, ab dem 1.10.2020 geltender Rechtslage in Gestalt von § 300 Abs. 1 Satz 3 InsO n.F., wie er durch das Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens v. 22.12.2020 (BGBl. I, S. 3328) ausgeformt worden ist, eine vom Insolvenzgericht nach dem regulären Ablauf der Abtretungsfrist erteilte Restschuldbefreiung als mit Ablauf der Abtretungsfrist erteilt gilt. Es handelt sich um eine gesetzliche Rückwirkung der – nach dem Altrecht nur mit ex nunc Wirkung angenommenen (vgl. BGH, Beschl. v. 1.6.2017 – IX ZB 87/16, Rn. 11, *ZInsO 2017, 1692*) – Erteilung auf den Zeitpunkt noch vor Beschlussfassung. Zweck ist es, die nach Ablauf der Abtretungsfrist verstrichene Zeit, die für die Prüfung des Gerichts und zur Anhörung der Verfahrensbeteiligten benötigt wird, nicht zulasten des Schuldners gehen zu lassen (BT-Drucks. 19/21981, S. 21). Die Regelung geht auf die Entschuldungsfrist in Art. 21 Abs. 1 der Restrukturierungsrichtlinie (EU) Nr. 2019/1023 zurück und soll Richtlinienkonformität herstellen (vgl. *Pape/Laroche/Grote*, ZInsO 2020, 57, 58). Die Rückwirkung kommt mithin auch dann zum Tragen, wenn sich der Eintritt der Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses infolge einer erhobenen, aber erfolglosen sofortigen Beschwerde verzögert (vgl. BeckOK-InsO/*Riedel*, Stand 15.7.2021, § 300 Rn. 23). Gem. Art. 14 Abs. 1 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens gilt § 300 in seiner n.F. ab dem 1.10.2020. Das Altrecht ist gem. Art. 103k Abs. 1 EGInsO nur auf diejenigen Insolvenzverfahren anzuwenden, die – anders als hier – vor dem 1.10.2020 beantragt worden waren. § 300 Abs. 1 InsO n.F. greift damit auch in den nach dem 31.9.2020 beantragten Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, in denen wegen der spezielleren Überleitungsvorschrift des Art. 103k Abs. 3 EGInsO noch § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO in seiner a.F. weiter anzu-

wenden ist. Das hat in „Mischfällen“ wie dem hiesigen zwar nicht zur Folge, dass die – erst für Restschuldbefreiungen ab dem 1.10.2020 geltende – Rückwirkung des § 300 Abs. 1 Satz 3 InsO n.F. bereits für Restschuldbefreiungsbeschlüsse aus der Zeit vor Oktober 2020 anzunehmen ist. Sie steht aber – neben den o.a. anderen Gründen – in der Gesamtschau der Auslegung des § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO a.F. entgegen, den u.U. viel später liegenden Rechtskrafteintritt als entscheidend anzusehen (zumindest für Fälle, die zukünftig rein dem Neurecht unterliegen werden, ebenso *Ahrens*, NJW 2021, 577, 578).

Für die Unmaßgeblichkeit des Zeitpunkts des Rechtskrafteintrittes spricht des Weiteren und losgelöst von der soeben dargestellten Neuregelung die Bestimmung des § 6 Abs. 3 Satz 1 InsO. Hiernach wird die Entscheidung des Beschwerdegerichts über die sofortige Beschwerde erst mit ihrer (formellen) Rechtskraft wirksam. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass eine Entscheidung des Insolvenzgerichts bei mehrfacher Abänderung im Instanzenzug zunächst unwirksam wird und dann wieder von Neuem getroffen werden muss (vgl. MünchKomm-InsO/*Ganter/Bruns*, 4. Aufl. 2019, § 6 Rn. 74; *Pape*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 6 Rn. 19). Ohne Existenz dieser Bestimmung würde eine zu Recht erteilte, aber angefochtene und zwischenzeitlich vom Beschwerdegericht einkassierte Restschuldbefreiung nach erneuter Erteilung länger in die Sperrfrist hineinragen, obgleich der Schuldner im Instanzenzug letztlich obsiegt. Es leuchtet nicht ein, bei der Zulässigkeitsprüfung nach § 287a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO den § 6 Abs. 3 Satz 1 InsO, welcher den Bestand eines zu Recht ergangenen Restschuldbefreiungsbeschlusses schützt, dadurch auszuhebeln, dass man dennoch auf den Rechtskrafteintritt abstellt.

(mitgeteilt von Richter am Amtsgericht Dr. Adrian Kramer, Hannover)

Verfahrensrecht

§ 520 Abs. 2 ZPO

(Keine) Heilung von unzulänglicher Berufungsbegründung nach Ablauf von Begründungsfrist

Leitsatz des Gerichts:

Eine unzulängliche Berufungsbegründung kann nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist (§ 520 Abs. 2 ZPO) nicht mehr geheilt werden (Fortführung von Senat, Urteil vom 13.2.1997 – III ZR 285/95, NJW 1997, 1309, 1310; BGH, Beschluss vom 27.1.2015 – VI ZB 40/14, NJW-RR 2015, 511 Rn. 15).

BGH, Beschl. v. 7.10.2021 – III ZB 50/20

[1] I. Der Kläger verlangt Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Abschluss von Kauf- und Verwaltungsverträgen.

[2] Der Kläger schloss zwischen dem 25.7.2013 und dem 15.5.2017 mit der P Gebrauchtcontainer Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH, der P Container Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH und der P Transport-Container GmbH (im Folgenden auch: deutsche Vertriebsgesellschaften) 19 Kauf- und Verwaltungsverträge. Danach sollte er gegen Zahlung von 297.940 € Eigentum an 146 Containern erwerben. Ohne Besitzübertragung sollte eine Vermietung dieser Container durch die – zwischenzeitlich insolventen – deutschen Vertriebsgesellschaften stattfinden. Diese verpflichteten sich, an den Kläger die vereinbarte Miete zu bezahlen und die Container nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums zurückzuerwerben.

[3] Nach seinen Darlegungen zahlte der Kläger den vereinbarten Kaufpreis von 297.940 € an die Vertriebsgesellschaften; im Prozessrechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1 ist das unstreitig, im Prozessrechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 3 streitig.

[4] Die Beklagte zu 1 ist Konzerngesellschaft der G P Gruppe; sie übernahm es für die dieser angehörenden deutschen Vertriebsgesellschaften, die verkauften Container zu vermieten. Der Beklagte zu 3 war Gründungsgesellschafter der deutschen Vertriebsgesellschaften und zunächst Direktor der Beklagten zu 1. Die Klage gegen den Beklagten zu 2 ist bereits in erster Instanz wieder zurückgenommen worden.

[5] Im Rahmen der Insolvenz der deutschen Vertriebsgesellschaften wurde vom Insolvenzverwalter festgestellt, dass bezogen auf die verkauften Container im Verhältnis zu den tatsächlich vorhandenen und vermieteten ein Fehlbestand von rund einer Million vorliegt. Deshalb nicht generierbare Mieten wurden aus Kaufpreiszahlungen neu angeworbener Investoren getilgt.

[6] Der Kläger, der Mieten i.H.v. 8.515,93 € erhalten zu haben behauptet, trägt vor, er sei über die bestehenden Zusammenhänge, die schwelenden Interessenkonflikte, die zu geringe Containerzahl und die problematische Einnahmesituation von den Beklagten nicht aufgeklärt worden. Er macht geltend, die Beklagten zu 1 und zu 3 hafteten ihm aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. aus § 826 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises abzgl. erhaltener Mieten, somit auf Zahlung von 289.424,07 € zzgl. Zinsen und vorgerichtlicher Kosten, Zug-um-Zug gegen Abtretung seiner Ansprüche aus und im Zusammenhang mit den geschlossenen Kauf- und Verwaltungsverträgen. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 beruft er sich außerdem auf eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sowie auf vorvertragliche Ansprüche.

[7] Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen erhobene Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht – nach vorausgegangenem (Hinweis-)Beschluss – mit der Begründung verworfen, die Berufungsbegründung genüge nicht der nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO gesetzlich vorgeschriebenen Form. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

[8] II. Rechtsbeschwerde gegen die Beklagte zu 1

[9] 1. Die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete, nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwerde ist auch i.Ü. zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. ZPO).

[10] 2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Verwerfung der gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Berufung als unzulässig verletzt den Kläger in seinem Verfahrensgrundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz

(Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip). Das Berufungsgericht hat insoweit die in § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO beschriebenen Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründung verkannt und hierdurch dem Kläger den Zugang zur Berufungsinstanz in unzulässiger Weise versagt.

[11] a) Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO hat die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Da die Berufungsbegründung erkennen lassen soll, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, hat dieser – zugeschnitten auf den Streitfall und aus sich heraus verständlich – diejenigen Punkte darzulegen, die er als unzutreffend beurteilt ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleiten. Zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit ist somit lediglich die Mitteilung der Umstände erforderlich, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsführers infrage stellen. Besondere formale Anforderungen werden nicht gestellt; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind (st. Rspr., vgl. nur Senat, Beschl. v. 28.1.2014 – III ZB 32/13, Rn. 12; v. 26.2.2015 – III ZB 30/14, Rn. 11; v. 27.5.2021 – III ZB 41/20, FamRZ 2021, 1399 Rn. 7 und v. 5.8.2021 – III ZB 46/20, Rn. 7; jeweils m.w.N.).

[12] b) Hieran gemessen genügt die Berufungsbegründung des Klägers, soweit mit ihr die Abweisung eines Anspruchs gegen die Beklagte zu 1 durch das LG bekämpft wird, den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO.

[13] aa) Nachdem das LG Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte zu 1 nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verneint und auch vorvertragliche Ansprüche für nicht erkennbar erachtet hatte, hat es auf Seite 10 f. seines Urteils Folgendes ausgeführt:

„Auch Ansprüche nach §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 StGB, §§ 826, 31 BGB bestehen nicht.

Der Kläger trägt hier lediglich pauschal vor, dass die Beklagte zu 1) wegen Personenidentität in der Leitung Kenntnis von einem Containerfehlbestand hatte und aktiv entsprechende Strukturen für ein Betrugssystem geschaffen hat.

… Der Kläger trägt nicht konkret vor, inwiefern die Beklagte zu 1) durch aktives Tun Strukturen für ein Betrugssystem geschaffen hat. Insbesondere hat der Kläger nicht vorgetragen, dass …

…

… Auch kann der Beklagten zu 1) nach dem Vortrag des Klägers kein Unterlassen vorgeworfen werden. Eine deliktische Pflichtverletzung in Form des Unterlassens setzt voraus, dass der Schädiger für den Geschädigten in besonderer Weise verantwortlich ist, d.h. wenn ihm eine sog. Garantenstellung zukommt, die ihm eine rechtliche Pflicht auferlegt, den deliktischen Erfolg zu verhindern. Eine sittliche Pflicht oder die bloße Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden, genügen hingegen nicht (BeckOK …).

Eine solche Pflicht der Beklagten zu 1) im Sinne einer Garantenstellung gegenüber den Vertragspartnern der P. Gebrauchtcontainer Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH, der P. Container Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH und der P. Transport-Container GmbH/'Investoren' ist von dem Kläger weder konkret vorgetragen noch ersichtlich, dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass zwischen der Beklagten zu 1) und dem Kläger keinerlei Kontakt bestand.“

[14] bb) Dem hat die Berufungsbegründung zunächst folgendes Vorbringen entgegengesetzt:

„Auch ergeben sich Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 StGB, §§ 826, 31 BGB. Anders als es das Gericht beurteilt, hat die Klagepartei substanziiert zu den Voraussetzungen vorgetragen und nicht ‚lediglich pauschal‘ (vgl. S. 10 des Urteils).“

[15] Im Weiteren hat die Berufungsbegründung den Vortrag in der Klageschrift [nahezu] wörtlich wiederholt und somit auch folgende Passage:

„Der Beklagten zu 1) war bekannt, dass Investoren wie die hiesige Klagepartei unter falschen Vorstellungen in die Verträge gelockt wurden. Vor allem da die Beklagte zu 1) hier eine nicht unerhebliche Rolle spielte und den Investoren wie der Klagepartei eine entsprechende Sicherheit bot, war der Beklagten zu 1) deutlich, dass sich diese Investoren, wie die Klagepartei, auch auf die Rolle der Beklagten zu 1) verließen. Daher hatte die Beklagte zu 1) aus dem mit der P. Gebrauchtcontainer Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH, der P. Container Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH und der P. Transport-Container GmbH geschlossenen Vertrag auch eine Verpflichtung den Dritten gegenüber, diese über die der Beklagten zu 1) bekannten Ungereimtheiten aufzuklären. Dass dies nicht geschehen ist, liegt auf der Hand.“

[16] cc) Aus dem Hinweis in der Berufungsbegründung, dass die Beklagte zu 1 Anleger, so auch den Kläger, unter falschen Vorstellungen in die Verträge lockte, ist zu entnehmen, dass der Kläger eine Garantenstellung aus dem Gesichtspunkt vorangegangenen Tuns herleiten will. Dasselbe gilt mit Blick auf sein Vorbringen, dass den Investoren, so auch dem Kläger, die Einschaltung der Beklagten zu 1 Sicherheit bot; auch hieraus ergibt sich für ihn eine Garantenstellung der Beklagten zu 1. Nimmt man noch hinzu, dass der Kläger in seiner Berufungsbegründung ausdrücklich gerügt hat, hier „substantiiert zu den Voraussetzungen vorgetragen“ zu haben, wird in einer für die Zulässigkeit der Berufung hinreichend verständlichen Weise deutlich, dass der Kläger vom Berufungsgericht anhand des in der Berufungsbegründung unterbreiteten Vorbringens die Überprüfung der Auffassung des LG begehrt, wonach eine Garantenstellung der Beklagten zu 1 von ihm „weder konkret vorgetragen noch ersichtlich“ sei. Eine weitere Konkretisierung des Vorbringens ist diesbezüglich zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO nicht erforderlich gewesen. Für die Zulässigkeit der Berufungsrüge, dass nach Auffassung des Klägers schlüssiger Vortrag rechtsfehlerhaft als unsubstanziiert abgetan worden ist, hat hier insoweit in der Berufungsbegründung die Wiederholung des von ihm für ausreichend substanziiert erachteten Vortrags aus der Klageschrift genügt. Ob dieses Vorbringen geeignet ist, die Rüge inhaltlich zu rechtfertigen und die Argumentation des LG zu entkräften, ist eine Frage der Begründetheit der Berufung (vgl. BGH, Beschl. v. 8.6.2021 – VI ZB 22/20, WM 2021, 1354 Rn. 10).

[17] dd) Soweit das LG die Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen hat, ist die Sache daher gem. § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO zur Entscheidung über die Begründetheit des Rechtsmittels an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (vgl. Senat, a.a.O., Rn. 14), wobei das Bestehen des vom Kläger gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Anspruchs unter allen rechtli-

chen – und nicht nur unter deliktsrechtlichen – Gesichtspunkten zu prüfen ist.

[18] III. Rechtsbeschwerde gegen den Beklagten zu 3

[19] Die gegen den Beklagten zu 3 gerichtete Rechtsbeschwerde hat indessen keinen Erfolg. Sie ist gem. §§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft, aber nicht zulässig. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 574 Abs. 2 ZPO). Insbesondere verletzt der angefochtene Beschluss insoweit, als die Berufung des Klägers gegen das Urteil des LG München I v. 5.3.2020 – 28 O 109/19 – verworfen worden ist, soweit dieses die Klage gegen den Beklagten zu 3 abgewiesen hat, den Kläger weder in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) noch in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

[20] 1. a) Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO hat die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt; nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO muss sie konkrete Anhaltspunkte bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Ist im angefochtenen Urteil erster Instanz die Abweisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbstständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt worden, muss die Berufungsbegründung in dieser Weise jede tragende Erwägung angreifen; anderenfalls ist das Rechtsmittel unzulässig (st. Rspr., vgl. nur Senat, Beschl. v. 28.1.2014, a.a.O., Rn. 13 und v. 27.5.2021, a.a.O., Rn. 8; BGH, Beschl. v. 3.3.2015 – VI ZB 6/14, NJW-RR 2015, 757 Rn. 6; jeweils m.w.N.). Der Grund dafür liegt darin, dass in derartigen Fällen jede der gleichwertigen Begründungen des Urteils erster Instanz die Entscheidung trägt. Selbst wenn die gegen einen Grund vorgebrachten Angriffe durchgreifen, ändert sich nichts daran, dass die Klage aus dem anderen Grund weiterhin abweisungsreif ist (Senat, a.a.O.).

[21] b) Diesen Anforderungen wird die Berufungsbegründung des Klägers, soweit mit ihr die Abweisung eines Anspruchs gegen den Beklagten zu 3 durch das LG bekämpft wird, nicht gerecht.

[22] aa) Das LG hat einen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten zu 3 auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und aus § 826 BGB verneint und dies auf zwei voneinander unabhängige, selbstständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt.

[23] Zum einen hat es ausgeführt, der Kläger stütze die Haftung des Beklagten zu 3 pauschal auf den Vorwurf, dieser sei zusammen mit dem Beklagten zu 2 Initiator eines kompletten Betrugssystems gewesen, dieser – streitige – Vortrag des Klägers sei jedoch unsubstanziiert.

[24] Zum anderen hat es dargelegt, dass der Kläger nicht nachgewiesen habe, an die P Gebrauchtcontainer Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH, die P Container Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH sowie die P Transport-Container GmbH insgesamt 297.940 € bezahlt zu haben. Der Beklagte zu 3 habe eine Zahlung mit Nichtwissen bestritten. Das Bestreiten mit Nichtwissen sei vorliegend zulässig gewesen (§ 138 Abs. 4 ZPO), da der Beklagte zu 3 nach seinem unbestrittenen Vortrag im Zeitraum der Zeichnungen v. 25.7.2013 – 15.5.2017 keine relevante Funktion bei den deutschen P Gesellschaften oder der Beklagten zu 1 innegehabt habe. Auf den Kauf- und Verwaltungsverträgen betreffend die P Gebrauchtcontainer Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH und die P Container Vertriebs- und Verwaltungs-GmbH befänden sich zwar teilweise handschriftliche Vermerke über eine Verrechnung aus anderen Verträgen. Der Handschrift nach stammten diese Vermerke aber vom Kläger/Investor und reichten nicht zum Nachweis der Zahlung aus. Auf den Kauf- & Mietverträgen mit der P Transport-Container-GmbH befänden sich formularmäßig vorgesehene Angaben zur Verrechnung. Aus diesen Angaben gehe aber ebenfalls nicht hervor, ob die aufgrund der Verträge geschuldeten Kaufpreise in voller Höhe bereits infolge von Verrechnungen bezahlt worden seien.

[25] bb) Dem hat die Berufungsbegründung lediglich entgegengesetzt:

„Auch stehen der Klagepartei entgegen der Entscheidung des Gerichts (vgl. S. 12 des Urteils) Ansprüche gegen den Beklagten zu 3) als Initiator der streitgegenständlichen Anlage aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB zu. Auch hier nimmt das Gericht fehlerhaft an, die Klagepartei hätte lediglich 'pauschal' behauptet, dass der Beklagte zu 3) Initiator eines Betrugssystems sei.“

[26] Im Weiteren hat die Berufungsbegründung nur noch den Vortrag des Klägers in der Klageschrift [nahezu] wörtlich wiederholt.

[27] cc) Das genügt den Begründungsanforderungen nicht. Dabei kann dahinstehen, ob das Berufungsvorbringen des Klägers, soweit es die Frage betrifft, ob der Beklagte zu 3 Initiator eines Betrugssystems gewesen war, die Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und 3 ZPO erfüllt. Denn diese sind – entgegen der Rechtsbeschwerde – jedenfalls insoweit nicht gegeben, als das LG die Zahlung des Kaufpreises von 297.940 € und somit einen Schaden des Klägers für nicht nachgewiesen erachtet hat. Insoweit hat es nicht ausgereicht, in der Berufungsbegründung die Existenz deliktischer Ansprüche lediglich nochmals zu behaupten sowie den Vortrag aus der Klageschrift nur [nahezu] wörtlich zu wiederholen und zur (erneuten) Beurteilung durch das Berufungsgericht zu stellen. Vielmehr hätte der Kläger diesbezüglich in der Berufungsbegründung außerdem darlegen müssen, weswegen das Berufungsgericht – in vom LG abweichender Würdigung des Anlagenkonvoluts … – zu dem Ergebnis hätte gelangen sollen, dass die handschriftlichen Verrechnungsvermerke und/oder die formularmäßig vorgesehenen Angaben zur Verrechnung auf den genannten Unterlagen ausreichten, um einen entsprechenden Nachweis zu erbringen. Das aber hat er nicht getan.

[28] 2. Etwas anderes ergibt sich auch nicht deswegen, weil das Berufungsgericht den Antrag des Klägers auf Verlängerung der Äußerungsfrist zum (Hinweis-)Beschl. v. 23.7.2020 zurückgewiesen hat. Denn eine unzulängliche Berufungsbegründung kann nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist (§ 520 Abs. 2 ZPO) – Fristablauf ist hier am 2.6.2020 gewesen – nicht mehr geheilt werden (vgl. Senat, Urt. v. 13.2.1997 – III ZR 285/95, NJW 1997, 1309, 1310; BGH, Beschl. v. 27.1.2015 – VI ZB 40/14, NJW-RR 2015, 511 Rn. 15).

(mitgeteilt von Rechtsanwalt Mark T. Singer, Neuss)

dass ich im Driver's Seat bleibe und mein Unternehmen selbst aus der Krise führe. Mit den Sanierungsexperten von Planer & Kollegen an meiner Seite fühle ich mich für diesen Prozess bestens gerüstet", sagt Martin Gies. „Da die Fortführungschancen für die Firma Gies sehr gut sind, ist die Insolvenz in Eigenverwaltung hier das geeignete Instrument, die Krisenursachen zu korrigieren und das Unternehmen auf die Zukunft auszurichten. Zudem hat Herr Gies rechtzeitig erkannt, dass Handlungsbedarf besteht. Damit hat er eine wesentliche Voraussetzung für die Eigenverwaltung erfüllt", fügt Klaus Ziegler hinzu.

Alle ziehen an einem Strang

Geschäftspartner, Banken, und das Insolvenzgericht werden in den Prozess mit eingebunden. Daneben sind die offene Kommunikation gegenüber Mitarbeitenden, Kunden, Geschäftspartnern und Gläubigern ebenso wie die konsequente Umsetzung der Sanierungsmaßnahmen unerlässlich für den Erfolg einer Sanierung in Eigenverwaltung. Für das Vertrauen in ein gelingendes Verfahren sorgen zudem das professionelle Zusammenspiel von Sachwalter, Sanierungsberater, Geschäftsführung und Mitarbeitern des zu sanierenden Unternehmens. „Die Gies GmbH & Co Kunststoffwerk KG hat ein tragfähiges Restrukturierungskonzept vorgelegt. Mit der Eigenverwaltung hat sie ein äußerst effizientes Sanierungsinstrument an der Hand", sagte die vorläufige Sachwalterin *Constance Rothamel* von der Kanzlei Feigl & Rothamel. „Ich werde alles tun, um den Sanierungsprozess bestmöglich zu unterstützen," so *Rothamel* weiter.

Für die Zukunft gerüstet

Auch Martin Gies zeigt sich zuversichtlich. „Mit unseren Produktlinien Ecoline und Greenline treffen wir schon heute den Nerv der Zeit, da sie voll auf Nachhaltigkeit und Umweltschutz ausgerichtet sind. Unsere Partnerschaft mit dem Grünen Punkt und die Zertifizierung mit dem Blauen Engel sprechen eine deutliche Sprache. Diese Produktsegmente werden wir im Zuge der Sanierung viel offensiver vermarkten. Daraus werden auch unsere Kunden großen Nutzen ziehen, denn sie profitieren von unserer Nachhaltigkeitskompetenz. Mit unserer neuesten Produktlinie HygieneLine haben wir noch ein Ass im Ärmel. Hier geht es um antibakterielle Produkte, die nachweislich Viren neutralisieren und so die Gesundheit schützen. Das ist unsere Antwort auf Corona", bringt er es auf den Punkt.

(Quelle: www.nikui-kommunikation.de)

5.1.2022 Bielefeld: Insolvenzverfahren über Firmen der „Heinze-Gruppe" eröffnet

Am 1.1.2022 hat das Amtsgericht Bielefeld die Insolvenzverfahren über das Vermögen der Firmen der Heinze-Gruppe eröffnet. Betroffene Firmen der „Heinze-Gruppe" mit insgesamt 710 Beschäftigten sind die Firmen Heinze Gruppe GmbH, Heinze Verwaltung GmbH, Heinze Gruppe Grundbesitz GmbH & Co. KG, Heinze-Kunststofftechnik GmbH & Co. KG, HeRo Galvanotechnik GmbH, HeiForm GmbH und Krallmann Kunststoffverarbeitung GmbH in Herford, Hiddenhausen und Bad Salzuflen. Zum Insolvenzverwalter in den jeweiligen Verfahren hat das Insolvenzgericht Herrn Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht *Stephan Höltershinken* von der Kanzlei Höltershinken & Kollegen aus Minden (www.sh-inso.de) bestellt.

Die Firmen der „Heinze-Gruppe" hatten Ende September 2021 jeweils Insolvenzanträge gestellt. Hergestellt werden Kunststoffteile u.a. für die Automobil- und für die Lebensmittelindustrie sowie den „Non-Food-Bereich". Die Fertigungstiefe der Heinze-Gruppe reicht von der Werkzeugherstellung über die Galvanisierung bis zum fertigen Produkt. Die Zeit des über dreimonatigen vorläufigen Insolvenzverfahrens wurde intensiv genutzt, um mit Kunden und Lieferanten diverse Vereinbarungen zu schließen, die die Fortführung der Geschäftsbetriebe auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewährleisten. Durch die hohe Motivation und gute Mitarbeit aller Beschäftigten im Antragsverfahren ist es nicht nur gelungen, dass alle Kunden dem Unternehmen die Treue bewiesen haben, es konnten auch neue Aufträge abgeschlossen werden. Für die Unternehmen wurden mit Unterstützung der Mentor AG aus Trier verschiedene Liquiditäts- und Ertragsberechnungen erarbeitet, die eine Fortführung der Geschäftsbetriebe bestätigen. Die Geschäftsbetriebe laufen auch nach Eröffnung der Insolvenzverfahren vollumfänglich weiter.

Rechtsanwalt/FAInsR *S. Höltershinken*: „Insbesondere auf Grund des großen Einsatzes der Belegschaft der Heinze Firmen konnte dieses positive Zwischenergebnis erreicht werden."

Der im Oktober 2021 mit Unterstützung der Firma Saxenhammer aus Berlin begonnene Prozess der Suche nach einem Käufer bzw. Investor für die Firmen der Heinze Gruppe hat bis zum 30.12.2021 dazu geführt, dass elf Interessenten Angebote abgegeben haben. Es ist nunmehr geplant, die Verhandlungen mit den Interessenten zu intensivieren und dann abzuschließen, um im März 2022 über den Verkauf und die damit einhergehende Rettung der Unternehmen zu entscheiden.

(Quelle: www.indat.info)

5.1.2022 Espelkamp: PLUTA-Restrukturierungsexperte Meyer zum vorläufigen Insolvenzverwalter der Steinkamp GmbH & Co. KG bestellt

Das Amtsgericht Bielefeld hat am 28.12.2021 das vorläufige Verfahren über das Vermögen der Steinkamp GmbH & Co. KG aus Espelkamp angeordnet. Der Fachanwalt für Insolvenzrecht *Stefan Meyer* von der PLUTA Rechtsanwalts GmbH wurde zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt.

Der Geschäftsbetrieb des Unternehmens wird uneingeschränkt fortgeführt. Steinkamp ist spezialisiert auf Werkzeuge & Formen, Lohn- und Prototypenfertigung sowie die Serienfertigung. Dazu steht ein moderner Maschinenpark mit einer Reihe von Sondermaschinen zu Verfügung, so dass die Kundenanforderungen flexibel und passgenau erfüllt werden können. Den Grundstein für den Familienbetrieb legte der Vater des aktuellen Gesellschafter-Geschäftsführers Lars Steinkamp bereits im Jahr 1970.

Grund für die Insolvenzantragstellung sind Liquiditätsschwierigkeiten, die durch eine schwache Auftrags- und Umsatzsituation in den ersten drei Quartalen 2021 verursacht worden sind. Der Betrieb beschäftigt derzeit 110 Mitarbeiter inklusive der Geschäftsführung. Die Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer sind in den nächsten Monaten über das Insolvenzgeld gesichert.

Rechtsanwalt *Meyer* hat zusammen mit seinem Team unmittelbar nach seiner Beauftragung durch das Insolvenzgericht mit

einer genauen Situationsanalyse begonnen und bereits parallel die ersten Schritte zur dauerhaften Sicherung des Geschäftsbetriebs eingeleitet. Die Auftragslage ist aktuell wieder sehr ansprechend, nachdem bedingt durch die Corona-Pandemie und die dadurch hervorgerufene Zurückhaltung der Kunden bei Neubeauftragungen bis in den Herbst 2021 Kurzarbeit erforderlich geworden war.

Der vorläufige Insolvenzverwalter beabsichtigt in den nächsten Monaten alle Möglichkeiten für eine erfolgreiche Sanierung und den Erhalt des traditionsreichen sowie in der Region bekannten Unternehmens auszuschöpfen. Die Mitarbeiter sind motiviert und stehen hinter dem Unternehmen. Auch der geschäftsführende Gesellschafter Lars Steinkamp hat betont, die Fortführung und Sanierungsbemühungen nach besten Kräften zu unterstützen. „Die aktuelle Auftragslage stimmt mich zuversichtlich", so der vorläufige Insolvenzverwalter *Stefan Meyer* in seiner ersten Stellungnahme. Zum Team des vorläufigen Insolvenzverwalters Rechtsanwalt *Meyer* zählen u.a. auch Rechtsanwalt Christoph Chrobok und Diplom-Wirtschaftsjurist (FH) Tim Austmeyer.

(Quelle: www.indat.info)

29.12.2021 Hamburg/Rostock: vyble AG saniert sich in Eigenverwaltung

Das innovative Startup für cloudbasierte Payroll-Software vyble AG hat am 23.12.2021 beim Amtsgericht Rostock die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen in Eigenverwaltung beantragt. Dieser Schritt war erforderlich geworden, nachdem aufgrund einer tiefgreifenden Auseinandersetzung auf Gesellschafterebene zwischen dem Gründer Rico Wiese und dem Hauptaktionär Hevella Beteiligungen GmbH die bereits mündlich zugesagte weitere Finanzierung der Gesellschaft völlig überraschend unmittelbar vor der Umsetzung widerrufen wurde. Der Aufsichtsrat hat Herrn Wiese in diesem Zusammenhang von seinem Vorstandsamt abberufen.

Der Vorstand der vyble AG besteht nunmehr aus Dr. Alexander Tiedtke und Michael Reincke. Beide waren bereits vor ihrem Einstieg bei vyble in der strategischen und operativen Führung von Unternehmen tätig und werden die Leitung des Unternehmens im Sanierungsprozess weiter fortsetzen. Sie werden dabei durch die Sanierungsexperten Nils Krause und Michael Busching aus der Kanzlei ECOVIS begleitet. Das Amtsgericht Rostock ist am 28.12.2021 dem Antrag gefolgt und hat die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet. Als vorläufige Sachwalterin hat es die Rechtsanwältin *Ulrike Hoge-Peters* aus der Sozietät HGW eingesetzt.

Ziel der Eigenverwaltung ist es, das Unternehmen entweder durch eine Restrukturierung zu sanieren oder es an einen Investor zu veräußern. Dazu wird der Vorstand auch in Gespräche mit verschiedenen Unternehmen eintreten, die ihr Interesse an einer Beteiligung oder sogar am Erwerb der vyble AG bereits in den vergangenen Monaten ganz konkret geäußert haben. Die Zahlung der Löhne und Gehälter der derzeit 68 Arbeitnehmer ist für die Monate Dezember, Januar und Februar durch die Vorfinanzierung des Insolvenzausfallgeldes sichergestellt. Eine Investorenlösung wird zum 1.3.2022 angestrebt.

(Quelle: www.presseportal.de)

Vorschau: Das Januar-Heft der InsbürO

InsbürO
Zeitschrift für Insolvenzsachbearbeitung und Entschuldungsverfahren

Die aktuelle InsbürO 1/2022 (Zeitschrift für Insolvenzsachbearbeitung und Entschuldungsverfahren) behandelt u.a. diese Themen:

- **Jahresrückblick auf Ereignisse in der Insolvenzbranche in 2021**
  von Insolvenzsachbearbeiterin Michaela Heyn, Ahlen
- **Die wichtigsten Entscheidungen aus 2021 in Insolvenzverfahren natürlicher Personen**
  von Prof. Dr. Hugo Grote, Köln/Remagen
- **Die wichtigsten Entscheidungen des Jahres 2021 zu Unternehmensinsolvenzen und im Vergütungsrecht**
  von Insolvenzsachbearbeiterin Michaela Heyn, Ahlen
- **Grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung in der EU, im Europäischen Wirtschaftsraum, im Rechtsverkehr mit dem Vereinigten Königreich und Drittstaaten – Teil 1**
  von Rechtsanwalt Dr. Friedrich L. Cranshaw, Mannheim/Mutterstadt und Insolvenzsachbearbeiterin Michaela Heyn, Ahlen
- **Verjährung vom Verfrühungsschaden und von Differenzlohn- und Urlaubsabgeltungsansprüchen: Gleiche Fristen für unterschiedliche Anspruchsinhaber und Hinweispflicht des Insolvenzverwalters gegenüber Arbeitnehmern?**
  von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Oliver Arend, Münster und Oberregierungsrat Dr. Christian Tenbergen, LL.M.
- **Der Pflichtteil in der Insolvenz**
  von wissenschaftlichem Mitarbeiter Robert Weber, LL.M., Leipzig

Die InsbürO kann – mit Sonderkonditionen für Abonnenten der ZInsO – über die kostenlose Bestellhotline Tel.-Nr. 0800 / 8 88 54 44, unter der kostenlosen Fax-Nr. 0800 / 801-8018 sowie per E-Mail (info-wkd@wolterskluwer.com) beim Wolters Kluwer Shop bestellt werden.

Wolters Kluwer

Jetzt einfach

die Chancen der Digitalisierung nutzen:
Mit Wolters Kluwer Online können Juristen und Verwaltungsfachleute erfolgreich

digital arbeiten.

Der Experte
für Mietrecht.

beck-shop.de/15906868

Jauch/Dahl/Linnenbrink
Mietrecht in Krise und Insolvenz
3. Auflage. 2022. XXII, 258 Seiten. Kartoniert € 59,–
ISBN 978-3-406-68737-2 | **Neu im Dezember 2021**

Der praxisorientierte Leitfaden

stellt die **Rechts- und Praxisprobleme** dar, die sich bei Miet- und Pachtverhältnissen in der Krise und der Insolvenz ergeben. Dabei geht das Werk auf **Krise und Insolvenz** sowohl des Vermieters als auch des Mieters ein. Es werden u.a. die gesetzlichen Grundlagen des **Insolvenz-, Sanierungs- und Restrukturierungsrechts** sowie sämtliche praxisrelevante Fragen der Abwicklung von Miet- und Pachtverträgen im Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren erläutert.

Die Neuauflage

wurde vollständig überarbeitet, aktualisiert und inhaltlich auch auf die Phase der **Krise** ausgeweitet. Das Werk berücksichtigt außerdem **Gesetzesänderungen im Bereich des Insolvenz- und Mietrechts,** der aktuell ergangenen Entscheidungen und Publikationen im Schrifttum sowie der infolge der **COVID-19-Pandemie** aufgetretenen Besonderheiten.

Erhältlich im Buchhandel oder bei:
beck-shop.de | Verlag C.H.BECK oHG · 80791 München
kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 173928

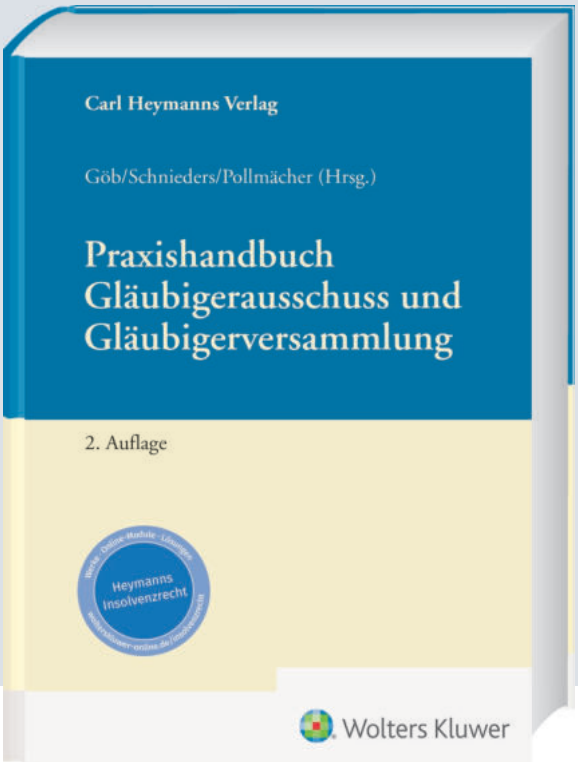
C.H.BECK

Wolters Kluwer

Die umfassende und fundierte Gesamtdarstellung

Mit der 2. Auflage 2022 auf dem neuesten Stand im Insolvenzrecht:

- Erweiterung um betriebswirtschaftliche Fragen bei der Gläubigerausschussarbeit
- Neues Kapitel zum Konzerngläubigerausschuss und Gläubigerausschuss im europäischen Kontext
- Ausblick zur Gläubigerbeteiligung nach Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie
- Eigenes Kapitel zur Gläubigerversammlung von Einberufung bis Beschlussanfechtung inkl. virtuelle Gläubigerversammlung



ISBN 978-3-452-29691-7, € 99,–

Göb/Schnieders/Pollmächer, *Praxishandbuch Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung* – im Modul Heymanns Insolvenzrecht Premium auf Wolters Kluwer Online. Modul jetzt inkl. LawTracker® 30 Tage gratis testen.

Profitieren Sie im Abonnement von hochwertigen, aktuellen Inhalten aus dem Insolvenz-, Sanierungs- und Restrukturierungsrecht sowie angrenzenden Rechtsgebieten. Außerdem von mindestens 12 Online-Seminaren zu fachlichen Themen, weiteren digitalen Tools & Rechnern zum effizienteren Arbeiten wie dem InsVV-Vergütungsrechner und einem interaktiven Formularassistenten sowie Experten-Kurz-Interviews - inkl. der Wolters Kluwer Recherche mit Zugriff auf die kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

NEU LawTracker®: Der direkte Weg vom PDF in die Recherche.

wolterskluwer-online.de

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Auch im Buchhandel erhältlich

Wolters Kluwer

Der direkte Weg vom PDF in die Recherche

LawTracker®: Smart recherchieren in Wolters Kluwer Online

Endlich Schluss mit Copy & Paste. Mit LawTracker beginnt die Recherche direkt im PDF. Greifen Sie ganz einfach per Klick auf Gesetze, Rechtsprechung und Literatur in Wolters Kluwer Online zu. Für noch mehr Effizienz in Ihrer täglichen Arbeit.

Jetzt bis 31.03.2022 kostenlos testen.
wolterskluwer.com/lawtracker

wolterskluwer-online.de

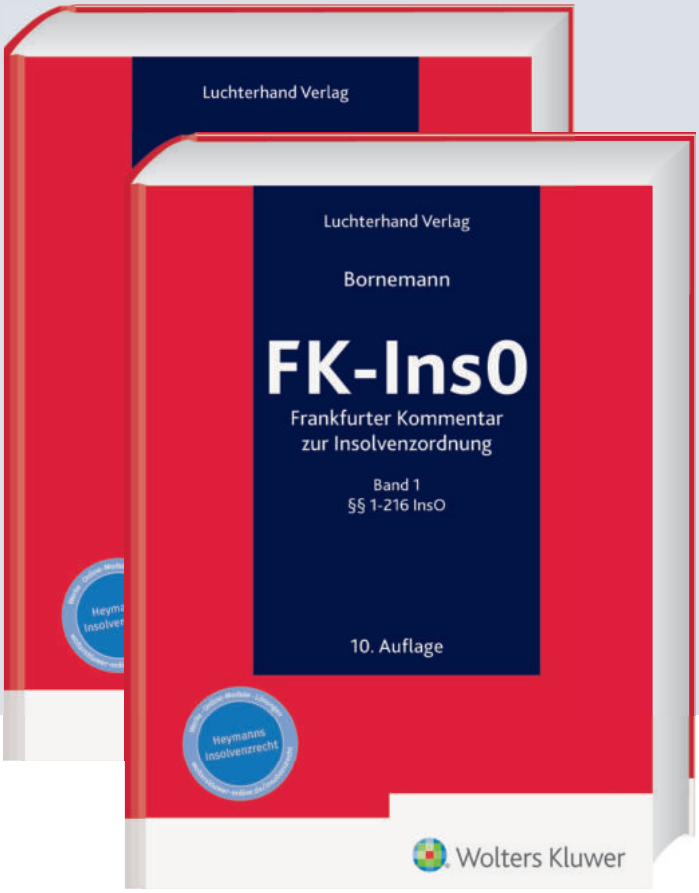
ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Wolters Kluwer

Lässt keine Fragen offen

Mit der 10. Auflage 2022 auf dem neuesten Stand im Insolvenzrecht:

- Alle Änderungen der InsVV, der Insolvenzordnung etc. durch das SanInsFoG und das Gesetz zur weiteren Verkürzung der Restschuldbefreiung.
- Neufassung des Abschnitts Insolvenzanfechtung mit neuen Autoren.
- Aktualisierung und Praxiserfahrungen mit der neuen EuInsVO.
- Neuer Herausgeber Ministerialrat *Alexander Bornemann*.



ISBN 978-3-472-09623-8, 2 Bände, € 299,–

Bornemann, *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung* – im Modul Heymanns Insolvenzrecht Premium auf Wolters Kluwer Online. Modul jetzt inkl. LawTracker® 30 Tage gratis testen.

Profitieren Sie im Abonnement von hochwertigen, aktuellen Inhalten aus dem Insolvenz-, Sanierungs- und Restrukturierungsrecht sowie angrenzenden Rechtsgebieten. Außerdem von mindestens 12 Online-Seminaren zu fachlichen Themen, weiteren digitalen Tools & Rechnern zum effizienteren Arbeiten wie dem InsVV-Vergütungsrechner und einem interaktiven Formularassistenten sowie Experten-Kurz-Interviews - inkl. der Wolters Kluwer Recherche mit Zugriff auf die kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

NEU LawTracker®: Der direkte Weg vom PDF in die Recherche.

wolterskluwer-online.de

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Auch im Buchhandel erhältlich