

Strafrecht in Krise und Insolvenz

Pelz / Grotebrune

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77991-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ner konkreten Gefahr geführt hat. So fehlt es an einem Zusammenhang beispielsweise dann, wenn ein verbotenes Spekulationsgeschäft überraschend Gewinn erwirtschaftet hat.³⁴

dd) Überwindung der Krise

- 350** Ein Zusammenhang zwischen Tathandlung und Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung besteht auch dann nicht, wenn der endgültige wirtschaftliche Zusammenbruch nicht in Verbindung mit einer Tathandlung steht³⁵ oder es dem Schuldner gelingt, nach der Tathandlung die Krise zu überwinden.³⁶ Dies ist jedenfalls unstrittig in den Fallgestaltungen, in denen dem Schuldner eine nachhaltige, dauerhafte Sanierung des Unternehmens gelungen ist.
- 351** Andererseits soll eine nur vorübergehende Gewinnerzielung oder ein nur kurzfristiges Entfallen der Zahlungsunfähigkeit nicht stets als Überwindung der Krise angesehen werden können.³⁷ Auch die Bereitstellung von Krediten oder Bürgschaften zur vorübergehenden Fortführung eines Unternehmens soll im Regelfall noch nicht zu einer endgültigen Überwindung einer Krise führen.³⁸ Unstrittig hingegen besteht ein Zusammenhang jedenfalls dann, wenn die zum Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung vorhandenen Verbindlichkeiten nur dadurch beglichen werden konnten, dass hierfür weitere Kreditaufnahmen stattgefunden haben, die nicht bedient werden können,³⁹ denn in diesem Fall kommt es nur zu einer Verlagerung des Schadens auf andere Gläubiger, ohne dass sich für die Gläubigersamtheit etwas ändert.
- 352** Nach anderer Auffassung ist ein Zusammenhang schon dann zu verneinen, wenn die Überschuldung, bzw. die eingetretene oder drohende Zahlungsunfähigkeit beseitigt worden ist, ohne dass es auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit ankommt.⁴⁰ Hierfür spricht, dass die Krisenmerkmale der Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit und drohenden Zahlungsunfähigkeit zeitraumbezogen festzustellen sind und eine auch nur vorübergehende Beseitigung der Krisensituation auf die fehlende Gefährlichkeit der Tathandlung hindeutet. Jedenfalls wird für die drohende Zahlungsunfähigkeit ein Zusammenhang zu verneinen sein, wenn diese Krisensituation überwunden wurde, mag auch später erneut eine Krisensituation eintreten.⁴¹

³⁴ NK-StGB/Kindhäuser Vor §§ 283 ff. Rn. 109; SK-StGB/Hoyer Vor §§ 83 ff. Rn. 19

³⁵ NK-StGB/Kindhäuser Vor § 283 Rn. 113.

³⁶ BGHSt 28, 231 (233); BGH JZ 1979, 75 (77); NStZ 2008, 401 (402); Schönke/Schröder/Heine/Schuster StGB § 283 Rn. 59; NK-StGB/Kindhäuser Vor § 283 Rn. 19.

³⁷ BGH MDR 1981, 454.

³⁸ Richter GmbH 1984, 137 (142); aA Penzlin, Strafrechtliche Auswirkung der Insolvenzordnung, 185, der insoweit eine Überwindung der Zahlungsunfähigkeit annimmt.

³⁹ BGH MDR 1981, 454; Bieneck wistra 1992, 89 (91); NK-StGB/Kindhäuser Vor § 283 Rn. 114; LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 224; SK-StGB/Hoyer Vor § 283 Rn. 20.

⁴⁰ NK-StGB/Kindhäuser Vor § 283 ff. Rn. 109; Achenbach/Ransiek/Rönnau WirtschaftStrafR-HdB/Himmelreich 7. Teil 1. Kap. Rn. 99; Mommsen/Grützner WirtschaftsStrafR-HdB/Rotsch/Wagner Kap. 8 Rn. 259

⁴¹ Schönke/Schröder/Heine/Schuster StGB § 283 Rn. 59.

Wer annimmt, dass die Zahlungseinstellung gleichzeitig die Zahlungsunfähigkeit voraussetzt (→ Rn. 29), kann einen Zusammenhang zwischen der Vor- 353
nahme einer Tathandlung und der objektiven Strafbarkeitsbedingung der Zahlungseinstellung auch nur im Fall der Zahlungsunfähigkeit, nicht aber bei Zahlungsunwilligkeit sehen.

4. Bankrotthandlungen nach Eintritt der objektiven 354 Strafbarkeitsbedingungen

Nach hM können Bankrotthandlungen auch nach Eintritt der objektiven 354
Strafbarkeitsbedingungen begangen werden. Demgegenüber wird teilweise davon ausgegangen, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Ablehnung der Eröffnung mangels Masse eine Bankrottstrafbarkeit entfalle, da der Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO verloren habe. Nach dieser Auffassung soll der Täter nur noch nach §§ 289, 136 Abs. 1 StGB betrafft werden können.⁴² Demgegenüber geht die hM davon aus, dass grundsätzlich auch nach Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung eine Bankrottstrafbarkeit möglich ist.⁴³

Kapitalgesellschaften werden mit Insolvenzeröffnung oder Ablehnung der In- 355
solvenzeröffnung mangels Masse nach § 394 FamFG aufgelöst. Beendet ist die Kapitalgesellschaft erst dann, wenn ihre Löschung im Handelsregister eingetragen ist. Ab der Löschung sind vermögensbezogene Bankrotthandlungen nicht mehr möglich. Auch die Tathandlung des Beiseiteschaffens von Handelsbüchern nach § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB kann noch nach Beendigung der Gesellschaft begangen werden.⁴⁴

C. Tathandlungen

Die Bankrottdelikte enthalten ein differenziertes Regelungssystem verschie- 356
dener vermögens- und informationsbezogener Rechtsverletzungen in Bezug auf den Schuldner.

⁴² Bittmann/Brand InsStrafR-HdB § 12 Rn. 9.

⁴³ Müller-Guggenberger WirtschaftsStrafR-HdB/Richter Rn. 81.87; BGH GA 1954, 311; BGH NJW 2016, 1525.

⁴⁴ Müller-Guggenberger WirtschaftsStrafR-HdB/Richter Rn. 81.91.

Schaubild 12: Deliktsaufbau Bankrottdelikte



Die Tatbestände der § 283 Abs. 1 Nr. 1–8 StGB sind zT nur sehr schwer ge- 357
geneinander abzugrenzen, weil sich die Tatmodalitäten und Tatbestandsvoraus-
setzungen oftmals überschneiden bzw. ineinander übergehen. Hinzu kommt,
dass manche Tatbestände mehrere Alternativen besitzen. Aus diesem Grund
muss auf die Feststellung des jeweils einschlägigen Tatbestandes besondere Sorg-
falt gelegt werden, da auch vom Richter verlangt wird, die jeweils einschlägige
Tatbestandsalternative genau zu bestimmen.⁴⁵

I. Täterkreis

Bei den Bankrotttsaten handelt es sich um Sonderdelikte (→ Rn. 170). Täter 358
kann lediglich der Schuldner oder die für ihn nach § 14 StGB handelnden Per-
sonen sein. Auch faktische Geschäftsleiter kommen als Täter in Betracht.

II. Beiseiteschaffen und Verheimlichen § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die klassische Bankrottstraftat ist die Vermögensverschiebung nach § 283 359
Abs. 1 Nr. 1 StGB. Sie umfasst alle Vermögensverfügungen in der Krise, die
zu einer Verringerung der Insolvenzmasse führen. Dabei ist weder eine Zueig-
nungs- oder Bereicherungsabsicht erforderlich noch muss der Täter eigennüt-
zig handeln.⁴⁶

1. Geschützte Vermögensbestandteile

Die Tathandlung des Abs. 1 Nr. 1 bezieht sich auf alles, was nach den §§ 35, 360
36 InsO zur Insolvenzmasse gehört.⁴⁷ Dies sind die zum Zeitpunkt der Insolven-
zeröffnung vorhandenen und die später aus der bzw. durch die Insolvenzmasse
hinzuerworbenen Vermögensgegenstände.⁴⁸ Der Begriff der Insolvenzmasse ist
zwar ähnlich, aber nicht deckungsgleich mit dem des der Zwangsvollstreckung
unterliegenden Vermögens.

Gegenstände, die der Insolvenzverwalter aus der Masse freigibt, gehören ab 361
diesem Zeitpunkt nicht mehr zur Insolvenzmasse,⁴⁹ ebenso wenig das, was der
Schuldner während des Insolvenzverfahrens aus freiem oder freigegebenem Ver-
mögen erwirbt.⁵⁰

Zur Insolvenzmasse gehören alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, 362
Anwartschaften, Rechte und Forderungen des Schuldners, die einen Vermö-

⁴⁵ BGH NStZ 2000, 206 (207).

⁴⁶ Reck Insolvenzstraftaten Rn. 379.

⁴⁷ BGH NStZ 1995, 96; Weyand Insolvenzdelikte Rn. 60.

⁴⁸ Fischer StGB § 283 Rn. 3.

⁴⁹ RGSt 94, 55 (56); NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 8.

⁵⁰ MüKoInsO/Peters § 35 Rn. 117.

genswert besitzen. Dies umfasst u. a. die Geschäftseinrichtung,⁵¹ Gesellschaftsanteile und Ansprüche auf Auseinandersetzungsguthaben, Patente bereits ab Anmeldung, technisches und kaufmännisches Know-how oder eine Kundenkartei⁵² oder die den Familiennamen enthaltene Firma einer Einzelfirma, einer Handelsgesellschaft oder einer juristischen Person.⁵³

363 Hierzu zählen auch Gegenstände, die mit Rechten Dritter, insbesondere Pfandrechten belastet sind.⁵⁴ Wertlose Gegenstände gehören hingegen ebenso wenig zum geschützten Vermögen⁵⁵ wie solche, denen nur ein Affektionsinteresse zukommt.⁵⁶ Andererseits gibt es keine Bagatellgrenze, so dass selbst Gegenstände von nur geringem Wert zur Insolvenzmasse gehören.⁵⁷ Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO sind die Geschäftsbücher des Schuldners Teil der Insolvenzmasse.

364 Maßgebend abzustellen ist dabei auf das Eigentum an Gegenständen bzw. die Inhaberschaft an Rechten. Daher gehören auch vom Schuldner unter Eigentumsvorbehalt gelieferte, von ihm verpfändete⁵⁸ oder an Dritte sicherungsübereignete Sachen zur Insolvenzmasse.⁵⁹ Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Wert dieser Gegenstände über dem Wert der gesicherten Forderung liegt⁶⁰ oder nicht. Zur Insolvenzmasse gehören Gegenstände auch dann, wenn sie unrechtmäßig, zB durch Betrug erworben worden sind,⁶¹ nicht aber dann, wenn das Eigentum Dritter noch fortbesteht wie beim Diebstahl oder der Unterschlagung.⁶²

365 Gegenstände, die der Schuldner erworben hat, die aber noch unter Eigentumsvorbehalt des Lieferanten stehen oder an denen ein Gläubiger sonst nach § 47 InsO ein Aussonderungsrecht hat, fallen hingegen nicht in die Insolvenzmasse,⁶³ wohl aber das Anwartschaftsrecht⁶⁴ des Schuldners an derartigen Sachen, sofern es einen messbaren wirtschaftlichen Wert hat. Dies wiederum hängt vom Verhältnis des Werts der Sache zum offenen Kaufpreis ab.⁶⁵

366 Treuhandvermögen gehört bei der Insolvenz des Treugebers immer zur Masse, bei der Insolvenz des Treuhänders dann, wenn es sich um eine eigennützige Treuhand handelt, nicht hingegen bei der fremdnützigen Treuhand.⁶⁶

⁵¹ BGH GA 1953, 73, 74.

⁵² LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 19.

⁵³ MüKoInsO/Peters § 35 Rn. 563 ff.

⁵⁴ RG DRiZ 1934, Nr. 315, S. 314.

⁵⁵ Fischer StGB § 283 Rn. 3, BGHSt 3, 32 (36); 5, 119 (120 f.).

⁵⁶ LK-StGB/Tiedemann § 283 StGB Rn. 17; aA NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 8.

⁵⁷ LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 17, Fischer StGB § 283 Rn. 3.

⁵⁸ BGH BB 1955, 110.

⁵⁹ BGHSt 3, 32 (36); 5, 119 (121); BGH wistra 1988, 193.

⁶⁰ BGHSt 5, 119 (121); GA 1960, 375 (376); LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 21.

⁶¹ BGH GA 1955, 149 (150).

⁶² NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 9.

⁶³ BGH GA 1955, 149 (150).

⁶⁴ BGH BB 1957, 274.

⁶⁵ LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 21; Fischer StGB § 283 Rn. 3.

⁶⁶ Paulus DStR 2003, 598 (601).

Nicht zur Insolvenzmasse gehören nach § 36 Abs. 1 InsO Sachen und Rechte, 367 die nach §§ 811, 850 ff. ZPO unpfändbar sind. Darunter fällt auch die Arbeitskraft des Gemeinschuldners.

Checkliste

- War Schuldner Eigentümer des Vermögensgegenstands oder Inhaber des Rechts?
- War Eigentum bzw. Inhaberschaft des Rechts schon vor Krisensituation auf Dritten übertragen worden?
- Wurde Vermögensgegenstand nach Eintritt der Krisensituation durch Schuldner oder aus dessen Vermögen erworben?
- Wurde Vermögensgegenstand durch Insolvenzverwalter aus der Masse freigegeben oder wurde er aus freigegebenem Vermögen erworben?

2. Beiseiteschaffen § 283 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB

a) Tathandlung

Die am häufigsten verübte Bankrotthandlung besteht im Beiseiteschaffen von 368 Vermögensbestandteilen, die zur Insolvenzmasse gehören. Ein Beiseiteschaffen liegt dann vor, wenn Vermögensgegenstände dem Zugriff der Gläubiger in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht entzogen werden⁶⁷ oder der Zugriff der Gläubiger oder des Insolvenzverwalters wesentlich erschwert wird.⁶⁸ Eine Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, ist hingegen nicht erforderlich.⁶⁹ Handlungen, die den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechen, sind ebenfalls nicht tatbestandsmäßig.⁷⁰

Schwierig ist die Abgrenzung zwischen dem Beiseiteschaffen nach Nr. 1 und 369 der unwirtschaftlichen Ausgabe nach Nr. 2. Die Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich. Maßgeblich ist der mit der Verfügung verfolgte Zweck. Geht es darum, Vermögensgegenstände dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, handelt es sich um ein Beiseiteschaffen; erfolgt die Verfügung im Rahmen der Geschäftstätigkeit zu betrieblichen Zwecken, beispielsweise der Bezahlung von Löhnen, Lieferanten, Steuern, etc., handelt es sich um eine unwirtschaftliche Ausgabe.⁷¹

Aufgrund teleologischer Einschränkung ist ein Beiseiteschaffen dann nicht 370 anzunehmen, wenn trotz der Vermögensverschiebung eine Schmälerung der Insolvenzmasse nicht eintritt.⁷² Dies kann bei der Überlassung sicherungsübereig-

⁶⁷ RGSt 64, 138 (140).

⁶⁸ RGSt 66, 130 (131).

⁶⁹ SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 31; Schönke/Schröder/Heine/Schuster StGB § 283 Rn. 4; aA LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 26.

⁷⁰ Fischer StGB § 283 Rn. 4a; NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 15; BGHSt 34, 309 (310).

⁷¹ NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 17.

⁷² LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 30; Reck Insolvenzstraftaten Rn. 382.

neten Gegenstände an den Gläubiger der Fall sein, wenn der Wert der übertragenen Gegenstände hinter dem Wert der gesicherten Forderung zurückbleibt⁷³ oder bei Vermögensübertragungen an Treuhänder oder Dritte, die gerade dem Ziel der (gleichmäßigen) Gläubigerbefriedigung in der Insolvenz dienen.⁷⁴ Auch die Begleichung fälliger Verbindlichkeiten stellt kein Beiseiteschaffen dar.⁷⁵

b) Einzelfälle

- 371** Ein Entziehen in tatsächlicher Hinsicht liegt vor, wenn Betriebsvermögen oder Vorräte an einen anderen Ort verbracht werden.⁷⁶ Auch ohne körperliche Verlagerung von Gegenständen liegt ein Beiseiteschaffen schon darin, dass der Zugriff der Gläubiger unmöglich gemacht wird. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass Geld aus der Kasse entnommen,⁷⁷ von Girokonten abgehoben⁷⁸ oder von Geschäfts- auf Privatkonten weitergeleitet⁷⁹ wird. Auch die Einziehung von Forderungen über Konten, die auf fremde Namen lauten,⁸⁰ häufig auf solche eingeweihter Dritter oder nahestehender Personen,⁸¹ auf Nummernkonten ausländischer Banken⁸² oder die Überweisung von bzw. auf Konten juristisch selbstständiger Gesellschaften,⁸³ zählt hierzu. Ein Beiseiteschaffen liegt aber dann nicht vor, wenn Vermögenstransfers offen durchgeführt werden und sie sich aus Bank- oder Buchhaltungsunterlagen für den Insolvenzverwalter ersehen lassen.⁸⁴ Eine Ausnahme hiervon ist nur dann möglich, wenn trotz der Erkennbarkeit der Zugriff des Insolvenzverwalters auf die zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerte tatsächlich oder rechtlich wesentlich erschwert ist. Bei der Verlagerung von Vermögenswerten nach Liechtenstein ist dies grds. nicht der Fall.⁸⁵ Ein Beiseiteschaffen liegt auch dann vor, wenn von Geschäftskonten private Schulden bezahlt werden,⁸⁶ sofern die Grenzen der zulässigen Entnahme überschritten werden.
- 372** Ebenso kann die Übertragung von Rechten aller Art ein Beiseiteschaffen darstellen. Dies gilt für die Einräumung eines wirtschaftlich wertvollen Ankaufsrechts⁸⁷ ebenso wie für die Übertragung von wertvollen (und häufig unbelasteten oder wenig belasteten) Grundstücken auf nahe Angehörige oder neu gegründete Gesellschaften.⁸⁸ Ein Beiseiteschaffen kann auch in der nicht berechtigten

⁷³ BGHSt 3, 32 (36).

⁷⁴ OLG München ZIP 2000, 1841.

⁷⁵ Heinrich NZWiSt 2020, 346 (357).

⁷⁶ BGH NStZ 1991, 432.

⁷⁷ BGH MDR 1979, 456.

⁷⁸ BGHSt 6, 314 (315); 30, 127 (129); NStZ 1984, 118 (119).

⁷⁹ Fischer StGB § 283 Rn. 4.

⁸⁰ BGH wistra 1987, 254.

⁸¹ BGH wistra 1983, 71; 1986, 262.

⁸² BGH JZ 1979, 75 (76).

⁸³ OLG Frankfurt NStZ 1997, 551.

⁸⁴ BGH NJW 2010, 2896 (2898).

⁸⁵ BGH NJW 2010, 2896 (2899).

⁸⁶ BGH wistra 1986, 262.

⁸⁷ BGH NStZ 1995, 86.

⁸⁸ BGH JZ 1979, 75; BGH NZWiSt 2017, 190 (195).

Einräumung von Sicherheiten, beispielsweise durch Sicherungsübereignung,⁸⁹ liegen, sofern tatsächlich kein zu sichernder Anspruch besteht⁹⁰ oder der Einräumung von Grundschulden mit höherem Wert als der zu sichernden Forderung.⁹¹ Ein Beiseiteschaffen in Konzernverhältnissen kann auch darin bestehen, dass eine Konzerngesellschaft dem Gläubiger einer anderen Konzerngesellschaft Sicherheiten stellt, ohne dass hierfür ein eigenes wirtschaftliches Interesse besteht, sofern der Freistellungsanspruch bzw. der Rückzahlungsanspruch gegen die konzernverbundene Gesellschaft wegen deren finanzieller Schwierigkeiten gefährdet oder gar wirtschaftlich wertlos ist.

Für die Tatbestandserfüllung kommt es auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nicht an. So können auch Scheingeschäfte⁹² ein Beiseiteschaffen darstellen, ebenso wegen §§ 134, 138 BGB nichtige Vereinbarungen. Ein Beiseiteschaffen liegt auch in der Übernahme von Verpflichtungen, ohne entsprechende Rechte zu erwerben, wie zB die Veräußerung von Waren ohne Erhalt eines entsprechenden Gegenwerts⁹³ oder mit der Absicht, den Gegenwert den Gläubigern alsbald wieder zu entziehen.⁹⁴ Ein Beiseiteschaffen kann auch in der Veräußerung von Vermögenswerten liegen, wenn nicht ein angemessener Kaufpreis zurückfließt, sondern die Kaufpreisforderung durch Aufrechnung mit einer neu geschaffenen unrealistisch hohen Gegenforderung⁹⁵ erfolgt.

Beispiel: A befindet sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Das letzte ihm verbliebene Vermögenstück ist sein schwarzer BMW Z4, der noch mit EUR 25.000 in den Büchern steht, aber einen Wert nach Schwacke-Liste von EUR 40.000 hat. Schweren Herzens verkauft er den Pkw an seinen Schwiegersohn S, einen Diplom-Kaufmann, für nominell EUR 30.000. Gleichzeitig bittet er S jedoch, ihm ein „Sanierungskonzept“ zu erstellen. Als Vergütung vereinbaren sie EUR 35.000. Das Honorar wird vereinbarungsgemäß mit dem Kaufpreis verrechnet.

Hier liegt ein Beiseiteschaffen vor. Die Erstellung eines Sanierungskonzeptes diene lediglich dazu, eine Gegenforderung zu generieren, um den letzten verbliebenen Vermögensbestandteil an eine nahestehende Person verschieben zu können.

Beispiel: Die B-Bau AG befindet sich schon seit längerem in Verhandlungen mit der wirtschaftlich angeschlagenen C-Bau GmbH, um einen Betriebsteil in D-Stadt zu erwerben. Als die C-Bau GmbH einen Bauauftrag nicht fertig stellen kann, bietet sie der B-Bau AG einen Subunternehmerauftrag an. Der Kaufpreis für den Betriebsteil wird mit dem Subunternehmerwerklohn verrechnet.

Hier handelt es sich um zwei jeweils übliche Kauf- bzw. Werkvertragsabschlüsse, bei der Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind. Die Abkürzung des Zahlungsweges führt nicht zu einer Strafbarkeit.

⁸⁹ BGH MDR 1979, 457.

⁹⁰ Anderenfalls kommt eine Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung § 283c StGB in Betracht.

⁹¹ BGH NZWiSt 2017, 190 (195).

⁹² RG JW 1936, 3006; Fischer StGB § 283 Rn. 4; SK-StGB/Hoyer § 283 Rn. 30.

⁹³ RGSt 66, 130 (131); BGH GA 1953, 73 (74); Schönke/Schröder/Heine/Schuster StGB § 283 Rn. 4.

⁹⁴ BGH NJW 1953, 1152 (1153).

⁹⁵ BGH JZ 1979, 75 (76).

- 374** An der Strafbarkeit eines Beiseiteschaffens ändert es nichts, wenn ein beiseite gebrachter Vermögensgegenstand durch den Täter oder ohne dessen Mithilfe später wieder zur Insolvenzmasse zurückgelangt.
- 375** Kein Beiseiteschaffen liegt hingegen vor, wenn Vermögenswerte im Rahmen eines gesetzlich vorgegebenen Verfahrens übertragen werden, so bei der Übertragung von Vermögenswerten im Verbraucherinsolvenzverfahren an einen Treuhänder zur Befriedigung der Gläubiger.⁹⁶
- 376** Ein Beiseiteschaffen kann im Regelfall nur durch aktives Tun, nicht aber durch Unterlassen begangen werden,⁹⁷ da der Schuldner gegenüber den Gläubigern keine Garantenstellung hat. Lediglich im Bereich der Ingerenz ist eine Garantenstellung denkbar, wobei hierfür ein pflichtwidriges Vorverhalten erforderlich ist, durch welches erst die Gefahr eines Beiseiteschaffens durch einen Dritten hervorgerufen wurde.

c) Sonderfall: Gesellschafterdarlehen

- 377** Durch das MoMiG wurde das Eigenkapitalersatzrecht grundlegend reformiert. § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG bestimmt, dass das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht für die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich entsprechender Leistungen gilt. Zudem bestimmt § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, dass Gesellschafterdarlehen bei Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und bei denen der Gesellschafter mit mehr als 10% am Haftkapital beteiligt ist, nachrangig sind. Welche Folgen daraus zu ziehen sind, ist umstritten. Nach einer Auffassung macht sich derjenige, der Gesellschafterforderungen inkongruent zurückführt, nur nach § 283c StGB strafbar, da der Gesellschafter immer Gläubiger sei.⁹⁸ Nach aA soll aufgrund des Nachrangs von Gesellschafterdarlehen immer ein Bankrott nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorliegen, da in diesem Falle nicht nur die Verteilungsgerechtigkeit unter den Gläubigern beeinträchtigt sei, sondern der Gesellschafter sich aus der Masse einen Sondervorteil verschafft.⁹⁹ Unklar bleibt aber, ob der BGH dies nur dann annimmt, wenn der Täter Zahlung an sich selbst vornimmt oder ob dies auch dann gilt, wenn der Täter Zahlungen zugunsten eines anderen Gesellschafters leistet. Nach wiederum a.A. ist danach zu differenzieren, ob ein Gesellschafterdarlehen mit oder ohne qualifiziertem Rangrücktritt vorliegt. Nur im ersteren Fall handele es sich wegen der Nähe des qualifizierten Rangrücktritts zur Gesellschaftereinlage dann um Bankrott, während im Übrigen wegen Gläubigerbegünstigung zu bestrafen sei.¹⁰⁰

⁹⁶ OLG München ZIP 2000, 1841.

⁹⁷ LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 37; NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 14; SK-StGB/Hoyer § 283 Rn. 35.

⁹⁸ OLG Celle WM 2015, 188 (192f.).

⁹⁹ BGH NZI 2017, 542 (544); Maurer/Wolf wistra 2011, 327 (334); Müller-Gugenberger WirtschaftsStrafR-HdB/Richter Rn. 83.18.

¹⁰⁰ Brand NZI 2017, 518 (520).

d) Einschränkung: ordnungsgemäßes Wirtschaften

Nach überwiegend vertretener Auffassung fallen auch solche Vermögensverfügungen nicht unter den Tatbestand des Beiseiteschaffens, die den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechen. Obgleich sich die Einschränkung „in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise“ dem Wortlaut der Nr. 1 nach nur auf die Alternativen der Zerstörung, Beschädigung oder Unbrauchbarmachung beziehen, gilt sie sinngemäß auch für die anderen Begehungsformen.¹⁰¹ Die Gegenauffassung kommt zu ähnlichen Ergebnissen, denn sie nimmt äquivalente Austauschverhältnisse, die Erfüllung fälliger Forderungen und Entnahmen in zulässigem Umfang vom Tatbestand der Nr. 1 im Wege einer teleologischen Reduktion aus. Die rückwirkende Vereinbarung erfolgsunabhängiger Vergütungen bei einer angespannten Liquiditätslage wird regelmäßig den Grundsätzen ordnungsgemäßen Wirtschaftens widersprechen.¹⁰² 378

aa) Begriff

Unter den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft ist jede wirtschaftlich vernünftige Zielsetzung zu verstehen, sofern nicht die Befriedigungsinteressen der Gläubiger wirtschaftswidrig anderen Interessen hintangesetzt werden.¹⁰³ Was zu den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft gehört, lässt sich nicht allgemein sagen. Dies hängt von der inneren und äußeren Situation des betreffenden Unternehmens ab, der Nähe zur Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, dem Unternehmensgegenstand und der Branchenüblichkeit.¹⁰⁴ Unternehmerische Risiken sind umso eher noch gerechtfertigt, je geordneter die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens ist. Je nach konkreter Situation des zu beurteilenden Geschäftsvorfalles kann sich nur aufgrund einer Chancen-Risiko-Abwägung ergeben, ob die allgemeinen und ungeschriebenen Grundsätze noch eingehalten sind (zur Anwendbarkeit im Verbraucherinsolvenzverfahren → R.n. 722). 379

bb) Einzelfälle*(1) Austauschgeschäfte*

Fließt bei Austauschgeschäften dem Schuldner für die Hingabe eines Vermögensgegenstandes ein wirtschaftlich gleichwertiger Gegenwert zu, entspricht dies den Erfordernissen eines ordentlichen Geschäftsganges. Dies gilt immer dann, wenn der Gegenwert dem Verkehrswert entspricht.¹⁰⁵ In diesem Fall verändert sich nämlich lediglich die Zusammensetzung des Vermögens, nicht jedoch die Vermögensmasse an sich. Daher steht auch die Einziehung einer 380

¹⁰¹ BGHSt 34, 309, 310; NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 15; aA LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 28; Fischer StGB § 283 Rn. 4b.

¹⁰² BGH NStZ 2009, 437 (438).

¹⁰³ NK-StGB/Kindhäuser § 283 Rn. 16.

¹⁰⁴ Reck Insolvenzstrafataten Rn. 410; Müller-Gugenberger WirtschaftStrafR-HdB/Richter Rn. 83.60; LK-StGB/Tiedemann Vor § 283 Rn. 112ff.

¹⁰⁵ LK-StGB/Tiedemann § 283 Rn. 30; Reck Insolvenzstrafataten Rn. 383.