

Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und seine Folgen für die Verteidigung in Insolvenzstrafverfahren

Christof Püschel

I. Einleitung

»1984«¹ ist die Arbeitsgemeinschaft Strafrecht gegründet worden. Die Begrenzung staatlicher Macht war damals ein Thema, das allen auf den Nägeln brannte. Kurz zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht – gerade noch rechtzeitig vor »1984« – das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung kreiert.² Die Folgejahre waren von dem gesetzgeberischen Bemühen geprägt, den Bürger gegen die unbegrenzte Erhebung und Verwendung seiner persönlichen Daten zu schützen und hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen für den Eingriff in das »neue« Grundrecht zu schaffen. Seit dieser Zeit gibt es – in Reaktion auf das Volkszählungsurteil – das Strafverfahren betreffende gesetzliche Regelungen über die »Verwendung« gewonnener Daten.³ Die Dogmatik dieser modernen Verwendungsverbote »ist bis heute ihren Kinderschuhen nicht entwachsen«.⁴

Dieser Befund gilt uneingeschränkt für das spezielle Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO. Umfang und Reichweite dieser Kodifizierung des Insolvenzgeheimnisses sind im Einzelnen noch ungeklärt und sehr umstritten.⁵ Die Vorschrift bereitet der Praxis daher auch 10 Jahre nach Inkrafttreten erhebliche Schwierigkeiten.⁶ Auf Seiten der Ermittlungsbehörden und Gerichte herrscht regelmäßig große Unsicherheit, sobald das Verwendungsverbot thematisiert wird.⁷ Ob Verteidiger gelernt haben, mit § 97 Abs. 1 S. 3 InsO umzugehen, steht dahin.⁸

- 1 So der Titel der 1948 geschriebenen Zukunftsvision von *George Orwell* über einen totalen Überwachungs- und Präventionsstaat (»Big Brother is watching you!«).
- 2 BVerfGE 65, 1 (»Volkszählungsurteil«) v. 15.12.1983.
- 3 Diese Vorschriften gelten als »Kinder des Datenschutzes«, s. *Dencker*, FS f. Meyer-Goßner, 2001, S. 242; vgl. a. *Jahn*, Gutachten zum 67. Dt. Juristentag 2008, C 96, und schon *Danckert*, ZRP 2000, 476, 478.
- 4 *Jahn*, a.a.O., C 32; s. dagegen die pointierte Kritik von *Rogall*, JZ 2008, 818, 820 (insbes. Fn. 44).
- 5 S. z.B. *Meyer-Goßner*, StPO, 51. Aufl. 2008, Einl. Rn 57d; *Schilken*, in *Jäger*, InsO, 2007, § 97 Rn 23.
- 6 Vgl. z.B. *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 97 Rn 8.
- 7 *Uhlenbruck*, NZI 2002, 401, 404.
- 8 S. aber *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, 7. Aufl. 2006, Rn 143: »In der Praxis der Strafverteidigung findet die Vorschrift des § 97 InsO bislang erstaunlicherweise kaum Beachtung«.

Zur Erinnerung: § 97 Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet den Schuldner, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und ggf. der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse Auskunft zu geben. Bei juristischen Personen tritt die Auskunftspflicht nach § 101 Abs. 1 InsO die organschaftlichen Vertreter.⁹ Nach § 97 Abs. 1 S. 2 InsO hat der Schuldner (bzw. sein Vertreter) auch solche Tatsachen zu offenbaren, die ihn in die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit bringen könnten. Darüber hinaus trifft ihn gem. § 97 Abs. 2 InsO eine allgemeine Mitwirkungspflicht. Nach § 98 InsO kann das Gericht diese Schuldnerpflichten zwangsweise durchsetzen und den Schuldner zu diesem Zweck gem. § 98 Abs. 2 InsO sogar vorführen und ggf. in Haft nehmen. Indes: Eine in Ansehung dieser erzwingbaren Verpflichtung gegebene Auskunft des Schuldner darf nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO in einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen ihn oder seine Angehörigen nur mit seiner Zustimmung verwendet werden.

Es liegt auf der Hand, dass die strikte Anwendung dieser Bestimmung in der Praxis zu erheblichen Verfolgungslücken führte.¹⁰ Vor diesem Hintergrund erklären sich die Bemühungen des von Staatsanwälten dominierten insolvenzstrafrechtlichen Schrifttums, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO in ein Prokrustesbett der Auslegung zu stecken und so weit zu kürzen, dass eine Strafverfolgung praktikabel bleibt:

- So seien die Staatsanwaltschaften durch das Verwertungsverbot nicht gehindert, aus der Auswertung der Insolvenzakten einen Anfangsverdacht gegen den Schuldner zu schöpfen.¹¹
- Des Weiteren erfasse § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nicht die Angaben des Schuldners im Insolvenzantrag.¹²
- Ferner entfalte das Verwendungsverbot keine mittelbare Fernwirkung mit der Folge, dass die Ermittlungsbehörden uneingeschränkt verwenden und verwerten dürften, was der Insolvenzverwalter aufgrund der Angaben des Schuldners herausfinde.¹³
- Schließlich seien vom Schuldner überlassene Geschäftsunterlagen kein Bestandteil der Auskunft und vom Verwendungsverbot ausgenommen.¹⁴

9 Gem. § 101 Abs. 1 S. 2 InsO kann die Auskunftspflicht auch den bereits ausgeschiedenen organschaftlichen Vertreter treffen.

10 *Leithaus*, in *Andres/Leithaus/Dahl*, InsO, 1. Aufl. 2006, § 97 Rn 9; *Biersch/v. Olshausen*, *BerlKo InsO*, § 97 Rn 6 (Stand: 12/03); *Bieneck*, in *Müller-Gugenberger/Bieneck*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2006, § 75 Rn 85, fordert daher eine gesetzgeberische Korrektur.

11 *Bittmann/Rudolph*, *wistra* 2001, 81, 84 f.; *Bittmann*, *Insolvenzstrafrecht*, 2004, § 1 Rn 24 f.; *Hefendehl*, *wistra* 2003, 1, 5 f.; *Diversy*, *ZinsO* 2005, 180, 182.

12 *Diversy*, a.a.O.; *Bittmann*, *Insolvenzstrafrecht*, § 1 Rn 18; vgl. a. *Böttger*, in *Volk* (Hrsg.), *MAH Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 2006, § 18 Rn 371.

13 *Bittmann*, *Insolvenzstrafrecht*, § 1 Rn 19.

14 *Bittmann/Rudolph*, *wistra* 2001, 81, 82 f.; *Bittmann*, *Insolvenzstrafrecht*, § 1 Rn 24 f.; *Diversy*, *ZinsO* 2005, 180, 181.

II. Reichweite des Verwendungsverbot

Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von Insolvenzstraftaten werden nur zu einem geringen Teil aufgrund einer Strafanzeige eingeleitet. Die Masse dieser Verfahren kommt von Amts wegen in Gang.¹⁵ Die Insolvenzgerichte sind nach der Anordnung über die Mitteilung in Zivilsachen (MiZi) verpflichtet, die Staatsanwaltschaften zu informieren, wenn ein Insolvenzverfahren eröffnet oder ein Antrag auf Eröffnung mangels Masse abgewiesen worden ist.¹⁶ Auf der Basis dieser Mitteilung fordern die Staatsanwaltschaften die vollständigen Insolvenzakten im Rahmen von Vorermittlungen an und werten diese aus.¹⁷ In der Praxis wird der Anfangsverdacht einer Insolvenzstraftat regelmäßig aus dem Inhalt der Insolvenzakten gespeist. Darin befinden sich der Insolvenzantrag sowie weitere Auskünfte des Schuldners, Geschäftsunterlagen und Bilanzen des Schuldners sowie Berichte und/oder Gutachten des Insolvenzverwalters, die sich mehr oder weniger ihrerseits auf die Angaben des Schuldners stützen.

1. Schöpfung eines Anfangsverdacht aus den Auskünften des Schuldners

a) Die Vorschrift des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO verbietet es nach der eingangs erwähnten und in der Verfolgungspraxis populären Auffassung nicht, aus den durch den Schuldner im Insolvenzverfahren erteilten Auskünften einen Anfangsverdacht zu schöpfen.¹⁸ Die Norm hindere nach ihrem Wortlaut nur eine Verwendung der Angaben *im* Strafverfahren. Die Schöpfung des Anfangsverdacht sei der Einleitung eines solchen Strafverfahrens indes vorgelagert.¹⁹

b) Es ist auch jenseits des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO streitig, ob Beweisverwendungsverbote eine sog. Frühwirkung²⁰ haben, d.h. ob «kontaminierte» Tatsachen zur Verdachtsschöpfung und insbesondere zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens genutzt werden dürfen.²¹ Eine Antwort auf diese Grundsatzfrage konnte bislang nicht gefunden werden.²² Ungeachtet der allgemeinen Problematik der Frühwirkung erscheint aber eine Teillösung für die speziellen, seit dem Volkszählungsurteil

15 Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, 7. Aufl. 2006, Rn 137.

16 MiZi Nr. XII a 2 u. 3 des 2. Teils, 3. Abschn.; die MiZi sind bundeseinheitliche, auf Ländervereinbarung beruhende Verwaltungsvorschriften, die ihre Rechtsgrundlage seit dem Justizmitteilungsgesetz in § 12 Abs. 5 EGGVG finden.

17 Sog. Holkriminalität, s. Diversy, ZinsO 2005, 180.

18 Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 84 f.; Bittmann, Insolvenzstrafrecht, § 1 Rn 24 f.; Hefendehl, wistra 2003, 1, 5 f.; Diversy, ZinsO 2005, 180, 182.

19 S. a. Hefendehl, wistra 2003, 1, 5 f.; Diversy, a.a.O.

20 Hengstenberg, Die Frühwirkung der Beweisverwendungsverbote, 2007, S. 21.

21 Vgl. Meyer-Göfner, a.a.O., § 152 Rn 4; Rogall, JZ 2008, 818, 827.

22 LR-Beulke, StPO, 26. Aufl., § 152 Rn 27 m.w.N.

geschaffenen Verwendungsregeln möglich.²³ Jedenfalls bei einigen jüngeren Verwendungsvorschriften hat der Gesetzgeber die Frage ausdrücklich beantwortet. So dürfen nach § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO Erkenntnisse aus einem präventiv-polizeilichen Lauschangriff »in einem Strafverfahren ... zur Aufklärung einer Straftat ... verwendet werden«. Ob ein Anfangsverdacht auch bei solchen Regelungen auf kontaminierte Informationen gestützt werden darf, in denen der Gesetzgeber eine Verwendung ausdrücklich nur »zu Beweis Zwecken« untersagt hat (s. z.B. § 108 Abs. 2 u. 3, § 161 Abs. 2 S. 1, § 477 Abs. 2 S. 2 u. 3 StPO), ist durch den Wortlaut der Bestimmungen nicht eindeutig geklärt und streitig.²⁴ Unstrittig ist hingegen, dass es in allen Fällen moderner Verwendungsverbote entscheidend darauf ankommt, was der Gesetzgeber mit der Verwendungsvorschrift bezweckte.

c) Ausgangspunkt für das Verständnis des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ist der »Gemeinschuldnerbeschluss« des BVerfG aus dem Jahre 1981.²⁵ Entsprechend der heutigen Bestimmung des § 97 Abs. 1 S. 1 InsO war der Gemeinschuldner gem. § 100 KO im Konkursverfahren verpflichtet, über alle das Verfahren betreffenden Umstände Auskunft zu geben. § 75 Abs. 2 KO, der § 98 Abs. 2 InsO entspricht, gab dem Gericht die Möglichkeit, den Schuldner zur Herbeiführung wahrheitsgemäßer Aussagen vorführen und ggf. auch in Haft nehmen zu lassen. Dadurch war (und ist) eine unbeschränkte und erzwingbare Auskunftspflicht des Gemeinschuldners im Insolvenzverfahren normiert. Anders als heute mit der ausdrücklichen Regelung des § 97 Abs. 1 S. 2 InsO enthielt die KO keine Bestimmung darüber, ob sich die Auskunftspflicht auch auf solche Angaben erstreckte, die den Schuldner in die Gefahr brachten, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Prinzipiell darf kein Bürger gezwungen werden, an der Aufklärung des gegen ihn erhobenen Vorwurfs einer Straftat mitzuwirken (»nemo tenetur se ipsum prodere«).²⁶ Dieser Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit hat eine lange rechtsstaatliche Tradition und genießt nach allgemeiner Auffassung Verfassungsrang.²⁷ Das BVerfG hielt die Durchsetzung der Auskunfts- und Vorlagepflichten durch die in der KO vorgegebenen Zwangsmittel gleichwohl für verfassungskonform, weil und soweit mit der Auskunftspflicht ein strafrechtliches Verwertungsverbot korrespondiere. Hierdurch schaffte das BVerfG praktische Konkordanz zwischen den Informationsbedürfnissen der Gläubiger und der Selbstbelastungsfreiheit des Schuldners. Da die vorkonstitutionelle KO keine strafrechtlichen Verwertungsverbote vorsah, sei der Gesetzgeber aufgerufen, die bestehende Gesetzeslücke zu

23 S. zu dieser Differenzierung *Jahn*, Gutachten zum 67. Dt. Juristentag 2008, C 95; *Rogall*, JZ 2008, 818, 827.

24 S. *Jahn*, a.a.O. m.w.N.

25 BVerfGE 56, 37.

26 Ausdrücklich verankert in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBR.

27 BVerfGE 35, 41, 47; BGHSt 34, 39, 45; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 m.w.N.

schließen. Diesem obliege die konkrete Ausgestaltung des Verwertungsverboteseinschließlich der Regelung einer Früh- und Fernwirkung.²⁸

Knapp sieben Jahre später stellte der Bundesjustizminister den Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts vor.²⁹ Er sah in § 104 eine umfassende Auskunftspflicht des Schuldners vor. Mit dieser korrespondierte eine den Auftrag des Gemeinschuldnerbeschlusses umsetzende Regelung in § 104 Abs. 1 S. 3: »Jedoch darf eine Auskunft, die der Schuldner bei seiner Verpflichtung nach Satz 1 erteilt, in einem Strafverfahren oder einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 der StPO bezeichneten Angehörigen des Schuldners nicht verwertet werden.« Der am 1.11.1989 vorgelegte Referentenentwurf³⁰ modifizierte § 104 Abs. 1 S. 3 des Diskussionsentwurfes: »Jedoch darf eine Auskunft ... nur mit Zustimmung des Schuldners verwertet werden«. Zur Begründung führt der Referentenentwurf unter Bezugnahme auf den Gemeinschuldnerbeschluss an, »daß sich die Auskunftspflicht auch auf Tatsachen erstreckt, die den Schuldner der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen, daß insoweit allerdings ein Verbot besteht, die Auskunft ohne Zustimmung des Schuldners im Strafverfahren zu verwerten (...). Nach dem Sinn dieses Verbotes dürfen auch solche Tatsachen nicht verwertet werden, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hat.«³¹ Der Regierungsentwurf v. 3.3.1992 übernahm im dortigen § 109 Abs. 1 S. 3 das vom Referentenentwurf vorgeschlagene Verwertungsverbot. Dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages griff diese Regelung zu kurz. Er setzte dann an die Stelle des Wortes »verwertet«, den Begriff »verwendet«.³² Zur Begründung heißt es: »Entsprechend einem Anliegen des Bundesbeauftragten für den Datenschutz wird damit zum Ausdruck gebracht, dass eine Auskunft des Schuldners ohne Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen darf.«³³ Der Gesetzgeber hat sich dieser Begründung dann angeschlossen.³⁴ So wurde aus dem Verwertungsverbot der Entwürfe das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO.³⁵

d) Ein Verwendungsverbot ist etwas anderes als ein Verwertungsverbot.³⁶ Der Terminus stammt – wie schon die Anregung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz vermuten lässt – aus dem Datenschutzrecht. Dort findet er sich im BDSG als Oberbegriff, mit dem das Gesetz die Begriffe des Verarbeitens und Nutzens zusammenfasst (§ 3 Abs. 5 BDSG). Aufgrund der Genese des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO spricht

28 Vgl. Stürner, NJW 1981, 1757, 1758.

29 BA v. 19.8.1988, S. 50.

30 BA v. 5.12.1989, S. 59 ff.

31 BA v. 5.12.1989, S. 59, 102.

32 BT-Drs 12/7302, S. 39.

33 BT-Drs 12/7302, S. 166.

34 Schmidt-Räntsch, Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz, 1995, § 97 Rn 1.

35 Vgl. eingehend zur Gesetzgebungsgeschichte Bömelburg, Der Selbstbelastungszwang im Insolvenzverfahren, 2004, S. 57 ff.

36 Meyer-Göfner, a.a.O., Einl Rn 57d; Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 403.

alles dafür, den Begriff des Verwendens i.S.d. BDSG zu begreifen.³⁷ Das Verwendungsverbot soll gewährleisten, dass die Gläubiger als Beteiligte am Insolvenzverfahren umfassende und bestmögliche Kenntnis von der Lage des Schuldners erhalten. Jegliche Form des Verarbeitens und des Nutzens der von ihm nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO erteilten Auskünfte außerhalb der zugelassenen Verwendung im Insolvenzverfahren ist verboten.³⁸

Kurzum, sämtliche Informationen, die der Schuldner in Erfüllung seiner Auskunftspflicht im Insolvenzverfahren gegeben hat, sind im Strafverfahren gegen ihn und seine Angehörigen tabu. Das umfassende Verwendungsverbot verbietet jedwede Heranziehung der gesperrten Informationen, und zwar auch, soweit diese nur als »zureichender tatsächlicher Anhaltspunkt« i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO dienen sollen.³⁹ Der – häufig konkludente – Einleitungsakt gehört auch bei formaler Betrachtung zum Beginn des Strafverfahrens.⁴⁰ Das Anstellen interner Schlussfolgerungen und die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens auf der Basis der betreffenden Angaben verstoßen daher gegen das Tabu. Es ist den Ermittlungsbehörden durch § 97 Abs. 1 S. 3 InsO untersagt, aus diesen Informationen des Schuldners den Anfangsverdacht einer Straftat zu generieren und ein Ermittlungsverfahren gegen ihn einzuleiten.

2. Angaben des Schuldners im Insolvenzantrag

Das Tabu betrifft nach § 97 Abs. 1 InsO unmittelbar nur solche Angaben, die der Schuldner im eröffneten Verfahren in Erfüllung seiner Auskunftspflicht gemacht hat. Jedoch muss der Schuldner bereits im Eröffnungsverfahren dem Insolvenzgericht die Auskünfte erteilen, die zur Entscheidung über den Antrag erforderlich sind (§ 20 Abs. 1 S. 1 InsO). Ferner besteht eine entsprechende Auskunftspflicht gem. § 22 Abs. 3 S. 3 Hs 1 InsO auch gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter.⁴¹ In beiden Fällen ist § 97 InsO, mithin auch das Verwendungsverbot, aufgrund gesetzlicher Verweisungen (§§ 20 Abs. 1 S. 2; 22 Abs. 3 S. 3 Hs 2 InsO) anwendbar.

37 *Dencker*, FS f. Meyer-Goßner, 2001, 237, 243; s. a. *Rogall*, JZ 2008, 818, 827; *Meyer-Goßner*, a.a.O., Einl. Rn 57d; *Bömelburg*, a.a.O., S. 122; *Danckert*, ZRP 2000, 476, 478.

38 So schon LG Stuttgart, wistra 2000, 439; s.a. *HWSt-Wegner*, 2. Aufl. 2008, VII 2 Rn 13; *Böttger*, in Volk (Hrsg.), MAH Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 18 Rn 369; *Schilken*, in Jäger, InsO, § 97 Rn 23; *Richter*, wistra 2000, 1, 3; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 97 Rn. 4a (Stand 12/03); *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 97 Rn 10; *ders.*, NZI 2002, 401, 404; *Hess*, Insolvenzrecht, 2007, § 97 Rn 30 f.

39 Vgl. *Rogall*, JZ 2008, 818, 827 m.w.N.

40 *Bieneck*, in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 75 Rn 79.

41 Dies gilt unstrittig auch dann, wenn der vorläufige Verwalter gleichzeitig als Sachverständiger gem. § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 InsO zu prüfen hat, ob ein Insolvenzgrund vorliegt und welche Aussichten für die Fortführung des Unternehmens bestehen. Streittig ist hingegen, ob die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht auch gegenüber dem »Nur«-Sachverständigen besteht (dagegen BGHZ 158, 212; OLG Nürnberg ZinsO 2006, 761; *Rüther*, in Hmb-Komm, 2. Aufl. 2006, § 5 Rn 15; a.A. z.B. *Schmahl*, in Hmb-Komm, 2. Aufl. 2006, § 20 Rn 7 m.w.N.).

Zu beachten ist allerdings, dass dem eigentlichen Insolvenzeröffnungsverfahren eine Art Zulassungsverfahren vorgeschaltet ist, in dem ausgeschlossen werden soll, dass der Antrag unzulässig ist.⁴² Erst ein zulässiger Insolvenzantrag begründet unmittelbar die Auskunftspflichten des Schuldners (§ 20 Abs. 1 S. 1 InsO).⁴³ Infolgedessen werden Angaben des Insolvenzschuldners in diesem Verfahrensstadium nicht von § 20 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erfasst. Sämtliche Angaben, die der Schuldner bereits mit der Stellung des Insolvenzantrages macht, könnten mithin außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereiches des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erfolgen.⁴⁴

Dies war aus der Sicht des Gesetzgebers bei Schaffung der Insolvenzordnung kein Problem, das die Selbstbelastungsfreiheit tangierte; denn in die InsO wurde gerade keine § 104 KO entsprechende Regelung aufgenommen. Nach dieser Vorschrift hatte der Schuldner bei Antragstellung ein Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner sowie eine Übersicht über die Vermögensmasse einzureichen. Solche Angaben im Eigenantrag werden nach der InsO im Regelfall⁴⁵ nicht mehr verlangt. Die Stellung eines zulässigen Insolvenzantrages setzte damit nach dem Gesetzesprogramm und zunächst nahezu einhelliger Auffassung lediglich voraus, dass der eindeutige Wille artikuliert wurde, ein Insolvenzverfahren in Gang zu setzen.⁴⁶ Hiernach genügen für einen Insolvenzantrag die Wiedergabe der Antragsformel sowie die Angabe der Rechtsbegriffe der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Alle darüber hinausgehenden tatsächlichen Angaben wären ohne gesetzliche Verpflichtung und somit freiwillig erfolgt mit der unweigerlichen und auf der Basis dieser Auffassung nicht zu beanstandenden Folge der uneingeschränkten Verwertbarkeit im Strafverfahren.⁴⁷

In den Jahren nach Inkrafttreten der InsO brach sich dann aber die Erkenntnis Bahn, dass die Insolvenzgerichte vor eilfertigen, unfundierten oder gar rechtsmissbräuchlich Anträgen zu schützen seien. Daher setzte sich die Auffassung durch, ein zulässiger Insolvenzantrag setze entsprechend § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 4 InsO voraus, dass der Schuldner einen Eröffnungsgrund in substantiierter und nachvollziehbarer Form darlegt.⁴⁸ Dieser Ansicht hat sich Ende 2002 in einer Grundsatzentscheidung auch der Bundesgerichtshof angeschlossen.⁴⁹ Damit ist für die Praxis heute verbindlich geklärt, dass der Schuldner verpflichtet ist, seine Finanz – respek-

42 *Diversy*, ZinsO 2005, 180, 183.

43 S. BGHZ 153, 205; *Kübler/Prütting*, InsO, § 20 Rn 14 m.w.N.

44 So *Diversy*, a.a.O.; *Bittmann*, Insolvenzstrafrecht, § 1 Rn 18; vgl. a. *Böttger*, in Volk (Hrsg.), MAH Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 18 Rn 371.

45 Eine Ausnahme statuiert § 15 Abs. 2 InsO. Diese Vorschrift verlangt eine Glaubhaftmachung des Eröffnungsgrundes insbesondere dann, wenn nicht alle organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person den Antrag stellen.

46 LG Potsdam, NZI 2002, 555; *FK-Schmerbach*, InsO, 3. Aufl. 2002, § 14 Rn 5 ff.; *Vallender*, MDR 1999, 280 ff.; so auch noch *Diversy*, a.a.O., S. 183.

47 *Diversy*, a.a.O.

48 *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2001, Kap. 3 Rn. 8 ff.; vgl. a. *Schmahl*, in MK, 2. Aufl. 2007, § 13 Rn 10 m.w.N.

49 BGHZ 153, 205, 207 f.

tive Vermögenslage im Insolvenzantrag nachvollziehbar darzustellen.⁵⁰ Hat der Schuldner im Antrag den Eröffnungsgrund nicht in hinreichend substantiiert Form dargelegt, so kann das Gericht die Ergänzung der Angaben und die Vorlage der Unterlagen mit den Mitteln des § 20 Abs. 1 S. 2 i.V.m. §§ 97, 98, 101 InsO erzwingen.⁵¹

Pflichtangaben, die zwangsweise zu erlangen sind, dürfen nicht verwertet werden. Eines Rückgriffs auf das unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Verwertungsverbot nach Maßgabe des Gemeinschuldnerbeschlusses bedarf es in diesem Zusammenhang nicht.⁵² Die analoge Anwendung des § 20 InsO schon im »Zulassungsverfahren« muss einher gehen mit der entsprechenden Anwendung des § 97 Abs. 1 InsO auf die Pflichtangaben im Insolvenzantrag.⁵³ Solche Angaben des Schuldners im Insolvenzantrag dürfen daher weder Grundlage der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens sein noch sonst im Strafverfahren gegen ihn verwendet werden.

3. Mittelbare Fernwirkung des Verwendungsverbot

Nach der (oben ausgeführten) Gesetzesbegründung untersagt das Verwendungsverbot auch die Verwertung mittelbarer Beweismittel, d.h. aller Tatsachen, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hat. Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers soll das Verwertungsverbot eine Fernwirkung zeitigen, wie sie der nordamerikanischen »fruit of the poisonous tree«-Doktrin zukommt.⁵⁴ Diese umfasst auch die Erkenntnisse, die der Insolvenzverwalter aufgrund der Angaben des Schuldners gewonnen hat. Bei der gebotenen, strikten Anwendung dieser Grundsätze unterliegen nicht nur sämtliche mittelbar erlangten Beweise einem umfassenden Verwendungsverbot, sondern es werden auch die durch die Auskunft angeregten Ermittlungsansätze im Keim erstickt.

Das mitunter hiergegen angeführte *argumentum ad absurdum* hält einer Überprüfung nicht stand. So habe der Schuldner vermeintlich die Möglichkeit, zunächst Gelder in erheblicher Höhe in Sicherheit zu bringen, sodann selbst Insolvenzantrag zu stellen und danach umgehend ein umfassendes Geständnis abzulegen, um sich auf diese Weise einer Strafverfolgung zu entziehen und die Geldmittel zu sichern.⁵⁵ Tatsächlich ist der Schuldner nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet, über »alle das Verfahren betreffenden Umstände« Auskunft zu geben. Dieser Begriff ist – entsprechend dem Verfahrenszweck der Haftungsverwirklichung – weit auszulegen.⁵⁶

50 S. BGHZ 153, 205, 207 f.; *Schmahl*, in MK, InsO, 2. Aufl. 2007, § 13 Rn 10 f.

51 BGH a.a.O. m.w.N.

52 So aber *Böttger*, a.a.O.; *Diversy*, a.a.O., S. 184; *Bittmann/Rudolph*, wistra 2001, 81, 84; *Bittmann*, Insolvenzstrafrecht, § 1 Rn 18.

53 So im Ergebnis auch LG Stuttgart, wistra 2000, 439; *Kübler/Prütting-Lüke*, § 97 Rn. 4a (Stand 12/03).

54 *Uhlenbruck*, NZI 2002, 401, 401; *Hefendehl*, wistra 2003, 1, 6; *Bömelburg*, a.a.O., S. 123.

55 *Biersch/v. Olshausen*, BerlKo InsO, § 97 Rn 6; s.a. *Uhlenbruck*, InsO, § 97 Rn 8.

56 S. z.B. *Schilken*, in Jäger, InsO, § 97 Rn 17.

Auch im Ausland befindliches Vermögen ist im Rahmen der Auskunftspflicht des Schuldners selbstverständlich offenzulegen.⁵⁷ Wenn Anhaltspunkte für Vermögen des Schuldners im Ausland vorliegen, kann der Insolvenzverwalter auf der Basis des § 97 Abs. 1 S. 1 InsO eine Vollmacht verlangen, die ihn befähigt, im Ausland befindliche und zur Insolvenzmasse gehörende Gegenstände herauszuverlangen.⁵⁸ Die Variante »Wasch' mir den Pelz, aber mach' mich nicht nass« ist dem Schuldner demnach verschlossen. Auf der anderen Seite darf ihm aber nach der eindeutigen Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers aus der Erfüllung der umfassenden Auskunftspflicht im Insolvenzverfahren strafprozessual kein Nachteil erwachsen. § 97 Abs. 1 InsO ist nicht anderes als eine »gesetzlich normierte Absprache«.⁵⁹ Gelegenreistung dieses »Deals« ist das Absehen von Strafverfolgung jedenfalls dann, wenn der Tatverdacht nicht unabhängig von den Auskünften des Schuldners begründet werden kann.

Schließlich erfasst das Verwendungsverbot nach seinem Zweck auch eine Heranziehung der Schuldnerauskunft auf sonstige mittelbare Weise, z.B. durch eine Vernehmung von Dritten (Gläubiger, Insolvenzverwalter) über den Inhalt der Auskunft des Schuldners oder durch Information mittels Teilnahme eines Ermittlungsbeamten an einer Gläubigerversammlung, der der Schuldner gem. § 97 Abs. 1 InsO Auskunft erteilt.⁶⁰

4. Verwendbarkeit vorgelegter Geschäftsunterlagen

Die Auskunftspflicht des Schuldners nach § 97 Abs. 1 InsO hat höchstpersönlichen Charakter.⁶¹ Dieser hat die verlangten Auskünfte daher grundsätzlich persönlich zu erteilen.⁶² So braucht sich der Insolvenzverwalter nicht auf einen anwaltlichen Bevollmächtigten verweisen zu lassen, denn der Schuldner soll keinen Anspruch darauf haben, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen.⁶³ Da keine bestimmte Form vorgesehen ist, darf die Auskunft mündlich erteilt werden. Indes kann sich der Schuldner mit dem Auskunftsberechtigten auch auf eine andere Form der Auskunftserteilung – namentlich eine schriftliche Auskunft – verständigen, was in der Praxis nicht selten geschieht.⁶⁴ Dies erfolgt häufig konkludent, etwa indem der Insolvenzverwalter den Schuldner oder dessen Bevollmächtigten anschreibt.⁶⁵

57 BGH WM 1983, 858; *Wittkowski*, in *Nerlich/Römermann*, InsO, 2007, § 97 Rn 4; *Hess*, Insolvenzrecht, § 97 Rn 24 m.w.N.

58 BGH ZIP 2003, 2123; *App*, in *FK*, InsO, 4. Aufl. 2005, § 97 Rn 12 m.w.N.

59 *Hefendehl*, *wistra* 2003, 1, 8.

60 *Schilken*, in *Jäger*, InsO, 2007, § 97 Rn 23. S.a. entsprechend zu Umgehungstatbeständen *App*, in *FK*, 4. Aufl. 2005, § 97 Rn 12 und *Passauer/Stephan*, in *MK*, InsO, 2. Aufl. 2007, § 97 Rn 17.

61 *Kroth*, in *Braun*, InsO, 3. Aufl. 2007, § 97 Rn 7.

62 *Passauer/Stephan*, in *MK*, 2. Aufl. 2007, § 97 Rn 22 m.w.N.

63 *Blersch/v. Olshausen*, *BerlKo InsO*, § 97 Rn 2; *Wittkowski*, in *Nerlich/Römermann*, InsO, 2007, § 97 Rn 12.

64 Vgl. *Schilken*, in *Jäger*, InsO, 2007, § 97 Rn 16.

65 *Wendler*, in *Hmb-Komm*, 2. Aufl. 2006, § 97 Rn 16.

Zur Erfüllung der Auskunftspflicht gehört ggf. auch die Erstellung einer Übersicht über die Liquidität und eines Finanzplanes oder eines auf den Stichtag der Antragstellung bezogenen Vermögensverzeichnisses.⁶⁶ Ferner kann dem Schuldner aufgegeben werden, Aufzeichnungen über den Umfang der fortlaufenden Geschäfte anzufertigen.⁶⁷ Die Erstellung solcher Unterlagen durch den Schuldner unterfällt § 97 Abs. 1 S. 1 InsO, ohne dass auf die Mitwirkungspflicht des § 97 Abs. 2 InsO zurückgegriffen werden muss. Das ist relevant bei der Frage der Anwendung des Verwendungsverbotes des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, da dieses jedenfalls unmittelbar im Rahmen der allgemeinen Mitwirkungspflicht nicht gilt. Vom Schuldner aber in Erfüllung der Auskunftspflicht des § 97 Abs. 1 S. 1 InsO geschaffene Unterlagen sind eindeutig vom Verwendungsverbot umfasst.⁶⁸

Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob und ggf. unter welchen Umständen die Vorlage von bereits vorhandenen Geschäftsunterlagen – insbesondere Handelsbücher, Buchhaltung und Bilanzen – als (partielle) Erfüllung der Auskunftspflicht anzusehen ist mit der Folge, dass der Schutz des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO greift. Kaum zu bewältigende Schwierigkeiten der Abgrenzung sind etwa in Fällen zu konstatieren, in denen die Auskunft des Schuldners dem Insolvenzverwalter den Weg zu den Geschäftsunterlagen gewiesen hat. In der Diktion der Strafverfolger sei dann »zwar der Inhalt der Auskunft, also der Weg zur Erkenntnisquelle nicht verwendbar, nicht aber auch die Quelle selbst, also die Geschäftsunterlagen.«⁶⁹ Diese Ansicht befriedigt zwar das Interesse der Strafverfolgungsbehörden an einer umfassenden Aufklärung eventuell begangener Insolvenzdelikte. Mit dem gesetzgeberischen Willen und dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ist die Auffassung jedoch unvereinbar.

Die Abgrenzung zwischen den Abs. 1 und 2 des § 97 InsO ist auch kaum lösbar, wenn sich in der Praxis schriftliche Äußerungen des Schuldners mit Formulierungen finden wie »... mache ich anliegende Bilanz für das Jahr ... zum (ergänzenden) Gegenstand meiner Auskunft.«⁷⁰ Sieht man die gleichzeitig mit der Auskunft vorgelegten Unterlagen als Teil der Auskunft an, hat es der Schuldner in der Hand, die gesamten Geschäftsunterlagen als Anlage der Auskunft vorzulegen und sich dadurch total und mit Fernwirkung der Verwertung durch die Strafverfolgungsbehörden zu entziehen. Dies – so die perhorreszierte staatsanwaltschaftliche Vorstellung – komme der Schaffung eines »Asyls für Geschäftsunterlagen« gleich und schließe bei gut beratenen Schuldnern eine Strafverfolgung im Bereich der Insolvenzdelikte weitestgehend aus.⁷¹ Weil nicht sein kann, was nicht sein darf, sei davon auszuge-

66 Passauer/Stephan, in MK, 2. Aufl. 2007, § 97 Rn 14, vgl. a. BGH ZinsO 2006, 264.

67 LG Duisburg NZI 2000, 415; Hamb. Komm., § 97 Rn 6.

68 Ganz h.M., s. zuletzt LG Ulm, ZinsO 2007, 827; a.A. aber Schilken, in Jäger, InsO, 2007, § 97 Rn 20, mit der rabulistisch anmutenden Differenzierung, die Erstellung der Unterlagen sei eine Tätigkeit in Erfüllung der Auskunftspflicht, die Vorlage derselben hingegen Teil der Mitwirkungspflicht.

69 Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 82.

70 Bömelburg, a.a.O., S. 76.

hen, dass jedenfalls die Vorlage solcher Geschäftsunterlagen, die der Schuldner aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zu führen verpflichtet sei, kein Teil der Erfüllung der Auskunftspflicht sei, sondern bloße Erfüllung der Mitwirkungspflicht mit der Folge, dass § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nicht einschlägig sei.⁷²

Die bloß formale Differenzierung nach der Form der Auskunft ist jedoch für die Abgrenzung des Schutzbereiches des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO kein überzeugendes Kriterium.⁷³ Die Unterscheidung verkennt die Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes. Dieser ist mitnichten auf Aussagen beschränkt. Inhalt des Selbstbelastungsprivilegs ist vielmehr die Freiheit des Bürgers vor jeglichem Zwang, sich selbst in irgendeiner Form zum Beweismittel gegen sich selbst zu machen, sei es durch Aussagen, sei es durch andere aktive Mitwirkung am Verfahren. Nach dem Wesen der Selbstbelastungsfreiheit ist es daher ohne Relevanz, ob sich der Zwang zur Selbstbelastung in einem persönlichen oder sachlichen Beweismittel manifestiert.⁷⁴ Entsprechend erstreckt sich der nemo-tenetur-Grundsatz nach der Rechtsprechung des EGMR auch auf Konstellationen, in denen behördlicher Zwang angewandt wird, um in den Besitz materieller Beweismittel zu gelangen.⁷⁵ Insbesondere hat der Gerichtshof wiederholt die erzwungene Vorlage von Urkunden als Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit gewertet.⁷⁶ Entsprechend ist für den Strafprozess anerkannt, dass der Beschuldigte nicht der Editionsspflicht des § 95 Abs. 1 StPO unterliegt.⁷⁷ Ordnungs- und Zwangsmittel zur Erzwingung der Herausgabe der Unterlagen dürfen nach § 95 Abs. 2 S. 2 StPO auch bei Personen, die nach § 55 StPO zur Auskunftsverweigerung berechtigt sind, nicht festgesetzt werden.⁷⁸ Ein Verstoß gegen die Freiheit der Mitwirkung hat hier ein Verwertungsverbot zur Folge.⁷⁹

Vor diesem Hintergrund verbietet es sich, dem Schuldner auf der einen Seite die aktive Pflicht zur Mitwirkung und Herausgabe von Geschäftsunterlagen aufzuerlegen und die so erlangten Beweismittel auf der anderen Seite im Strafverfahren gegen ihn zu verwerten. Die Pflicht zur Präsentation potentiell beweisrelevanter körperlicher Gegenstände – sei es nach Abs. 1 S. 2 oder nach Abs. 2 des § 97 InsO – ist unter dem Gesichtspunkt der Selbstbelastungsfreiheit nur hinnehmbar, wenn die Ergebnisse der Mitwirkung einer Verwertung im Strafverfahren entzogen sind.

71 Richter, wistra 2000, 1, 4

72 S. aktuell LG Ulm, ZinsO 2007, 827, das sogar eine Durchsuchung und Beschlagnahme der Unterlagen beim Insolvenzverwalter für rechtmäßig hielt; Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 82 f. in Anschluss an LG Stuttgart, wistra 2000, 439; vgl. a. LG Potsdam, JR 2008, 260 m. Anm. Menz.

73 Passauer/Stephan, in MK, 2. Aufl. 2007, § 97 Rn 18; Bömelburg, a.a.O., S. 138.

74 LR-Kühne, StPO, 26. Aufl., Einl. Abschn. J Rn 88, 90, 99; LR-Schäfer, StPO, 25. Aufl., § 95 Rn 39; SK-Rogall, vor § 133 Rn 190; Bömelburg, a.a.O., S. 139; krit. gegen diese »überkommene« Auffassung Radtke, in FS f. Meyer-Göfner, 2001, S. 321, 331 ff.; Lesch, GA 2000, 353, 362 f.

75 EGMR NJW 2006, 3117 ff. m. Bspr. Schuhr, NJW 2006, 3538 und Gaede, HRRS 2006, 241.

76 EGMR ÖJZ 1993, 532; NJW 2002, 499 (hierzu Bärlein/Panaris/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825, 1830); so z.B. auch Sommer, AnwK-StPO, 2006, MRK, Art. 6 Rn 49; LR-Gollwitzer, MRK, 25. Aufl., Art. 6 Rn 248.

77 Vgl. Meyer-Göfner, StPO, 51. Aufl., § 95 Rn 5.

78 Meyer-Göfner, a.a.O., Rn 10 m.w.N.

79 BGH NJW 1986, 2261, 2264; SK-Rogall, vor § 133 Rn 191 f.; Meyer-Göfner, a.a.O., Rn 11.

Schon der nemo-tenetur-Grundsatz gebietet es, den Schutz des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO auf die erzwingbaren Mitwirkungshandlungen i.S.d. § 97 Abs. 2 InsO zu erstrecken.⁸⁰ Diese verfassungs- und menschenrechtskonforme extensive Auslegung entspricht zugleich dem unmissverständlich artikulierten Willen des historischen Gesetzgebers, der durch § 97 InsO einen möglichst wirksamen und weitreichenden Schutz des Schuldners vor Sanktionen gewährleisten wollte.

III. Konsequenzen für die Verteidigung

Nach alledem wird deutlich, dass § 97 Abs. 1 S. 3 InsO die Fundamentalnorm der Verteidigung in Insolvenzstrafsachen ist.

1. Präventivverteidigung

Das Verwendungsverbot prägt die Verteidigungsstrategie insbesondere in den Fällen, in denen ein Ermittlungsverfahren gegen den Mandanten noch nicht eingeleitet worden ist.⁸¹ In solchen Konstellationen ist § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ein probates Mittel der Präventivverteidigung.⁸² Der Mandant, den als Schuldner bzw. als organschaftlichen Vertreter der juristischen Person eine Auskunftspflicht trifft, kann durch seine Auskunft die Reichweite des Verwendungsverbotest gestalten. Cum grano salis gilt dies entsprechend für die Mitwirkungspflicht.⁸³ Werden dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter sämtliche relevanten Geschäftsunterlagen, die im Strafverfahren belastende Wirkung zeitigen könnten, in Erfüllung der Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des § 97 InsO übergeben, sind auch diese vom Verwendungsverbot geschützt.⁸⁴ Auf eine einfache Formel gebracht: Je früher und umfassender der Mandant seiner Auskunfts- und Mitwirkungspflicht nachkommt, umso geringer ist das Risiko, dass er strafrechtliche Konsequenzen zu gewärtigen hat.⁸⁵

80 So auch *Bömelburg*, a.a.O., S. 139 f.; *Bieneck*, in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 75 Rn 70 ff.; vgl. a. *HWSt-Wegner*, 2. Aufl. 2008, VII 2 Rn 14 und *Böttger* a.a.O., Rn. 371. Will man § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nicht im vorgenannten Sinne extensiv auslegen, kommt man nicht umhin, ein verfassungsunmittelbares Verwertungsverbot für präsentierte Geschäftsunterlagen anzuerkennen, so z.B. *Bittmann/Rudolph*, wistra 2001, 81, 83.

81 Vgl. *Ringstmeier*, in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl. 2008, § 5 Rn 45.

82 S. grundlegend zu diesem Begriff *Richter/Tsambikakis*, MAH Strafverteidigung, 2006, § 2 Rn 131 ff.

83 Die Einschränkung ergibt sich aus einer im Wortsinn beklagenswerten Praxis, die die Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit verkennt und eine Beschlagnahme vom Geschäftsunterlagen beim Insolvenzverwalter nicht umfassend unterbindet, s. die Nachweise in Fn 72.

84 *Ringstmeier*, a.a.O., warnt allerdings füglich davor, dem Mandanten vor Insolvenzantragstellung auch zu raten, das belastende Material zunächst verschwinden zu lassen und dadurch dem Zugriff der Ermittlungsbehörden zu entziehen.

85 Vgl. *Wittkowski*, in Nerlich/Römermann, InsO, 2007, § 97 Rn 8.

2. Verteidigung im Insolvenzstrafverfahren

Aus einem Sollen kann nicht auf ein Sein geschlossen werden. Noch immer gilt der Staatsanwaltschaft der Inhalt der Insolvenzakten als die ergiebigste Quelle für einen Anfangsverdacht.⁸⁶ Regelmäßig sind zumindest Teile des Verdachtsgebäudes – sei es des Anfangsverdachts zu Beginn oder des hinreichenden Tatverdachts im späteren Strafverfahren – mittelbar oder unmittelbar aus den Angaben des Schuldners erbaut. In diesen Fällen ist »Nullhypothese« der Verteidigung, dass die belastenden Erkenntnisse auf den Auskünften des Schuldners beruhen und daher gem. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO unverwertbar sind.

Es mangelt nicht an dringenden Empfehlungen, die Erkenntnisse, die auf Auskünfte des Schuldners zurückzuführen sind, in den Akten kenntlich zu machen.⁸⁷ Gleichwohl fehlt fast immer sowohl in den Insolvenz- als auch in den Ermittlungsakten jedwede Dokumentation darüber, aus welchen Quellen die Informationen des Insolvenzverwalters stammen. Dies stellt die Ermittlungsbehörden vor die »praktisch unlösbare Aufgabe«⁸⁸, im Nachhinein zu ermitteln, welche Teile der Insolvenzakten verwertbar sind. Im Zusammenhang mit § 97 Abs. 1 S. 3 InsO gilt aber eine – soweit ersichtlich unstrittige – »Beweislastregel« zugunsten des Schuldners: Im Zweifel muss ihm nachgewiesen werden, dass die betreffenden Tatumstände nicht aus einer Auskunft im Insolvenzverfahren herrühren.⁸⁹ Vermag die Staatsanwaltschaft nicht zu beweisen, dass die Informationen auch nicht nur mittelbar auf Angaben des Schuldners im Insolvenzverfahren beruhen, sind diese unverwertbar.

Eine auf diese Problematik fokussierte Aktenanalyse hat entscheidenden Einfluss auf Strategie und Ziel der Verteidigung. Es ist unsere Aufgabe, die weitreichenden Wirkungen des Verwendungsverbot in das Bewusstsein der Staatsanwälte zu transportieren. Thematisiert der Verteidiger die feststehenden oder nicht auszuschließenden Verstöße gegen das Verwendungsverbot gegenüber der Staatsanwaltschaft, schlägt diese häufig einvernehmliche Verfahrenserledigungen gem. §§ 153, 153a StPO vor. Dies kann nur gemeinsam mit dem Mandanten entschieden werden. Das Potential des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO gestattet nicht selten ambitioniertere Verteidigungsziele.

86 *Bitmann*, Insolvenzstrafrecht, § 1 Rn 3; *Bieneck*, in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 75 Rn 84.

87 S. z.B. *Schilken*, in Jäger, InsO, 2007, § 97 Rn 23; *Wendler*, in Hmb-Kommn, 2. Aufl. 2006, § 97 Rn 11a.

88 *Wendler*, a.a.O., § 97 Rn 11a.

89 *Hefendehl*, *wistra* 2003, 1, 7; *Gürtler*, in Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Rn 104; *Passauer/Stephan*, in MK, 2. Aufl., § 97 Rn. 17; *Schilken*, in Jäger, InsO, 2007, § 97 Rn 23; *Wendler*, a.a.O., § 97 Rn 11a.

IV. Zusammenfassung

§ 97 Abs. 1 S. 3 InsO statuiert ein umfassendes Verwendungsverbot. Es untersagt, die Angaben des Schuldners im Insolvenzverfahren auch nur mittelbar im Strafverfahren zu nutzen. Danach ist die Heranziehung der gesperrten Informationen zur Begründung eines Anfangsverdachts verboten. Das Tabu erstreckt sich bereits auf die Angaben des Schuldners im Insolvenzantrag. Desgleichen darf nicht verwertet werden, was der Insolvenzverwalter aufgrund der Schuldnerangaben herausfindet. Entsprechendes gilt für Unterlagen, die der Schuldner in Erfüllung seiner Auskunftspflicht nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO erstellt. Darüber hinaus ist der Schutz des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO auf erzwingbare Mitwirkungshandlungen gem. § 97 Abs. 2 InsO zu erstrecken. Daher dürfen auch die vom Schuldner präsentierten Geschäftsunterlagen nicht verwendet werden. Nur diese extensive Auslegung verhindert eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes; sie entspricht zudem dem Willen des Gesetzgebers, der durch § 97 InsO einen möglichst wirksamen und umfassenden Schutz des Schuldners garantieren wollte.

Aufgrund dieser weit reichenden Wirkungen ist § 97 Abs. 1 S. 3 InsO für die Verteidigung in Insolvenzsachen von fundamentaler Bedeutung. Die Vorschrift ermöglicht eine Präventivverteidigung, mit welcher der Schuldner durch umfassende Angaben im Insolvenzverfahren die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens vermeiden kann. Jenseits dieser Vorfeldberatung wird die Verteidigung im Insolvenzstrafverfahren regelmäßig die »Nullhypothese« aufstellen, dass die belastenden Erkenntnisse auf den Auskünften des Schuldners beruhen und unverwertbar sind. Im Zweifel müsste die Staatsanwaltschaft die praktisch unlösbare Aufgabe bewältigen und beweisen, dass die Informationen auch nicht mittelbar auf den Angaben des Mandanten im Insolvenzverfahren beruhen. Das Potential des Verwendungsverbotes für die Verteidigung ist daher gewaltig.