

Angaben gemacht, die für den Kreditnehmer vorteilhaft und für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, oder werden solche Verschlechterungen der in den Unterlagen oder Angaben dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Vorlage nicht mitgeteilt, die für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, kommt eine Strafbarkeit wegen Kreditbetrugs nach § 265b StGB in Betracht.

Zwar ist die kriminalpolitische Bedeutung des Straftatbestands gering, weil im Ergebnis zumeist schon ein Betrugsversuch vorliegt,<sup>118</sup> § 265b StGB dient jedoch zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens mitunter als „Aufgreiftatbestand“ für Zwangsmaßnahmen, ohne dass darin ein Missbrauch des materiellen Rechts begründet wäre.<sup>119</sup> § 265b StGB setzt sowohl aufseiten des Täters als auch aufseiten des Opfers einen Betrieb oder ein Unternehmen voraus, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise ein-

gerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§ 265b Abs. 3 Nr. 1 StGB). Der Tatbestand begrenzt seinen Anwendungsbereich zudem auf Kredite. Notwendig ist eine besonders qualifizierte Täuschungshandlung (schriftliche Falschangaben, Unterlassen nachträglicher Mitteilungen) im Zusammenhang mit einem Kreditantrag. Die falschen Unterlagen müssen also erkennbar als Grundlage für die Entscheidung über den Kreditantrag dienen.<sup>120</sup> Erfüllt die vorgetäuschte qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung diese Voraussetzungen, kommt eine Strafbarkeit nach § 265b StGB (ggf. auch nach § 263 StGB) in Betracht.

118 *Hebenstreit*, in: Müller-Gugenberger (Fn. 2), § 50 Rn. 150; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 265b Rn. 2: Kommt es (zumindest) zum Versuch des Betrugs nach § 263 Abs. 1 und 2 StGB, tritt § 265b StGB zurück, vgl. BGH, Beschl. v. 21.2.1989 – 4 StR 643/88, BGHSt 36, 130.

119 *Hebenstreit*, in: Müller-Gugenberger (Fn. 2), § 50 Rn. 150.

120 *Hebenstreit*, in: Müller-Gugenberger (Fn. 2), § 50 Rn. 166.

## Die Staatsanwaltschaft als Insolvenzpolizei – eine Polemik gegen die Praxis der Ermittlungen ohne Verdacht

von Rechtsanwalt *Christof Püschel*, Köln und Rechtsreferendar *Dr. Alexander Paradissis*, Düsseldorf

### I. Offene Fragen zur Genese von Insolvenzstrafverfahren

Gewerbliche Insolvenzen ohne Straftat haben nach verbreiteter Auffassung Ausnahmecharakter.<sup>1</sup> Schätzungen gehen dahin, dass 50 – 80 % der Unternehmenszusammenbrüche mit Insolvenzdelikten einhergehen.<sup>2</sup> Tragfähige Belege für diese Annahme fehlen zwar. Die Zahlen scheinen in Ansehung der tatbestandlichen Weite der §§ 283 ff. StGB indes nicht unplausibel. So sanktioniert z.B. § 283b Abs. 2 StGB – unter Schuldaspekten intrikat – selbst die fahrlässige Nichterfüllung von Buchhaltungs- und Bilanzierungspflichten.<sup>3</sup> Und etwaige Normverstöße in Kontext des Unternehmenszusammenbruchs bleiben selten unentdeckt. In diesem Delinquenzbereich gibt es nämlich eine besondere Kontrollintensität. Anders als sonstige Ermittlungsverfahren, die zu mehr als 90 % durch Strafanzeigen initiiert werden,<sup>4</sup> kommen Insolvenzstrafverfahren meist von Amts wegen in Gang:<sup>5</sup>

Das Insolvenzgericht wird durch die „Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen“ (MiZi)<sup>6</sup> grds. verpflichtet, die Staatsanwaltschaft über jede gewerbliche Insolvenz zu informieren.<sup>7</sup> Mitzuteilen ist sowohl die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (IX Nr. 2 MiZi), als auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (IX Nr. 3 MiZi), und zwar selbst dann, wenn die Eröffnung mit Anordnung der Eigenverwaltung erfolgt (IX Nr. 3 Abs. 1 Nr. 2).<sup>8</sup> Daraufhin fordert die Staatsanwaltschaft die Insolvenzakten an und wertet diese im Hinblick

auf etwaige Anhaltspunkte für Insolvenzdelikte aus. Diese als „Holkriminalität“<sup>9</sup> bezeichnete Handhabung führt zu einer weitgehenden Kongruenz von Hell- und Dunkelfeld.<sup>10</sup> Es ist an der Zeit, diese Praxis kritisch zu hinterfragen:

- Begründen die Eröffnung respektive Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens den Anfangsverdacht eines Insolvenzdelikts?

1 *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, 9. Aufl., Rn. 3 m.w.N.

2 NK-StGB/*Kindhäuser*, 4. Aufl., Vor §§ 283 Rn. 4 m.w.N.

3 Kritisch etwa *Satzger/Schmitt/Widmaier/Bosch*, StGB, 2. Aufl., § 283b Rn. 1; *AnwKomm-StGB/Püschel*, 2. Aufl., Vor §§ 283 Rn. 2.

4 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., Rn. 314.

5 *Weyand/Diversy* (Fn. 1), Rn. 167.

6 Die MiZi ist eine in sämtlichen Ländern bundeseinheitlich geltende Verwaltungsvorschrift. Die Anordnung regelt, in welchen Fällen und in welchem Ausmaß Zivilgerichte Informationen aus laufenden und abgeschlossenen Zivilverfahren an Dritte im weiteren Sinne, insbesondere an Behörden, weitergeben dürfen. Die MiZi konkretisiert damit die gesetzlichen Mitteilungspflichten insbesondere nach §§ 12 ff. EGGVG.

7 Ausgenommen von der Mitteilungspflicht sind nach IX Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und IX Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 MiZi lediglich Verfahren gegen Privatpersonen ohne Bezug zu einer gewerblichen Tätigkeit des Schuldners.

8 Mitzuteilen sind laut VI Nr. 2 MiZi auch Eintragungen in das Schuldnerverzeichnis nach § 882b ZPO, wenn das Verfahren eine AG, eine KGaA, eine GmbH oder eine Genossenschaft betrifft. Dasselbe gilt, wenn das Verfahren eine OHG oder KG betrifft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist.

9 *Diversy*, ZInsO 2005, 180.

10 Das Dunkelfeld ist eine Bezeichnung für die Differenz der tatsächlich begangenen Delikte zu den amtlich erfassten Straftaten, vgl. *Kühne* (Fn. 4), Rn. 341 m.w.N. in Fn. 4.

- Falls nicht – auf welcher gesetzlichen Grundlage erfolgt die Beziehung und Auswertung der Insolvenzakten?
- Oder ist – *horribile dictu* – der Staatsanwalt mangels Rechtsgrundlage zur Untätigkeit verdammt?

## II. Anfangsverdacht durch MiZi

Nach § 152 Abs. 2 StPO setzt die Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ für eine verfolgbare Straftat voraus. Für diese Prämisse des Einschreitens der Staatsanwaltschaft hat sich der Begriff des Anfangsverdachts etabliert.<sup>11</sup> Er soll zum einen das Legalitätsprinzip konkretisieren und eine Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens auslösen.<sup>12</sup> Zum anderen soll der Anfangsverdacht zugleich die Befugnis der Strafverfolgungsbehörden zum Einschreiten begrenzen.<sup>13</sup> Durch diese Limitierung soll eine „Schnüffeljustiz“<sup>14</sup> verhindert werden, in der die Staatsanwaltschaft ins Blaue hinein mit der Zielsetzung ermittelt, auf mutmaßliche Straftaten zu stoßen.<sup>15</sup> Es besteht also ein Verbot, Ermittlungen zu beginnen, um Anhaltspunkte für einen Verdacht erst zu gewinnen.<sup>16</sup> Kurzum: keine Ermittlungen ohne konkreten Anfangsverdacht.

Eine trennscharfe Definition des rechtsstaatlich so bedeutsamen Begriffs des Anfangsverdachts ist bis heute nicht gelungen. Nach den in Rechtsprechung und Literatur geläufigen Umschreibungen genüge die Möglichkeit, dass nach kriminalistischer Erfahrung eine verfolgbare Straftat gegeben sei.<sup>17</sup> Die Schwelle für ein Eingreifen der Staatsanwaltschaft ist also sehr niedrig. Allerdings muss die Prognose einer möglichen Straftat auf bestimmten Tatsachen fußen.<sup>18</sup> Daher rechtfertigen bloße Vermutungen sowie auf allgemeiner Erfahrung beruhende Verdächtigungen es nicht, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten.<sup>19</sup> Insbesondere kann ein Anfangsverdacht nicht auf generelle Wahrscheinlichkeitsprognosen gestützt werden.<sup>20</sup> Selbst gesicherte kriminalistische Erkenntnisse genügen nicht, wenn sie sich lediglich auf die statistische Häufigkeit bestimmter Straftaten in einem bestimmten Milieu beziehen.<sup>21</sup> Eine empirisch gestützte Hypothese, dass Insolvenzen in 80 % der Fälle mit Insolvenzdelikten einhergehen, legitimierte daher als generelle Wahrscheinlichkeitsprognose die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nicht.<sup>22</sup> Folglich führen die Mitteilungen des Insolvenzgerichts über die Eröffnung oder Nichteröffnung des Verfahrens nicht ohne Weiteres zur Bejahung zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für das Vorliegen von Insolvenzstraftaten.<sup>23</sup>

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Mitteilung einen konkreten Hinweis des Insolvenzgerichts auf mögliche Straftaten enthielte oder der Mitteilung auch zu entnehmen wäre, dass eine Information der Staatsanwaltschaft aus Sicht des Gerichts zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist (vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 1 EGGVG). Eine solche qualifizierte Mitteilung stellte einen zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkt gem. § 152 Abs. 2 StPO dar.<sup>24</sup> In der Praxis beschränken sich die Insolvenzgerichte indes aufgrund der uneingeschränkten und ausnahmslosen Mitteilungspflicht

der MiZi auf die lakonische Übermittlung der Beschlüsse über Eröffnung oder Nichteröffnung. Eine Prüfung weiterer Voraussetzungen oder gar eine Ermessensentscheidung geht dieser Unterrichtung nicht voraus. Ein Anfangsverdacht kann bei dieser Handhabung grds. nicht konstatiert werden.

## III. Ermächtigungsgrundlage für Vorermittlungen

Da auf Basis der fragmentarischen Information durch das Insolvenzgericht i.d.R. kein Anfangsverdacht bejaht werden kann, hat die Staatsanwaltschaft ein Problem: Ermittlungsmaßnahmen auf der Basis der §§ 160, 161 StPO setzen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO voraus. Diese gibt es (noch) nicht. Ebenso wenig existiert indes eine Ermächtigungsgrundlage für „Vorermittlungen“.<sup>25</sup> Diese sieht die StPO grds. nicht vor. Die Ausnahmeregelung des § 159 StPO ist ebenso wenig verallgemeinerungsfähig wie die Spezialvorschrift des § 208 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO für das Steuerstrafverfahren. Ermittlungen im Sinne der StPO, namentlich Grundrechtseingriffe, sind der Staatsanwaltschaft im Regelfall unterhalb der Schwelle des Anfangsverdachts nicht gestattet.<sup>26</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt in der Beziehung und Auswertung von Akten mit personenbezogenen Daten ohne Einwilligung des Betroffenen ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>27</sup> Eingriffe in

11 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., § 39 Rn. 15; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241.

12 Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl., § 152 Rn. 2.

13 *Löwe/Rosenberg/Beulke*, StPO, 26. Aufl., § 152 Rn. 22; *Zabel*, ZIS 2014, 340, 341.

14 *Wölfl*, JuS 2001, 478, 481.

15 *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241.

16 *Fischer/Maul*, NStZ 1992, 7, 10; *SK-StPO/Wefblau*, 4. Aufl., Vor §§ 151 ff. Rn. 6 m.w.N.

17 *BGH*, NJW 1989, 96, 97; *KK-StPO/Diemer*, 7. Aufl., § 152 Rn. 7; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 12), § 152 Rn. 4 m.w.N.

18 *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 12), § 152 Rn. 4 m.w.N.

19 *Löwe/Rosenberg/Beulke* (Fn. 13), § 152 Rn. 22; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 12), § 152 Rn. 4 m.w.N.

20 *OLG Hamburg*, GA 1984, 289, 290; *Löwe/Rosenberg/Beulke* (Fn. 13), § 152 Rn. 22; *SK-StPO/Wefblau* (Fn. 16), § 152 Rn. 14; *Hoven*, NStZ 2014, 361, 366 f.

21 *SK-StPO/Wefblau* (Fn. 16), § 152 Rn. 14; *Putzke*, Strafprozessrecht, 2004, S. 24; *Kniesel*, ZRP 1987, 377, 380; *Hoven*, NStZ 2014, 361, 366 f.

22 Vgl. *SK-StPO/Wefblau* (Fn. 16), § 152 Rn. 14; *Putzke* (Fn. 21), S. 24; *Kniesel*, ZRP 1987, 377, 380; *Hoven*, NStZ 2014, 361, 367; a.A. *Weyand/Diversy* (Fn. 1), Rn. 170; s. auch *Diversy*, ZInsO 2005, 182, die es noch als „gewagt“ bezeichnet, dem Geschäftsführer einer GmbH oder dem Vorstand einer AG allein wegen eines erfolgten Insolvenzantrags eine Insolvenzverschleppung zu unterstellen und den Anfangsverdacht zu bejahen.

23 *S. Groß*, FS Dahs, 2005, S. 249, 260; *Senge*, FS Hamm, 2008, S. 701, 709; vgl. auch *Keller/Griesbaum*, NStZ 1990, 416, 417.

24 Vgl. *Haas*, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, 2003, S. 54.

25 *Haas* (Fn. 24), S. 61.

26 *Senge* (Fn. 23), S. 701, 710; *Krause*, BRAK-FS, 2006, 351, 353. Zu diskutieren bleibt, ob die Staatsanwaltschaft Abklärungen in eigenen Dateien oder öffentlich zugänglichen Dateien (z.B. Unternehmensregister) vornehmen kann. Ansonsten hat die Staatsanwaltschaft den Beschluss über Eröffnung oder Nichteröffnung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 EGGVG an das Insolvenzgericht zurückzuschicken.

27 *BVerfGE* 65, 1 („Volkszählungsurteil“); *Senge* (Fn. 23), S. 701, 710.

das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, die dem Gebot der Normenklarheit und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt sowie die organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorkehrungen enthält, die der Gefahr einer Verletzung der Persönlichkeitsrechte entgegenwirken.<sup>28</sup> Eine solche Ermächtigungsgrundlage für die Beiziehung und Auswertung der Insolvenzakten ist nicht vorhanden.<sup>29</sup> Also ist die verbreitete staatsanwaltschaftliche Praxis, die Insolvenzakten beizuziehen und systematisch auf den Verdacht von Insolvenzdelikten auszuwerten, illegal.

#### IV. Rechtswidrigkeit der MiZi

Ist es nicht widersprüchlich, dass das Insolvenzgericht den Staatsanwalt über die Eröffnung oder Nichteröffnung des Verfahrens zu informieren gesetzlich verpflichtet ist, dieser jedoch keine Ermittlungen aufnehmen darf?

Die Insolvenzgerichte sind mitnichten gesetzlich verpflichtet, die Staatsanwaltschaft zu informieren. § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG statuiert, dass Daten über die Abweisung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse übermittelt werden „dürfen“. Nach § 17 Nr. 1 EGGVG ist die Übermittlung „zulässig“. Die einschlägigen Vorschriften begründen daher lediglich Mitteilungsermächtigungen.<sup>30</sup> Die Übermittlung steht im Ermessen des Insolvenzgerichts. Dieses gesetzlich gewährleistete Ermessen schließt in einem gewissen Rahmen nicht aus, dass die Justizverwaltung Mitteilungspflichten durch Verwaltungsvorschriften konstituiert. Hier wie auch sonst können im Wege der Normenkonkretisierung und Ermessensbindung konkrete Fälle festgelegt werden, in denen bei Ausübung pflichtgemäßen Ermessens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zweifelsfrei eine Mitteilung geboten ist.<sup>31</sup> Dies käme etwa in Betracht, wenn der Eröffnungsantrag einer gesetzlichen Krankenkasse mangels Masse abgelehnt wird. Die Regelungen in der MiZi über die Mitteilungen in Insolvenzverfahren sprengen freilich den zulässigen Rahmen. Der dem Insolvenzgericht von Gesetzes wegen eingeräumte Handlungsspielraum wird durch die Konstituierung einer ausnahmslosen Mitteilungspflicht konterkariert. Schon aus diesem Grund begegnen die Verwaltungsvorschriften rechtlichen Bedenken.<sup>32</sup> Hinzu kommt, dass die dort statuierten Pflichtmitteilungen auch Fälle erfassen, in denen die Übermittlung offensichtlich nicht erforderlich und daher unverhältnismäßig ist. Dies liegt etwa bei der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit der Anordnung der Eigenverwaltung (IX Nr. 3 Abs. 1 Nr. 2 MiZi) auf der Hand. Denn diese setzt nach § 270 Abs. 2 InsO voraus, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Schließlich kollidiert die uneingeschränkte Mitteilungspflicht auch mit der Regelung des § 12 Abs. 3 EGGVG. Nach dieser Bestimmung ist eine Übermittlung unzulässig, wenn ihr eine besondere Verwendungsregelung entgegensteht. Zu diesen Verwendungsregelungen dürfte insbesondere auch § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO gehören.<sup>33</sup> Hiernach dürfen ohne die Zustimmung des Schuldners bzw. Organvertreters die von ihm erteilten Auskünfte in einem

Strafverfahren weder unmittelbar noch mittelbar verwendet werden. Die Auskunftspflicht des Organvertreters gehört zu den wichtigsten Erkenntnisquellen im Insolvenzverfahren.<sup>34</sup> Nicht selten gründet die Entscheidung über die Eröffnung maßgeblich oder ausschließlich auf dessen obligatorischen Angaben. Dann verstößt die Mitteilung an die Staatsanwaltschaft gegen § 12 Abs. 3 EGGVG.

Mit anderen Worten: Die Verwaltungsvorschriften über die Mitteilungen in Insolvenzverfahren schießen weit über die gesetzliche Regelung hinaus. Sie sind in der geltenden Fassung rechtswidrig.

#### V. Fazit

Im Ergebnis hat die auf die MiZi gestützte Massenübermittlung der Entscheidungen der Insolvenzgerichte über die Eröffnung ebenso zu unterbleiben wie die auf diese Mitteilungen gestützte Beiziehung der Insolvenzakten durch die Staatsanwaltschaft im Rahmen von Vorermittlungen. Eine geordnete Strafrechtspflege bleibt gleichwohl gesichert. In den wirklich strafwürdigen Konstellationen, in denen nicht nur Formalverstöße oder Saumseligkeiten bei der Antragsstellung in Rede stehen, sondern Vermögensverschiebungen zu beklagen sind, stellen die betroffenen Gläubiger und/oder der Insolvenzverwalter regelmäßig Strafanzeige. Zudem kommt in diesen Fällen eine Mitteilung der Insolvenzgerichte nach §§ 13 Abs. 1 Nr. 4, 17 Nr. 1 EGGVG in Betracht. Dadurch ist die Strafverfolgung hinreichend gewährleistet und der Ermittlungsökonomie gedient. Hinter dem Topos der „Holkriminalität“ verbirgt sich in der gegenwärtigen Mitteilungspraxis eine Präventivkontrolle unterhalb der Schwelle des Anfangsverdachts, die die Staatsanwaltschaft zur Insolvenzpolizei degradiert. Diese Verschmelzung der Rollen von Staatsanwaltschaft und Polizei mag modern und in anderen Bereichen – etwa der „Geldwäschebekämpfung“<sup>35</sup> – sogar legalisiert sein. Im Insolvenzstrafrecht kollidieren „Ausforschungsermittlungen“<sup>36</sup> nicht nur mit dem gesetzlich gewünschten Anreiz zur frühzeitigen Stellung eines Eröffnungsantrags sowie dem Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO. Vor allem fehlt es der „Schnüffeljustiz“ im Insolvenzstrafrecht an einer gesetzlichen Grundlage.

28 BVerfGE 65, 1, 44.

29 Vgl. *Senge* (Fn. 23), S. 701, 710.

30 BT-Drucks. 13/4709, S. 18; KK-StPO/Mayer (Fn. 17), § 12 EGGVG Rn. 13.

31 BT-Drucks. 13/4709, S. 18; *Kissel-Mayer*, GVG, 7. Aufl., § 12 EGGVG Rn. 25; KK-StPO/Mayer (Fn. 17), § 12 EGGVG Rn. 13.

32 Vgl. *Lange*, NJW 1992, 1193, 1195.

33 Eingehend zu Umfang und Reichweite des Verwendungsverbots des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO *Püschel*, FS 25 Jahre AG Strafrecht im DAV, Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 759 ff.; vgl. auch *Laroche*, ZInsO 2015, 1469, 1471 f.

34 *Laroche*, ZInsO 2015, 1469.

35 Vgl. die Meldepflicht nach § 11 GWG i.d.F. des GWPräOptG v. 22.12.2011.

36 *Krause* (Fn. 26), S. 351, 352.