

verzichten können: Aufgabe des (auch des Umwelt-)Strafrechts ist es, gegenüber besonders sozialschädlichen Verhaltensweisen, also für gesellschaftlich unter keinen Umständen tolerierbare Störungen schutzwürdiger Rechtsgüter, die jeweils geltenden Ordnungsansprüche durchzusetzen und sie in ihrem Bestand zu sichern und dadurch zugleich diese Rechtsgüter zu konturieren und ihren gezielten Schutz zu installieren. Strafrechtlicher Umweltschutz hat darüber hinaus eine handlungsleitende Funktion für sämtliche Implementationssträger und konstituiert einen wertebildenden ökologischen Schutzanspruch. Zwar kann das Strafrecht im Bereich des Umweltschutzes nicht die Speerspitze sein, wohl aber den geschützten ökologischen Interessen (gegenüber dem Verwaltungsrecht) eine größere Geltung und Verbindlichkeit verschaffen<sup>84</sup>). Demgegenüber würde eine Abschaffung des Umweltstrafrechts und die damit verbundene Entkriminalisierung — wie oben bereits dargelegt und von Heine/Meinberg<sup>85</sup>) jüngst warnend bekräftigt — zu gefährlichen Zweifeln an der ökologischen Redlichkeit des Staates führen und weitreichende sozialpsychologische Folgen nach sich ziehen.

Das Strafrecht bleibt weiterhin aufgerufen zur Erfüllung seiner normstiftenden Funktion — eine Aufgabe, die es freilich — wie gezeigt — nur dann erfüllen kann, wenn die bestehenden Ursachen des Vollzugsdefizits beseitigt werden. Dazu sollten die oben genannten Vorschläge eine Hilfe leisten.

Abschließend bleibt aber noch einmal nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß das Strafrecht immer nur funktioniert und gesehen werden kann als Teil eines Gesamtkonzepts, mit Hilfe dessen die umweltpolitischen Ziele und Grundsätze und die zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Maßnahmen verbindlich festgelegt werden<sup>86</sup>). Die verbindliche Lösung der Zielkonflikte bedarf aber zu allererst einer klaren politischen Entscheidung im Sinne einer endlich neu zu orientierenden Abwägung der hier widerstreitenden Inter-

sen von Ökologie und Ökonomie. Diese Entscheidung darf bestimmte Bereiche nicht tabuisieren. Das Wissen um die Bedrohung, die von einem weiterhin unbegrenzten ökonomischen Wachstum für die natürlichen Lebensgrundlagen ausgeht, sollte zu der politischen Erkenntnis führen, daß diese Bedrohung nur durch die empfindliche Beschränkung der ökonomischen Freiheit des einzelnen abgewendet werden kann<sup>87</sup>).

Diese politische Willensbildung kommt nur allzu mühsam voran, aber: sie kommt. Und daher sollte auch das Strafrecht bei der schwierigen Aufgabe des Umweltschutzes nicht vorzeitig kapitulieren, sondern mit Nachdruck die Beschleunigung und Umsetzung dieser Willensbildung einfordern, damit es sich auf einen glaubwürdigen Grundkonsens<sup>88</sup>) und daraus abgeleitete verbindliche Verwaltungsregelungen berufen kann und sich nicht als „Büttel“ einer halbherzigen Umweltpolitik mißbrauchen läßt.

<sup>84</sup>) Zur Funktion des Umweltstrafrechts im o. g. Sinne s. auch Meinberg, ZStW 100 (1988), S. 112 ff. (154); ders., Neue Kriminalpolitik 1989, S. 46 ff. (47); Heine/Meinberg, GA 1990, S. 7 ff. (10).

<sup>85</sup>) GA 1990, S. 1 ff. (12); so auch schon vorher Heine, ZStW 101 (1989), S. 722 ff. (754) sowie Meinberg, Neue Kriminalpolitik 1989, S. 46 ff. (47).

<sup>86</sup>) Zur Einbindung des Umweltstrafrechts in die Gesamtheit aller Maßnahmen der Umweltpolitik s. auch Meinberg, in: Eser/Kaiser (Hrsg.), Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1987, S. 103 ff. (107 f.) sowie Hohmann (oben Fn. 20), S. 216.

<sup>87</sup>) Dazu auch Stratenwerth, in: FS für Mithofer, 1988, S. 571 ff. (584), der in diesem Zusammenhang nicht nur an das ordnungsrechtliche Instrumentarium, sondern auch an die „künstliche...Verteuerung bestimmter Rohstoffe oder Produkte zur Steuerung des ökonomischen Verhaltens denkt.

<sup>88</sup>) S. dazu auch Prittwitz (StrVert 1991, S. 435 ff., 438 m.w.N.), der davor warnt, daß „in einer nicht nur unsicheren, sondern auch verunsicherten Gesellschaft dem Strafrecht (. . .) die Rolle eines Vermittlers symbolischer Versicherung zugeordnet (wird)“.

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Schwetzingen

## Straftaten im Bankrott — Normprogramm und komplexe Vorgänge

Bedarf es einer Ausweitung oder Einschränkung der strafrechtlichen Erfassung von Insolvenzdelikten?

### I. Aufgabenstellung

Rechtsgut der Konkursdelikte ist der Schutz der etwaigen Konkursmasse vor unwirtschaftlicher Verringerung, Verheimlichung und ungerechter Verteilung zum Nachteil der Gläubigergemeinschaft<sup>1</sup>). Die §§ 283 ff. StGB erfassen bei weitem nicht die Bandbreite typischer strafrechtlicher Verfehlungen, die regelmäßig Begleiterscheinung eines Konkurses sein können. Der Betrugstatbestand, die §§ 401 AktG, 84 GmbHG, 148 Nr. 2 GenossenschaftsG spielen hier ebenso hinein, wie in der Insolvenzphase begangener Hinterziehungen von Steuern und Sozialabgaben, Untreuehandlungen und natürlich Sondertatbestände wie der Versicherungs- oder Kreditbetrug.

Das Regelwerk klingt imposant, in vorliegendem Beitrag soll jedoch die Frage erörtert werden, ob gerade bezüglich der massivsten wirtschaftlichen Schädigungen des Mittelstandes (Lieferanten, Handwerker etc.) ein Regelungsungleichgewicht zwischen zulässigen zivilrechtlichen Konstruktionen zur Bevorzugung einzelner Gläubiger und dem Zugriff des Konkursstrafrechts im weitesten Sinne besteht. Ob es sinnvoll ist, ungleich verteilte wirtschaftliche Macht, die sich in unterschiedlicher Verfolgungsintensität niederschlägt, anders oder gar ausweitend zu regeln, erörtert zum Schluß ein Gesetzgebungsvorschlag.

### II. Der Beispielsfall

Ein Unternehmen aus der Bauwirtschaft ist im Bereich von Großobjekten tätig. Um die Großaufträge einer nur begrenzten Zahl möglicher Auftraggeber zu erhalten, verbietet es sich, die auf den werkvertraglichen Erfolg und die Abnahme zielenden Bauverträge so zu gestalten, daß die Vorschüsse die Aufwendungen bis zur Abnahme decken. Die eigene Inanspruchnahme von Lieferanten, Subunternehmern etc. muß also durch die Hausbank (im folgenden Bank genannt) vorfinanziert werden.

Zur Absicherung der Kredite an das Bauunternehmen, eine GmbH beschränkt sich die Bank nicht auf deren Haftung, sondern verpflichtet den Hauptgesellschafter und dessen im Betrieb arbeitende Ehefrau vertragsrechtlich zulässig persönlich. Die Eheleute übernehmen die unbegrenzte persönliche Haftung, die nach den AGB der Banken für sämtliche Firmen- und Privatverbindlichkeiten gilt. Zusätzlich werden die Kredite durch Grundschulden auf den betrieblichen und privaten Grundstücken abgesichert. Für Avale hat der Festgeld des Unternehmens, die Maschinen sind der Bank sicherungsübereignet, es besteht eine Globalzession bezüglich aller Forderungen gegen Schuldner der GmbH.

<sup>1</sup>) Vgl. Dreher/Tröndler, 45. Aufl., Vor § 283 Rdn. 3; BGHSt 28, 373.

wist  
Als d  
Zwei  
gung  
das t  
ist, la  
wird  
der I  
schäf  
wird  
gestel  
herige  
wesw  
In der  
dit me  
gleich  
dem,  
kurs b  
Der K  
naturg  
gelder  
es kein  
gels N  
so daß  
gläubig  
III. De  
Die jet  
ktiv  
fizierte  
die dre  
dem, d  
Konku  
gels M.  
enem  
dieser  
und ihn  
bigern  
proben  
sieh hier  
aus der  
I. Die p  
In der  
formell  
le des G  
tiert.  
leht etv  
und erke  
Vermöge  
hängert  
schäftlic  
All dies,  
feld und  
Nicht nu  
nehmens  
dem Unt  
nehmens  
anziert,  
die für d  
erführe  
Der Inha  
sch entsc  
relativ se  
schränku  
jede Kre  
schuldner  
schaft mit

Als das Unternehmen Probleme bekommt, befürchtet die Bank, aus Zwangsversteigerungen etc. für die Sicherheiten nur Zerschlagungswerte zu erzielen, die den Kreditumfang nicht abdecken. Um das Unternehmen, das weder überschuldet noch zahlungsunfähig ist, langfristig sowohl zu retten als auch unter Kontrolle zu bringen, wird eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eingesetzt, die zu 95 % der Bank gehört. Auf deren Vorschlag wird der bisherige Geschäftsführer in seiner Tätigkeit beschränkt, das Gehalt der Ehefrau wird herabgesetzt, es werden zwei weitere leitende Angestellte eingestellt, und es wird ein Beirat gebildet, der es ermöglicht, den bisherigen Hauptgesellschafter zu überstimmen, was dieser weiß, weswegen er künftig den Konsens sucht.

In der Schlußphase des Unternehmens erhält die GmbH keinen Kredit mehr, die Lieferanten liefern weiter, man behilft sich mit vergleichswisen Regelungen und kann letztendlich doch nicht verhindern, daß die AOK aufgrund gegebener Beitragsrückstände Konkurs beantragt.

Der Konkursverwalter ist industriert, denn außer Forderungen gegen naturgemäß immer schleppender zahlender Schuldner und die Festgelder, die möglicherweise nicht für Avale gebraucht werden, gibt es keine Masse. Um eine Ablehnung der Konkursöffnung mangels Masse zu vermeiden, bezahlt die Bank den Konkursverwalter, so daß Konkurs eröffnet wird. Die Lieferanten und sonstigen Kleingläubiger fallen in Höhe von mehreren Millionen aus.

### III. Der Regelungsgegenstand des aktuellen Konkursstrafrechts

Die jetzt im Gesetzbuch getroffene Regelung, die die als „wenig effektiv“<sup>2)</sup> bewertete alte Regelung ablöste, verlangt ein näher qualifiziertes Handeln des Täters während einer Krise<sup>3)</sup>. § 283 verlangt die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit, Ziff. VI zudem, daß der Täter seine Zahlungen eingestellt hat oder daß ein Konkursverfahren eröffnet wird oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist. § 283c bestraft denjenigen, der einem Gläubiger eine Sicherheit oder Befriedigung gewährt, die dieser nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat und ihn dadurch absichtlich oder wissentlich vor den übrigen Gläubigern begünstigt. Nur diese Regelungen sollen zunächst begrenzt problematisiert werden, wobei angenommen werden kann, daß es sich hierbei um typische Muster von Delinquenz oder Handlungen aus dem Randbereich der Delinquenz handelt.

#### 1. Die personale Struktur der Delikte

In der Tradition des Schuldstrafrechts ist der Geschäftsführer, ob formeller oder faktischer Geschäftsführer, verantwortlich als „Seele des Geschäfts“<sup>4)</sup>. Entsprechend ist § 283 StGB personal systematisiert. Der Geschäftsführer schafft Vermögen beiseite, verheimlicht etwas, macht etwas unbrauchbar, täuscht Rechte anderer vor und erkennt erdichtete Rechte an, erschwert die Übersicht über sein Vermögen, stellt in derselben Art und Weise Bilanzen auf und verringert seinen Vermögensstand, verschleiert die wirklichen geschäftlichen Verhältnisse oder verheimlicht sie nur.

All dies, was als Tatbestand in der Krise strafbar wird, ist im Vorfeld und zur Vorbereitung auf mögliche Krisen legal und üblich. Nicht nur, daß der Geschäftsführer eines kapitalschwachen Unternehmens mit einem prächtigen Kraftfahrzeug suggeriert, daß es dem Unternehmen gut ginge, gerade die Basisstruktur eines Unternehmens, das sich üblicherweise über Kredite finanziert und refinanziert, weist organisatorische und vertragliche Grundmuster auf, die für den nicht zur Grundstruktur gehörenden Geschäftspartner irreführend in höchstem Maße sein können. Im einzelnen:

Der Inhaber eines kleinen mittelständischen Unternehmens, der sich entschlossen hat, die Rechtsform der GmbH zu nutzen, erfährt relativ schnell nach Konteneröffnung, daß ihm die Haftungsbeschränkung auf das Stammkapital von DM 50000 wenig nützt, da jede Kreditierung mit der Übernahme der unbegrenzten selbstschuldnerischen Bürgschaft verbunden wird. Da auch diese Bürgschaft möglicherweise nicht allzuviel wert sein kann, bemüht sich

die Bank um Sicherheiten, die sie, da das Unternehmen Geld braucht, typischerweise auch erhält. In die betrieblichen und privaten Grundstücke werden Grundschulden eingetragen, regelmäßig im vorderen Rang und regelmäßig in einer Höhe, die dazu führt, daß Sicherungshypotheken von Grundpfandgläubigern, die in der Krise hinzukommen, keinerlei Verwertungsaussichten haben. Da nicht angegeben werden muß, wie hoch die Grundschuld noch valuiert, kann so für den sonstigen Gläubiger bei Blick ins Grundbuch der Falscheindruck entstehen, hier sei „nichts mehr zu holen“, weil er nur die Grundschuld der Bank sieht, nicht aber weiß, wie hoch die dahinterliegenden Verbindlichkeiten sind oder ob sie überhaupt noch existieren.

Neben der Bestellung von Sicherheiten aller Art besteht die Bank regelmäßig darauf, daß alle Privat- und Geschäftskonten über ihr Haus geführt werden.

Aufgrund der AGB der Banken ergibt sich daher für das Innenverhältnis zwischen dem Unternehmen und der Bank folgendes:

Die Bank hat bezüglich der Höhe der eigenen Forderungen ein gewisses Ermessen, da Zinsen, Entgelte, Auslagen und Nebenkosten jeweils „nach billigem Ermessen“<sup>5)</sup> festgelegt werden dürfen. Der Kunde darf „wenigstens Abrechnung verlangen“. Regelmäßig werden in den Geschäftsbeziehungen die Konten mit Dispositionskrediten ausgestattet, die regelmäßig überzogen werden, so daß für den Kunden Überziehungszinsen zusätzlich anfallen<sup>6)</sup>.

Es ist zulässig, sich im Innenverhältnis routinemäßig seitens der Bank alle Aktiva des Betriebes einzuverleiben, da es eine strikte Regelung zur Verhinderung einer Übersicherung der Bank nicht gibt. § 19 I. der AGB der Banken lautet:

„Die Bank hat dem Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten, auch soweit sie bedingt oder befristet sind.“

Die genannte vertragliche Konstellation, daß der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der GmbH zusammen mit seiner Ehefrau auch privat unbegrenzt bürgen, führt zu einem umfassenden Zugriff auf die Gesamtheit des Firmen- und Privatvermögens nach § 19 II. der AGB der Banken:

„Die in den Besitz oder in die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Bank gelangten oder noch gelangenden Sachen und Rechte dienen als Pfand für alle bestehenden und künftigen — auch bedingten und befristeten — Ansprüche der Bank gegen die Kunden; dies gilt auch für die Ansprüche des Kunden gegen die Bank selbst. Das Pfandrecht besteht ebenso für Ansprüche gegen den Kunden, die von Dritten auf die Bank übergehen, und für Ansprüche der Bank gegen Firmen oder Gesellschaften, für deren Verbindlichkeiten der Kunde persönlich haftet. Es macht keinen Unterschied, ob die Bank den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz, die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt über die Gegenstände erlangt hat.“

Dies bedeutet, daß vom Schließfachinhalt über die Haben-Salden über die Festgelder bis zu den Grundpfandrechten, sicherungsübertragenen Gegenständen, global zedierten Forderungen bis hin zum Sparbuch der Ehefrau alles für aktuelle und künftige Ansprüche der Bank haftet.

Die Firma ist daran interessiert, hier Wohlverhalten gegenüber der Bank zu zeigen, da nach § 20 der AGB der Banken diese befugt ist, „die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten“.

<sup>2)</sup> Dreher/Tröndle, Vor § 263 Rdn. 6.

<sup>3)</sup> AaO. Rdn. 8.

<sup>4)</sup> Vgl. Schäfer, „Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Konkursstrafrecht“, wistra 1990, S. 81 m.w.N.

<sup>5)</sup> § 14 der AGB der Banken, vgl. Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl., Anhang 8.

<sup>6)</sup> § 14 III. der AGB der Banken, aaO.

Es verwundert nicht, daß es eine Androhung der Verwertung oder der Einhaltung einer Frist nicht bedarf<sup>7)</sup>.

Zur Sicherung übertragene Sachen und Rechte darf die Bank nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig verwerten<sup>8)</sup>. Auf Kosten des Kunden darf sich die Bank alle Unterlagen beschaffen, die sie zur Prüfung bei der Bestellung, Verwaltung, Freigabe und Verwertung von Sicherheiten für erforderlich hält<sup>9)</sup>.

Aufgrund der Vorschrift des § 265b StGB, eine Vorschrift, von der sonstige Gläubiger nur träumen können, genügt es zur Erhebung und internen Nutzung des Vorwurfs, daß das Unternehmen im Zuge der laufenden Geschäftsbeziehungen — ständig werden neue Kredite gewährt, andere getilgt etc. — Dinge unrichtig angibt oder verschweigt. Die Vorschrift verpflichtet den Unternehmer also zu einer vollständigen Information der Bank gegenüber.

Im Außenverhältnis wird dieses strukturelle vertraglich zulässige Übergewicht naturgemäß nicht transparent. Der ungesicherte Lieferant wird ebenso wie der Subunternehmer naturgemäß nicht darauf hingewiesen, daß sämtliche Bestandteile des Vermögens des Unternehmens durch den vertraglichen alleinigen Zugriff der Banken bereits beiseite geschafft (§ 283, Ziffer 1 StGB) sind und daß es am Vermögensstand nichts mehr zu verringern (§ 283, Ziffer 8 StGB) gibt.

Anders formuliert: Bereits lange bevor eine Krise tatbestandsmäßig feststellbar ist, ist bereits im Hinblick auf die Krise ein Gläubiger, die Bank, begünstigt, während das Risiko voll auf den restlichen Gläubigern lastet.

Die Problematik steigert sich, wenn für den Kenner der Interna des Unternehmens, wozu aufgrund des vollständigen Überblicks über alle Zahlungsein- und -ausgänge, über Prozesse mit Bürgschaftserstellung etc., die Bank gehört, ersichtlich ist, daß eine negative Unternehmensentwicklung eintritt, bei der es Wertungsfrage ist, ob man von einer Talsohle, von Problemen oder einer echten Krise spricht. mit der Person des Geschäftsführers hat dies weniger zu tun als mit Vertragsrecht und wirtschaftlicher Macht.

## 2. Die Krise

Das von der Rechtsprechung entwickelte Normprogramm zur Frage von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit hat sich bislang relativ vergeblich bemüht, dem wirtschaftlichen Sachverhalt gerecht zu werden. Angefangen von Formeln wie „naheliegende Wahrscheinlichkeit“<sup>10)</sup> über Begriffstautologien dahingehend, daß die Zahlungsunfähigkeit drohe, wenn sie sich als nahe bevorstehend darstellt<sup>11)</sup>, wird die Vielfalt möglicher Krisenvarianten nur unzutreffend erfaßt. Der Zeitpunkt, zu dem die Bank ein Krisenmanagement einleitet, wie im Ausgangsfall beschrieben, liegt im Regelfall weit vor dem, der vom Gesetz erfaßt ist. Die Handlungsvarianten, die im Wirtschaftsverkehr üblich sind, haben eine breite Formenpalette:

- a) Es wird versucht, Verwandte, Bekannte oder Dritte zu mobilisieren, damit diese über Einlagen das haftende Eigenkapital erhöhen.
- b) Es wird über eine Tochtergesellschaft der Bank, die meist unter Namen wie „Gesellschaft für Mittelstandsberatung“ oder als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft firmiert, ein neues Management eingesetzt.
- c) Es wird die Firmenleitung in der Form ausgetauscht, daß der formell unabhängige neue Alleingeschäftsführer auch Gesellschaftsanteile übernimmt, wobei vereinbart wird, daß die Anteile an den Altgesellschafter zurückfallen, wenn das Unternehmen Konkurs oder Vergleich beantragt oder sich in Liquidation begeben.
- d) Die Immobilien werden zwangsversteigert, um auf der Seite der Bank eine Wertberichtigung steuerlich geltend zu machen, während ein formell selbständiges zur Bank gehörendes Unternehmen die Immobilien ersteigert und in ihrer Bilanz aktiviert.

- e) In einem Krisenmanagement werden seitens der Bank und der GmbH die sonstigen Gläubiger mit der legalen Drohung, daß die Bank „den Hahn zudreht“, d. h. durch Fälligstellen der Kredite Zahlungsunfähigkeit herbeiführt, zu einem weitgehenden Forderungsverzicht veranlaßt. Hierbei tritt die Bank naturgemäß nicht auf, sondern läßt die Geschäftsführer des Unternehmens auftreten.

Allen Varianten gemeinsam ist, daß die bereits beim gutgehenden Unternehmen erfolgten Weichenstellungen zugunsten eines Zuflusses noch vorhandener Aktiva zum Vermögen der Bank in dieser Situation noch verstärkt werden. Das Engerdrehen der Schraube durch die Bank ist also ein sicheres Zeichen für die Krise, die dem Externen noch nicht auffallen muß. In einer Entscheidung des 1. Zivilsenats des BGH wurde sogar eine explizite Verquickung zwischen der Bank und der Firma, einem Initiator eines Bauherrenmodells, festgestellt:

„Die speziellen Voraussetzungen für eine Aufklärungspflicht liegen hier vor. Das Berufungsgericht hat festgestellt, der BRZ sei im Zeitpunkt der Antragstellung für die hier streitige Zwischenfinanzierung bekannt gewesen, daß der Initiator des Projekts und die von ihm beherrschte Unternehmensgruppe, die alle wesentlichen Leistungen im Rahmen des Bauherrenmodells erbringen sollte, konkursreif war. . . . Das Berufungsgericht hat die Kenntnis der BRZ von der Konkursreife mit Recht als unstrittig angesehen . . . der Konflikt zwischen Aufklärungspflicht und Bankgeheimnis ist durch Güteabwägung zu lösen (Literaturhinweise). Bei dieser Güteabwägung ist auch zu berücksichtigen, in welchem Umfange die aufklärungspflichtige Bank gezwungen wäre, Einzelheiten ihrer Geschäftsverbindung mit einem anderen Kunden und über dessen Vermögenslage zu offenbaren. Im vorliegenden Falle hätte es ausgereicht, wenn die BRZ gegenüber der Treugeberin, die zur F-Gruppe gehörte und deren Geschäftsführer es selbst war, unter Hinweis auf die Vermögenslage der Gruppe die beantragte Zwischenfinanzierung ohne vorausgehende Aufklärung der Kläger über das besondere Risiko abgelehnt hätte. . . . Die Verpflichtung der BRZ zur Aufklärung ergab sich im übrigen auch aus dem schwerwiegenden Interessenkonflikt, in den sie sich mit der Übernahme der Zwischenfinanzierung verwickelte. Wie die Kläger unwidersprochen vorgetragen haben, wurde die Zahlungsfähigkeit der F-Gruppe, der die BRZ Bauträgerkredite in Höhe von mehr als DM 60 Millionen zur Verfügung gestellt hatte, nur noch durch die BRZ sichergestellt. Sie stand damit vor der Frage, ob sie den unausweichlichen Konkurs dieser Firmengruppe alsbald herbeiführen oder zulassen sollte, daß sich ihr Kreditengagement verringerte. . . .<sup>12)</sup>“

Das banktypische Dilemma, sich plötzlich nicht mehr nur über die Selbstbedienungsklauseln der AGB der Banken bezüglich Zinsen und Gebühren als stiller Teilhaber, sondern als Mitunternehmer fühlen zu müssen, ergibt sich in vielen Fällen bereits aus der Struktur wirtschaftlicher Erwartungen: Nimmt man an, das Unternehmen ist vital und durchsetzungsfähig, wagen nur wenige Schuldner einen Prozeß, die Außenstände besitzen einen recht hohen Wert. Erwartet man den baldigen Niedergang, werden Zahlungen zurückgehalten, mangelhafte Werkleistungen reklamiert etc., da man annimmt, bald keinen ernstzunehmenden Gegner in einem Zivilprozeß mehr zu haben.

Die Immobilien des lebenden Unternehmens sind im freien Verkauf ohne Kenntnis einer Notsituation bei genügender Zeit, sich nach Kunden umzuschauen, wesentlich mehr wert als in der Zwangsversteigerung, das sicherungsübereignete Mobilier erzielt in Zwangs-

<sup>7)</sup> § 20 II. AGB der Banken.

<sup>8)</sup> § 21 III. AGB.

<sup>9)</sup> § 22 I. AGB.

<sup>10)</sup> Müller-Emmert/Maier, „Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“, NJW 1976, 1663.

<sup>11)</sup> BGH vom 17. 10. 1984, 2 StR 713/84, vgl. Dreher/Tröndle, Vor § 283 Rdn. 11.

<sup>12)</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 27. 11. 1990, XI ZR 308/89, KaRS 1991, 229 ff.

erwertungen häufig nicht einmal den Gegenwert der Vollstreckungskosten. Nimmt aber die Bank an, daß die Sicherheiten mit der Bejahung der Krise und ihrem Bekanntwerden wertmäßig unter den Betrag des Kreditsaldos sinken, hat sie ein objektives Interesse, das Fortnehmen zu stützen, weitere Kredite zu gewähren, den Zustand des Unternehmens zu verheimlichen<sup>13)</sup> und eine geräuschlose Lösung concern-Lösung voranzutreiben.

In dieser Situation wird die Bank zu einem „natürlichen Verbündeten“ des angeschlagenen Unternehmens und muß gleichzeitig aus haftungsrechtlichen Gründen dazu beitragen, daß dies niemand merkt. Nach außen hin muß immer so getan werden, als habe der Unternehmer/Geschäftsführer noch das Sagen und als sei die Bank nichts als ein Kreditinstitut.

### 1. Die rechtliche Erfassung der beschriebenen Insolvenzphänomäne

Die klassischen Insolvenzdefekte können in einer rationalen Zusammenarbeit des Unternehmens mit der Bank ohne Probleme umschifft werden, d. h. eine rechtlich zulässige Zerschlagung der Forderungen sonstiger Gläubiger, Finanzamt und AOK möglicherweise ausgenommen, ist regelmäßig erreichbar. Ratenzahlungen und Vergleiche müssen von den Lieferanten und sonstigen Gläubigern kenneisnehmend akzeptiert werden, da das Beiseiteschaffen des Vermögens bereits legal realisiert wurde, die weitgehenden Rechte der Bank weder vorgetäuscht noch erdichtet sind, die Handelsbücher ordentlich geführt werden und die Fremdfinanzierung der Unternehmenstätigkeit nicht als Verschleierung der wirtschaftlichen tatsächlichen Verhältnisse gilt. (Vgl. § 283 I, 1, 4, 5 und 8.) Selbst ein Unternehmer, der allen anderen Gläubigern außer der Bank lieber das Geld geben würde, hat aufgrund der informationellen Überlegenheit und der rechtlich zulässigen Knebelung durch die Bank keinerlei Möglichkeiten, dies in die Tat umzusetzen. Er begünstigt absichtlich und wissentlich die Bank vor den übrigen Gläubigern (§ 283c StGB), ohne daß die Besicherung nach den AGB der Banken eine solche wäre, die diese „nicht in der Art oder nicht zu der Zeit“ zu beanspruchen hätte. Denn die Bank darf sich, wie geschuldet, in jeder Art für alle Zukunft absichern.

Die einzige Vorschrift, die „jungen Gläubigern“ noch etwas nützen kann, d. h. den Gläubigern, denen vertragliche Versprechungen zu Zeiten absehbarer Schwierigkeiten gemacht wurden, ist der Betrugstatbestand. Hier könnte das Mitwirken seitens der Bank an einer Täuschungshandlung, die zu einer Vermögensverfügung (Lieferung einer Ware, von der man absehen kann, daß sie nicht bezahlt wird) führt, gesprochen werden. Naturgemäß würde sich der handelnde Bankangestellte auf eine notstandsähnliche Lage (Bankgeheimnis contra Aufklärungspflicht) oder eines Verbotsirrtums zurückziehen. Regelmäßig überblickt er seiner Einlassung gemäß auch nicht die Zusammenhänge, so daß ihm ohnehin nicht klar ist, daß er hätte aufklären müssen.

Ohnehin sind die Grenzen hier fließend: Begeht der GmbH-Geschäftsführer, der aus Angst vor einer immer angedrohten Kreditkündigung einen extrem ungünstigen Vergleich schließt, der aber immerhin Geld bringt, so daß die Bank stillhält, eine Schuldnerbegünstigung? Wird die Bank, die noch zum Schluß Gelder zur Verfügung stellt, damit AOK und Finanzamt bezahlt werden, so daß die Staatsanwaltschaft nicht von Amts wegen tätig wird, zum Täter einer Gläubigerbegünstigung?

### III. Rechtliche Konsequenzen

Das Gesetz sieht im Konkursverfahren wie im Zwangsversteigerungsverfahren die legale Zerschlagung von Vermögenswerten vor. Wer eine fällige Forderung nicht begleichen kann, muß sich gefallen lassen, daß ihm kraft Gesetzes über den Wert der Zahlung hinaus ungleich schwerere Schäden zugefügt werden. Im Extremfall beginnen die Rechtsfolgen etwa per Zwangshypothek schon bei

einem Betrag von DM 500,01 (vgl. § 866 III, 1 ZPO). Einen Ausfall aller Gläubiger, die rangstellenmäßig nicht ausreichend besichert sind, sehen die dinglichen Sicherungsrechte vor.

Wer sich nicht über Eigentumsvorbehalt oder Sicherungsübereignungen separat absichern kann, trägt gesetzlich vorgesehen das volle Risiko. Die Rechtsprechung hat bezüglich des Eingehungs- und Erfüllungsbetruges einen strafrechtlichen Druckmechanismus entwickelt, der den Gläubiger schützt, wenn der Schuldner Anlaß zur Annahme gibt, daß er bei der Bestellung in Kauf genommen hat, möglicherweise nicht zahlen zu können. Für organisatorisch und wirtschaftlich komplexe und verästelte Strukturen, die sich rechtlich um Immanenz bezüglich aller Varianten wirtschaftsrechtlicher Gesetzgebungen und Rechtsprechung bemühen, gibt es kein Strafrecht. Umgekehrt sieht § 265b StGB einen scharfen und durchgreifenden Schutz des Kreditsystems und der Banken gegenüber potentiellen Kreditnehmern vor, die sich nur unzureichend offenbaren wollen. Systemisch stimmig ist dies nur, wenn man aus übergeordneten wirtschaftlichen Interessen heraus eine Sonderbehandlung der Banken auch im Recht befürwortet. Verträte man umgekehrt die These, es sei unzulässig, daß die sogenannten Weichenstellungen zu Totalausfällen und extremen Notsituationen bei allen mangelhaft besicherten Gläubigern, weitgehend mittelständischen Betrieben, führen, stellt sich die Frage nach der Ausdehnung des Strafrechts.

Gegen eine Ausdehnung spräche, daß eventuell zivilrechtliche Konstruktionen, etwa eine Erweiterung der Aufklärungspflicht oder eine häufigere Bejahung von BGB-Gesellschaften oder Konzernbildungen zwischen Bank und Firma ausreichend sind, um haftungsrechtliche Fragen zu klären. Für eine Ausdehnung der Strafbarkeit spricht die Beweislastproblematik im Zivilprozeß. Kaum ein Gläubiger ist in der Lage, die Beweise für ein bestimmtes Innenverhältnis zwischen Bank und konkursreifen Unternehmen vorzulegen, die eine haftungsrechtliche Verantwortung der Bank zur Folge hätte. Umgekehrt könnte man natürlich auch in den Zivilprozeß Amtsermittlungsmaximen integrieren. (Ob die Zivilrichter dann zu Amtsermittlern werden, ist die andere Frage.)

Fraglich bei einer strafrechtlichen Schutzvorschrift oder einer gesetzlichen Änderung dürfte zu allererst die Effizienz sein. Je komplexer der wirtschaftliche Lebenssachverhalt, desto schwieriger die Ermittlungen und um so weniger abschreckend die Strafdrohung. Verklausulierte Sondervorschriften wie § 264a StGB könnten hier mehr schaden als nutzen. Umgekehrt läßt die strafprozessuale freie Beweiswürdigung durchaus einen Tatbestand zu, der nach Ermittlung gewisser Indizien dazu führt, daß ein Handeln im Hinblick auf eine Krise bejaht und die schädlichen Folgen sanktioniert werden. Da ein Detailismus wie in § 283 StGB eher wieder dazu führen dürfte, daß eine neue Kautelarjurisprudenz zur Konstruktion von Umgehungen entsteht, wäre eine generalklauselartige Formulierung generalpräventiv sicher effizienter.

In diesem Sinne könnte § 283c Abs. 1 umformuliert werden:

„Wer in Kenntnis der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse eines Unternehmens im Hinblick auf die Gefahr künftiger Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit als Gläubiger die Erlangung einer Sicherheit oder Befriedigung bewirkt, die den über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse wesentlich schlechter informierten Gläubiger erheblich benachteiligt, wird . . . bestraft.“

Diese Vorschrift würde es ermöglichen, diverse Handlungen zur Benachteiligung anderer Gläubiger zu sanktionieren, die typischerweise einsetzen, wenn der Hauptgläubiger Bank aufgrund der drohenden Ambivalenz von Wertberichtigung/Forderungsausfall/Verwertung zu Zerschlagungswerten einerseits und dem riskanten „wir machen weiter“ die Entscheidung sucht. Mit der generalklauselartigen Formulierung könnte möglicherweise die expansive Kreditgewährung aus reinem Gewinnstreben durch die Konfrontation mit dem strafrechtlichen Risiko begrenzt werden.

<sup>13)</sup> Vgl. § 10 AGB der Banken.