

Der Selbstbelastungszwang im Insolvenzverfahren

**Eine Untersuchung zur Reichweite des Verwendungsverbotes
gemäß § 97 Absatz 1 Satz 3 Insolvenzordnung**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von
Regina Bömelburg
aus Kerpen

Referent: Prof. Dr. Kohlmann

Korreferent: Prof. Dr. Brauns

Tag der mündlichen Prüfung: 03.02.2004

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	10
A. Einleitende Erwägungen	21
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Darlegung der methodischen Vorgehensweise	30
I. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	30
II. Darlegung der methodischen Vorgehensweise	31
C. Entwicklung des insolvenzrechtlichen Verwendungsverbotes	32
I. Beweisverbote	32
1. Funktion der Beweisverbote	32
2. Terminologie und Systematik der Beweisverbote	33
a) Beweiserhebungsverbote	34
b) Beweisverwertungsverbote	35
aa) Selbständige Beweisverwertungsverbote	35
bb) Unselbständige Beweisverwertungsverbote	37
aaa) Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	38
bbb) Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Literatur	40
(1) Extremlösungen	40
(2) Rechtsmitteltheorien	41

(3) Schutzzwecklehre	41
(4) Unselbständige Verwertungsverbote als Ausdruck der Selbstbeschränkung des Staates bei der Wahrheitsfindung	42
(5) Lehre vom informationellen Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsanspruch	43
(6) Abwägungslehre-normative Fehlerfolgenlehre	43
3. Zusammenfassung	45
4. Fernwirkung, hypothetischer Kausalverlauf	47
II. Entstehung des Verwertungsverbotes gem. § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO	49
1. Rechtslage und Praxis vor Inkrafttreten der InsO	49
a) Auskunftspflicht des Gemeinschuldners	49
b) Der Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts	51
aa) Inhalt der Entscheidung	51
bb) Sondervotum	52
cc) Bedeutung und Reichweite der Entscheidung	53
c) Praxis der Strafverfolgungsbehörden	55
2. Die Entwicklung des neuen § 97 Insolvenzordnung	57
3. Einordnung des § 97 Abs. 1 Satz 3 Insolvenzordnung in das System der Beweisverbote	60
a) Auslegung des Begriffs " verwenden "	60
b) Ausdehnende Schlussfolgerung aus dem angeordneten Ver-	

wendungsverbot	61
c) Offenbarungsverbot nach Heußner	61
d) Stellungnahme	62
aa) Auslegung nach dem Wortlaut " im Strafverfahren "	62
bb) Begründung des Gesetzgebers	63
cc) Entstehungsgeschichte der Vorschrift	63
dd) Bedeutung des Genehmigungserfordernisses	64
ee) Gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Ermittlungsbehörden und die Gerichte	64
e) Ergebnis	65
D. Die Anwendung des § 97 Insolvenzordnung in der Praxis	67
I. Die Auskunft	67
1. Einordnung innerhalb der Regelungen des § 97 Insolvenzordnung	67
2. Inhalt und Art der Auskunftspflicht	68
a) Fall 1	68
aa) Sachverhalt	68
bb) Problemstellung: Vorlage von Geschäftsunterlagen als Aus- kunftserteilung?	69
cc) Inhalt und Umfang der Auskunftspflicht	70
aaa) Inhalt der Auskunft	70
bbb) Art der Auskunftserteilung	71
dd) Folgen für die Verwertung	74

b) Fall 2	75
aa) Sachverhalt	75
bb) Problemstellung: Auskunftserteilung unter gleichzeitiger Vorlage von Geschäftsunterlagen	76
cc) Folgen für die Verwertung	76
aaa) Bedeutung der Geschäftsunterlagen	76
(1) Kaufmännische Unterlagen	76
(2) Sonstige Geschäftsunterlagen	77
bbb) Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte	78
ccc) Ungeschützte Selbstbelastungsfälle	79
(1) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Auskunfts-, Dokumentations- und Vorlagepflichten	80
(2) Schweige- und Vorlageverweigerungsrecht mit Be- ginn der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens	83
(3) Verwertungsverbot als Alternative zum Vorlagever- weigerungsrecht	87
(4) Übertragbarkeit auf das Insolvenzverfahren	87
ddd) Rechtfertigung der unbeschränkten Verwertbarkeit in Rechtsprechung und Literatur	88
(1) Kein " Asyl " für Geschäftsunterlagen	88
(2) Vorlage von Geschäftsunterlagen ist keine Auskunft	89
(3) Stellungnahme	90
eee) Das Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 AO: Parallelfall oder Sondervorschrift?	92

(1) Inhalt des Verbotes	92
(2) Übertragbarkeit auf das Insolvenzverfahren	96
dd) Ergebnis	99
3. Richtigkeit der Auskunft	101
Fall 3	101
a) Sachverhalt	101
b) Problemstellung: Bewertung von falschen Auskünften	102
c) Folgen für die Verwertung	102
4. Schweigen des Schuldners	104
Fall 4	104
a) Sachverhalt	104
b) Problemstellung: Bewertung des Schweigens	105
c) Reichweite der Auskunftspflicht	105
d) Folgen für die Verwertung	106
5. Verwendungsverbot in alle Richtungen?	107
Fall 5	107
a) Sachverhalt	107

b) Problemstellung: Verwendungsverbot auch zu Gunsten des Schuldners?	108
c) Folgen für die Verwertung	108
II. Rechtlicher Kontext der Auskunftserteilung - freiwillige und erzwungene Auskünfte	109
Fall 6	109
1. Sachverhalt	109
2. Problemstellung: Auskunftsverpflichtung als Begrenzung des Schutzbereichs des Verwendungsverbot?	111
3. Abgrenzung von freiwilligen und erzwungene Auskünften	111
4. Folgen für die Verwertung	111
III. Kausalität zwischen Auskunft und erzielttem Ermittlungsergebnis	114
1. Fall 7	114
a) Sachverhalt	114
b) Problemstellung: Gleichzeitig vorliegende alternative Informationsquellen	115
c) Folgen für die Verwertung	115
2. Fall 8	116
a) Sachverhalt	116

b) Problemstellung: Unmittelbare Herleitung des Ermittlungsergebnisses aus der Auskunft?	117
c) Folgen für die Verwertung	118
IV. Fernwirkung des Verwendungsverbotes	119
Fall 9	119
1. Sachverhalt	119
2. Problemstellung: Die Auskunft als Ansatz für weitere Ermittlungen	121
3. Reichweite des Verwendungsverbotes	121
4. Folgen für die Verwertung	126
V. Hypothetische Kausalität	129
Fall 10	129
1. Sachverhalt	129
2. Problemstellung: Berücksichtigung denkbarer anderer Kausalverläufe?	130
3. Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe	131
4. Folgen für die Verwertung	133
VI. Das Verwendungsverbot und sonstige Mitwirkungspflichten nach der Insolvenzordnung	134

Fall 11	134
1. Sachverhalt	134
2. Problemstellung: Ausdehnung des Verwendungsverbotes auch auf Mitwirkungspflichten?	135
3. Mitwirkungspflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren	136
4. Folgen für die Verwertung	138
E. Zusammenfassung	141
I. Ergebnis	141
II. Vorschlag zur Änderung des Gesetzestextes	145

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert
Theorie der Grundrechte,
2. Auflage, Frankfurt/Main 1985.
- Alternative Kommentare
Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg.
Rudolf Wassemann, Band 1, Neuwied 1988,
zit.: AK-StPO.
- Amelung, Knut
Informationsbeherrschungsrechte im Strafpro-
zeß. Dogmatische Grundlage individualrechtli-
cher Beweisverbote, Berlin 1990.
- ders.
Grundfragen der Verwertungsverbote bei be-
weissichernden Hausdurchsuchungen im Straf-
verfahren,
NJW 1991, 2533.
- Balz, Manfred
Landfermann, Hans-Georg
Die neuen Insolvenzgesetze, Texte mit Einfüh-
rung und den amtlichen Materialien, 1995.
- Bauer, Wolfram
Ist die Kritik an der Rechtskreistheorie (metho-
disch) noch zu halten? Ein Plädoyer für die
Rechtskreistheorie – zugleich eine Erwiderung
auf Hauf (NStZ 1993, 457),
NJW 1994, 2530.
- Bärlein, Michael
Panaris, Panos
Rehmsmeier, Jörg
Spannungsverhältnis zwischen Aussagefreiheit
im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten
im Verwaltungsverfahren,
NJW 2002, 1825 ff.
- Beling, Ernst
Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheits-
erforschung im Strafprozeß, Breslau 1903.
- Bernsmann, Klaus
Verwertungsverbot bei fehlender und man-
gelnder Belehrung,
StraFo 1998, 73.
- Beulke, Werner
Die Vernehmung des Beschuldigten – Einige
Anmerkungen aus der Sicht der Prozesswis-
senschaft,
StV 1990, 180.
- ders.
Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren
bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungs-
organen,
ZStW 103 (1991), S. 657.

- ders. Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2002.
- Bienert, Anja Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote, Diss. Köln 1997.
- Bittmann, Folker
Rudolph, Carolin Das Verwendungsverbot gemäß § 97 Abs.1 Satz 3 InsO, wistra 2001, 81.
- Böhle-Stamschräder, Alois
Kilger, Joachim Konkursordnung, Kommentar, 14. Auflage, München 1983.
- Bottke, Wilfried Rechtsprobleme bei der Auflage eines Fahrtenbuches, DAR 1980, 238.
- Bradley, Craig M. Beweisverbote in den USA und in Deutschland, GA 1985, 99 ff.
- Braun, Eberhard Insolvenzordnung, Kommentar, München 2002.
- Breutigam, Axel
Blersch, Jürgen
Goetsch, Hans-Wilhelm Insolvenzrecht – Kommentar, Berlin 2000, Stand 3/2002.
- Canaris, Claus-Wilhelm Handelsrecht, 23. Aufl., München 2000.
- Dankert, Peter Aussagezwang im parlamentarischen Untersuchungsausschuss, ZRP 2000, 476.
- Dencker, Friedrich Verwertungsverbote im Strafprozess, Köln, Berlin, Bonn München 1977.
- Dingeldey, Thomas Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, NStZ 1994, 529.
- Eisenberg, Ulrich Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 3. Auflage, München 1999.
- Eser, Albin Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozessrecht, in: Jescheck, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für

- Rechtsvergleichung 1974, Beiheft zur ZStW 86 (1974), S.136.
- Fezer, Gerhard Anm. zu BGH, Urteil vom 28.04.1987 – 5 StR 666/86 - (JZ 1987, 936), JZ 1987, 937.
- ders. Grundlagen der Beweisverwertungsverbote, Heidelberg 1995.
- ders. Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht, Teil 2, JZ 1996, 655.
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, von Klaus Wimmer (Hrsg.), 3. Auflage, Neuwied, Krißel 2002.
- Franzen, Klaus
Gast-de Haan, Brigitte
Joecks, Wolfgang
Voss, Reiner Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht, Kommentar, 5. Auflage, München 2001.
- Gallandi, Volker Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 44 KWG, Strafprozessuale Rechte und Pflichten nach dem Kreditwesengesetz, wistra 1987, 127.
- Geppert, Klaus Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen? Bemerkungen zu den Entschlüssen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstages, 29. – 31. Januar in Goslar, BA 1992, 289, 294.
- Gössel, Karl-Heinz Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, GA 1991, 483.
- ders. Über das Verhältnis von Beweisermittlungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244 Abs.2 StPO, NSTz 1998, 126.
- Gottwald, Peter Insolvenzrechtshandbuch, 2. Auflage, München 2001.
- Graf, Ulrich
Wunsch, Irene Akteneinsicht im Insolvenzverfahren, ZIP 1999, 1449.

- Gravenbrucher Kreis
Große Insolvenzrechtsreform gescheitert
ZIP 1990, 476.
- Grub, Volker
Rinn, Katja
Die neue Insolvenzordnung – ein Freifahrtschein
für Bankrotteure?
ZIP 1993, 1583.
- Grünwald, Gerald
Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Ba-
den-Baden 1993.
- ders.
Anm. zu BGH, Urteil vom 28.04.1987 –
5 StR 666/86 - , (StV 1987, 283),
StV 1987, 470.
- ders.
Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote
im Strafverfahren,
JZ 1966, 489.
- Haffke, Bernhard
Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Be-
weisverbot,
GA 1973, 65.
- Harris, Kenneth
Verwertungsverbot für mittelbar erlangte Be-
weismittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der
Rechtsprechung im deutschen und amerika-
nischen Recht,
StV 1991, 313.
- Hauf, Claus-Jürgen
Ist die Rechtskreistheorie noch zu halten?,
NSTZ 1993, 457.
- Hefendehl, Roland
Beweisermittlungs- und Beweisverwertungsver-
bote bei Auskunftspflicht- und Mitwirkungspflichten –
das sog. Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1
S. 3 InsO - ,
wistra 2003, 1 ff.
- Heidelberger Kommentar
zur Insolvenzordnung, von Dieter Eickmann,
Axel Flessner, Friedrich Irschlinger,
2. Auflage, Heidelberg 2001.
- Henssler, Martin
Die verfahrensrechtlichen Pflichten des Ge-
schäftsführers im Insolvenzverfahren über das
Vermögen der GmbH und GmbH & Co KG,
Kölner Schrift, 2. Auflage, 2000.
- Herrmann, Joachim
Neuere Entwicklungen in der amerikanischen
Strafrechtspflege,
JZ 85, 602.

- Hess, Harald
Kropshofer, Birger
Kommentar zur Konkursordnung,
4. Auflage, Neuwied, Kriftel 1993.
- Hess, Harald,
Weis, Michaela
Wienberg, Rüdiger
InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung mit
EGInsO, 2. Aufl., Heidelberg 2001.
- Hübschmann, Walter
Hepp, Ernst
Spitaler, Armin
Abgabenordnung / Finanzgerichtsordnung
Kommentar, 176. Lief. (April 2003).
- Jaeger, Ernst
Konkursordnung, Kommentar
8. Aufl., Berlin, New York 1958.
- Jarke, Annette
Das Verwertungsverbot des § 393 Abs. 2
Satz 1 AO,
wistra 1997, 325.
- Joecks, Wolfgang
Urkundenfälschung „in Erfüllung steuerlicher
Pflichten“ (§ 393 Abs. 2 Satz 1 AO) ?,
wistra 1998,54.
- Kelnhöfer, Evelyn
Hypothetische Ermittlungsverläufe im System
der Beweisverbote, Berlin 1994.
- Kilger, Joachim
Schmidt, Karsten
Insolvenzgesetze KO / VgIO / GesO
17. Auflage, München 1997.
- Klein, Franz
Abgabenordnung – einschließlich Steuerstraf-
recht -, 7. Auflage, München 2000.
- KMR
Kommentar zur Strafprozessordnung, bearbei-
tet von Gerhard Fezer und Rainer Paulus,
20. Lief., Stand: Juli 1999,
zit: KMR-StPO.
- Kohlmann, Günter
Steuerstrafrecht mit Ordnungswidrigkeitenrecht
und Verfahrensrecht: Kommentar zu den
§§ 369 bis 412 AO 1977,
Loseblatt, Köln 2002.
- ders.
Strafprozessuale Verwertungsverbote als
Schranken für steuerliche und steuerstraf-
rechtliche Ermittlungen der Fahndungsbehör-
den,
in: Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Ge-
burtstag, Köln 1995, S. 325.

- Kölbel, Ralf
Morlok, Martin
Geständniszwang in parlamentarischen Untersuchungen?
ZRP 2000, 217.
- Kübler, Bruno M.
Prütting, Hanns
InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung,
Köln, Stand: April 2003
- Kühne, Hans-Heiner
Strafprozesslehre. Eine systematische Darstellung für Prüfung und Praxis,
4. Auflage, Heidelberg 1993.
- Küpper, Georg
Tagebücher, Tonbänder, Telefonate – Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren,
JZ 1990, 416.
- Kuhn, Georg
Uhlenbruck, Wilhelm
Konkursordnung,
11. Auflage, München 1994.
- Leipziger Kommentar
zum Strafgesetzbuch, von Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß, Günther Willms, (Hrsg.),
10. Auflage, Berlin, New York 1988,
zit: LK-Bearbeiter.
- Leise, Horst
Cratz, Egon
Dietz, Gottfried
Steuerverfehlungen, Kommentar
70. Lief., Neuwied 2002.
- Maier, Wilfried
Reichweite des Verwertungsverbotes nach § 393 Abs. 2 Satz 1 AO,
wistra 1997, 53.
- Maiwald, Manfred
Zufallsfunde zulässiger strafprozessualer Telefonüberwachung – BGH NJW 1970, 1462 -,
JuS 1978, 379.
- Marberth-Kubicki, Annette
Anm. zu BVerfG, Beschluß vom 06.11.2000 – BvR 1746/00 (2. Kammer des 1. Senats) -,
(StV 2001, 212 ff.),
StV 2001, 433.
- Mentzel, Franz
Kuhn, Georg
Uhlenbruck, Wilhelm
Konkursordnung,
9. Aufl., München 1979.
- Meyer-Goßner, Lutz
Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen,
46. Auflage, München 2003.

- Missal, Alexander
Das Rückgrat der Wirtschaft ächzt,
Köln Stadt-Anzeiger vom 03.09.2002, S. 29
- Moosmayer, Klaus
Einfluss der Insolvenzordnung 1999 auf das
Insolvenzstrafrecht,
Diss. Freiburg, 1997.
- Müller-Gugenberger, Christian
Bieneck, Klaus
Handbuch des Wirtschaftsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts,
3. Auflage, Münster, Köln 2000.
- Müller, Rudolf
Wabnitz, Heinz-Bernd
Janovsky, Thomas
Wirtschaftskriminalität
4. Auflage, München 1997.
- Münchener Kommentar
zur Insolvenzordnung, von Kirchhof, Hans-Peter, Lwowski, Hans-Jürgen, Stürner, Rolf (Hrsg.),
München 2001.
- Müssig, Bernd
Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren,
GA 1999, 119.
- Nagel, Michael
Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren,
Diss. Leipzig 1998.
- Nerlich, Jörg
Römermann, Volker
Insolvenzordnung, Kommentar
München, Stand 01.03.2003.
- Otto, Harro
Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren,
GA 1970, 290.
- Pape, Gerhard
Entwicklung des Regelinsolvenzverfahrens im Jahre 2001,
NJW 2002, 1165.
- Pelz, Christian
Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe,
München 1993.
- Peters, Karl
Beweisverbote im deutschen Strafverfahren,
Verhandlungen 46. Deutscher Juristentag 1966, Bd. I, S. 297.
- Pfaefferle, Walter
Öhler, Klaus Dieter
Deutsche Manager schwören nur unter Protest,
Köln Stadt-Anzeiger vom 29.08.2002, S. 29.

- Ranft, Otfried
Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess,
in: Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag,
Berlin, New York 1992, S. 719.
- Reinecke, Jan
Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten,
München 1990.
- Reiß, Wolfram
Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte bei Gefahr der Strafverfolgung im öffentlich-rechtlichen Verfahren,
NJW 1982, 2540.
- Richter, Hans
Der Konkurs der GmbH aus der Sicht der Strafrechtspraxis,
GmbHHR 1994, 113 und 147.
- ders.
Auskunft- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 Abs. 1 ff. InsO,
wistra 2000, 1.
- ders.
Anm. zu LG Stuttgart, Beschluß vom 21.07.2000 – 11 Qs 46/2000 – (wistra 2000, 439),
wistra 2000, 440.
- Rogall, Klaus
Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst,
Schriften zum Prozessrecht, Bd. 49, Berlin 1977.
- ders.
Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den prozessualen Beweisverboten,
ZStW 91 (1979), 1.
- ders.
Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess - Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote,
NSZ 1988, 385.
- ders.
Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrecht,
in: Zur Theorie und Systematik des Strafrechts, (Hrsg. Jürgen Wolter), Neuwied, Krieffel, Berlin 1995, S. 145.

- ders. Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung eines Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944.
- Roxin, Claus Strafverfahrenrecht, 25. Auflage, München 1998.
- Rudolphi, Hans-Joachim Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafrecht, MDR 1970, 93.
- Sarstedt, Werner Beweisverbote im Strafprozess. Referat für den 46. Deutschen Juristentag. Band 2. Sitzungsberichte. F 8 ff. Essen 1967.
- Schäfer, Karl Einige Bemerkungen zu dem Satz „nemo tenetur se ipsum accusare“, in: Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag, Berlin, New York 1982, S. 11.
- Schmidt-Räntsch, Ruth Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz, Köln 1995.
- Schönke, Adolf
Schröder, Horst Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2001.
- Schröder, Svenja Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, Berlin 1992.
- Störmer, Rainer Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote – Eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverbote unter dem Einfluss der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts, Marburg 1992.
- ders. Anm. zu BVerfG, Beschluss vom 14.09.1989 - 2 BvR 1062/87 -, NStZ 1990, 379.
- Strathe, Gerhard Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote, JZ 1998, 176.
- Stürner, Rolf Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757.

- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Gesamtedaktion: Hans-Joachim Rudolphi, Loseblattausgabe, Frankfurt/Main 1986 ff., Stand: Dez. 2002, zit.: SK-StPO.
- Tiedemann, Klaus Insolvenz-Strafrecht, 2. Auflage, Berlin, New York 1996.
- Tröndle, Herbert
Fischer, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, München 2003.
- Uhlenbruck, Wilhelm Die Grenzen von Amtsemittlung und Offenbarungspflicht im Konkursverfahren, JR 1971, 455.
- ders. Strafrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994, wistra 1996, 1.
- ders. Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter nach der Konkursordnung, Vergleichsordnung, Gesamtvollstreckungsordnung sowie Insolvenzordnung, KTS 1997, 371.
- ders. Mit der Insolvenzordnung in das neue Jahrtausend, NZI 1998, 1.
- ders. Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002, 401.
- ders. Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des GmbH-Geschäftsführers im Insolvenzverfahren, GmbH-Vorschau vom 28.06.2002, www.gmbhr.de, sowie GmbHR 2002, 941.
- ders. Insolvenzordnung, Kommentar, 12. Auflage, München 2003.
- Vallender, Heinz Die Auskunftspflicht der Organe juristischer Personen im Konkurseröffnungsverfahren, ZIP 1996, 529.

- ders. Anm. zu AG Gelsenkirchen, Beschluss vom 29.08.1997 – 5 N 93/97 (ZIP 1997, 2092) – EWIR 1997, § 75 KO 1/75, S. 1097.
- Verrel, Thorsten Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes – 1. Teil und 2. Teil, NSTZ 1997, 361 bzw. 415.
- Volk, Klaus Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, JZ 1982, 85.
- Wabnitz, Rudolf
Janovsky, Thomas Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, München 2000.
- Weyand, Raimund Insolvenzdelikte, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 6. Auflage, Bielefeld 2003.
- ders. Anm. zu LG Stuttgart, Beschluss vom 21.07.2000 – 11 Qs 46/2000 – (wistra 2000, 439 und ZInsO 2001, 135), ZInsO 2001, 108.
- Wolter, Jürgen Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem – Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit der Norm und zum rechtsfreien Raum „vor dem Tatbestand“, NSTZ 1993, 1.
- ders. Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen, StV 1990, 175.
- Zirpius, Theo Die Stellung des Konkursverwalters zur Staatsanwaltschaft, KTS 1965, 200.

Hinsichtlich der Abkürzungen wird auf Kirchner/Butz, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 5. Auflage 2003 verwiesen.

A. Einleitende Erwägungen

Vor einiger Zeit sorgten die Ergebnisse der von der amerikanischen Börsenaufsicht durchgeführten Überprüfung der Buchhaltungs- und Bilanzwerke größerer amerikanischer Konzerne und deren nachfolgende Insolvenzen für Schlagzeilen. Die US-Börsenaufsicht SEC (Securities & Exchange Kommission) verlangt nunmehr von den insgesamt 15.000 in den USA börsennotierten Unternehmen, unter denen sich auch über 1.300 ausländische Aktiengesellschaften befinden, vierteljährlich einen Schwur auf die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Finanzausweise. Obwohl das zweistufige deutsche Vorstands- und Aufsichtsratssystem, nach dem der Vorstand als Ganzes für die Geschäftsführung verantwortlich ist, mit dem einheitlichen angloamerikanischen Board-System nicht vergleichbar ist, müssen jetzt auch deutsche Manager, d. h. die Vorstandschefs und Finanzvorstände, in den USA persönlich für die Richtigkeit ihrer Bilanzen haften. Bei wissentlichen Falschangaben drohen hohe Bußgelder und bis zu 20 Jahren Haft¹. In den Schlagzeilen finden sich aber nur die Berichte über die spektakulären Firmenzusammenbrüche, namentlich die Megapleiten wie Babcock-Borsig oder Holzmann. Weniger Beachtung finden die Konjunkturdaten zum Mittelstand. Dazu zählen nach der Definition des Bonner Instituts für Mittelstandsforschung (IfM) Firmen mit bis zu 500 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von 50 Mio.€. Das sind 99,5% aller Unternehmen in Deutschland, die fast 70% der Erwerbstätigen beschäftigen. Die Organisation Creditreform, nach deren Einschätzung der Mittelstand "still und heimlich stirbt"², zählte im ersten Halbjahr 2002 18.880 Pleiten in Deutschland, ein Viertel mehr als im gleichen

¹ Vgl. Pfaefflerle und Öhler, Deutsche Manager schwören nur unter Protest, Kölner Stadt-Anzeiger vom 29.08.2002, Seite 29.

² Vgl. Missal, Das Rückgrat der Wirtschaft ächzt, Kölner-Stadt-Anzeiger vom 03.09.2002, Seite 29.

Zeitraum des Vorjahres. Für das ganze Jahr 2002 hat das Institut 37.579 Insolvenzen³ registriert, wobei insbesondere Wirtschaftszweige mit überwiegend kleinen Unternehmen wie der Einzelhandel oder die Baubranche betroffen sind.

Die Ursachen von Insolvenzen sind vielfältig und in der Regel miteinander verknüpft. In den empirischen Untersuchungen werden unzureichende Eigenkapitalausstattung, Fehler im Bereich der Unternehmensführung, mangelnde kaufmännische Kenntnisse sowie Personalkostensteigerungen als Hauptursachen angeführt.⁴ Vor der Bundestagswahl vom 22.09.2002 haben 8 Wirtschaftsverbände aus Handwerk, Handel, Gastronomie, freien Berufen, Sparkassen und Volksbanken in einer Gemeinschaftsaktion die Verschlechterung der Rahmenbedingungen als Ursache für die Gefährdung der kleinen und mittleren Firmen verantwortlich gemacht. Sie beklagen eine krasse Ungleichbehandlung in der Unternehmensbesteuerung, zu hohe Sozialabgaben und eine ausufernde Bürokratie. Weitere Gründe für das Scheitern der Mittelständler sind die billiger produzierenden Konkurrenten aus dem Ausland und die rasante Entwicklung neuer Technologien. Zudem wird es immer schwieriger für die Unternehmen, neue Kredite für Investitionen zu erhalten. Viele private Banken haben sich bereits aus der Mittelstandsfinanzierung zurückgezogen. Die Verbliebenen verlangen nach den neuen Richtlinien⁵ von den Firmen einen detaillierten Nachweis ihrer Kreditwürdigkeit.

Die Wirtschaftskriminalität im Zusammenhang mit einer beginnenden Krise des Unternehmens hat in den letzten Jahren einen erheblichen Umfang angenommen. Die Verhütung oder Beseitigung einer Unternehmenskrise erfordert umfangreiche betriebswirt-

³ Für das Jahr 2003 werden deutlich über 40.000 erwartet.

⁴ Grub/Rinn, Die neue Insolvenzordnung – ein Freifahrtschein für Bankrotteure?, ZIP 1993, 1583, 1584.

⁵ Stichwort "Basel II".

schaftliche, volkswirtschaftliche und rechtliche Kenntnisse, um unter den vielfältigen Lösungsalternativen die richtige auszuwählen und fehlerfrei umzusetzen. Die zahlreichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Bewältigung einer Krise beinhalten neben Fehlerquellen auch Anreize zur Begehung von Straftaten, wobei die Kriminalitätsanfälligkeit eines Unternehmens mit der Nähe zur Insolvenz proportional zunimmt⁶. Sie hat ihren Schwerpunkt nicht mehr wie früher im Tätigkeitsbereich des Einzelkaufmanns, sondern der juristischen Person und hierbei insbesondere der GmbH⁷. Diese ist heutzutage der Regelschuldner und stellt den "Prototyp" des Gemeinschuldners dar.⁸ Jährlich werden über 4.000 Strafverfahren wegen des Verdachts von Insolvenzstraftaten im weiteren Sinn gegen Geschäftsführer von GmbH's eingeleitet.⁹

Wie viele der betroffenen Unternehmer die Krise und den Zusammenbruch absichtlich herbeigeführt haben, um sich durch Beiseiteschaffen der noch vorhandenen wirtschaftlichen Werte persönlich zu bereichern und/oder ihre Gläubiger zu schädigen, wird wohl niemals eindeutig festgestellt werden können. Überwiegend wird jedoch davon auszugehen sein, dass es ungewollt zu einer Unternehmenskrise gekommen ist. Gerade bei der GmbH kommt es zu Beginn der Krise für die meisten Gesellschafter-Geschäftsführer zu einer ausgesprochen schwierigen Situation, denn nach Feststellung einer Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung hat er nach § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz maximal 3 Wochen Zeit, um Sanierungschancen zu eruieren und Sanierungsmaßnahmen durchzuführen. Gelingt ihm dies nicht, muss er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen.

⁶ Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 5ff.; Beck, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Rdnr. 61.

⁷ Vgl. Moosmayer, Einfluss der Insolvenzordnung 1999 auf das Insolvenzstrafrecht, S. 62 m. w. N.

⁸ Uhlenbruck, Mit der Insolvenzordnung in das neue Jahrtausend, NZI 1998, 1.

⁹ Grub/Rinn, ZIP 1993, 1584, 1586.

Der von einer Unternehmenskrise ausgehende Zwang für den Geschäftsführer, um den Erhalt seines Unternehmens zu kämpfen, verbunden mit der Angst vor dem Verlust seiner wirtschaftlichen Existenz und vor einer in Deutschland noch weit verbreiteten gesellschaftlichen Ächtung als gescheiterer Unternehmer, führt insbesondere den Gesellschafter-Geschäftsführer oft in eine psychische Ausnahmesituation, die seine Hemmschwelle zur Begehung von strafbaren Handlungen herabsetzt oder gar beseitigt. Nicht selten werden zusätzliche Tatanreize durch Gläubiger des Unternehmens geschaffen, die ihre Einflussmöglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Ziele einsetzen oder durch sogenannte berufsmäßige Sanierer, d. h. Firmenberater und Treuhandgesellschaften, die vermeintlich sichere Pläne entwickelt haben, um durch Firmenverlagerung und Gründung von Auffanggesellschaften die Insolvenz zu verschleiern¹⁰.

Ein von der Krise betroffener Unternehmer kann sich in vielfacher Hinsicht strafbar machen. So wird die Nichteinhaltung der für bestimmte Gesellschaften geltenden Insolvenzantragsfristen durch die §§ 84 GmbHG; 130 b, 177 a, HGB; 401 AktG; 148 GenG sanktioniert.

Die einzelnen Insolvenzstraftaten sind insbesondere in den §§ 283, 283 a bis 283 d StGB erfasst. Wenn der Unternehmer im Hinblick auf eine bevorstehende Insolvenz Vermögensteile wegschafft oder Gläubigern unberechtigte Vorteile gewährt, erfüllt er nicht nur die Tatbestände der § 283 Abs. 1 Nrn. 1, 8 und § 283 c StGB, sondern macht sich auch wegen Eigentums- oder Vermögensdelikten gemäß §§ 263, 266, 246 StGB strafbar.

¹⁰ Bieneck, a.a.O., Fn. 6; Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, S.144, Kap. 6, Rdnr. 8.

Auch Schein- und/oder Schleudergeschäfte sind nach den §§ 283, Abs. 1 Nrn. 2-4 StGB Straftaten, ebenso mangelhafte Buchführung und Bilanzerstellung, §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5-7, 283 b StGB; 331 HGB; 143 GenG; 400 AktG sowie falsche eidesstattliche Erklärungen über das vorhandene Vermögen. Häufig vorkommende Straftaten sind die Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung oder zur Bundesanstalt für Arbeit, § 266 a StGB sowie die Steuerdelikte nach den §§ 370 ff. AO.

Die zum 01.01.1999 in Kraft getretene Insolvenzreform hat das bisherige Konkursrecht und das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses nach der Vergleichsordnung zum einheitlichen Insolvenzverfahren vereinigt. Im Gegensatz zu dem französischen Gesetzgeber, der zugleich mit einer Insolvenzrechtsreform eine Entkriminalisierung der Insolvenzstraftaten durchführte, hat der deutsche Gesetzgeber das Insolvenzstrafrecht eher stiefmütterlich behandelt¹¹. Aus der Sicht des Gesetzgebers bestand keine Notwendigkeit, neben dem neuen Insolvenzrecht ein neues Insolvenzstrafrecht zu schaffen. Das lässt sich eindeutig aus der Begründung zu Art. 58 des Regierungsentwurfs entnehmen, die im Wesentlichen wie folgt lautet:

"Die Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Konkursstraftaten werden darin angepasst, dass an die Stelle von Konkurs- und Vergleichsverfahren das einheitliche Insolvenzverfahren tritt. Weiter ist zu beachten, dass der Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit, den das Konkursstrafrecht schon bisher verwendet, in Zukunft durch die neue Definition des (jetzt: § 18 Abs. 2 InsO) konkretisiert wird. Im Übrigen erscheinen Änderungen des StGB von den Zielen der Insolvenzrechtsreform her nicht erforderlich. In der Praxis wird sich die Reform dahin auswirken, dass die Erleichterung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch zu einer Erleichterung der Aufklärung der Insolvenzstraftaten führen wird."¹²

¹¹ Uhlenbruck, Strafrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994, wistra 1996, 1 ff.

Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass wegen der seiner Auffassung nach beim Insolvenzrecht und Insolvenzstrafrecht bestehenden Gleichheit des Rechtsgüterschutzes, d. h. des Interesses der Gläubiger an der Gewährleistung einer gleichmäßigen Gesamtvollstreckung, nur redaktionelle Änderungen notwendig seien¹³. Da die Insolvenzstrafatbestände regelungstechnisch auf den insolvenzrechtlichen Vorgaben basieren¹⁴, haben sich durch die Vereinfachung und Klarstellung bestimmter Rechtsbegriffe wie z. B. der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der Insolvenzrechtsreform allerdings mittelbare Auswirkungen auf das Strafrecht ergeben.

Das Ziel der Insolvenzrechtsreform ist nach der Intention des Gesetzgebers unter anderem eine Vorverlagerung der Insolvenzanträge. Die hierdurch erwartete Vermehrung der Masse soll in einer Steigerung der Eröffnungsquote, die bei Konkurs- Vergleich- und Gesamtvollstreckungsverfahren unter 5% lag¹⁵, führen. Damit die Verfahrensbeteiligten die für die Masseverwertung und –verwaltung notwendigen Informationen erhalten bzw. eine Sanierung des Unternehmens durchgeführt werden kann, bedarf es der Mithilfe des Schuldners¹⁶. Diesem Erfordernis wollte der Gesetzgeber mit Schaffung des § 97 InsO Rechnung tragen. Durch diese Vorschrift soll die sachgerechte und effiziente Durchführung des Verfahrens gewährleistet werden¹⁷.

¹² BT-Drs. 12/244.

¹³ LK/Tiedemann, vor § 283 StGB, Rdnr. 45 ff.

¹⁴ Moosmayer, Einfluss der Insolvenzordnung 1999 auf das Insolvenzstrafrecht, S. 2.

¹⁵ Richter, Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 Abs. 1 ff, InsO, wistra 2000, 1 ff.

¹⁶ Begründung zu § 110 RegE/§ 98 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 142, abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 281.

¹⁷ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/2443, S. 142, a.a.O., Fn. 15, S. 279.

Die Auskunftspflicht des § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO entspricht nach ihrem Wortlaut der Regelung des alten § 100 KO¹⁸. Die Regelungen in Abs. 1 Sätze 2 und 3 berücksichtigen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Offenbarung strafbarer Handlungen im Rahmen der Auskunftspflicht¹⁹. Eine dem Absatz 2 entsprechende Mitwirkungspflicht gab es in der Konkursordnung nicht explizit²⁰. Sie war dort lediglich durch die Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden²¹. Die Pflicht des Schuldners, sich auf gerichtliche Anordnung für die Erfüllung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten zur Verfügung zu stellen, ersetzt den alten § 101 Abs. 1 KO.

Die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners nach § 97 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 InsO und das Verwendungsverbot des Abs. 1 Satz 3 sind vielfach kritisiert worden. Dem Gesetzgeber wird vorgeworfen, er habe zahlreiche Probleme des Insolvenzstrafrechts offen gelassen²². Bittmann/Rudolph²³ bezeichnen die gesetzliche Regelung in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO gar als konturenlos. Nach anderer Auffassung bestehe mangels Normierung konkreter Mitwirkungspflichten wie z. B. der Erstellung von Listen bei Erläuterungen zu Geschäftsvorfällen und u. a. ein Abgrenzungsproblem zwischen der aktiven Mitwirkungspflicht einerseits und der Auskunftspflicht andererseits²⁴:

¹⁸ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/2442, S. 142, a.a.O., S. 279.

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 13.01.1981-1BvR 116/77, ZIP 1981, 361; Lüke in: Kübler/Prütting, InsO, § 97 Rdnr. 1.

²⁰ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100, Rdnr. 2a; Uhlenbruck, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter nach der Konkursordnung, Vergleichsordnung, Gesamtvollstreckungsordnung sowie Insolvenzordnung, KTS 1997, 371.

²¹ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 06.06.1986 -1 BvR 574/86-, ZIP 1986, 1336; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 117, Rdnr. 13a ff. m. w. N.

²² Uhlenbruck, wistra 1996, 1 ff.

²³ Das Verwendungsverbot gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, wistra 2001, 81 ff.

²⁴ Richter, wistra 2000, 1 ff.

Die Anwendung des in § 97 Abs. 1 InsO, insbesondere des in § 97 Abs. 1 Satz 3 normierten Verwendungsverbot, macht der Praxis zum Teil erhebliche Schwierigkeiten. Der gesetzliche Schuldnerschutz wird bisher nach der Auffassung ernstzunehmender Autoren²⁵ von den Strafverfolgungsorganen bzw. Ordnungsbehörden nur unvollkommen umgesetzt. Probleme bestehen regelmäßig hinsichtlich der Verwertbarkeit der von dem Schuldner oder von Dritten dem vorläufigen Insolvenzverwalter, dem Insolvenzverwalter und/oder dem Insolvenzgericht vorgelegten und zugänglich gemachten Geschäftsunterlagen. Dabei ergeben sich insbesondere die nachfolgenden Fragen:

- Sind die Geschäftsunterlagen als Teil der Erfüllung der Auskunftspflicht und damit als unverwertbar anzusehen oder fällt der Inhalt der zugänglich gemachten Unterlagen weder unter Auskunftspflicht noch unter die sonstigen Mitwirkungspflichten?
- Ist § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO anwendbar, wenn eine Information des Insolvenzverwalters sowohl auf der Auskunft als auch auf dem Inhalt von Geschäftsunterlagen beruht?
- Mit welcher Methode lässt sich die Quelle einer Information überhaupt sicher bestimmen?
- Wie sind die von Dritten den Strafverfolgungsbehörden vorgelegten Geschäftsunterlagen zu behandeln?
- Fällt ein Schweigen des Schuldners auch unter § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO?

²⁵ Vergleiche z. B. Uhlenbruck, die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des GmbH-Geschäftsführers im Insolvenzverfahren, GmbH-Vorschau vom 28.06.2002, in: www.gmbhr.de.

- Wie sind unrichtige Auskünfte zu bewerten?
- Fallen Handlungen und Angaben, die der Schuldner in Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht nach § 97 Abs. 2 bzw. § 97 Abs. 2 in i. V. m. § 20 Satz 2 InsO vornimmt, unter das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO?

Diese und andere praktische Probleme geben Veranlassung, die typischen Konfliktsituationen im Rahmen der Anwendung des § 97 InsO aufzugreifen und aus strafprozessualer Sicht zu erörtern.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Darlegung der methodischen Vorgehensweise

I. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Das in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO normierte Verwendungsverbot ist der Sache nach ein Beweisverbot. Die Dogmatik der Beweisverbote ist auch heute noch hinsichtlich deren Inhalt und Umfang wie auch ihrer systematischen Einordnung trotz vielfacher Definitionsversuche nach wie vor umstritten²⁶. Sie soll nicht im Vordergrund dieser Arbeit stehen. Zum Verständnis der hier zu erörternden Problematik werden lediglich einige grundsätzliche Begriffe sowie ein Überblick über den Meinungsstand dargestellt.

Im Mittelpunkt der Arbeit soll der Bereich der praktischen Auswirkungen des Verwendungsverbotes und der sich hieraus ergebenden Obliegenheiten für die Strafverfolgungsbehörden, den Insolvenzverwalter und den Schuldner sein.

Grund für die Untersuchung der Reichweite des § 97 InsO und der Frage, ob der Normzweck tatsächlich umgesetzt wird, ist die Tatsache, dass die Strafverfolgungsbehörden in Zweifelsfällen von der Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes "in dubio pro reo" ausgehen, um Informationen und Material verwerten zu können. Es soll daher geprüft werden, ob die aktuelle Gesetzesfassung zur Umsetzung des Schuldnerschutzes ausreichend ist oder ob Konkretisierungen, Ergänzungen und/oder Änderungen notwendig sind.

²⁶ Vgl. Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rdnr. 50; Nagel, Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren, S. 25 f.

II. Darlegung der methodischen Vorgehensweise

Anliegen dieser Arbeit ist es, den Umfang und die Auswirkungen des Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO aufzuzeigen. Hierbei sollen eventuelle Defizite herausgearbeitet, Lösungsmöglichkeiten angeboten und für eine Änderung des Gesetzestextes plädiert werden. Diese Darstellung gliedert sich in folgende Abschnitte:

1. In Kapitel C wird zunächst skizziert, wie das Verwendungsverbot entstanden ist, wie es sich weiterentwickelt hat und ob bzw. wie es sich in das System der Beweisverwertungsverbote einfügt.
2. Es folgen in Kapitel D verschiedene Verfahrenskonstellationen, die anhand des aktuellen Gesetzestextes bearbeitet werden. Soweit dieser nach seinem Wortlaut keine Lösung bietet, wird eine solche nach einer Analyse des Gesetzeszwecks und der Ratio des Gesetzes erarbeitet. Dabei werden vergleichbare Fallgestaltungen und ihre Lösungsansätze aus anderen Rechtsgebieten herangezogen.
3. Die gewonnenen Erkenntnisse werden dazu dienen, Stellung zu dem Verwendungsverbot zu beziehen und in Kapitel E für eine Reform des Gesetzestextes zu plädieren, die sodann im Einzelnen dargestellt werden wird.

C. Entwicklung des insolvenzrechtlichen Verwendungsverbotes

Nach herrschender Meinung²⁷ soll die Reichweite der Verwendungsverbote über die der Beweisverwertungsverbote hinausgehen. Zum besseren Verständnis soll daher zunächst skizziert werden, wie das System der Beweisverbote funktioniert²⁸. Anschließend wird die maßgebliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Begründung des insolvenzrechtlichen Verwendungsverbotes erörtert, um sodann aufzeigen zu können, wie der Insolvenzreformgesetzgeber die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im neuen § 97 InsO umgesetzt hat.

I. Beweisverbote

1. Funktion der Beweisverbote

Das zentrale Anliegen eines jeden Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts²⁹. Andererseits sieht die Strafprozessordnung nicht vor, die Wahrheit "um jeden Preis zu erforschen"³⁰. In bestimmten Fällen kann das staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten hinter anderen, übergeordneten In-

²⁷ Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 71ff.; ferner Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 68 m. w. N. zu § 393 Abs. 2 Satz 1 AO.

²⁸ Ausführliche Abhandlungen zu den Beweisverboten allgemein finden sich z. B. bei Pelz, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, München 1993; Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, Berlin 1992, Stömer, Dogmatische Grundlagen der Beweisverwertungsverbote, Marburg 1992; Kelnhofer, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, Berlin 1994; Bienert, Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote, Köln 1997; Nagel, Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren, 1998.

²⁹ BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; BVerfG MDR 1984, 284.

³⁰ BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; BVerfG, StV 1990, 1, 2.

teressen zurücktreten³¹: Die Erforschung der Wahrheit im Strafprozess findet ihre Grenzen vor allem in dem in Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG verbürgten Anspruch des Einzelnen auf ein rechtsstaatliches Verfahren. Die grundrechtlich garantierten Schranken zur Ermittlung eines Sachverhalts kommen in den Vorschriften zur Regelung der Beweisgewinnung in der StPO selbst zum Ausdruck. Neben diesen Beweisregelungen bzw. Beweisverhaltensverboten, die in §§ 58, 59, 68, 69, 81 c StPO geregelt sind und nur Verfahrensmaßnahmen für die Beweiserhebung im Einzelnen darstellen, deren Nichtbeachtung eine Verwertung der Ergebnisse nicht hindert³², wird die Einhaltung der Grenzen für die Wahrheitsfindung im Strafprozess durch die Beweisverbote garantiert, denen eine "entscheidende Bremsfunktion"³³ zukommt.

2. Terminologie und Systematik der Beweisverbote

Bis heute hat sich weder eine einheitliche Terminologie noch eine allgemein anerkannte Beweisverbotslehre durchgesetzt³⁴. Der von Beling³⁵ stammende Begriff der Beweisverbote wird als Oberbegriff für die Schranken verwendet, die der Gewinnung und Verwertung von Beweisen gesetzt sind³⁶. Die Beweisverbote werden

³¹ BGHSt 17, 337, 348.

³² Peters, Beweisverbote im Deutschen Strafverfahren, Verhandlungen 46. Deutscher Juristentag 1966, Bd. I, S. 297 f.

³³ Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 385 AO 1977, Rdnr. 365; vgl. auch Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. München 1998, § 24 Rdnr. 16; Beulke, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1998, § 23 Rdnr. 454; Rogall, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung eines Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 994; ders., Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den prozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), S. 1, 21.

³⁴ Vgl. z. B. Roxin a.a.O.; Küpper, Tagebücher, Tonbänder, Telefonate - Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren, JZ 1990, 416.

³⁵ Beling, Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Breslau 1903.

³⁶ Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rdnr. 50.

nach h. M. in Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote unterteilt³⁷.

a) Beweiserhebungsverbote

Innerhalb der Beweiserhebungsverbote wird zwischen Beweis-themen, Beweismittel- und Beweismethodenverboten unterschieden³⁸. Bei Bestehen eines Beweisthemaverbotes dürfen bestimmte Tatsachen nicht zum Gegenstand der Beweisführung gemacht werden³⁹. Beweismittelverbote untersagen die Verwendung bestimmter Beweismittel⁴⁰. Beweismethodenverbote untersagen bestimmte Methoden zur Sachverhaltsaufklärung für eine ansonsten zulässige Beweisgewinnung⁴¹.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die gesetzlich geregelten Beweiserhebungsverbote sind nicht einheitlich geregelt. Wenn gesetzlich nicht ausdrücklich ein Beweisverwertungsverbot angeordnet ist⁴², löst eine fehlerhafte Beweiserhebung nicht zwangsläufig ein Beweisverwertungsverbot aus. Wann und inwieweit eine

³⁷ Küpper a.a.O. S. 416. Die von Amelung in: Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, vorgeschlagenen Begriffe "Informationserhebungs, Speicherungs- und Informationsverwertungsverbot" haben sich nicht durchsetzen können.

³⁸ Zu den unterschiedlichen Begriffen vgl. Strathe, Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote, JZ 1998, 176.

³⁹ Wie z. B. gemäß § 51 Abs. 1 BZRG hinsichtlich getilgter Vorstrafen, gemäß §§ 61 ff. BBG, 39 BRRG bei Staats- und Amtsgeheimnissen in Fällen fehlender beamtenrechtlicher Aussagegenehmigung.

⁴⁰ Urkunden dürfen gemäß §§ 96, 250, 252 StPO nicht benutzt werden; Zeugen mit einem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß §§ 52 ff StPO, Art. 38 Abs.1, 47 Abs. 1 GG oder Untersuchungsverweigerungsrecht nach § 81c Abs. 3 StPO sind als Beweismittel ausgeschlossen.

⁴¹ Zu diesem Komplex zählen insbesondere die unzulässigen Vernehmungsmethoden i. S. des § 136 a Abs. 1, 2 StPO.

⁴² Wie z. B. in §§ 69 Abs. 3, 136a, 252 StPO; 393 Abs. 2 AO; 51 Abs. 1 BZRG.

Verwertung als unzulässig angesehen werden muss, ist in Rechtsprechung und Lehre sehr umstritten⁴³ (siehe unter b).

b) Beweisverwertungsverbote

Innerhalb der Beweisverwertungsverbote unterscheidet man nach einer häufig verwendeten Terminologie zwischen selbständigen und unselbständigen Beweisverwertungsverboten⁴⁴.

aa) Selbständige Beweisverwertungsverbote

Selbständige Verwertungsverbote bestehen unabhängig von einem vorangegangenen Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften⁴⁵. Sie betreffen Beweisergebnisse, die den Angeklagten trotz zulässiger Beweisgewinnung durch ihre Verwertung in seinen Rechten verletzen würden. Der Gesetzgeber hat daher die Verwertung in solchen Fällen ausdrücklich untersagt⁴⁶.

Verwertungsverbote können sich aber auch trotz einwandfreier Beweiserlangung unmittelbar aus dem Grundgesetz ergeben. Solche verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote werden insbe-

⁴³ Amelung, Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Hausdurchsuchungen im Strafverfahren, NJW 1991, 2533; Beulke, Die Vernehmung des Beschuldigten. Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozesswissenschaft, StV 1990, 180; ders.: Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 103 (1991), S. 657; Gössel, Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, GA 1991, 483; Hauf, Ist die „Rechtskreistheorie“ noch zu halten?, NStZ 1993, 457; Ranft, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel, Berlin 1992, S. 719.

⁴⁴ Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 10 ff., 110 ff.; Rogall, Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenz der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), S. 3 ff.; ders., in: Wolter (Hrsg.), Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 145.

⁴⁵ Vgl. Fezer, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 7.

⁴⁶ Z. B. in §§ 81 c Abs. 3 Satz 5, 110 e, 252 StPO; 393 Abs. 2 AO, 51, Abs. 1, 66 BZRG; Art. 1 § Abs.3 G10.

sondere aus dem in Art. 20 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip, das den Grundsatz des fairen Verfahrens beinhaltet⁴⁷, aus dem Recht auf Achtung der Menschenwürde und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG⁴⁸ oder aus der Konvention zum Schutz von Menschenrechten und Grundfreiheiten⁴⁹ abgeleitet.

In welchen Fällen die genannten Verfassungsgrundsätze zum Tragen kommen, ist stets im Einzelfall zu entscheiden. Allgemeine Grundsätze hierzu sind nicht vorhanden. Es hat stets eine Güterabwägung statt zu finden. Nach der Dreistufentheorie des Bundesverfassungsgerichts⁵⁰ ist eine Verwertung immer ausgeschlossen, wenn der Schutz der Intimsphäre, der die erste Stufe darstellt, betroffen ist. Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, das können z. B. schriftliche Aufzeichnungen des Angeklagten sein, ist vorrangig vor allgemeinen Interessen. Die zweite Stufe stellt die grundrechtliche geschützte Privatsphäre eines Angeklagten dar. Hier sind staatliche Eingriffe hinzunehmen, wenn das Allgemeininteresse überwiegt und das Verhältnismäßigkeitsgebot gewahrt ist. Bei der Abwägung sollen vor allem die Art und die Schwere des Tatvorwurfs, die Höhe der Straferwartung, die Unverzichtbarkeit des Beweismittels dem Rang des betroffenen Grundrechts und der Schwere des konkreten Eingriffs gegenüber gestellt werden. In der Regel unbedenklich -dritte Stufe- ist eine Verwertung von Vorgängen, die nicht mehr zur Privatsphäre, sondern zum allgemeinen Geschäftsbereich des Betroffenen gehören, also z. B. Aufzeichnungen von Geschäftsgesprächen⁵¹.

⁴⁷ BGHSt 31, 304, 308; Fezer, Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes zum Strafverfahrensrecht, Teil 2, JZ 1996, 655, 661.

⁴⁸ BVerfG, NJW 2000, 3557; BGH, NJW 1992, 1463, 1465 m. w. N.

⁴⁹ BGHSt 14, 358.

⁵⁰ BVerfGG 34, 338, 345; vgl. auch BVerfGG 6, 32, 41; 6, 389, 433; 32, 373, 379; 33, 367, 373.

⁵¹ Vgl. auch OLG Schleswig, JZ 1979, 816; Roxin Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 45; a. A. BVerfG, NJW 2002, 3619 ff.

Die praktische Anwendung der Dreistufentheorie ist allerdings problematisch⁵². So hat das Bundesverfassungsgericht in einer viel kritisierten Entscheidung sogar die Verwertung von intimen tagebuchartigen Aufzeichnungen eines Beschuldigten für zulässig erachtet, wenn sie in einem unmittelbaren Bezug zur konkreten schweren Straftat – hier Mord – stehen⁵³. Für die ebenfalls umstrittenen Verwertungsfragen in dem Bereich der Anfertigung von Bildaufzeichnungen, der Observation mit technischen Mitteln und der Aufzeichnungen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes hat der Gesetzgeber inzwischen die Regelungen der §§ 100c, 100d StPO geschaffen. Die dargestellten Grundsätze sind daher nur noch in den nicht geregelten Bereichen heranzuziehen⁵⁴.

bb) Unselbständige Beweisverwertungsverbote

Unselbständige Beweisverwertungsverbote folgen nach der hier vertretenen Systematik aus Verstößen gegen Beweiserhebungsverbote. Die Existenz der oben unter **aa)** dargestellten selbständigen Beweisverwertungsverbote zeigt, dass das Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafrechtspflege und der Erforschung der Wahrheit nicht immer Vorrang vor den Individualrechten hat. Für den Bereich der rechtswidrigen Betätigung der Strafverfolgungsorgane ist es trotz zahlreicher Versuche noch nicht gelungen, eine überzeugende allgemeine Regel für die Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit an einer funktions-

⁵² Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, Rdnr. 471; Wolter, Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem, NStZ 1993,1.

⁵³ BVerfG, NJW 1990, 563 (in einer 4: 4 Entscheidung); a.A. Roxin, a.a.O., § 24 Rdnr. 42; Wolter, Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen, StV 1990, 175; Störmer, Anm. zu BVerfG, Beschluss vom 14.09.1989-2 BvR 1062/87-, NStZ 1990, 379; BVerfG, NJW 2002, 3619 ff.

⁵⁴ Vgl. Beulke a.a.O., Rdnr. 471; BVerfG, NJW 2002, 3619 ff. zur Verwertung von Zeugenaussagen im Zivilverfahren, die auf rechtswidrigem Mithören von Telefongesprächen Dritter beruhen.

tüchtigen Strafrechtspflege⁵⁵ und dem Schutz von Individualrechten aufzustellen. Weitgehende Einigkeit besteht nur darüber, dass nicht jeder Verfahrensfehler zur Unverwertbarkeit des Beweismittels führt⁵⁶. Der Gesetzgeber hat nur vereinzelt konkrete Regelungen getroffen, z. B. in § 136a Abs. 3 StPO hinsichtlich der Verwertung von Aussagen und Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden.

Im Folgenden sollen nur die wesentlichen im Schrifttum und Rechtssprechung vertretenen Lösungsmöglichkeiten kurz dargestellt werden, um das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht nur innerhalb der Rechtssprechung zu den Verwertungsverboten, sondern auch in das System der Beweisverwertungsverbote insgesamt einordnen zu können.

aaa) Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs

In einer Grundsatzentscheidung des großen Senats hat der BGH⁵⁷ für Beweiserhebungsverbote, die ausschließlich dem Schutz des Staates (§§ 54, 96 StPO) oder dritter Personen dienen (§§ 55, 81c StPO) die sogenannte Rechtskreistheorie entwickelt. Danach ist ein Verwertungsverbot anzunehmen, wenn die Verletzung des Beweiserhebungsverbotes den Rechtskreis des Beschuldig-

⁵⁵ Auch die effektive Strafrechtspflege genießt Verfassungsrang, vgl. BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; 20, 144, 147; 33, 367, 383; 34, 238, 248; 36, 174, 186; 38, 312, 321; 45, 272, 294; 51, 304, 343; 77, 65, 76.

⁵⁶ BGHSt 19, 325, 331; 38, 372, 373; Beulke a.a.O. Rdnr. 457; Rogall, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess, NSTZ 1988, 385, 386 f.; Roxin, § 24 Rdnr. 19; a.A. Gössel, Über das Verhältnis von Beweisermittlungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244, Abs. 2 StPO, NSTZ 1998, 196; Kühne, in: AK-StPO, vor § 48 Rdnr. 52a; Bernsmann, Verwertungsverbot bei fehlender und mangelhafter Belehrung, StraFO 1998, 73.

ten/Angeklagten wesentlich berührt. Hier sind vor allem der Rechtfertigungsgrund der Bestimmung und die Frage, in wessen Interesse sie geschaffen ist, zu berücksichtigen. Verfahrensverstöße, die für den Beschuldigten nur von untergeordneter oder ohne Bedeutung sind, sollen dagegen die Verwertung des unzulässig gewordenen Beweismittels nicht hindern.

Ein trennscharfes Abgrenzungskriterium liegt in dem Begriff des Rechtskreises nicht. Die Auffassung des BGH wird in der Literatur fast einhellig mit dem Argument abgelehnt, auch ein Angeklagter habe ein Recht auf Beachtung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens, das die Einhaltung aller, nicht nur seinem Schutz dienender Vorschriften, beinhalte⁵⁸. Zudem biete diese Rechtssprechung des BGH zu den Folgen von Verfahrensverstößen kein grundlegendes Konzept, sondern stelle die Frage nach Beweisverwertungsverböten für jede zu Verfahrensfehlern bzw. Beweiserhebungsverböten vorliegende Fragestellung erneut und gesondert. Dieser Weg sei inkonsequent und verstoße gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens, das Gebot der Achtung der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, weil diese Rechte eine generelle Entscheidung für Verwertungsverböte als Folge von Verfahrensfehlern geböten⁵⁹.

Der BGH selbst hat seine Rechtssprechung in den späteren Entscheidungen zu den heimlichen Aufzeichnungen und den intimen Tagebüchern modifiziert und ein Verwertungsverbot⁶⁰ nicht allein aufgrund des verletzten Rechtskreises angenommen, sondern im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem Schutz des

⁵⁷ BGHSt GrS 11, 213, 215; zustimmend Bauer, Ist die Kritik an der Rechtskreistheorie (methodisch) noch zu halten? Ein Plädoyer für die Rechtskreistheorie – zugleich eine Erwiderung auf Hauf (NStZ 1993, 457), NJW 1994, 2530.

⁵⁸ Vgl. Roxin, § 24 Rdnr. 23; Rogall, ZStW 91 (1979), 1 ff.; Küpper, Tagebücher, Tonbänder, Telefonate, JZ 1990, 416.

⁵⁹ Hauf, NStZ 1993, 457, 461.

⁶⁰ BGHSt 14, 358; 19, 325.

Persönlichkeitsrechts des Angeklagten einerseits und dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse andererseits vorgenommen. Als Abwägungskriterien sind vor allem von Bedeutung die Schwere der zu erforschenden (mutmaßlichen) Tat und die Intensität bzw. das Gewicht des Verfahrensverstößes für die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen. Danach ist ein Verwertungsverbot naheliegend, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern⁶¹.

bbb) Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Literatur

(1) Extremlösungen

Die am weitesten gehende These, die seinerzeit von Beling aufgestellt wurde und auch heute vereinzelt noch vertreten wird⁶², hält jedes unter Verletzung einer Rechtsnorm gewonnene Beweismittel für unverwertbar. Diese Auffassung ist nur mit dem Argument zu rechtfertigen, dass Beweisverbote der Selbstdisziplinierung des Staates dienen⁶³. Dies ist aber unzutreffend, weil die Beweisverbote vor allem dem Schutz individueller Rechte dienen⁶⁴. Da diese Auffassung zudem zu undifferenzierten Ergebnissen führt, ist sie abzulehnen.

⁶¹ BGHSt 38, 220.

⁶² Beling, Die Beweisverbote aus Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafrecht, S 30 ff; Kühne in AK-StPO, vor § 48 Rdnr. 52, 52a; Bernsmann, StraFo 1998, 73, 74; Grünwald, Das Beweisrecht der StPO, S. 155.

⁶³ So Bernsmann, a.a.O., S. 73, 74.

⁶⁴ Roxin, a. a. O., § 24 Rdnr. 16 m. w. N.

(2) Rechtsmitteltheorien

Die Entstehung von Verwertungsverboten aufgrund eines Beweisgewinnungsfehlers wird von manchen Autoren von der Frage der Revisibilität dieses Verfahrensverstößes abhängig gemacht. Der Gedanke, das Opfer mit einem wirksamen Rechtsmittel gegen die geschehene Rechtsverletzung auszustatten⁶⁵, überzeugt nicht, weil die in der StPO vorhandenen Rechtsmittel, z. B. Beschwerde und Revision, zum Rechtsschutz des Betroffenen ausreichen und der durch Verwertungsverbote bezweckte Schutz nicht disponibel sein darf.

(3) Schutzzwecklehre

Eine heute in unterschiedlichen Schattierungen vertretene Grundposition stellt die Schutzzwecklehre dar, bei der ausschließlich auf den Schutzzweck der Beweiserhebungsvorschrift abgestellt wird. Zur Begründung wird angeführt, der Gesetzgeber habe, soweit eine Regelung bestehe, bereits eine ausdrückliche Wertung getroffen, so dass für eine weitere Abwägung kein Raum sei⁶⁶.

Dieser Ansatz führt nicht weiter in den Fällen, in denen das Beweiserhebungsverbot nicht gesetzlich normiert ist. Zudem bestehen über den Schutzzweck einzelner Beweiserhebungsverbote unterschiedliche Auffassungen, die bei der gleichen Vorschrift zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen gelangen⁶⁷. Die Ermittlung des Schutzzwecks einer Beweisnom ermöglicht noch keine Aus-

⁶⁵ Otto, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, 290.

⁶⁶ Grünwald, Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, 489; Rudophi, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafrecht, MDR 1970, 93; KMR-Paulus, Rdnr. 516 zu § 244 StPO.

⁶⁷ Vgl. hierzu Haffke, Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, 65.

sage über die Zulässigkeit oder Notwendigkeit einer verfahrensrechtlichen Reaktion in Form eines Verwertungsverbotes, m. a. W., der Sinn der Rechtsnorm bestimmt noch nicht die Rechtsfolge. Dies wird insbesondere an § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO deutlich: Der Schutzzweck der Belehrungsvorschrift liegt in der Sicherung der Aussagefreiheit des Beschuldigten⁶⁸. Ein Verwertungsverbot ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Schutzzweck der Vorschrift, sondern nur, wenn und soweit das Verbot des Selbstbelastungszwangs, d. h. das materielle Recht des Angeklagten selbst, verletzt ist⁶⁹.

(4) Unselbständige Verwertungsverbote als Ausdruck der Selbstbeschränkung des Staates bei der Wahrheitsfindung

Fezer⁷⁰ interpretiert die unselbständigen Verwertungsverbote als Ausdruck der Selbstbeschränkung des Staates bei der Wahrheitsfindung, wobei sich die Frage der Verwertbarkeit jeweils aus der Auslegung der verletzen Beweiserhebungsvorschrift erschließe. Zu ermitteln sei, ob die Beweiserhebungsregelung die Funktion habe, die genannte Selbstbeschränkung inhaltlich zum Ausdruck zu bringen, oder ob sie eine außerhalb einer solchen Beschränkungsfunktion liegenden Zweck dienen solle. Diese Ansicht verkennt, worauf Eisenberg⁷¹ zutreffend hinweist, dass die Umsetzung dieser auf die Besonderheiten speziell strafprozessualer Normverletzungen gerichteter Erwägungen von dem Ringen um Auslegungstechniken und dahinter stehenden Belangen der Verfahrensbeteiligten abhängig ist.

⁶⁸ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Schriften zum Prozessrecht, Bd. 49, 1977, S. 124 f.

⁶⁹ Rogall, a. a. O., S. 217; m. w. N.

⁷⁰ Fezer, a. a. O., S. 75.

⁷¹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rdnr. 369.

(5) Lehre vom informationellen Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsanspruch

Der insbesondere von Amelung⁷² vertretene Ansatz geht davon aus, dass die in den jeweiligen Beweiserhebungsvorschriften anerkannten Informationsbeherrschungsrechte die dogmatischen Grundlagen der Verwertungsverbote darstellen, deren Verletzung einen subjektiven, öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch begründe, dessen Durchsetzung als Beschwer von dem Fortbestand des rechtswidrigen Zustandes abhängt. Hiergegen spricht, dass Verwertungsverbote nicht nur individualrechtlich begründbar sind und zudem die Gefahr besteht, dass andere Belange eines auch durch die Verwertungsverbote angestrebten rechtsstaatlichen Verfahrens, wie z. B. den Schutz Dritter bei Verletzung des § 55 StPO, gefährdet werden⁷³.

(6) Abwägungslehre – normative Fehlerfolgenlehre

Die insbesondere von Rogall⁷⁴ dargestellte Abwägungslehre geht von der Feststellung aus, dass nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot auch zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Vielmehr sei über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus im Wege einer Einzelprüfung durch Abwägung des Strafverfolgungsmittels mit dem Individualinteresse zu ermitteln, ob die Verletzung eines Beweiserhebungsverbot ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe. Diese Auffassung hat sich, nachdem auch die höchstrichterliche Rechtsprechung⁷⁵ diesen Weg bestritten hat, in der Literatur zur h. M. entwickelt, und zwar für den gesamten Bereich der Verwertungsverbote, insbesondere aber auch für die Fernwir-

⁷² Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlage individualrechtlicher Beweisverbote, S. 27.

⁷³ Eisenberg, a.a.O., Rdnr. 368.

⁷⁴ ZStW 91 (1979), 1 ff., 29 ff.

kungsproblematik⁷⁶, also auch für die der Beweismittelbeschaffung durch Private⁷⁷. Leitbild des Ansatzes ist dabei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere dessen Methode der Güterabwägung bzw. die von ihm entwickelte Wechselwirkungstheorie zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz⁷⁸.

Kritiker dieser Auffassung wenden ein, dass nach diesem Ansatz methodisch konsequent nicht nur eine vollständige Rangordnung von Verfassungsgütern als überprüfbarer Hintergrund der Abwägung ausgewiesen werden müsste, sondern auch ein Maßstab, nach dem sich das soziale Gewicht von Verfassungswerten in konkreten Situationen bestimmen ließe. Ein solches Werterangsystem sei jedoch bisher weder vom Bundesverfassungsgericht noch von den Vertretern der Abwägungslehre entwickelt worden⁷⁹. Die einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts seien als Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der verfassungsrechtlichen Garantie von Mindestpositionen⁸⁰ zu verstehen. Die Abwägungen in den Entscheidungen erschienen als Einschränkungen gesetzgeberischer Eingriffsbefugnisse, d. h. als Begrenzungen der justiziellen Befugnis zur Informationserhebung und -verwertung und führten damit zur Ausweitung von Informationsverfügungsrechten der betroffenen Prozessbeteiligten und nicht zu deren Einschränkung, wie sie im Ergebnis nach dem Abwägungsansatz zu erwarten seien⁸¹. Insbe-

⁷⁵ BGHSt 38, 214; 38, 372.

⁷⁶ Dazu siehe unten unter Ziffer 3.

⁷⁷ Müssig, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, GA 1999, 119 ff.

⁷⁸ BVerfGE 34, 238, 248 – Tonband -; 35, 202, 220 – Lebach -; 56, 37, 59 ff. – Gemeinschuldner -; 77, 65, 75 f – Filmmaterial des ZDF -; 80, 367, 375 f. – Tagebuch -.

⁷⁹ Müssig, a.a.O., S. 139.

⁸⁰ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 143 ff.

⁸¹ Vgl. z. B. Wolter, in: SK-StPO, vor § 151 StPO Rdnr. 196, 204.

sondere Fezer⁸² weist darauf hin, dass für eine Abwägung schlechterdings kein Raum mehr sei, wenn eine Auslegung der verletzten Verfahrensnorm (z. B. der Pflicht zur Beschuldigtenbelehrung gemäß §§ 163 a Abs. 4, 136 Abs. 1 Satz 3 StPO) ergebe, dass ihr Sinn und Zweck (hier: Verhinderung unwissentlicher Selbstbelastung) vereitelt würde, wenn das unter ihrer Missachtung zustande gekommene Beweisergebnis verwertet würde.

3. Zusammenfassung

Trotz der vielfältigen Ansätze haben sich Rechtsprechung und Lehre bisher nicht auf allgemein verbindliche Regeln, unter welchen Voraussetzungen ein solches Verbot besteht, einigen können. Die Entwicklung einer objektiven und zugleich den Besonderheiten des konkreten Lebenssachverhaltes gerecht werdenden Lösung ist bis auf weiteres nicht abzusehen. Von den oben dargestellten Lösungsmodellen erscheint die von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung vertretene und angewendete Abwägungspraxis am geeignetsten. Nur sie bietet Raum für unterschiedliche einzelfallbezogene Erwägungen, in dem sie bei dem Abwägungsvorgang einerseits das Prinzip des fairen Verfahrens und den Grundsatz, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss, sowie andererseits die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, die Gefahr der Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung durch Verwertungsverbote, eventuelle hypothetische Ermittlungsverläufe und den Schutzzweck der verletzen Beweiserhebungsvorschrift berücksichtigt. Im Ergebnis vereint sie damit die bisher entwickelten Lösungsversuche. Mangels einer besseren Lösung ist dabei die Gefahr hinzunehmen,

⁸² Fezer, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 29 ff.; ders., Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht -Teil 2 -, JZ 1996, 655, 662.

dass wegen der Unschärfe der Abwägungskriterien⁸³ und der individuellen Vorstellungen der mit dem Abwägungsvorgang betrauten Personen keine einheitlichen, vorhersehbaren Ergebnisse gewährleistet werden können.

⁸³ Vgl. Rogall, ZStW 91 (1979), 35.

4. Fernwirkung, hypothetischer Kausalverlauf

Bis heute ist umstritten, ob ein Beweisverwertungsverbot nur das unmittelbar rechtswidrig erlangte Beweisergebnis oder auch die daraus gewonnenen weiteren Beweisergebnisse erfasst und damit eine Fernwirkung im Sinne eines mittelbaren Verwertungsverbotes besitzt.

Die Befürworter einer generellen Fernwirkung⁸⁴ berufen sich auf die "fruit of the poisonous tree doctrine" des nordamerikanischen Rechts, nach der Beweismittel, deren Gewinnung auch nur mittelbar auf einen Verstoß gegen ein Beweisverbot zurückzuführen ist, grundsätzlich nicht verwertbar sind. Da die Beweisverbote in den USA vornehmlich der Disziplinierung der Polizei dienen⁸⁵, in der Bundesrepublik dagegen die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens gewährleisten sollen, ist eine unkritische Übernahme der Doktrin nicht angezeigt.

Nach entgegengesetzter Auffassung dürfe ein Verfahrensfehler, der ein Verwertungsverbot nach sich ziehe, nicht ohne weiteres dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt werde⁸⁶. Weitere kriminalpolitisch begründete Argumente sind die Annahme, die Ablehnung der Fernwirkung sei für eine wirksame Verbrechensbekämpfung notwendig⁸⁷, und die Forderung, in Fällen, in denen niemand Zweifel an der Schuld des Täters habe, die Befriedigung der primitiven Rachegefühle durch das Strafrecht

⁸⁴ Grünwald, JZ 66, 500; Haffke, GA 73, 79; Maiwald, Zufallfunde bei zulässiger strafprozessualer Telefonüberwachung – BGH, NJW 1970, 1462 -, JuS 1978, 379, 385; Roxin, § 24 D IV; Kühne, Strafprozesslehre, Rdnr. 541; Fezer, JZ 1987, 937.

⁸⁵ Harris, Verwertungsverbot für mittelbar erlangte Beweismittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der Rechtsprechung im deutschen und amerikanischen Recht, StV 1991, 313 ff.; Bradley, Beweisverbote in den USA und in Deutschland, GA 85, 101; Hermann, Neue Entwicklungen in der amerikanischen Strafrechtspflege, JZ 85, 608.

⁸⁶ BGHSt 34, 364.

⁸⁷ BGH a.a.O.

nicht zu vereiteln⁸⁸. Diese Argumentationsweise erscheint im Hinblick auf das Gebot der Rechtsstaatlichkeit äußerst fragwürdig. Der BGH hat eine Fernwirkung bislang nur für das Beweisverwertungsverbot aus § 7 Abs. 3 G10⁸⁹ angenommen, jedoch dargestellt, dass es eine allgemeine Regelung über die Fernwirkung nicht gebe, sondern eine einzelfallorientierte Handhabung sachgerecht sei. Abzuwägen sei die Schwere des Verstoßes einerseits und des staatlichen Strafverfolgungsinteresses andererseits⁹⁰. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, weil nur sie der Problematik am ehesten gerecht werden kann. Eine Fernwirkung wird daher grundsätzlich anzunehmen sein, soweit die Gewinnung des mittelbaren Beweismittels auf einer schwerwiegenden Grundrechtsverletzung basiert⁹¹.

Bei der Abwägung sind nach der Rechtsprechung auch hypothetische Kausalverläufe grundsätzlich berücksichtigungsfähig⁹². Die Verwertung eines unmittelbar in Folge eines Verbotsverstoßes erlangten Beweismittels ist aufgrund hypothetischer Erwägungen dann zulässig, wenn frei von vernünftigen Zweifeln feststeht, dass die Beweismittel auch im Falle legaler Ermittlungstätigkeit erlangt worden wären oder sind⁹³.

⁸⁸ Sarstedt, DJTStDep 67, 23.

⁸⁹ BGHSt 29, 244.

⁹⁰ BGH a.a.O., S. 249.

⁹¹ BVerfGE 56, 37 – Gemeinschuldnerbeschluss -; 44, 353; Rogall, ZStW 91 (1979), 40.

⁹² BGH NJW 1964, 1139; 1971, 1097; Grünwald, JZ 1966, 489; ders., Anmerkung zu BGH vom 28.04.1987 (StV 1987, 283), StV 1987, 470, 472; Rogall, NSZ 1988, 392 f.

⁹³ Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, 1992, S. 113, 175; vgl. auch zur "inevitable discovery" im US-amerikanischen Recht, Harris, StV 1991, 317 m. w. N.

II. Entstehung des Verwertungsverbotes gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO

1. Rechtslage und Praxis vor Inkrafttreten der InsO⁹⁴

a) Auskunftspflicht des Gemeinschuldners

Gemäß § 100 KO war der Gemeinschuldner verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Nach h. M.⁹⁵ galt die Auskunftspflicht nur für das eröffnete Konkursverfahren, nicht jedoch bereits im Konkursantragsverfahren. Diese Auskunft konnte über alle das Konkursverfahren betreffenden Dinge verlangt werden. Der Gemeinschuldner musste insbesondere über sein Vermögen im In- und Ausland⁹⁶, die einzelnen Konkursforderungen und ihre Berechtigung, über Aussonderungs- und Absonderungsrechte und über Umstände, die eine Anfechtung von Rechtshandlungen rechtfertigen konnten, berichten. Ohne eine ausdrückliche anderweitige Gestattung hatte der Gemeinschuldner die Auskünfte persönlich und in mündlicher Form zu erteilen.

⁹⁴ Die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner Vertreter nach der Vergleichsordnung und der Gesamtvollstreckungsordnung werden nicht gesondert dargestellt, weil die Unterschiede zwischen den einzelnen Zerschlagungs- und Restrukturierungsverfahren nicht wesentlich sind. Zu den Unterschieden im Einzelnen vergleiche Uhlenbruck, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter nach der KO, VerglO und GesO sowie InsO, KTS 1997, 375 ff.

⁹⁵ Uhlenbruck/Kuhn, KO, 11. Aufl. 1994, § 100 Rdnr. 7; Heß/Kropshofer, § 100 Rdnr. 3, die darauf hinweisen, dass das Konkursgericht im Hinblick auf die vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe Gemeinschuldner, Verwalter und Gläubigerausschuss im Konkurseröffnungsverfahren auf die Maßnahmen der §§ 75, 105 Abs. 2, 101, 104 KO beschränkt war, und zwar unabhängig von der Anordnung der Sequestration nach § 106 KO; a.A. z. B. Kilger bei gemäß § 106 KO angeordneter Sequestration, KO § 100 Anmerkung 1.

⁹⁶ BGHZ 68, 16; BGH, WM 1983, 858.

Die nach dem Wortlaut des § 100 KO uneingeschränkte Auskunftspflicht umfasste nach der herrschenden Auffassung⁹⁷ auch die Offenbarung der von dem Gesamtschuldner begangenen strafbaren Handlungen. Den Interessen der Konkursgläubiger wurde der Vorrang vor den Interessen des Gemeinschuldners an einem Schutz gegen – durch Beugehaft nach den §§ 75, 101, Abs. 2 KO erzwingbare – Selbstbezeichnungen eingeräumt. Eine Notwendigkeit zu einer einschränkenden Auslegung bestand nach der h. M. auch nicht im Hinblick auf die nach der MiZi (Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen) für die Konkursgerichte bestehende Verpflichtung, neben anderen Stellen auch der Staatsanwaltschaft Entscheidungen über die Eröffnung des Konkursverfahrens, die Abweisung mangels Masse, die Aufforderung zur Abgabe und die tatsächliche Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung bei Organen juristischer Personen mitzuteilen und dieser so zu ermöglichen, nach Eingang der Mitteilung die Konkursakten anzufordern und unter strafrechtlichen Gesichtspunkten auszuwerten⁹⁸.

Die Vertreter der Gegenmeinung⁹⁹ sahen in der uneingeschränkten Aussageverpflichtung in Verbindung mit der Anordnung von Beugemitteln zu ihrer Durchsetzung eine Verletzung des durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsrechts. Dieses sehe nämlich das Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung im Strafverfahren und vergleichbaren Verfahren als vorrangig gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit an. Der Beschuldigte müsse frei darüber entscheiden

⁹⁷ Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 9. Aufl., § 75 Anm. 3, § 100, Anm. 1; bis zur 10. Aufl. auch Böhle-Stamschräder, KO, § 100 Anm. 1; Zirpius, Die Stellung des Konkursverwalters zur Staatsanwaltschaft, KTS 1965, 200, 205; LG Hamburg, KTS 1975, 242.

⁹⁸ Vgl. Richter, Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 Abs. 1 ff InsO, wistra 2000, 1 ff.

⁹⁹ Uhlenbruck, Die Grenzen von Amtsermittlung und Offenbarungspflicht im Konkursverfahren, JR 1971, 455 m. w. N.

können, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden dürfe¹⁰⁰.

b) Der Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts

aa) Inhalt der Entscheidung

Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde eines Gemeinschuldners gegen einen Beschluss des Landgerichts Bonn hat sich das Bundesverfassungsgericht mit dieser Problematik befasst. In seinem Beschluss vom 13.01.1981 - 1 BvR 116/77 -¹⁰¹ führte es im Einzelnen aus, welche verschiedenen Vorkehrungen die geltende Rechtsordnung für Zeugen, Prozessparteien und Beschuldigte im Strafverfahren oder entsprechenden Verfahren zum Schutz gegen unzumutbare Eingriffe und Beeinträchtigungen vorsehe. Dabei betonte es insbesondere, dass das Schweigerecht des Beschuldigten seit langem zu den anerkannten Grundsätzen des Strafprozesses (*nemo tenetur se ipsum accusare*) gehöre und Verstöße zu einem strafprozessualen Verwertungsverbot führten. Unzumutbar und mit der Würde des Menschen unvereinbar sei ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen. Insoweit gewähre Art. 2 Abs. 2 GG als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe einen Schutz, der alter und bewährter Rechtstradition entspreche. Die für Zeugen, Prozessparteien und Beschuldigte entwickelten Schweige- und Aussageverweigerungsrechte für den Fall der Selbstbezeichnung gälten jedoch nicht in gleicher Weise für solche Personen, die aus be-

¹⁰⁰ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 124, 150; Eser, Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozessrecht, in: Jescheck, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, 1974, S. 136 ff.

sonderen Rechtsgründen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich verpflichtet seien, einem anderen oder einer Behörde die für diese notwendigen Informationen zu erteilen.

Der Gemeinschuldner solle durch seine Aussage nicht wie ein Beschuldigter zu seiner Verurteilung beitragen. Er stehe zu den von ihm geschädigten Gläubigern in einem besonderen Pflichtenverhältnis, weil er im Konkurs einer der wichtigsten Informationsträger sei, auf dessen Auskünfte die Gläubiger und die Verfahrensorgane zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Konkursverfahrens angewiesen seien. Nur durch eine uneingeschränkte Auskunftspflicht könne der Gemeinschuldner daran gehindert werden, Teile der Konkursmasse dem berechtigten Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Da die Auskunftspflicht uneingeschränkt nur für die Zwecke des Konkursverfahrens gelte, dürften die unter Zwang herbeigeführten Selbstbezeichnungen des Gemeinschuldners nicht gegen seinen Willen zweckentfremdet und der Verwertung für seine Strafverfolgung zugeführt werden. Da die vorkonstitutionelle Konkursordnung keine strafrechtlichen Verwertungsverbote vorsehe, habe der Richter die Aufgabe, die bestehende Gesetzeslücke bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber zu schließen.

bb) Sondervotum

In einem Sondervotum vertrat der Bundesverfassungsrichter Dr. Heußner¹⁰² die Auffassung, eine Ergänzung des § 100 KO durch ein Verwertungsverbot sei nicht ausreichend. Da bereits die Weitergabe der Informationen des Gemeinschuldners an die Strafverfolgungsbehörden den Gemeinschuldner wegen der Zweckentfremdung in seinem Persönlichkeitsrecht verletze, ergebe sich

¹⁰¹ BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431 ff. = ZIP 1981, 361 ff..

¹⁰² BVerfG, ZIP 1981, 365.

aus der Verfassung nicht nur ein Verwertungsverbot, sondern auch ein Offenbarungsverbot gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und den Strafgerichten.

cc) Bedeutung und Reichweite der Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss weder den exakten Inhalt noch die Reichweite eines solchen Verwertungsverbot definiert. Die genaue Ausgestaltung und auch die Frage einer Fernwirkung sollte offenbar durch den einfachen Gesetzgeber erfolgen¹⁰³, weil sich aus der Verfassung kein striktes Fernwirkungsverbot ergab.

Da nach dem Erlass des Gemeinschuldnerbeschlusses eine Konkretisierung des vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Verwertungsverbot durch den Gesetzgeber zunächst nicht erfolgte, setzte sich die Diskussion um die Anwendbarkeit des *nemo-tenetur*-Grundsatzes und die Fernwirkung der Verwertungsverbote fort. Die Gegner eines strikten Fernwirkungsverbot vertraten für das Konkursverfahren die Auffassung, selbst bei Annahme eines verfassungsrechtlichen oder einfachrechtlichen Offenbarungsverbot, das den Gemeinschuldner vor der Weitergabe seiner Aussage durch Konkursbeteiligte schützen könnte, blieben den privaten Verfahrensbeteiligten eigene weitere Nachforschungen unter Verwertung der Aussage unbenommen. Da das Bundesverfassungsgericht die Anwendbarkeit der §§ 174 Abs. 2, 172 Nr. 2 GVG und 352 d Nr. 2 StGB bei Auskunftsterminen des Konkursverfahrens nicht erörtert habe, könne die verfassungsrechtlich unbedenkliche Weitergabe des Aussageinhaltes unter

¹⁰³ Stürmer, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757, 1758.

Privaten zu Anzeigen wegen neu gefundener Beweismittel führen¹⁰⁴.

In welchem Umfang die strafrechtlich gewährleistete Aussagefreiheit generell auf den sonstigen außerstrafrechtlichen Bereich ausstrahlen sollte, ergibt sich aus dem Gemeinschuldnerbeschluss ebenfalls nicht, weil das Bundesverfassungsgericht nicht abschließend auf weitere Parallelfälle zur konkursrechtlichen Aussagepflicht eingegangen ist. Zu den von ihm mit "dem Strafverfahren entsprechenden Verfahren" hat es ausdrücklich nur Disziplinarverfahren und berufsgerichtliche Verfahren gezählt. Ob das nemo-tenetur-Prinzip insbesondere auch für das Ordnungswidrigkeitenverfahren gelten sollte, ist offen geblieben¹⁰⁵.

Obwohl oder vielleicht gerade weil sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Gemeinschuldnerbeschluss ausdrücklich nicht mit § 104 KO a. F., der Pflicht zur Vorlage von Vermögensübersichten oder sonstigen Mitwirkungspflichten befasst hatte, verstärkte die Anerkennung der verfassungsrechtlichen Verortung des nemo-tenetur-Grundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht den schon vorher vorhandenen Trend, Streitfragen im Konkursrecht und bei einer Vielzahl prozessualer und außerprozessualer Verpflichtungen im Lichte eines Grundrechts auf Schweigen zu lösen. Über das Verbot von Aussagezwang hinaus erfolgte in der wissenschaftlichen Betrachtung¹⁰⁶ eine Erweiterung des nemo-tenetur-Prinzipes auch auf außerstrafrechtliche Pflichten zur

¹⁰⁴ Stümer, a.a.O.

¹⁰⁵ Eine Einbeziehung des Ordnungswidrigkeitenrechts durch das Bundesverfassungsgericht nehmen unter anderem an: Dingeldey, Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, NStZ 1994, 529, 531; Gepert, Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen? Bemerkungen zu den Entschlüssen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstages, 29.-31. Januar in Goslar, BA 1992, 289, 294.

faktischen Mitwirkung. Solche ergeben sich insbesondere aus Vorschriften des öffentlichen Rechts, die die Betroffenen nicht nur zur Auskunft, sondern auch zu Aufzeichnungen und/oder Dokumentation sowie zur Vorlage der hierbei entstandenen Unterlagen und sonstigen Beweismaterials verpflichten¹⁰⁷.

c) Praxis der Strafverfolgungsbehörden

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde von den Strafverfolgungsbehörden restriktiv interpretiert. Ein über die direkte Verwertung der Angaben des Gemeinschuldners hinausgehendes Verwendungsverbot wurde nicht angenommen. Die Staatsanwaltschaft bejahte vielmehr unter Verwendung der Angaben des Gemeinschuldners einen Anfangsverdacht und leitete ein Ermittlungsverfahren ein, um strafprozessual verwertbare Beweise zu erheben. Zur Begründung des dringenden Tatverdachtes für eventuell notwendige strafprozessuale Maßnahmen wie Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse sowie Haftbefehle führte sie Beweisindizien an, die sich nicht aus der unverwertbaren Aussage des Gemeinschuldners ergaben¹⁰⁸.

Erkenntnisquellen für die Staatsanwaltschaft waren insbesondere die Akten des Gerichtsvollziehers mit den darin enthaltenen Pfändungsprotokollen, aus denen sich Anzahl und Datum der Vollstreckungsaufträge der Gläubiger, die Höhe deren Forderungen sowie

¹⁰⁶ Geppert, a.a.O., S. 296; ders., in: FS Spindel 1992, S. 676 f.; Rogall, in: SK-StPO, vor § 133 Rdnr. 146 a.E.; Bottke, Zur Fahrtenbuchauflage, DAR 1980, 240 f.; a.A. Verrel Nemo-tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NSTZ 1997, 361 ff. und 415 ff.

¹⁰⁷ BVerfGE 56, 46; vgl. die Aufzählung vom Fahrtenstreifen bis zum Abfallbeseitigungsgesetz bei Volk, Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, JZ 1982, 85 ff.; Reiß, Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte bei Gefahr der Strafverfolgung im öffentlich-rechtlichen Verfahren, NJW 1982, 2540; Schäfer, in: FS Dünnebieber, S. 11.

der Vollstreckungserfolg ergaben. Bedeutsam waren auch Pfandabstandserklärungen, Verhaftungsaufträge zur Abgabe von Versicherungen an Eides statt, durchgeführte Verhaftungen und die Erhebung von Wechselprotesten. Entscheidendes Material erhielt die Staatsanwaltschaft aus den von dem Gemeinschuldner dem Konkursgericht, dem Sequester bzw. Konkursverwalter vorgelegten und/oder zugänglich gemachten Firmenunterlagen. Hierbei wurde hinsichtlich ihrer Verwertbarkeit nur vereinzelt¹⁰⁹ danach unterschieden, ob die Unterlagen durch den Gemeinschuldner freiwillig oder in Erfüllung der gesetzlichen Pflichten gemäß §§ 75, 100 KO a. F. eingereicht worden waren. Die Staatsanwaltschaft betrachtete die durch den Gemeinschuldner mit der Auskunft vorgelegten Geschäftsunterlagen nicht als Bestandteil der Auskunft des Gemeinschuldners mit der Folge, dass sie als uneingeschränkt verwertbar angesehen wurden. Weiteres Hintergrundmaterial verschafften sich die Strafverfolgungsbehörden durch eine intensive Auswertung der Konkursakten, insbesondere der Berichte der Sequestratoren und Konkursverwalter an das zuständige Konkursgericht. Informationen erhielten sie ferner durch Gespräche mit dem Konkursverwalter und/oder Gutachter. Bei der Verwertung dieses Materials zur Begründung eines Anfangsverdachts für konkrete Insolvenzstraftaten prüfte die Staatsanwaltschaft regelmäßig nicht, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang die Kenntnisse der Informanten auf Angaben des Gemeinschuldners beruhten und deshalb unverwertbar waren¹¹⁰.

¹⁰⁸ Richter, Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97, Abs. 1 ff. InsO, wistra 2000, 1 ff, ders., Der Konkurs der GmbH aus der Sicht der Strafrechtspraxis, GmbHR 1994, 113 ff, 147 ff.

¹⁰⁹ Z. B. Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, S. 148.

¹¹⁰ Richter, a.a.O. Fn.107. Richter weist für den Fall der GmbH in GmbHR 1984, 113 ff. jedoch darauf hin, dass bei Eigenantrag und hierauf folgender Antragsabweisung mangels Masse die 3 - Wochen-Frist der §§ 84, 64 GmbHG nach einem kriminalistischen Erfahrungssatz nicht eingehalten worden sein kann und schon deshalb ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist.

2. Die Entwicklung des neuen § 97 Insolvenzordnung

Erste Reformvorschläge für eine Neuregelung des Konkursrechts und damit auch der Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten des Schuldners stammen von der bereits 1978 vom damaligen Justizminister Dr. Hans-Jochen Vogel eingesetzten Kommission für Insolvenzrecht. Da es nach der Konkursordnung an gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der Mitwirkungspflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren fehlte, schlug die Kommission für Insolvenzrecht in ihrem **ersten Bericht 1985**¹¹¹ vor, die Mitwirkungspflichten des § 100 KO (und des § 69 VgIO) zu einer allgemeinen Mitwirkungs- und Auskunftspflicht des Schuldners auszubauen. In Leitsatz 1.3.2.2 war eine Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht des Schuldners (Abs. 1), eine weitgehende Auskunftspflicht (Abs. 2) und die Befugnis des Insolvenzgerichts vorgesehen, den Schuldner zur Vornahme einer bestimmten Handlung zu verpflichten (Abs. 3).

Der am **30.08.1988** vom Bundesminister der Justiz vorgestellte **Diskussionsentwurf** eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts¹¹² sah in § 104 eine umfassende Auskunftspflicht des Schuldners vor. Zugleich war in § 104 Abs. 1 Satz 3 zur Kodifizierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Gemeinschuldnerbeschluss vorgesehen: *"Jedoch darf eine Auskunft, die der Schuldner bei seiner Verpflichtung nach Satz 1 erteilt, in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 der StPO bezeichneten Angehörigen des Schuldner nicht verwertet werden".*

¹¹¹ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1995, Leitsatz 1.3.2.2, S. 142 ff.

¹¹² Diskussionsentwurf, RWS-Verlag 1988, S. 50, Bundesanzeiger vom 19.08.1988, S. 50.

Der am **01.11.1989** vorgelegte **Referentenentwurf** eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts formulierte das Verwertungsverbot in § 104 Abs. 1 Satz 3 abweichend: "*Jedoch darf des Schuldners nur mit Zustimmung des Schuldners verwertet werden*". In seiner Begründung führte der Referentenentwurf aus: "*Der Grundsatz der Auskunftspflicht ist in Abs. 1 Satz 1 in Anlehnung an § 100 KO geregelt. Ergänzend wird dargestellt – im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.01.1981 (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 56; 37) – 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 (Abs. 1 Satz 2, 3). Nach dem Sinn dieses Verbots dürften auch solche Tatsachen nicht verwertet werden, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hat...*"¹¹³.

Der **Regierungsentwurf vom 03.03.1992** übernahm in seinem § 109 das vom Referentenentwurf vorgesehene Verwertungsverbot¹¹⁴.

Der **Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages** fasste in der am **21.04.1994** vom Deutschen Bundestag beschlossenen Insolvenzordnung die §§ 109 bis 111 des Regierungsentwurfes mit einigen Veränderungen in den §§ 97, 98 InsO zusammen. Aus dem Verwertungsverbot des § 109 RegE wurde das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO. Zur Begründung der vorgeschlagenen Änderung führte der Rechtsausschuss aus, entsprechend dem Anliegen des Bundesbeauftragten für den Datenschutz werde damit zum Ausdruck gebracht, dass eine Auskunft

¹¹³ Referentenentwurf, RWS-Verlag 1989, S. 59 f. 102; Bundesanzeiger vom 05.12.1989, S. 59, 102.

des Schuldners ohne dessen Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen dürfe¹¹⁵. Der **Gesetzgeber** hat sich dieser Begründung angeschlossen und ergänzend klargestellt: *"Auf der anderen Seite hindert das Verbot nicht die Verwertung von Tatsachen, die der Strafverfolgungsbehörde bereits bekannt waren"*¹¹⁶

¹¹⁴ Vgl. Balz/Landfemann, Die neuen Insolvenzgesetze, Texte mit Einführung und den amtlichen Materialien, 1995, S. 181; BT-Drucks. 12/2443, S. 142 zu §§ 109-111, RegE.

¹¹⁵ BT-Drucks. 12/7302 S. 5.

¹¹⁶ Schmidt-Räntsch, Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz, Rdnr. 1 zu § 97 InsO.

3. Einordnung des § 97 Abs. 1 Satz 3 Insolvenzordnung in das System der Beweisverbote

Die dogmatische Einordnung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO hat zu kontroversen Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur geführt.

a) Auslegung des Begriffs "verwenden"

Ansatzpunkt für die Interpretation dieser Vorschrift als *Beweiserhebungsverbot* ist der Austausch des Wortes *verwertet* durch das Wort *verwenden* seitens des Gesetzgebers auf entsprechenden Vorschlag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, der damit sicherstellen wollte, dass eine Auskunft des Schuldners ohne dessen Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen dürfe¹¹⁷. Daraus leitet Richter ab, den Strafverfolgungsbehörden bleibe es im Geltungsbereich der Insolvenzordnung verwehrt, aus der Auskunft des Gemeinschuldners sowohl im Einleitungsverfahren gem. § 20 InsO als auch im Insolvenzverfahren selbst einen Anfangsverdacht zu schöpfen oder auf der Grundlage dieser Angaben Beweismittel zu erheben. Der Wille des Gesetzgebers habe im Wortlaut der Norm durch den Begriff „verwenden“ hinreichenden Niederschlag gefunden¹¹⁸.

¹¹⁷ Siehe oben unter II.2.

¹¹⁸ wistra 2000, 1, 3.

b) Ausdehnende Schlussfolgerung aus dem angeordneten Verwendungsverbot

Das Landgericht Stuttgart¹¹⁹ geht unter Bezugnahme auf Gössel¹²⁰ davon aus, dass ein Beweisverwendungsverbot grundsätzlich zu einem Beweiserhebungsverbot führt. Es sieht in der Erhebung von Beweismitteln, die im Strafverfahren nicht verwendet werden dürfen, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

c) Offenbarungsverbot nach Heußner

Nach einer weiteren Auffassung wird unter Bezugnahme auf das von Heußner in dem Sondervotum¹²¹ zum Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vertretene Offenbarungsverbot erwogen, ob aus § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zu entnehmen sei, dass als Fernwirkung im Sinne einer Vorauswirkung schon die Bildung eines Anfangsverdachtens zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens auf der Grundlage der Aussage des Schuldners im Insolvenzverfahren unzulässig sei.

Die Auskünfte des Schuldners gegenüber den in § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO genannten Adressaten, nämlich dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und gegebenenfalls der Gläubigerversammlung, dürften nicht an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet werden, um die Möglichkeit auszuschließen,

¹¹⁹ wistra 2000, 439 f.; ebenso Uhlenbruck, Auskunftspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002, 401, 404; ders., Die Auskunftspflichten des GmbH - Geschäftsführers im Insolvenzverfahren, GmbHR 2002, 941, 944; unklar aber ders., in: InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 8.

¹²⁰ Über das Verhältnis von Beweiserhebungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244 Abs. 2 StPO, NStZ 1998, 126 ff.

¹²¹ Siehe oben unter II.1.b) bb).

dass sich hieraus ein Anfangsverdacht ergeben könne¹²². Zugleich wird damit die zur Zeit gängige Praxis der Insolvenzgerichte und der Staatsanwaltschaft in Frage gestellt. Diese sind auf der Grundlage des Justizmitteilungsgesetzes¹²³ ermächtigt, personenbezogene Daten von Amts wegen gegenseitig zu übermitteln¹²⁴.

Nach der Anordnung über die Mitteilung in Zivilsachen (MiZi) sind die Insolvenzgerichte sogar verpflichtet, die Abweisung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens den Ermittlungsbehörden mitzuteilen. Letztere nehmen dann im Rahmen von Vorermittlungen Einsicht in die Insolvenzakten. Das geschieht i. d. R. durch Übersendung der Insolvenzakten, ohne dass zu diesem Zeitpunkt geprüft wird, ob und inwieweit dort bereits vorhandene Angaben des Schuldners einer Weitergabe an die Staatsanwaltschaft entgegen stehen.

d) Stellungnahme

Diese Auffassung ist abzulehnen. Sie lässt sich weder mit dem Wortlaut noch der Gesetzessystematik des § 97 Abs. 3 Satz 1 InsO rechtfertigen.

aa) Auslegung nach dem Wortlaut " im Strafverfahren "

Der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, der eine Verwendung von Beweismitteln *im Strafverfahren* regelt, lässt nicht den Schluss zu, dass damit bereits eine *erste Übermittlung* von Informationen an die Staatsanwaltschaft erfasst sein sollte. Ein Ermittlungsver-

¹²² Hefendehl, Beweisermittlungs- und Beweisverwertungsverbote bei Auskunfts- und Mitwirkungspflichten - das sog. Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO - , wistra 2003, 1 ff.

¹²³ JuMiG vom 18.06.1997 (BGBl. I 1430).

fahren wird zwar grundsätzlich erst dann zulässig eingeleitet, wenn ein Anfangsverdacht besteht, d. h. die Staatsanwaltschaft von der konkreten Möglichkeit des Vorliegens einer Straftat ausgeht. Das ist der früheste Zeitpunkt, von einem Strafverfahren zu sprechen¹²⁵. Die Aufforderungen zur Übersendung der Insolvenz-akten durch die Staatsanwaltschaft nach Erhalt der Mitteilungen nach der MiZi oder auf Grund kriminalistischer Erfahrung erfolgen jedoch als Vorermittlungen zulässigerweise auf der Grundlage des Justizmitteilungsgesetzes und in Erfüllung der Aufgaben als Ermittlungsbehörde. Daher ist an ihrer Zulässigkeit nicht zu zweifeln.

bb) Begründung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat sich in seiner Begründung zu § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO¹²⁶ ausdrücklich nur auf "die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", berufen. Daraus ist zu folgern, dass er sich auf die Mehrheitsentscheidung des Gerichts bezogen hat. Nur diese Rechtsprechung wollte er in Gesetzesform umsetzen, nicht jedoch das weitergehende Sondervotum des Dr. Heußner¹²⁷.

cc) Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt sich, dass der Gesetzgeber hier kein *Beweiserhebungsverbot* nominiert hat, sondern lediglich ein *Beweisverwertungsverbot*¹²⁸. Hierfür spricht die Begründung zu § 109 des Regierungsentwurfes, nach

¹²⁴ Weyand, Insolvenzdelikte, S. 134.

¹²⁵ Beulke, Strafprozessrecht, Rdnr. 113 f.

¹²⁶ Siehe unter II. 2.; vgl. auch Marberth-Kubicki, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 06.11.2000 (StV 2001, 212 ff.), StV 2001, 433, 434.

¹²⁷ Hefendehl, wistra 2003, 1, 4.

¹²⁸ So auch Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 82; a. A. Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 405; ders., GmbHR 2002, 941, 944.

der die Auskunft des Schuldners ohne dessen Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen dürfe. Diese Überlegungen des Gesetzgebers machen nur Sinn, wenn auch ein Anfangsverdacht, der aufgrund der später im Strafverfahren unverwertbaren Aussage des Schuldners gebildet wurde, als hiervon umfasst angesehen wird.

dd) Bedeutung des Genehmigungserfordernisses

Darüber hinaus spricht das Genehmigungserfordernis in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO gegen ein Offenbarungsverbot im Sinne eines Beweisermittlungsverbotes. Denn auch diese Regelung erfüllt ihren Zweck nur, wenn die Staatsanwaltschaft bereits einen Anfangsverdacht bejaht hat, der allein oder zum Teil auf der Auskunft des Schuldners beruht und dann im Rahmen der Prüfung, ob ein hinreichender Tatverdacht im Sinne des § 170 Abs. 1 StPO vorliegt, abklärt, ob und inwieweit eine Zustimmung zur Verwertung der Aussage vorliegt. Ginge man von einem Offenbarungsverbot aus, hätte die Zustimmung des Schuldners die Funktion einer Heilung eines Verfahrensmangels. Die Rechtmäßigkeit jedes eingeleiteten Verfahrens bestimmte sich in diesem Fall nach der jeweiligen Entscheidung des Schuldners¹²⁹.

ee) Gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Ermittlungsbehörden und die Gerichte

Entscheidend gegen die Annahme eines Beweiserhebungsverbotes spricht die Kompetenzverteilung in Bezug auf die Prüfung und Beurteilung strafbaren Verhaltens und die Abgrenzung von verwertbaren und unverwertbaren Beweismaterials. Nähme man ein

Verbot für die Übersendung von belastenden Akten bzw. Informationen vom Insolvenzgericht an die Ermittlungsbehörden an, müsste ersteres bei einer Aktenanforderung jeweils selbständig prüfen, ob sich aus der Aussage des Schuldners Anhaltspunkte für eine Straftat ergeben und inwieweit sich in diesem Fall eine Weiterleitung verbietet. Dazu fehlt den Insolvenzgerichten i. d. R. nicht nur die nötige Sachkenntnis, sondern auch das Personal. Darüber hinaus hätten die Entscheidungen der Insolvenzgerichte nur vorläufigen Charakter, denn über die Verwertbarkeit bzw. Unverwertbarkeit entschieden nach der gesetzlichen Aufgabenverteilung endgültig erst die im Strafverfahren erkennenden Gerichte¹³⁰.

Ein Weiterleitungsverbot für Insolvenzakten an die Ermittlungsbehörden könnte zudem dazu führen, dass strafrechtsrelevante Tatsachen hinsichtlich Dritter, die in der Auskunft des Schuldners enthalten sind, ohne sachliche Rechtfertigung nicht zur Kenntnis der Staatsanwaltschaft gelangten. Da die Angaben des Schuldners, sofern es sich nicht um Angehörige handelt, insoweit keiner Verwertungsbeschränkung unterliegen, wären solche Personen vor strafrechtlicher Inanspruchnahme bewahrt. Ihnen käme ein Schutz zu, der vom Gesetzgeber nicht gewollt ist¹³¹.

d) Ergebnis

Nach der unter I. dargelegten Systematik ist § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO als ausdrücklich nomiertes selbständiges Verwertungsverbot anzusehen. Die Beweisgewinnung erfolgt im Insolvenzverfahren nach § 97 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO rechtmäßig. Untersagt ist

¹²⁹ Hefendehl, wistra 2003, 1, 5.

¹³⁰ Richter, Anmerkung zu LG Stuttgart, Beschluss vom 21.07.2000 (wistra 2000, 439), wistra 2000, 440.

¹³¹ Vgl. LG Dresden, 5 Qs 54/00.

lediglich die Verwendung der Beweismittel außerhalb des Insolvenzverfahrens im Strafverfahren und/oder in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren.

Die konkreten Auswirkungen und die Reichweite des Verbotes sind umstritten. Sie werden in den folgenden Abschnitten näher beleuchtet.

D) Die Anwendung des § 97 Insolvenzordnung in der Praxis

Im Folgenden werden die bei der Anwendung der Vorschrift regelmäßig auftretenden Probleme anhand von praktischen Fällen dargestellt und Lösungen nach dem Wortlaut, der Ratio und der Zweckmäßigkeit des Gesetzeswortlautes erarbeitet. Sofern den Sachverhalten bereits entschiedene Fälle zugrunde liegen, werden die Entscheidungsgründe kritisch hinterfragt.

Der Tatbestand des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO enthält mehrere Tatbestandsmerkmale, aus denen sich die oben skizzierten Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten ergeben. Zunächst wird das Merkmal *Auskunft* näher erläutert. Es folgte eine Betrachtung des *rechtlichen Kontextes der Auskunftserteilung*. Daran schließt sich eine Untersuchung der *Kausalität zwischen Auskunft und erzielttem Ermittlungsergebnis*, der *Fernwirkungsproblematik* und der *hypothetischen Kausalität* an. Anschließend soll die Frage geklärt werden, ob eine *Ausdehnung des Verwendungsverbotes auch auf die sonstigen, nicht von den §§ 20, 97 InsO erfassten, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners* nach der Insolvenzordnung geboten ist.

I. Die Auskunft

1. Einordnung innerhalb der Regelungen des § 97 Insolvenzordnung

Gemäß § 97 Abs. 2 InsO hat der Schuldner den Verwalter bei der Erfüllung von dessen Aufgaben zu unterstützen. Den Schuldner trifft danach im Insolvenzverfahren eine aktive Mitwirkungspflicht und eine Verfahrensförderungspflicht. Diese Regelung, die gemäß

§ 20 Satz 2 InsO auch für das Eröffnungsverfahren gilt, ist eine Fortentwicklung des vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung geltenden Rechts und nomiert eine allgemeine verfahrensrechtliche Pflicht öffentlich-rechtlicher Art¹³² für den Schuldner¹³³. Sie ist als Generalklausel zu den anderen, sich aus § 97 Abs. 1 und 3 InsO ergebenden Pflichten zu verstehen. Die in Abs. 1 geregelte Auskunftspflicht des Schuldners stellt daher (nur) eine besondere Hervorhebung dieser allgemeinen Pflichten dar¹³⁴.

2. Inhalt und Art der Auskunft

a) Fall 1

aa) Sachverhalt

Beim Insolvenzgericht stellt ein Gläubiger einer Firma einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zugleich erstattet er bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige wegen aller in Betracht kommender Delikte. Der verantwortliche Geschäftsführer des Unternehmens übersendet dem Insolvenzgericht auf dessen Anschreiben hin ohne Kommentar den nicht ausgefüllten Anhörungsfragebogen nebst einer Kiste mit umfangreichen und ungeordneten Geschäftsunterlagen, flüchtet ins Ausland und taucht dort unter. Anhand dieser Unterlagen fertigt der vom Gericht eingesetzte vorläufige Insolvenzverwalter sein Gutachten. Nach Er-

¹³² So z. B. Jaeger/Weber, KO, § 100 Rdnr. 1; Vallender, Die Auskunftspflicht der Organe juristischer Personen im Konkursöffnungsverfahren, ZIP 1996, 529, 531; Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 13.

¹³³ Schmidt-Räntsch, a. a. O., § 97 Rdnr. 2.

¹³⁴ App, in: Frankfurter Kommentar zu Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 1; Eickmann, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 5; Kroth, in: Braun, Insolvenzordnung, Kommentar, § 97 Rdnr. 11; ebenso Richter, wistra 2000, 1, 2.

öffnung des Insolvenzverfahrens nimmt die Staatsanwaltschaft Einsicht in die Insolvenzakte und die Unterlagen und erhebt nach Abschluss eines Ermittlungsverfahrens Anklage wegen verschiedener Insolvenzdelikte gegen den inzwischen wieder nach Deutschland zurückgekehrten Geschäftsführer.

bb) Problemstellung: Vorlage von Geschäftsunterlagen als Auskunftserteilung?

Nach der Insolvenzrechtsreform ist der Schuldner¹³⁵ wie nach dem vorherigen § 100 KO persönlich zu Auskunft verpflichtet¹³⁶. Er hat die verlangte Auskunft grundsätzlich persönlich und mündlich zu erteilen. Zur Sicherstellung dieser Verpflichtung muss er sich nach § 97 Abs. 3 Satz 1 InsO jederzeit auf Anordnung des Gerichts zur Verfügung stellen. Die gemäß § 97 Abs. 1 InsO im Insolvenzverfahren Auskunftsberechtigten, also das Insolvenzgericht, der Insolvenzverwalter, der Gläubigerausschuss und nach Anordnung des Insolvenzgerichts die Gläubigerversammlung, können dem Schuldner gestatten, dass er seine Auskunft telefonisch, schriftlich oder durch Dritte, z. B. durch einen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt, erteilt. In solchen Fällen können sich die Genannten trotz einer gemäß §§ 116 Abs. Satz 1, 115 InsO durch die Verfahrenseröffnung erfolgten Mandatsbeendigung nicht auf ihr Recht zur Verschwiegenheit berufen, denn die aus dem beendeten Mandatsverhältnis entstandenen Ansprüche des Schuldners fallen in die Insolvenzmasse und unterliegen der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters¹³⁷.

¹³⁵ Die Auskunftspflicht der organschaftlichen Vertreter eines Schuldners, der keine natürliche Person ist, sowie der Angestellten, regelt § 101 InsO.

¹³⁶ Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 22; Jaeger/Weber, KO, § 100 Rdnr. 1, 5; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100 Rdnr. 1, 3.

¹³⁷ Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 27.

§ 97 InsO ist über die §§ 20 Satz 2, 22 Abs. 3 Satz 3 InsO auch im Insolvenzeröffnungsverfahren anwendbar. Auskunftsberechtigt sind hier das Insolvenzgericht bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter¹³⁸.

Vorliegend hat der Schuldner sich jedoch nur durch die Übersendung eines Konvoluts von Geschäftsunterlagen " geäußert ". Ist dies als Auskunftserteilung im Sinne des § 97 Abs. 1 InsO anzusehen? Falls nicht, wie ist das Handeln des Schuldners einzuordnen und welche Folgen ergeben sich hinsichtlich einer Verwertung dieser Unterlagen?

cc) Inhalt und Art der Auskunftspflicht

aaa) Inhalt der Auskunft

Gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO bezieht sich die Auskunftspflicht des Schuldners auf "alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse". Sie erstreckt sich damit auf alle rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die für das Insolvenzverfahren in irgendeiner Weise bedeutsam sein können¹³⁹, insbesondere auf die Gründe für die Insolvenz, die Geschäftsbeziehungen, Vollmachten, die Organisationsstrukturen des Unternehmens, eventuelle immaterielle Rechte, die Umstände des Entstehens von Forderungen und Verbindlichkeiten, etwaige Aussonderung-, Absonderung-, und Masseansprüche¹⁴⁰, auf Auslandsvermögen¹⁴¹, Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter und umgekehrt und auf das

¹³⁸ Zu den Befugnissen des „Nur“ – Sachverständigen vgl. Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 402.

¹³⁹ Henssler, Die verfahrensrechtlichen Pflichten des Geschäftsführers im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH und der GmbH und Co KG, S. 1283, 1297 Rdnr. 33.

¹⁴⁰ Lüke, in: Kübler/Prütting, InsO, § 97 Rdnr. 3.

¹⁴¹ Kilger/K. Schmidt, KO, § 100 Anm. 1 a.; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100 Rdnr. 2 b.

gesamte Vermögen des Schuldners sowie seine Lebensumstände¹⁴².

bbb) Art der Auskunftserteilung

Bei der Erfüllung der Auskunftspflicht darf sich der Schuldner nicht darauf beschränken, Fragen zu beantworten. Er ist vielmehr gehalten, für das Verfahren wesentliche Umstände auch ohne Nachfrage zu offenbaren¹⁴³. Zur Erfüllung seiner Auskunftspflicht gehört gegebenenfalls die Miterstellung einer Übersicht über die Liquidität, eines Finanzplans und eines auf den Stichtag der Antragstellung bezogenen Vermögensverzeichnisses¹⁴⁴. Das Insolvenzgericht kann dem Schuldner, wenn dieser über einen längeren Zeitraum über seine geschäftliche Tätigkeit nicht Buch geführt hat, als Verpflichtung aus vorangegangenem Tun auferlegen, eine geordnete Übersicht über die nicht erfassten Geschäftsvorfälle anzufertigen und diese Auflage gem. § 98 Abs. 2 Nr. 1 InsO erzwingen¹⁴⁵.

Die Frage, ob das schlichte Bereitstellen/Übersenden von *bereits vorhandenen, umfangreichen und ungeordneten Geschäftsunterlagen*, zu denen insbesondere auch Handelsbücher, Buchhaltung und Bilanzen gehören, *als Erteilung einer Auskunft oder als Teil der Erfüllung der Auskunftspflicht* anzusehen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

¹⁴² Umfasst sind z. B. auch Angaben über insolvenzfrees Vermögen wie ein zur Lebensführung notwendiges Mietverhältnis, vgl. AG Duisburg, NZI 2000, 415.

¹⁴³ AG Oldenburg, ZInsO 2001, 1170.

¹⁴⁴ Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 14; Biersch, in: Breutigam/Biersch/Goetsch, Insolvenzrecht-Kommentar, § 22 Rdnr. 32 und § 97 Rdnr. 1; App, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 16.

¹⁴⁵ LG Duisburg, ZIP 2001, 1065.

Richter¹⁴⁶ vertritt die Auffassung, weder die Vorlage noch die schlichte Überlassung von Geschäftsunterlagen sei Teil der Erfüllung der Auskunftspflicht, denn diese bedeute nach Sinn und Zweck nur eine *mündliche* und *persönliche Erklärung* des Schuldners zu den Verhältnissen der Gesellschaft. Eine allgemeine Vorlagepflicht für Geschäftsunterlagen und Bücher durch den Schuldner gebe es in der Insolvenzordnung nicht. Nur für die Verbraucherinsolvenz seien in § 305 InsO ausdrücklich Vorlage- und Auskunftspflichten normiert. § 22 Abs. 3 Satz 2 InsO sehe für das Eröffnungsverfahren lediglich eine *passive Mitwirkungspflicht* des Schuldners in Form einer Duldung der Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere durch den vorläufigen Insolvenzverwalter vor.

Demgegenüber weist Passauer¹⁴⁷ unter Bezugnahme auf das Oberlandesgericht Hamm¹⁴⁸ darauf hin, dass für eine sachdienliche Auskunft gegebenenfalls Vorarbeiten zu erbringen seien, zu denen das Forschen nach vorhandenen Unterlagen und deren Zusammenstellung gehörten.

Nach Kirchhof¹⁴⁹ umfasst die Auskunft auch die Herausgabe der Betriebsunterlagen, die zur Prüfung der nach § 20 InsO für einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geschuldeten Angaben nötig sind.

Eine besondere Regelung einer Pflicht des Schuldners zur Vorlage von Geschäftsunterlagen findet sich außer in den oben genannten Fällen in der Insolvenzordnung nicht. Der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren hat nach § 148 Abs. 1 InsO das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen des Schuldners im Besitz und Verwaltung zuzunehmen. Dazu gehören nach

¹⁴⁶ wistra 2000, S. 4.

¹⁴⁷ Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 19.

¹⁴⁸ ZIP 1980, 280 zu § 100 KO.

¹⁴⁹ Kirchhof, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, § 20 Rdnr. 11..

§ 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch die Geschäftsbücher. Aus dieser, über §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 22 Abs. 1 Satz 1 InsO auch für den „starken“, d. h. mit umfassender Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausgestatteten, vorläufigen Insolvenzverwalter geltenden Regelung ergibt sich auch unter Beachtung der Strafandrohung des § 283 Abs. 1 Nrn. 1, 6, 8 StGB für das Zerstören, Beschädigen, Unbrauchbarmachen von Vermögensbestandteilen, Beiseiteschaffen, Verheimlichen, Zerstören oder Beschädigen von Handelsbüchern oder sonstigen Unterlagen bzw. Verringerung seines Vermögensstandes und Verheimlichung/Verschleierung der wirklichen geschäftlichen Verhältnisse, mit Bittmann/Rudolph¹⁵⁰ ein allgemeines, vom Schuldner zu erfüllendes Vorlagegebot für Handelsbücher und Geschäftsunterlagen.

Da der Inhalt und der Umfang der Auskunftspflicht des alten § 100 KO in der konkursrechtlichen Literatur lange Zeit streitig diskutiert worden ist und es herrschender Meinung¹⁵¹ entsprach, dass die Auskunftspflicht des Gemeinschuldners gegenüber dem Konkursverwalter auch die Herausgabe der erforderlichen Geschäftsunterlagen umfasste, wäre zwar angesichts der umfassenden Neuregelung des Insolvenzrechts zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber eine allgemeine Vorlagepflicht ausdrücklich nominiert hätte. Aus diesem Versäumnis kann jedoch nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass es eine solche nicht gibt. Durch die Neuregelung sollte die Rechtstellung des Insolvenzverwalters und der Insolvenzgläubiger im Einklang mit der zu der alten Konkursordnung entwickelten Rechtsprechung gestärkt werden. Dieser Intention des Gesetzgebers, die insbesondere in den §§ 97, 98 InsO zum Ausdruck kommt, widerspräche eine einschränkende

¹⁵⁰ wistra 2001, 81, 82; ebenso Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 405; ders., InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 10.

¹⁵¹ Vallender, EWIR 1997, § 75 KO, 1/97, S. 1097/98; vgl. auch BGH, NJW 1990, 510 ff., wonach der Konkursverwalter einen Anspruch gegen den Rechtsanwalt des Gemeinschuldners auf Herausgabe der Handakten und Einsichtnahme in die Handakten hat.

Interpretation der ausdrücklich nomierten Schuldnerpflichten. Der Schuldner muss daher seine Unterlagen für die Berechtigten zugänglich machen bzw. sie ihnen aushändigen.

dd) Folgen für die Verwertung

Die Verwendungsbeschränkung des §§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO bezieht sich ausdrücklich nur auf *Auskünfte*. Vom Wortlaut nicht erfasst sind *andere Handlungen* des Schuldners. Wenn man mit Bittmann/Rudolph eine Vorlagepflicht für Geschäftsunterlagen bejaht und der Schuldner solche ohne Kommentar mit dem Anhörungsfragebogen vom Insolvenzgericht übersendet bzw. zur Verfügung stellt, ist es nur schwer nachvollziehbar, dass dies nicht in - jedenfalls teilweiser - Erfüllung der Auskunftspflicht erfolgte und damit *als Teil der Auskunft selbst* anzusehen ist.

Die genannten Autoren sehen das vom Schuldner zu erfüllende Vorlagegebot ohne nähere Begründung als *völlig unabhängig* von der Auskunftsverpflichtung an und halten eine Verwendung der sich aus den Geschäftsunterlagen ergebenden Informationen für unbeschränkt zulässig, wenn der Verwalter seine Kenntnisse erst durch die Sichtung der Geschäftsunterlagen erworben hatte¹⁵².

Diese Auffassung beachtet nicht ausreichend die zu treffende Unterscheidung zwischen der Frage, *ob* der Schuldner Auskunft erteilt hat und der Frage, *wie* der Schuldner sie erteilt hat.

Eine Verwertungsbefugnis von Informationen, die der Insolvenzverwalter im Fall einer schlichten Übersendung bzw. Überlassung von Unterlagen an das Insolvenzgericht oder ihn selbst durch deren Sichtung erworben hat, lässt sich nur dann begründen, wenn

man unter *Auskunft nur und ausschließlich die mündliche und/oder schriftlichen Erläuterungen* des Schuldners versteht.

Diese Sichtweise, die die h. M. vertritt¹⁵³, ist zu eng und wird dem Sinn und Zweck des Verwertungsverbot es nicht gerecht. Dies wird ganz besonders deutlich anhand des folgenden Falles.

b) Fall 2

aa) Sachverhalt

Beim Insolvenzgericht stellt ein Gläubiger einer Firma einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zugleich erstattet er bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige wegen aller in Betracht kommender Delikte. Der verantwortliche Geschäftsführer erteilt dem Insolvenzgericht und dem vorläufigen Insolvenzverwalter in mündlicher und schriftlicher Form Auskünfte gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO und übergibt zugleich Geschäftsunterlagen, insbesondere Handelsbücher und Jahresabschlüsse. Nach einer Prüfung der Geschäftsunterlagen, die die Auskünfte des Schuldners belegen, ist der Insolvenzverwalter der Auffassung, der Schuldner habe verschiedene Insolvenzdelikte verwirklicht, teilt dies auf Nachfrage der zuständigen Staatsanwaltschaft mit und übersendet ihr die Geschäftsunterlagen. Diese stellt nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls wegen Insolvenzverschleppung gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, der zurückgewiesen wird.

¹⁵² wistra 2001, 81, 82.

¹⁵³ Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 82; Richter, wistra 2000, 1, 4; vgl. Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 405; ders., GmbHR 2002, 941, 945; ders., InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 11; Hefendehl, wistra 2003 1, 8.

bb) Problemstellung: Auskunftserteilung unter gleichzeitiger Vorlage von Geschäftsunterlagen

Diese Form der Zusammenarbeit des Schuldners mit dem Insolvenzverwalter ist in der Praxis häufig anzutreffen. Es finden sich in den schriftlichen Äußerungen des Schuldners Formulierungen wie z. B.: "... *mache ich den anliegenden Geschäftsabschluss für das Jahr ... zum Gegenstand einer Auskunft.* " Der Insolvenzverwalter nimmt regelmäßig die Auskunft des Schuldners entgegen und vergewissert sich über deren Richtigkeit anhand der ihm überreichten bzw. zugänglich gemachten Geschäftsunterlagen. Bei dieser Fallkonstellationen beruhen die Informationen des Insolvenzverwalters *sowohl* auf der Auskunft des Schuldners *als auch* auf dem ausdrücklich in Bezug genommenen Inhalt der Geschäftsunterlagen.

cc) Folgen für die Verwertung

aaa) Bedeutung der Geschäftsunterlagen

(1) Kaufmännische Unterlagen

Jeder Kaufmann, der ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1, Abs. 2 HGB), das nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, hat gem. § 238 Abs. 1 HGB Handelsbücher zu führen. Welche Bücher zu führen sind und nach welchem System¹⁵⁴, ist im HGB nicht im Einzelnen geregelt. Auch die Art der Aufzeichnung, z. B. als Speicherbuchführung unter Verzicht auf papiergebundene Unterlagen oder als geordnete Ablage von Belegen (§ 239 Abs. 4 HGB), bleibt den Pflichtigen überlassen, sofern die Handelsgeschäfte und die Lage

des Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung so dargestellt sind, dass sie einem sachverständigen Dritten in angemessener Zeit hierüber einen Überblick vermitteln können.

Die ordnungsgemäße Führung der Handelsbücher, die Erstellung von Bilanzen und die Aufbewahrung der entsprechenden Belege sind für das Gedeihen eines Geschäfts unerlässlich. Eine Dokumentation der unternehmensrelevanten Vorgänge steht ferner im Interesse der Geschäftsgläubiger, der Insolvenzgläubiger und des Staates, der sie als Grundlage für die Besteuerung benötigt¹⁵⁵.

Eine Verletzung der Buchführungspflicht durch unterlassende Führung von Büchern oder verfälschende Veränderungen, die den klaren Überblick über die Geschäftsvorfälle und über die Lage des Unternehmens erschweren, wird insbesondere nach § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB, der in der Praxis erhebliche Bedeutung hat¹⁵⁶, geahndet.

(2) Sonstige Geschäftsunterlagen

Außer den kaufmännischen Unterlagen im engeren Sinn finden sich in einem Unternehmen zahlreiche weitere Geschäftsunterlagen, die bei der Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Pflichten durch den Unternehmer entstanden sind. In einer Vielzahl von Gesetzen finden sich hierzu entsprechend geregelte Pflichten zur Fertigung von Aufzeichnungen, zur Auskunftserteilung und zur Vorlage der bei der Dokumentation entstandenen Unterlagen. Solche Pflichten

¹⁵⁴ Vgl. BGH 14, 264; BGH, NJW 1955, 394; Weyand, ZInsO 2001, 108, 109.

¹⁵⁵ Vgl. Canaris, Handelsrecht, S. 275 ff.

¹⁵⁶ Tröndle/Fischer, StGB, § 283 Rdnr. 23.

betreffen heute nahezu jeden Bereich gewerblicher Tätigkeit, so zum Beispiel das Arbeitszeitgesetz¹⁵⁷, das Arzneimittelgesetz¹⁵⁸, das Außenwirtschaftsgesetz¹⁵⁹, das Bundesnaturschutzgesetz¹⁶⁰, das Fahrpersonalgesetz¹⁶¹, das Filmförderungsgesetz¹⁶², das Gaststättengesetz¹⁶³, das Kreditwesengesetz¹⁶⁴, das Kreislaufwirtschaft- und Abfallgesetz¹⁶⁵, das Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz¹⁶⁶, das Markengesetz¹⁶⁷, das Tierschutzgesetz¹⁶⁸, das Wertpapierhandelsgesetz¹⁶⁹ usw. Die in diesen Gesetzen geregelten Auskunft- und Mitwirkungspflichten sind in der Regel umfassend erzwingbar und durch Bußgeld/oder Strafandrohungen abgesichert.

Es soll nun untersucht werden, ob hinsichtlich dieser Pflichten und deren Handhabung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung des Gesetzesauftrages durch die Behörden und in einem Strafverfahren Kriterien bestehen, die sich auf das Insolvenzverfahren übertragen lassen. Weiter soll beleuchtet werden, ob eventuelle Rechte des Schuldners aus anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften auch im Insolvenzverfahren beachtet werden müssen.

bbb) Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte

Die oben genannten öffentlich-rechtlichen *Auskunftsansprüche* außerhalb des Insolvenzrechts sind regelmäßig mit Auskunftsver-

¹⁵⁷ Vgl. § 17 ArbZG.

¹⁵⁸ Vgl. § 64 AMG.

¹⁵⁹ Vgl. § 44 AWG.

¹⁶⁰ Vgl. § 23 BNatSchG.

¹⁶¹ Vgl. § 4 FPersG.

¹⁶² Vgl. § 70 FFG.

¹⁶³ Vgl. § 22 GastG.

¹⁶⁴ Vgl. § 44 KWG.

¹⁶⁵ Vgl. § 40 AbfG.

¹⁶⁶ Vgl. § 41 LMBG.

¹⁶⁷ Vgl. § 19 MarkenG.

¹⁶⁸ Vgl. § 16 TierSchG.

¹⁶⁹ Vgl. § 16 WpHG.

weigerungsrechten bei Gefahr strafrechtlicher Verfolgung verbunden¹⁷⁰. Fast alle Gesetze enthalten folgende gleich lautende Formulierungen:

"Der zur Erteilung einer Auskunft Verpflichtete kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, wenn ihre Beantwortung ihn selbst oder einen in der in § 383 Abs. 1 Nrn. 1 - 3 der ZPO bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde."

Diese Auskunftsverweigerungsrechte tragen der Konfliktlage des jeweiligen Verpflichteten Rechnung, der sich wegen der ihm auferlegten Auskunftspflicht zwischen der Selbstbeziehung wegen einer strafbaren Handlung und dem im Fall seines Schweigens zu erwartenden Zwangsmitteldruck zur Durchsetzung der Auskunft entscheiden muss¹⁷¹.

ccc) Ungeschützte Selbstbelastungsfälle

Der in den genannten Gesetzen durch die Auskunftsverweigerungsrechte geschaffene Schutz vor einer Selbstbelastung ist lückenhaft, denn es fehlen diesem Recht entsprechende Vorschriften für *die Verpflichtung zur Herstellung und Vorlage nonverbaler Beweismaterials*¹⁷². Die im öffentlichen Interesse liegenden Aufzeichnungs-, Dokumentations- und Vorlagepflichten muss der Be-

¹⁷⁰ Dingeldey, Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, NSTZ 1984, 529 ff.; Verrel, Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes – 1. Teil, NSTZ 1997, 361 ff.; Bärlein/ Pananis/Rehmsmeier, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, NJW 2002, 1825 ff.

¹⁷¹ BVerfGE 56, 37.

¹⁷² Verrel, Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes – Teil 1, NSTZ 1997, 361, 363.

troffene nämlich ohne Rücksicht darauf, ob diese Aufzeichnungen zu irgend einem Zeitpunkt als Nachweis für eine Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit dienen könnten, erfüllen¹⁷³.

(1) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Auskunfts-, Dokumentations- und Vorlagepflichten

Die Rechtsprechung hat die verfassungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Vorschriften unter dem Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit nicht beanstandet und überwiegend die geregelten Auskunftsverweigerungsrechte ausdrücklich nicht auf die Vorlagepflichten für Bücher und Geschäftspapiere erstreckt.

Das BVerfG hat die Verhängung einer Fahrtenbuchauflage gemäß § 31 a StVZO trotz der damit begründeten Pflicht des Halters, gegebenenfalls auch an der Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten oder Straftaten mitzuwirken, als verfassungskonform angesehen, weil mit der Inanspruchnahme der Freiheit des Straßenverkehrs auch solche Mitwirkungspflichten korrespondieren könnten, die der Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Straßenverkehr dienen, also primär präventive Zwecke verfolgen¹⁷⁴.

In einer bereits vor dem Gemeinschuldnerbeschluss ergangenen Entscheidung zu der in § 31 a Binnenschiffahrtsgesetz geregelten Vorlagepflicht für Bücher und Geschäftspapiere hat das BVerfG zum Ausdruck gebracht, dass aus den in der StPO, dem OWiG und auch dem Binnenschiffahrtsgesetz enthaltenen Auskunftsverweigerungsrechten nicht folge, dass auch andere Erkenntnismöglichkeiten, die den Bereich der Aussagefreiheit nicht berühr-

¹⁷³ Verrel, NStZ 1997, 361, 363.

¹⁷⁴ BVerfG, NJW 1982, 563, 568.

ten, von den Betroffenen unter Hinweis auf diese Freiheit eingeschränkt und behindert werden dürften¹⁷⁵.

Auch das BVerwG hat sich einige Jahre später dagegen ausgesprochen, dass sich das in § 4 Abs. 4 Fahrpersonalgesetz enthaltene Auskunftsverweigerungsrecht auch auf die in § 4 Abs. 3 Nr. 2 statuierte Pflicht zur Herausgabe von Arbeitszeitnachweisen (Fahrtenschreiberschaublätter) beziehe¹⁷⁶.

Nach der Auffassung des VG Berlin bestehe hinsichtlich der Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten keine Zwangslage, weil von den Betroffenen erwartet werden könne, dass er die Begehung von Straftaten unterlasse. Insoweit handele es sich um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche "gewollte Härte", weil die Rechte von Beschuldigten oder Auskunftsverweigerungsberechtigten nicht in gleicher Weise für solche Personen Geltung beanspruchen sollten, die aus besonderen Rechtsgründen und damit abweichend von dem "normalen Bürger" gesetzlich verpflichtet seien, einer Behörde die für deren Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen zu liefern. Hinsichtlich der Pflicht, auch belastende Dokumente vorzulegen, die der Betroffene nicht verweigern könne, ist das VG Berlin der Auffassung, der Betroffene werde hier nicht zur Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts gezwungen, sondern habe insoweit nur das Risiko einer für ihn ungünstigen Tatsachenwürdigung zu tragen¹⁷⁷.

Nur das OVG Koblenz ist in einer Entscheidung aus dem Jahre 1982¹⁷⁸ davon ausgegangen, dass das Auskunftsverweigerungs-

¹⁷⁵ BVerfGE 55, 144, 150.

¹⁷⁶ BVerwG, DÖV 1984, 73 f.

¹⁷⁷ VG Berlin, NJW 1988, 1105, 1107 zu § 44 Abs. 4 KWG.

¹⁷⁸ NJW 1982, 1414; vgl. hierzu Reiß, Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte bei Gefahr der Strafverfolgung in öffentlichrechtlichen Verfahren, NJW 1982, 2540 f.

recht auch die Verweigerung der Vorlage von gesetzlich zu führenden Aufzeichnungen umfassen müsse.

In den genannten Entscheidungen sind alle Gerichte nicht nur davon ausgegangen, dass die Vorlagepflicht für unter Umständen belastende Unterlagen verfassungsgemäß ist, sondern wie selbstverständlich auch davon, dass diese Unterlagen dann auch für die Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwertet werden dürfen. Dabei wird bewusst in Kauf genommen, dass bestimmte Urkunden so aussagekräftig sein können, dass deren Vorlage den Betroffenen nicht weniger belastet wie ein Geständnis, d. h. die Vorlage im Ergebnis " genauso gut " wie eine Aussage ist¹⁷⁹.

Die Verwertungsbefugnis der jeweiligen Aufsichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft für belastende Unterlagen wird in der Rechtsprechung mit dem Argument begründet, der Grundsatz „nemo-tenetur...“ solle den Beschuldigten nicht vor Strafe schützen, sondern lediglich im Verfahren der Wahrheitsfindung die Achtung der Würde des Betroffenen gewährleisten. Deshalb sei es unerheblich, wenn das gesamte " Risiko der ungünstigen Tatsachenwürdigung " im Ergebnis wie ein Geständnis wirke, weil dieses Risiko mit einer Selbstbezeichnung, bei der das entwürdigende Moment unmittelbar einleuchte, nicht vergleichbar sei. Das bedeute, dass insoweit die Einschränkung der Handlungsfreiheit unter Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei¹⁸⁰.

Eine solche Sicht der Dinge geht am Kernpunkt des Problems und an der Realität des Strafverfahrens vorbei. Wenn ein Schuldnachweis allein mit den ggf. zwangsweise vorgelegten Unterlagen ge-

¹⁷⁹ VG Berlin, NJW 1988, 1105, 1107.

¹⁸⁰ Vgl. VG Berlin, NJW 1988, 1105, 1107.

führt werden kann, wird der Betroffene gegenüber einem normalen Beschuldigten nicht nur durch die Vorlagepflicht, sondern darüber hinaus noch einmal dadurch benachteiligt, dass er kein Geständnis mehr ablegen und den im Strafverfahren damit regelmäßig verbundenen " Bonus " nichtmehr erhalten kann¹⁸¹.

Die Anerkennung der gesetzlichen Aufzeichnungs-, Dokumentations- und Vorlagepflichten durch die obergerichtliche Rechtsprechung ist nicht zu beanstanden. Der Betroffene befindet sich in keiner Zwangslage, weil von ihm erwartet werden kann, dass er die Begehung von Straftaten unterlässt. Dies gilt zunächst für die Fälle, in denen zu Beginn des Aufzeichnungsvorganges noch gar nicht feststeht, ob und von wem gegebenenfalls eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen wird. Aber auch dann, wenn sich die Aufzeichnung auf eine bereits begangene Straftat bezieht, ist gegen die Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten nichts zu erinnern. Ohne diese öffentlich-rechtlichen Pflichten wäre den zuständigen Behörden die Wahrnehmung ihrer Aufsichtsbefugnisse nicht möglich, denn erst die durch die Aufsichtsbefugnisse ermittelten Erkenntnismöglichkeiten gewährleisten eine effektive Aufsicht. Würde man die Pflichten für diese Fälle möglicher Selbstbeziehung suspendieren, hätte es der Betroffene in der Hand, berechnete staatliche Überwachungsinteressen gerade dort einzuschränken, wo diesen besonderes Gewicht zukommt¹⁸².

(2) Schweige- und Vorlageverweigerungsrecht mit Beginn der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens

Die genannten Aufsichtsbefugnisse sind als Maßnahmen zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für die öffentliche

¹⁸¹ Bärlein/Panani/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825, 1828.

¹⁸² Rogall, in SK – StPO, vor § 133 Rdn. 146.

Sicherheit und Ordnung dem präventiven Verwaltungshandeln zuzurechnen. Daneben sind die zuständigen Behörden durch die normierten Ordnungswidrigkeitentatbestände ermächtigt, Verstöße des Betroffenen gegen die jeweiligen Vorschriften als Verwaltungsunrecht nachträglich mit Geldbuße zu ahnden bzw. Ermittlungen für ein einzuleitendes Strafverfahren zu führen.

Mit dem Übergang vom präventiven Verwaltungshandeln in das bußgeldrechtliche Ermittlungsverfahren tritt ein grundlegender Wechsel in der Rechtslage sowohl des Betroffenen als auch der Behörde ein. Wenn die Behörde im repressivem Bereich tätig wird, ist der Betroffene nicht mehr auf sein Auskunftsverweigerungsrecht beschränkt, sondern kann alle ihm zustehenden Beschuldigtenrechte in Anspruch nehmen. Er ist durch die Verwaltungsbehörde darüber zu belehren, dass es ihm freistehe, sich zu dem Vorwurf zu äußern. Er ist nicht mehr verpflichtet, aktiv an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. Daraus wird unter Bezugnahme auf eine neuere Entscheidung des EGMR zu Art. 6 I 1 EMRK¹⁸³ abgeleitet, ein Beschuldigter könne mit Beginn der Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens auch die Vorlage von Unterlagen, die die Aufsichtsbehörden im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsbefugnisse anfordern könnten, verweigern und dürfe wegen dieser Weigerung nicht mit einer Geldbuße belegt werden¹⁸⁴.

Eine Ausnahme hinsichtlich der Suspendierung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten bei repressivem Verwaltungshandeln bildet das *Steuerverfahren*. Die Steuerfahndung hat wie viele andere Behörden eine doppel funktionale Rechtsstellung. Ihr kommt gem. § 208 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AO sowohl die Aufgabe der Erforschung von Steuerstraftaten und –ordnungswidrigkeiten als

¹⁸³ EGMR (Zweite Sektion), Urteil vom 03.05.2001, NJW 2002, 499 (J.B. / Schweiz)

auch die Ermittlung der damit zusammenhängenden Besteuerungsgrundlagen zu¹⁸⁵. Darüber hinaus ist die Steuerfahndung zuständig für die Aufdeckung und Ermittlung unbekannter Steuerfälle, d. h. für so genannte Vorfeldermittlungen, § 208 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO.

Wenn die Steuerfahndung zur Erforschung von Steuerstraftaten oder -ordnungswidrigkeiten auch die Besteuerungsgrundlagen ermittelt, das Strafverfahren und das Besteuerungsverfahren also zeitgleich und parallel neben einander verlaufen, richten sich die Rechte und Pflichten des Steuerpflichtigen und der Steuerfahndungsbehörden nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften, § 393 Abs. 1 Satz 1 AO. Die im Besteuerungsverfahren gem. §§ 90, 200 Abs. 1 und Abs. 2 AO bestehenden Mitwirkungspflichten kollidieren in diesem Fall mit dem Schweigerecht und der Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren.

Diesem Konflikt wollte der Gesetzgeber mit der Regelung des § 393 Abs. 1 Satz 2 und 3 AO begegnen, nach der der Steuerpflichtige grundsätzlich auch bei einem parallel laufenden Strafverfahren im Besteuerungsverfahren auskunfts- und mitwirkungspflichtig bleibt, jedoch diese Auskunfts- und Mitwirkungspflichten bei Gefahr der strafrechtlichen Selbstbelastung *nicht* mit steuerlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden können. Im Interesse der Steuergerechtigkeit soll mit der in § 393 Abs. 1 AO getroffenen Regelung verhindert werden, dass der Steuerunehrliche dem ehrlichen Steuerpflichtigen gegenüber ungerechtfertigt bevorteilt wird¹⁸⁶. Die Abgabenordnung geht damit prinzipiell von der Unabhängigkeit und Gleichrangigkeit beider Verfahren aus¹⁸⁷. Dafür

¹⁸⁴ Bärlein/Panaris/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825, 1829.

¹⁸⁵ So die h.M., a. A. nur Schick, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 208 Rdnr. 95 ff.

¹⁸⁶ Vgl. Begründung des Finanzausschusses, BT-Drucks. VII/4292, 46; vgl. auch BFH v. 23.01.2002, DB 2002, 983.

¹⁸⁷ Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 385 AO Rdnr. 281 m. w. N..

sprechen auch die im Kern identischen Verfahrenszwecke, die auf die Sicherung des staatlichen Anspruchs auf das vollständige Steueraufkommen gerichtet sind¹⁸⁸.

In der Praxis wird von den Behörden die Trennung der beschriebenen Aufgabenbereiche regelmäßig nicht ausreichend beachtet und kenntlich gemacht. Die verfahrensrechtliche Gemengelage wird sowohl bei der Steuerfahndung als auch bei anderen Behörden mit Doppelzuständigkeiten noch dadurch verschärft, dass die ermittelnden Amtsträger identisch sind und es deshalb für den Betroffenen nicht ohne weiteres erkennbar ist, in welcher Richtung die Beamten ermitteln und ob ihm gegebenenfalls ein Schweigerecht zusteht oder ob er – sofern er Steuerpflichtiger ist - mitwirkungspflichtig ist¹⁸⁹.

Wegen der Doppelgleisigkeit des behördlichen Vorgehens besteht stets die Gefahr einer zweckwidrigen Verfahrensnutzung. In einem solchen Fall unterlaufen die Behörden die Vorschriften des streng justizförmig ausgestalteten Strafverfahrens dadurch, dass sie unter dem Deckmantel der Wahrnehmung von Aufsichtsbefugnissen und unter Berufung auf die weitreichenden Auskunfts- und Mitwirkungspflichten die Ermittlungen für ein Strafverfahren so weit vorantreiben, bis genügend strafrechtlich belastendes Material gefunden worden ist, um dann erst ein Strafverfahren einzuleiten. Der Betroffene ist daher in besonderem Maße darauf angewiesen, dass ihm zu einem früheren Zeitpunkt die Einleitung eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens mitgeteilt wird, damit er seine Rechte umfassend wahrnehmen kann.

¹⁸⁸ Kohlmann, Strafprozessuale Verwertungsverbote als Schranken für steuerliche und steuerstrafrechtliche Ermittlungen der Fahndungsbehörden, in: FS Tipke, S. 325, 331.

¹⁸⁹ Bärlein/Panani/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825, 1829; Kohlmann, Strafprozessuale Verwertungsverbote als Schranken für steuerliche und steuerstrafrechtliche Ermittlungen der Fahndungsbehörden, in: FS Tipke, S. 494.

(3) Verwertungsverbot als Alternative zum Vorlageverweigerungsrecht

Im Schrifttum ist - insbesondere von Rogall - zur Lösung dieses Konfliktes vorgeschlagen worden, für die - vorzulegenden - Geschäftsunterlagen ein umfassendes Verwertungsverbot zu schaffen¹⁹⁰.

Im ähnlichen Sinn befürwortet Dingeldey im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Auskunfts- und Herausgabeansprüchen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach der ZPO ein Verwertungsverbot, bezieht dies jedoch nicht auf diejenigen belastenden Dokumente, Abrechnungs- oder andere Unterlagen, die bereits *vor* Geltendmachung des Herausgabeanspruchs vorhanden waren, sondern beschränkt es auf die Unterlagen, die *erst im Zusammenhang* mit der Durchsetzung dieses Auskunfts- und Herausgabeanspruchs erstellt werden¹⁹¹.

(4) Übertragbarkeit auf das Insolvenzverfahren

Die in der Literatur vorgeschlagene Erweiterung der Selbstbelastungsfreiheit auch auf die *Pflicht zur Vorlage von Geschäftsunterlagen* nach Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens lässt sich nicht auf das Insolvenzverfahren übertragen. Denn der Gesetzgeber hat die Konfliktlage zwischen einem Informationsbedürfnis der öffentlichen Hand und dem Schutz vor Selbstbezichtigung anders als in den oben genannten Gesetzen im Besteuerungsverfahren¹⁹² und in der Insolvenzordnung nicht durch ein

¹⁹⁰ Rogall, in: SK – StPO, vor § 133 Rdnr. 146 n. w. N. und 158, vgl. auch Reiß, Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte bei Gefahr der Strafverfolgung im öffentlich-rechtlichen Verfahren, NJW 1982, 2540 f.

¹⁹¹ Dingeldey, Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit, NSTZ 1984, 530, 532.

¹⁹² Zum Inhalt und zur Reichweite des § 393 AO siehe unten unter eee).

Auskunftsverweigerungsrecht, sondern durch ein Verwertungsverbot gelöst.

Die Pflichten des Schuldners zur uneingeschränkten Auskunft und zur Vorlage von Unterlagen im Insolvenzverfahren belasten den Schuldner ungleich stärker als Betroffene in anderen öffentlich-rechtlichen Verfahren. Auch unter Berücksichtigung der der Auskunftspflicht zu Grunde liegenden Schadensbegrenzungsfunktion¹⁹³ ist der Staat gemäß Art. 20 III, 2 I und 1 I GG zur Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze und der Beachtung der grundgesetzlich garantierten Rechte des Betroffenen, insbesondere seiner Würde und seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, verpflichtet. Vor diesem Hintergrund sind der Umfang und die Grenzen des Verwertungsverbotes für vom Schuldner stammende Informationen zu bestimmen.

ddd) Rechtfertigung der unbeschränkten Verwertbarkeit in Rechtsprechung und Literatur

(1) Kein "Asyl" für Geschäftsunterlagen

Die Gegner eines Verwertungsverbotes für im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung in einem Insolvenz- bzw. Insolvenzeröffnungsverfahren vorgelegten Geschäftsunterlagen stellen darauf ab, dass die Regelung des § 97 Abs. 1 InsO dem Schuldner nicht die Möglichkeit verschaffen wolle, durch seine Auskunftserteilung die Verwendung inhaltsgleicher Unterlagen zu verhindern¹⁹⁴. Sie halten Informationen, die der Insolvenzverwalter sowohl aus Auskünften als auch aus den Inhalt der Geschäftsunterlagen erworben hatte, für verwendbar, so weit sie sich ausschließlich und vollstän-

¹⁹³ Gallandi, Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 44 KWG, wistra 1987, 127, 128.

dig, d. h. allein aus den Unterlagen erschließen lassen. Im Falle einer Ausdehnung des Verwertungsverbotes auf die Geschäftsunterlagen habe der Schuldner – sofern man die gleichzeitig mit der Auskunft vorgelegten Unterlagen als Teil der Erfüllung der Auskunftspflicht und nicht als Erfüllung der Mitwirkungspflicht ansehe - es in der Hand, die Geschäftsunterlagen in ihrer Gesamtheit dem Insolvenzgericht als Anlage seiner Auskunft vorzulegen und sie hiemit mit Fernwirkung zur Gänze der Verwertung durch die Strafverfolgungsbehörden zu entziehen. Dies komme der Schaffung eines " Asyls für Geschäftsunterlagen " gleich und schließe jedenfalls bei gut beratenen Schuldnern eine Strafverfolgung im Bereich der Insolvenzdelikte weitgehend aus¹⁹⁵.

(2) Vorlage von Geschäftsunterlagen ist keine Auskunft

Zur Vermeidung der im obigen Sachverhalt dargestellten Abgrenzungsprobleme gehen die genannten Autoren mit der Entscheidung des LG Stuttgart vom 21.07.2000¹⁹⁶ davon aus, dass Geschäftsunterlagen, die der Schuldner auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen zu führen habe, insbesondere Handelsbücher und Bilanzen, nicht vom Beweisverwertungs- und Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO erfasst seien, weil ihre Vorlage sowie die Vorlage entsprechender Belege und ergänzenden Urkunden *kein Teil der Erfüllung der Auskunftspflicht, sondern Erfüllung der Mitwirkungspflicht* sei. Für die aktiven Mitwirkungspflichten des Schuldners bzw. Schuldnervertreters gem. § 97 Abs. 2 InsO gelte kein Beweisverwendungsverbot, weil sich die

¹⁹⁴ Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 82.

¹⁹⁵ Richter, wistra 2000, 1, 4.

¹⁹⁶ wistra 2000, 439 f.

Schutzwirkung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO hierauf nicht beziehe¹⁹⁷.

(3) Stellungnahme

Diese Auffassung befriedigt das Interesse der Strafverfolgungsbehörden an einer möglichst umfassenden Aufklärung eventuell begangener Insolvenzdelikte. Der bloße formale Unterschied in der Form der Auskunft ist jedoch für die Abgrenzung des Schutzbereichs des Schuldners kein überzeugendes Kriterium¹⁹⁸. Der Schuldner, der seine Auskunftspflicht ernst nimmt und sich zur Verdeutlichung oder Ergänzung seiner Auskünfte auf Urkunden und Geschäftsunterlagen bezieht, geht bei der Offenbarung von strafbaren Handlungen ein hohes Risiko ein, weil es keine gesetzlichen Vorgaben gibt, nach denen dokumentiert werden muss, welche konkreten strafrechtlich relevanten Informationen er in seiner *mündlichen* Auskunft gegeben hat und welche sich ausschließlich aus den Unterlagen ergeben. Weder das Insolvenzgericht, der vorläufige Insolvenzverwalter noch der Staatsanwalt sind verpflichtet, mündliche Auskünfte des Schuldners bzw. Schuldnervertreters zu erfassen, kenntlich zu machen und von anderen Informationsquellen durch Kennzeichnung oder Anlegen einer Sonderakte abzugrenzen.

Das Landgericht Stuttgart vertritt in diesem Zusammenhang sogar die Auffassung, ohne Zustimmung des Schuldners dürften seine Angaben nicht *Bestandteil der Ermittlungsakte* werden. Eine ab-

¹⁹⁷ Ebenso Uhlenbruck, InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 10; ders., GmbHR 2002, 941, 945, ders., NZI 2002, 401, 404.

¹⁹⁸ Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 82.

weichende Verfahrensweise sei gesetzwidrig mit der Folge, dass die Angaben aus den Akten zu entfernen seien¹⁹⁹:

Eine Vernehmung des Insolvenzverwalters als Zeuge zur Aufklärung der Quelle von Informationen, wie sie zum Teil²⁰⁰ vorgeschlagen wird, dürfte der Praxis wenig erfolgversprechend sein, denn angesichts seiner vielfältigen und umfangreichen Aufgabenstellung und mangels einer entsprechenden Verpflichtung wird kein Verwalter ein besonderes Augenmerk auf die Herkunft von Informationen richten. Darüber hinaus wäre ein Kompetenzstreit zwischen der Staatsanwaltschaft und den Strafgerichten vorprogrammiert, weil diese oftmals umfangreiche Aufklärung gem. §§ 160 ff. StPO den Ermittlungsbehörden obläge²⁰¹, die jedoch diese Aufgabe offenbar den Gerichten überlassen wollen²⁰².

Ebenso schwierig wird die Abgrenzung zwischen Auskunft und Vorlage von Geschäftsunterlagen, wenn der Schuldner seine Auskunftsverpflichtung in *schriftlicher* Form erfüllt. Erstellt der Schuldner nämlich anlässlich seiner Auskunftserteilung Übersichten über Aufträge, Zahlungsaufstellungen etc., d. h. Unterlagen, deren Erstellung er in der Vergangenheit entgegen seinen Pflichten als Kaufmann, Arbeitgeber, Gewerbetreibender etc. versäumt hat, müsste zusätzlich entschieden werden, ob es sich bei diesen Urkunden (nunmehr) um Geschäftsunterlagen oder um unverwertbare Auskünfte handelt. Selbst die Vertreter einer restriktiven Auslegung des Verwendungsverbotes erkennen in anderen Zusammenhängen die Vorlage von Unterlagen durchaus *als Erklärung* des Schuldners an. So weist Uhlenbruck²⁰³ darauf hin, dass die

¹⁹⁹ wistra 2000, 439; hierzu kritisch Anm. Richter, wistra 2000, 440.

²⁰⁰ Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 85.

²⁰¹ Vgl. RGSt 76, 254 zur Abgrenzung von staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Ermittlungstätigkeit.

²⁰² Vgl. Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 85.

²⁰³ InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 12; ebenso Vallender, ZIP 1996, 529, 533; LK-Tiedemann, § 283 Rdnr.38..

Vorlage einer unrichtigen oder unvollständigen Buchführung als Erklärung eine strafbare Handlung des Schuldners i. S. des § 283 StGB darstellt:

eee) Das Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 AO: Parallelfall oder Sondervorschrift?

(1) Inhalt und Reichweite des Verbotes

§ 393 Abs. 2 AO lautet: " Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht."

Mit dieser Vorschrift hatte der Gesetzgeber hinsichtlich der nichtsteuerlichen Straftaten ein Verfolgungsverbot begründet. Sie zieht die verfassungsrechtlich gebotene Konsequenz aus der Regelung über das Steuergeheimnis und der diesem gegenüber stehenden Pflicht des Steuerpflichtigen, strafbare Handlungen steuerlich relevanter Art gegenüber dem Finanzamt zu offenbaren.

Das Verwendungsverbot bezieht sich auf solche Tatsachen oder Beweismittel, die der Steuerpflichtige vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Verfahrens in Erfüllung steuerlicher Pflichten offenbart hat, d. h. zu einem Zeitpunkt, in dem der Steuerpflichtige noch vollen Umfangs zur Mit-

wirkung verpflichtet war oder glaubte, verpflichtet zu sein. Der Schutzbereich des § 393 Abs. 2 AO erstreckt sich nur auf solche Erklärungen, die der Steuerpflichtige unter dem Zwang der *im Besteuerungsverfahren* bestehenden Mitwirkungspflicht, in Unkenntnis eines Strafverfahrens oder in der irrigen Annahme einer Offenbarungsverpflichtung macht²⁰⁴.

Offenbart im Sinne dieser Vorschrift ist eine Tatsache oder Beweismittel, wenn der Steuerpflichtige sie der Finanzbehörde mitgeteilt hat und dies der Finanzbehörde noch unbekannt war. Unter den Begriff des Offenbarens fallen zunächst die *eigenen Erklärungen* des Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren²⁰⁵. Da die von dem Steuerpflichtigen vorgelegten oder überreichten Urkunden wie Handelsbücher, Aufzeichnungen, Belege und sonstige Schriftstücke ebenso wie die von ihm im Besteuerungsverfahren genannten Auskunftspersonen unter den Begriff der *Beweismittel* zu fassen sind²⁰⁶, folgert die herrschende Meinung in der steuerrechtlichen Literatur, dass der Begriff des Offenbarens nicht nur auf die eigenen Erklärungen des Steuerpflichtigen beschränkt werden kann. Vielmehr müsse diese Vorschrift auch dahin ausgelegt werden, dass alles, was der Steuerpflichtige zumindest durch eigenes Zutun und möglicherweise auch durch Dulden der Einsichtnahme in Bücher und Unterlagen der Finanzbehörde zur Kenntnis gebracht habe, im Sinne dieser Bestimmung vom Steuerpflichtigen offenbart worden sei²⁰⁷.

Der Steuerpflichtige muss bei seiner Offenbarung *in Erfüllung einer steuerlichen Pflicht* gehandelt haben. Deshalb fallen solche

²⁰⁴ Vgl. Wsner, in: Klein, Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht -, § 393 Rdnr. 22; Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 AO Rdnr. 71 f.

²⁰⁵ Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 393 AO Rdnr. 133.

²⁰⁶ Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 67.

²⁰⁷ Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 69; Wsner, in: Klein, Abgabenordnung - einschließlich Steuerstrafrecht- § 393 Rdnr. 23; Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 393 AO Rdnr. 133, vgl. auch Bay-ObLG, Urt. vom 06.08.1996, wistra 1996, 353.

Angaben, zu denen der Steuerpflichtige nach den Steuergesetzen nicht verpflichtet ist, z. B. Angaben des Steuerpflichtigen, die in den Steuerakten anderer Personen enthalten sind und Angaben in einem Steuererstattungs- oder Vergütungsverfahren nicht unter das Verwertungsverbot²⁰⁸.

Das Verbot bezieht sich *nur* auf die Tatsachen und Beweismittel, die *aus den Steuerakten* bekannt werden. Steuerakten sind nur die Akten der Finanzbehörde über das Besteuerungsverfahren und die Prozessakten der Finanzgerichte, nicht aber die Prozessakten der Strafgerichte und der Staatsanwaltschaft sowie die Steuerstrafakten bzw. Bußgeldakten, die von der Finanzbehörde in ihrer Eigenschaft als Verfolgungsbehörde geführt werden²⁰⁹. Eine Ausweitung des § 393 Abs. 2 AO über Steuerakten hinaus auf Unterlagen eines Steuerpflichtigen, die diesem auch zur Erfüllung steuerlicher Offenbarungspflichten zu dienen geeignet sind, wird überwiegend mit dem Argument abgelehnt, eine solche sei vom Normziel gebotener angemessener Wahrung des Steuergeheimnisses nicht gedeckt und würde zu unerträglichen Verfolgungsfreiräumen im Bereich der Wirtschaftsstraftaten führen²¹⁰.

Entscheidend für die Anwendung des Verwertungsverbotese ist, ob Quelle der Tatsachen oder Beweismittel die Steuerakten sind, nicht dagegen, auf welchem Wege sie der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht bekannt geworden sind. Nicht verwertbar sind nicht nur die durch unmittelbare Einsichtnahme in die Steuerakten bekannt gewordenen Tatsachen und Beweismittel, sondern auch

²⁰⁸ Ob dies auch für unwahre Angaben und gefälschte Belege gilt, ist umstritten. Hierzu siehe die Ausführungen zu Fall 3.

²⁰⁹ Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, § 393 Rdnr. 59; Cratz, in: Leise, Steuerverfehlungen, Kommentar, § 393 Rdnr. 27; Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 75.

²¹⁰ Kohlmann führt hierzu als Beispiel Konkursdelikte und Kreditbetrug im Zusammenhang mit Mineralölsteuerhinterziehung durch Einreichung falscher Bilanzen bei den Zollbehörden zwecks Bewilligung eines Steuerlagers an, vgl. Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 75.

solche, die auf Grund ihrer Perpetuierung in der Steuerakte, z. B. durch Übernahme von Teilen der Steuerakten als Ablichtung in die Steuerstrafakte, die Kenntnis der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts verursacht haben²¹¹.

Der Schutz des Verwertungsverbotes bezieht sich *nur auf nicht-steuerliche* Delikte. Er ist insbesondere für die Fälle konzipiert, in denen der Steuerpflichtige in Erfüllung steuerlicher Mitwirkungspflichten Einkünfte aus der Begehung allgemeiner Straftaten aufdecken muss, z. B. aus Prostitution, aus Hehlerei, aus Geldwäschegesäften, aus Bestechungen etc. und greift unabhängig davon ein, in welchem Konkurrenzverhältnis die Steuerstrafat zu der Verletzung der allgemeinen Strafbestimmung steht, d. h. auch dann, wenn zwischen dem Steuerdelikt und dem Allgemeindelikt Tateinheit besteht²¹².

Das Verwendungsverbot gilt nach § 393 Abs. 2 Satz 2 AO nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, denn in diesen Fällen, die - nicht abschließend - in § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO aufgezählt sind, hat das Legalitätsprinzip nach dem Willen des Gesetzgebers Vorrang vor dem Steuergeheimnis. Die herrschende Meinung hält § 393 Abs. 2 Satz 2 AO wegen Verstoßes gegen das nemo-tenetur-Prinzip für verfas-

²¹¹ OLG Stuttgart, wistra 1986, 191; Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 393 AO Rdnr. 153; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, § 393 Rdnr. 59; Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 75. .

²¹² BayObLG, Beschluss vom 06.08.1996, wistra 1996, 353 im Anschluss an Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 79.1 ; a. A. Maier, Reichweite des Verwertungsverbotes nach § 393 Abs. 2 Satz 1 AO, wistra 1997, 53; Jarke, Das Verwertungsverbot des § 393 Abs. 2 Satz 1 AO, wistra 1997, 325; Joecks, Urkundenfälschung " in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten " (§ 393 Abs. 2 Satz 1 AO)?, wistra 1998, 54.

sungswidrig²¹³. Das BVerfG²¹⁴ hat das Problem bisher offen gelassen.

(2) Übertragbarkeit auf das Insolvenzverfahren

Eine Übertragung der von der Rechtsprechung und der Literatur zu § 393 Abs. 2 Satz 1 AO entwickelten Auslegungsgrundsätze wird von Richter mit der Begründung abgelehnt, § 393 AO beziehe sich gerade nicht auf eine Auskunft des Steuerpflichtigen, sondern darauf, was dieser offenbart habe²¹⁵.

Das Abstellen auf die unterschiedlichen Gesetzesbegriffe *Auskunft* und *Offenbarung* vermag nur auf den ersten Blick zu überzeugen. Maßgebend für das Problem einer parallelen Anwendbarkeit der zu § 393 Abs. 2 Satz 1 AO entwickelten Grundsätze ist die Frage, ob die hinter den Regelungen der §§ 393 AO und 97 InsO stehenden Interessenlagen des Staates und die dadurch betroffenen Rechtspositionen der jeweiligen Schuldner vergleichbar sind.

Im Steuerrecht bleibt der Steuerpflichtige bei parallel laufenden Besteuerungs- und Ermittlungsverfahren im Besteuerungsverfahren weiter auskunftspflichtig. Dass sich das Zwangsmittelverbot des § 393 Abs. 1 Satz 2 und 3 AO in der Praxis faktisch wie ein Auskunftsverweigerungsrecht auswirkt²¹⁶, weil bei vielen Steuerpflichtigen nach Wegfall des Zwangs "der Vorhang fällt"²¹⁷, ändert

²¹³ Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 83; ders., Strafprozessuale Verwertungsverbote als Schranken für steuerliche und steuerstrafrechtliche Ermittlungen der Fahndungsbehörden, in: FS Tipke, S. 487 ff.; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, § 393 Rdnr. 10, 72 ff.; Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 393 AO Rdnr. 180 ff.

²¹⁴ wistra 1988, 302.

²¹⁵ Richter, wistra 2000, 1, 3.

²¹⁶ Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 15; Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 24; Wisser, in: Klein, AO, § 393 Rdnr. 1.

²¹⁷ Joecks, a. a. O., Rdnr. 6.

nichts an der fortbestehenden Auskunftspflicht. Da das Zwangsmittelverbot und damit das faktische Mitwirkungsverweigerungsrecht nach der Konzeption des Gesetzgebers nur für steuerliche Straftaten besteht, ist der Steuerpflichtige zur Auskunftserteilung verpflichtet, auch wenn er sich dadurch einer nichtsteuerlichen Straftat bezichtigen muss.

Obwohl das BVerfG²¹⁸ diese gesetzgeberische Entscheidung im Hinblick auf die durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotene gleichmäßige Belastung aller Steuerpflichtigen und die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige nach § 371 AO weitestgehend gebilligt hat, wird teilweise vertreten, § 393 Abs. 1 AO sei wegen der Möglichkeit des Finanzamtes, durch Androhung einer für den Steuerpflichtigen nachteiligen Schätzung faktisch doch Zwang anzuwenden, verfassungswidrig²¹⁹.

Überwiegend wird zur Erhaltung des § 393 Abs. 1 AO unter Hinweis auf den Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts eine verfassungsgemäße Auslegung der Vorschrift dergestalt vorgeschlagen, dass sämtliche im Besteuerungsverfahren unter dem faktischen Druck nachteiliger Schlussfolgerungen preisgegebenen Tatsachen im Steuerstrafverfahren ebenso wie im nichtsteuerlichen Strafverfahren nach § 393 Abs. 2 AO einem Verwertungsverbot unterliegen²²⁰.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Das BVerfG hat bei seiner Entscheidung übersehen, dass dem Steuerpflichtigen bei einer Außenprüfung oder nach Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 1 a, b AO die Möglichkeit zur Selbstanzeige gerade verwehrt ist. Die Sanktionierung einer ver-

²¹⁸ BVerfG, wistra 1988, 302.

²¹⁹ Joecks, a. a. O., Rdnr. 3 ff.

²²⁰ Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 36; Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 393 AO Rdnr. 76.

weigerten Aussage durch nachteiligen Schätzungen ist ein faktisch wirkender Zwang zur Selbstbelastung. Deshalb stellt eine strafrechtliche Verwertung dieser unter Druck zustande gekommenen Angaben eine verfassungswidrige Beeinträchtigung des nemo-tenetur-Grundsatzes dar.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass jegliche unter direktem oder faktischem Zwang erhaltenen Informationen im Strafverfahren einem Verwertungsverbot unterliegen müssen. Unter Informationen sind hierbei alle mündlichen Erklärungen und alle schriftlichen Unterlagen zu verstehen, die der Steuerpflichtige der Steuerbehörde zur Verfügung gestellt hat.

Die Regelung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO unterscheidet im Gegensatz zu § 393 Abs. 1 und 2 AO nicht zwischen Strafverfahren wegen Insolvenzdelikten und Strafverfahren wegen anderer Delikte. Das Verwendungsverbot betrifft ausnahmslos Strafverfahren wegen aller in Betracht kommender Delikte. Insoweit hat der Gesetzgeber hier im Vergleich zum Steuerrecht bereits einen umfassenderen Schutz für den Schuldner in einem Insolvenzverfahren geschaffen.

§ 97 InsO soll den Schuldner dazu veranlassen, ohne Rücksicht auf seine eigenen Interessen dem Insolvenzgericht bzw. dem Insolvenzverwalter möglichst umfassende Informationen über alle das Unternehmen betreffenden Geschäftsvorfälle zu geben, um damit den Genannten einen schnellen und weitreichenden Zugriff auf alle Gegenstände zu verschaffen.

Diese Aussagepflicht des Schuldners im Insolvenzverfahren und im Eröffnungsverfahren kann nach § 98 InsO anders als nach § 393 Abs. 1 AO direkt erzwungen werden. Deshalb ist der Schuldner im Insolvenzverfahren noch schutzbedürftiger als der

Steuerpflichtige im Besteuerungsverfahren. Er darf zudem ebenso wie ein Steuerpflichtiger im Strafverfahren nicht schlechter gestellt werden als andere Beschuldigte²²¹. Die bei beiden in ähnlichem Maße vorliegende Schutzbedürftigkeit rechtfertigt es, die in § 393 AO zur Auslegung des Begriffs *offenbaren* erarbeiteten Grundsätze auf die Situation des Schuldners im Insolvenzverfahren zu übertragen. Der Begriff der Auskunft in § 97 Abs. 1 InsO ist daher weit und umfänglich zu verstehen.

dd) Ergebnis

Für die Frage der Verwertbarkeit ergibt sich das folgende Ergebnis:

Alle Auskünfte, die der Schuldner im finalen Zusammenhang mit der Erfüllung der Auskunftspflicht preisgibt, unterliegen dem Verwendungsverbot. Dies gilt unabhängig davon, in welcher Form der Schuldner handelt.

Unter das Verbot fallen deshalb zunächst die eigenständigen mündlichen und schriftlichen Erklärungen des Schuldners im Sinne von Erläuterungen.

Erfasst sind auch die vom Schuldner in seiner Erklärung in Bezug genommenen Geschäftsunterlagen wie z. B. Bilanzen, Handelsbücher etc., denn sie sind als Teil der Auskunft selbst anzusehen.

Schließlich greift das Verwendungsverbot auch dann, wenn der Schuldner dem Insolvenzgericht bzw. dem Insolvenzverwalter nach Aufforderung zur Erfüllung der Auskunftspflicht Geschäfts-

²²¹ Vgl. Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 68; Hefendehl, wistra 2003, 1, 5.

unterlagen ohne erläuternde Zusätze übersendet. Ob der Schuldner mit der zuletzt genannten Handlungsweise seiner Auskunftspflicht vollständig genügt hat, ist hiervon unabhängig zu prüfen. Dabei handelt sich nämlich nur um eine Frage der Qualität und/oder der Quantität der Auskunft. Sie betrifft das "Wie" und berührt nicht die Tatsache, dass der Schuldner sich geäußert, mithin das "Ob" erfüllt hat.

Ein "Asyl" für Geschäftsunterlagen ist damit nicht zwangsläufig verbunden, denn nicht jeder Schuldner legt Geschäftsunterlagen im Rahmen seiner Auskunft vor. Zudem hat ein Schuldner es auch ohne die Vorlage von Geschäftsunterlagen in der Hand, durch ein umfassendes Geständnis im Rahmen seiner Befragung ein weitreichendes Verwendungsverbot herbeizuführen. Das ist insbesondere der Fall, wenn er Dinge offenbart, die sich nicht oder nicht allein verständlich aus vorgefundenen Unterlagen ergeben.

Die Strafverfolgungsbehörde ist nicht gehindert, alle Möglichkeiten einer rechtmäßigen Beweisgewinnung – z. B. einer Beschlagnahme - auszuschöpfen und einen anderen Beweiserhebungsverlauf herzustellen, mit dem sie in der Hauptverhandlung schlüssig darlegen kann, dass die Beweise für die vom Schuldner begangene Straftat vollständig unabhängig von seiner Auskunft gewonnen wurden.

Es bleibt allerdings auch hier unter Umständen die Schwierigkeit der Feststellung, was der Schuldner im Einzelnen geäußert und vorgelegt hat. Das Insolvenzgericht und der Insolvenzverwalter sollten daher verpflichtet werden, die Auskünfte des Schuldners in einer Sonderakte zu erfassen und vorgelegte Unterlagen kenntlich zu machen. Nicht verlangt werden kann allerdings von einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter, dass er genau darlegt, woher welche Informationen kommen und auch noch beurteilt, ob be-

stimmte Tatsachen ausschließlich auf der Auskunft des Schuldners beruhen oder ob seine Kenntnisse auch aus hiervon unabhängigen Quellen stammen²²². Eine solche Forderung führte zu einer übermäßigen Belastung der Insolvenzverwalter. Die Ermittlungsbehörden dürften nach Einführung einer Kennzeichnungspflicht für die Schuldnerauskunft selbst in der Lage sein, die notwendige Abgrenzung vorzunehmen.

In den Fällen 1 und 2 sind daher sämtliche vom Schuldner vorgelegten Unterlagen für ein Strafverfahren unverwertbar.

3. Richtigkeit der Auskunft

Fall 3

a) Sachverhalt

Der Schuldner macht bei seiner Anhörung vor dem Insolvenzgericht und gegenüber dem Insolvenzverwalter zum Teil wissentlich falsche Angaben zu einzelnen Geschäftsvorfällen. Nach Einsichtnahme in die Insolvenzakte führt die Staatsanwaltschaft gegen den Schuldner ein Ermittlungsverfahren wegen Betruges und verschiedener anderer Konkursdelikte sowie eines Aussagedelikttes durch. Die Anklage wird vom Amtsgericht nicht zur Hauptverhandlung zugelassen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft.

²²² Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 85.

b) Problemstellung: Fallen Falschangaben unter den Schutz des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO?

In den Fällen 1 und 2 wurde davon ausgegangen, dass der Schuldner gemäß seiner Verpflichtung aus § 97 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO zutreffend Auskünfte erteilt hatte. Im Fall 3 hat sich der Schuldner bemüht, Geschäftsvorfälle durch Mitteilung falscher Tatsachen zu verschleiern bzw. ihre Aufklärung zu erschweren.

c) Folgen für die Verwertung

Der Gesetzestext des § 97 Abs. 1 InsO enthält keine ausdrückliche Antwort auf diese Frage. Die Auskunftspflicht des Schuldners nach § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO bezieht sich nach dem Sinn der Regelung zunächst auf Straftaten, die der Schuldner in der Vergangenheit, d. h. *vor Erteilung der Auskunft*, begangen hatte. So ergeben sich häufig strafbare Handlungen, die den Tatbestand eines Bankrottdeliktens i. S. d. §§ 283 ff. StGB oder einer strafbaren Insolvenzverschleppung im Sinne des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 148 Abs. 1 Nr. 2 GenG erfüllen.

Wenn der Schuldner im Insolvenzeröffnungsverfahren Bestandteile seines Vermögens unterschlägt, die bei einer Eröffnung zur Masse im Sinne des § 35 InsO gehören würden, macht er sich unter Umständen nach § 283 Abs. 1 StGB strafbar²²³. Dies gilt ebenso für ein Bestreiten der Zugehörigkeit von Gegenständen zur Masse wider besseres Wissen²²⁴.

²²³ Tröndle/Fischer, StGB, § 283 StGB Rdnr. 16.

²²⁴ Vallender, ZIP 1996, 529, 533.

Im eröffneten Verfahren können wissentlich falsche Angaben den Tatbestand eines Aussagedeliktens gem. § 156 StGB erfüllen²²⁵.

Die h. M.²²⁶ geht davon aus, dass sich das Verwendungsverbot nicht auf vorsätzlich falsche Angaben des Schuldners bei Erteilung der Auskunft bezieht. Zur Begründung wird auf den Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts²²⁷ abgestellt, in dem das BVerfG u. a. ausgeführt hat, dass die wissentlich falsche Aussage über konkurserhebliche Umstände ohne Rücksicht darauf, ob sie eine gerichtlich angeordnete Aufklärung strafbarer Handlungen zum Gegenstand habe, zur Bestrafung führt. Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG gebiete keinen lückenlosen Schutz gegen Selbstbezeichnung ohne Rücksicht darauf, ob dadurch schutzwürdige Belange Dritter beeinträchtigt werden. Das Selbstbelastungsverbot dürfe nicht die strafbare Begehung weiterer Straftaten ermöglichen, die eine Täuschung der Gläubiger eines Insolvenzverfahrens über die Verhältnisse des Schuldners beinhalte.

Der h. M. ist zuzustimmen. Bereits unter der Geltung der Konkursordnung war anerkannt, dass ein Gemeinschuldner sich wegen Meineids gem. §§ 154 ff. StGB strafbar machte, wenn er wissentlich falsche Aussagen über konkurserhebliche Umstände beschwor²²⁸. An dieser Rechtslage hat sich durch die Insolvenzrechtsreform nichts geändert. Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn des Verwendungsverbotes. Dieses soll den Schuldner nur vor einer Verfolgung hinsichtlich *zum Zeitpunkt der Auskunft*

²²⁵ BGHSt 3, 309; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100 Rdnr. 2; Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 16.

²²⁶ Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 77; Richter, wistra 2000, 1, 3; Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 84; Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 404; ders., InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 12; Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 16; App, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 12.

²²⁷ NJW 1981, 1431, 1432.

bereits verwirklichter Straftaten/Ordnungswidrigkeiten schützen, nicht aber hinsichtlich *während oder durch die Auskunftserteilung* begangener neuer Straftaten. In Bezug auf die bereits begangenen Straftaten hat der Schuldner keine Möglichkeit mehr, "die Zeit zurückzudrehen" und sie ungeschehen zu machen. Er muss sie sogar - anders als ein normaler Beschuldigter in einem Ermittlungsverfahren - im Interesse der Gläubiger offenbaren. Bei seiner Auskunftserteilung im Insolvenzverfahren hat es der Schuldner jedoch in der Hand, sich durch vollständige und wahrheitsgemäße Angaben straffrei zu verhalten.

Im Fall 3 ist die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Amtsgericht fehlerhaft. Die Entscheidung ist daher aufzuheben.

4. Schweigen des Schuldners

Fall 4

a) Sachverhalt

Ein Gläubiger einer GmbH stellt beim Insolvenzgericht einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Zugleich erstattet er Strafanzeige wegen aller in Betracht kommender Delikte bei der zuständigen Staatsanwaltschaft. Diese beschlagnahmt sämtliche Geschäftsunterlagen der Firma. Das Insolvenzgericht fordert den Geschäftsführer der GmbH auf, Auskünfte im Sinne des § 20 InsO zu erteilen. Dieser teilt dem

²²⁸ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100 Rdnr. 2.

Insolvenzgericht lediglich mit, die Geschäftsunterlagen seien bei der Staatsanwaltschaft. Im Übrigen schweigt er.

b) Problemstellung: Bewertung des Schweigens

Hier ergibt sich zum einen die Frage, ob die Beschlagnahme der Geschäftsunterlagen durch die Staatsanwaltschaft den Schuldner von der Auskunftspflicht entbindet und zum anderen, ob und gegebenenfalls wie sein Schweigen gewertet werden darf.

c) Reichweite der Auskunftspflicht

Die Auskunftspflicht des Schuldners soll nach dem Normzweck der §§ 20 Satz 1 und 2 und 97 Abs. 1 Satz 1 InsO die Abwicklung des Eröffnungsverfahrens bzw. die effektive Verfahrensdurchführung des eröffneten Insolvenzverfahrens erleichtern. Deshalb ist sie nicht nur auf die Geschäftsvorfälle und Tatsachen vor der Verfahrenseröffnung beschränkt, sondern bezieht sich auch auf alle Umstände, die nach Verfahrenseröffnung eingetreten sind. Auch wenn Geschäftsunterlagen nicht zur Verfügung stehen, weil sie beschlagnahmt worden sind, muss der Schuldner seinen genauen Wissensstand angeben²²⁹. So weit ihm eine Konkretisierung seiner Angaben ohne die Unterlagen nicht möglich ist, darf er im Hinblick auf die Beschlagnahme entsprechende Vorbehalte machen²³⁰.

²²⁹ Kirchhof, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, § 20 Rdnr. 14.

d) Folgen für die Verwertung

Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ist das Gegenstück zu der vom BVerfG ausdrücklich gebilligten uneingeschränkten Auskunftspflicht des Schuldners. Nur hierdurch könne der Gemeinschuldner daran gehindert werden, Teile der Konkursmasse dem berechtigten Zugriff der Gläubiger zu entziehen. Die Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts bevorzuge gerade diejenigen ungerecht, der zum Nachteil der Gläubiger besonders verwerflich gehandelt habe²³¹.

Daraus wird überwiegend abgeleitet, das Verwendungsverbot schütze nur diejenigen, der Angaben mache. Verweigere der Schuldner trotz der Zwangsmaßnahmen des Insolvenzgerichts gem. § 98 InsO eine Aussage oder setze das Gericht die Auskunftsverpflichtung nicht durch, liege gar keine schützenswerte Aussage vor. Aus dem Schweigen könnten deshalb die im Insolvenzverfahren Auskunftsberechtigten, die Ermittlungsbehörden und die (Straf-) Gerichte für den Schuldner negative Schlüsse ziehen²³².

Für diese Auffassung spricht, dass gem. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein bloßes Verschweigen von Vermögensbestandteilen unter Berücksichtigung der nach den §§ 20, 22 Abs. 3 Satz 3, 97, 101 Abs. 1 InsO bestehenden Auskunftspflicht für die Strafbarkeit ausreicht²³³. Die Straftat wird demnach *durch ein Schweigen* während des Insolvenzverfahrens verwirklicht. Eine Kollision mit dem strafprozessualen Schweigerecht liegt nicht vor, weil das strafbare

²³⁰ LG Köln, Beschluss vom 02.02.1994 – 19 T 34/94 -; Vallender, ZIP 1996, 529, 531.

²³¹ BVerfG, NJW 1981, 1431, 1433.

²³² App, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 12; Richter, wistra 2000, 1, 3; Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 78.

²³³ BGHSt 11, 146; Tiedemann, Insolvenz – Strafrecht, § 283 Rdnr. 39; Schönke/Schröder, StGB, § 283 Rdnr. 5.

Schweigen gerade nicht Teil des Strafprozesses ist, sondern *Tat-handlung*²³⁴.

Gleiches gilt für ein teilweises Schweigen des Schuldners. Hier kann ein Verheimlichen von Vermögensgegenständen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder ein Verschleiern im Sinne von § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB liegen. Soweit der Schuldner Angaben macht, sind diese als Auskünfte unverwertbar. Erhält der Insolvenzverwalter Kenntnis von den verschwiegenen Tatsachen, sind diese zu Lasten des Schuldners verwendbar, wenn sie unabhängig von der Auskunft bekannt geworden sind²³⁵.

In dem oben dargestellten Beispiel kann die Staatsanwaltschaft daher für den Schuldner nachteilige Schlüsse aus seinem Schweigen ziehen.

5. Verwendungsverbot in alle Richtungen?

Fall 5

a) Sachverhalt

Der Inhaber einer Einzelfirma, der zugleich Schuldner ist, wird vom vorläufigen Insolvenzverwalter aufgefordert, sich unter Vorlage von Bilanzen zur Buchführung der Firma zu äußern. Er teilt diesem mit, er könne insoweit keine Auskünfte erteilen, weil er sich nicht selbst um das Rechnungswesen gekümmert habe und die ausschließlich im Personalcomputer erfassten Daten gelöscht

²³⁴ Vgl. Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 83.

²³⁵ Zur Frage der Fernwirkung siehe unten unter Ziffer IV.

worden seien. Die Staatsanwaltschaft, die nach einer Strafanzeige eines Gläubigers Vorermittlungen aufnimmt, erhält Einsicht in die Insolvenzakte.

b) Problemstellung: Verwendungsverbot auch zu Gunsten des Schuldners?

In diesem nach einem Beispiel von Richter²³⁶ gebildeten Fall wäre die Staatsanwaltschaft gehalten, ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts des Bankrotts im Sinne des § 283 Abs. 1 StGB einzuleiten. Nun ergibt sich das Problem, ob die Staatsanwaltschaft, die Einsicht in die Insolvenzakte und damit in den Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters genommen hatte, diese Informationen zu Gunsten des Schuldners verwenden darf.

c) Folgen für die Verwertung

Der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO soll nach Richter darauf hindeuten, dass eine Verwendung der Angaben des Schuldners zu seinen Gunsten ausgeschlossen sei²³⁷.

Dem kann nicht gefolgt werden. Aus den Worten "im Strafverfahren..." lässt sich unter Berücksichtigung des Zustimmungsvorbehaltes des Schuldners nicht schließen, dass eine Verwendung der Angaben zu Gunsten des Schuldners untersagt werden sollte. Zu weit geht in diesem Zusammenhang die Auffassung von Bittmann/Rudolph²³⁸, der Wortlaut der Vorschrift decke auch eine Interpretation, die die Nutzung der Angaben zu Gunsten des Schuldners im Ermittlungsverfahren verbiete.

²³⁶ wistra 2000, 1, 4.

²³⁷ wistra 2000, 1, 3.

Abzustellen ist auch hier wieder auf die vom BVerfG im Gemeinschuldnerbeschluss aufgezeigten Grundsätze, nach denen ein Verwendungsverbot nur für die den Schuldner belastenden Tatsachen und Umstände konstatiert wurde. Der Insolvenzgesetzgeber ist von diesen Grundsätzen nicht abgewichen. Er hatte hierzu auch keinen Anlass. Ganz im Gegenteil wollte er durch die Schaffung des § 97 Abs. 3 Satz 3 InsO das Insolvenzgeheimnis und damit den Schuldner weitreichend schützen. Das zeigt sich nicht zuletzt an der Begründung der Fernwirkung und der Einbeziehung der Ordnungswidrigkeiten, die im Gemeinschuldnerbeschluss nicht erwähnt waren²³⁹.

Im Fall 5 kann die Staatsanwaltschaft, sofern sie die Angaben des Schuldners für glaubhaft hält, von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens absehen.

II. Rechtlicher Kontext der Auskunftserteilung - freiwillige und erzwungene Auskünfte

Fall 6

a) Sachverhalt

Eine GmbH zahlt 2 Monate lang weder Löhne noch Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Der Sozialversicherungsträger erstattet am 26.10. eine Strafanzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft, nachdem er vorher erfolglos eine Pfändung der Konten der Gesellschaft versucht hat. In der Strafanzeige werden

²³⁸ wistra 2001, 81, 84.

die Arbeitnehmer, die nicht gezahlten Zeiträume und die dazugehörigen Beträge aufgeführt. Anhand dieser Unterlagen leitet die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren ein, in dessen Verlauf sie am 20.11. Einsicht in die Insolvenzakte nimmt.

Der Geschäftsführer der GmbH hatte am 17.10., etwa eine Woche vor Eingang der Strafanzeige des Sozialversicherungsträgers, beim zuständigen Insolvenzgericht selbst einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH gestellt und den Antrag unter anderem damit begründet, dass die Löhne für mehrere Monate offen stünden und das Konto der GmbH durch einen Sozialversicherungsträger gepfändet worden sei. Es handelte sich hierbei um den gleichen Sozialversicherungsträger, der die Strafanzeige erstattet hatte.

Während der Prüfungsphase durch den vorläufigen Insolvenzverwalter erteilt der Geschäftsführer der GmbH diesem bereitwillig Auskünfte über alle interessierenden Geschäftsvorfälle. Das Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters, das beim zuständigen Amtsgericht am 27.11. eingeht, enthält in der Anlage eine Übersicht über die beteiligten Sozialversicherungsträger. Das Amtsgericht eröffnet das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH am 01.12.

Die Staatsanwaltschaft beantragt nach Abschluss ihrer Ermittlungen am 23.05. des Folgejahres beim zuständigen Amtsgericht den Erlass eines Strafbefehls wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266 a StGB gegen den Geschäftsführer der GmbH.²⁴⁰ Das Strafgericht lehnt den Erlass des Strafbefehls unter Hinweis auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ab²⁴¹.

²³⁹ Ebenso Bieneck, in: Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 76 und 82.

²⁴⁰ Vgl. StA Aachen 30 Js 789/00.

²⁴¹ AG Jülich, Beschluss vom 05.03.2002 –3 Ds 30 Js 132/01 – 790/01-.

b) Problemstellung: Auskunftspflicht als Begrenzung des Schutzbereichs des Verwendungsverbotes?

Der Fall wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls inwieweit die Angaben des Schuldners in seinem Eigenantrag und in dem späteren Verfahren verwendbar sind.

c) Abgrenzung von freiwilligen und erzwungenen Auskünften

Gem. § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO fallen unter das Verwendungsverbot nur die Auskünfte, die der Schuldner im Rahmen seiner Verpflichtung gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO erteilt. Aus dem Wortlaut wird insbesondere von Uhlenbruck²⁴² gefolgert, unter das Verwendungsverbot fielen grundsätzlich nur erzwungene Auskünfte des Schuldners bzw. seines organschaftlichen Vertreters, nicht aber solche, die er freiwillig ohne besondere Aufforderung und ohne Hinweis auf die Offenbarungspflicht erteilt. Zum Teil wird das Verwendungsverbot nur für Auskünfte angenommen, die der Schuldner unter Anwendung von Zwangsmitteln gemacht hat²⁴³.

d) Folgen für die Verwertung

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung²⁴⁴ zwischen freiwilligen und erzwungenen Auskünften ist fraglich. Richtig ist, dass eventuelle gleichlautende Angaben eines Schuldners, die er auf Grund anderer Verpflichtungen als der Auskunftspflicht des § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO machen musste, nach dem Gesetzeswortlaut nicht

²⁴² NZI 2002, 401, 404.

²⁴³ Köhler, in: Wabnitz/ Janovsky, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und Steuerstrafrechts, § 2 Rdnr. 528.

²⁴⁴ Uhlenbruck, InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 9.

unter das Verwendungsverbot fallen²⁴⁵. Das betrifft z. B. die Tatsachen, die ein Schuldner gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 InsO zur Glaubhaftmachung seiner Angaben im Rahmen eines Eigenantrages auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens offenbart hat²⁴⁶.

Darüber hinaus ist im Anschluss an Bieneck²⁴⁷ sicher davon auszugehen, dass Angaben des Schuldners *außerhalb* oder *nur im Zusammenhang* mit dem Insolvenzverfahren nicht geschützt sind.

Für die Äußerungen des Schuldners *im Insolvenz(eröffnungs)verfahren* dürfte eine Bestimmung, welche Angaben freiwillige waren und welche nicht, in der Praxis kaum realisierbar sein. Wenn der Schuldner vom Insolvenzgericht und/oder dem Insolvenzverwalter über seine gem. § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO bestehende Verpflichtung, auch Tatsachen von strafrechtlicher Relevanz mitzuteilen, informiert wurde, ist auch eine ohne vorherige Zwangsanwendung erfolgte *bereitwillige* Aussage nicht als freiwillig anzusehen.

Zu weit geht die Auffassung, für die Beurteilung der Freiwilligkeit komme es generell darauf an, ob der Schuldner, sei es allgemein oder durch eine spezielle Belehrung, Kenntnis von seiner Verpflichtung zur Offenbarung strafbarer Handlungen im Insolvenzverfahren habe²⁴⁸. Durch die uneingeschränkte Auskunftspflicht des § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO entsteht für den Schuldner im Insolvenz(eröffnungs)verfahren schon ohne

²⁴⁵ Unklar insoweit Landgericht Stuttgart, Beschluss vom 21.07.2000, wistra 2000, 439.

²⁴⁶ Vgl. Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 84, die hier bei einem Konflikt zwischen Auskunftsverpflichtung und Selbstbelastungszwang ein verfassungsunmittelbares Verwendungsverbot nach den Grundsätzen des Gemeinschuldnerbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts bejahen.

²⁴⁷ Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 75.

²⁴⁸ So wohl Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 404.

entsprechende Kenntnis so viel Druck, dass keine Konstellation denkbar ist, in der er ohne jeglichen Zwang aussagen könnte.

Auch eine Abgrenzung nach der inhaltlichen Reichweite der Schuldnerangaben hilft nicht weiter, denn angesichts der umfassenden Regelung in § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO (...alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse)²⁴⁹ sind kaum Angaben vorstellbar, die nicht von der Auskunftspflicht umfasst sind²⁵⁰.

Die Entscheidung des Amtsgerichts in dem oben dargestellten Fall 6 enthält keine näheren Darlegungen zur Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO.

Bei näherer Betrachtung des zeitlichen Ablaufs wird deutlich, dass die Staatsanwaltschaft ihre Erkenntnisse *nicht aus der Auskunft des Schuldners* gewonnen hatte. Grundlage und Ausgangspunkt der Ermittlungen waren vielmehr die Strafanzeige des Sozialversicherungsträgers an die Staatsanwaltschaft vom 26.10., die bereits explizit die für die Bejahung eines Anfangsverdachts erforderlichen Daten, nämlich die einzelnen Arbeitnehmer, die offenen Zeiträume und die dazu gehörenden Beträge, enthalten hatte.

Die Angaben, die der Geschäftsführer der GmbH zu diesem Komplex in seinem *Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens* an das Insolvenzgericht gemacht hatte, fallen nach der Gesetzesystematik nicht unter das Verwendungsverbot.

Die *gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter und Gutachter geäußerten Tatsachen* standen einer Verwertung der Angaben aus der Strafanzeige des Gläubigers nicht entgegen. Insoweit hat

²⁴⁹ Siehe oben unter C II 2.

der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, dass das Verwendungsverbot des §§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht die Verwertung von Tatsachen hindert, die der Strafverfolgungsbehörde bereits bekannt waren²⁵¹.

Das Landgericht hob dementsprechend auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft die Entscheidung des Amtsgerichts auf²⁵².

III. Kausalität zwischen Auskunft und erzielttem Ermittlungsergebnis

1. Fall 7

a) Sachverhalt

Im Rahmen der im Fall 6 am 20.11. erfolgten Einsicht der Staatsanwaltschaft in die Insolvenzakten findet sie ein Schreiben eines *anderen Sozialversicherungsträgers* vom 26.10. an das Insolvenzgericht, mit dem dieser das Gericht ohne nähere Angaben zu seinen Forderungen im Wege eines Amtshilfeersuchens nach § 3 SGB X bzw. § 64 Abs. 2 SGB X um Mitteilung bittet, ob ein Insolvenzverfahren anhängig sei.

Die Staatsanwaltschaft schreibt diesen Sozialversicherungsträger am 20.11. an und bittet um Angaben zu rückständigen Arbeitnehmerbeiträgen, den betroffenen Arbeitnehmern und den Zeiträumen²⁵³. Der Sozialversicherungsträger kommt der Aufforderung nach.

²⁵⁰ Dass ein Schuldner im Rahmen seiner Auskunft z. B. einen fünf Jahre zurückliegenden Mord an seiner Ehefrau gesteht, ist eher unwahrscheinlich.

²⁵¹ Schmidt-Räntsch, a. a. O., Fn. 115, Rdnr. 1 zu § 97 InsO.

²⁵² LG Aachen, Beschluss vom 06.05..2002, 62 Qs 38/02.

Den Erlass eines von der Staatsanwaltschaft nach Abschluss der Ermittlungen gegen den Geschäftsführer der GmbH beantragten Strafbefehls lehnt das Amtsgericht unter schlichter Bezugnahme auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ab. Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft bleibt erfolglos.

b) Problemstellung: Alternative Informationsquellen

Wie im Fall 6 hat die Staatsanwaltschaft hinsichtlich des hier maßgeblichen Sachverhalts zeitgleich mit dem Insolvenzgericht, vertreten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter und Gutachter, Ermittlungen angestellt. Anders als im Fall 6 war das Schreiben des hiesigen Sozialversicherungsträgers vom 26.10. *nicht an die Staatsanwaltschaft, sondern das Insolvenzgericht gerichtet und beinhaltete noch keine konkreten Angaben zu seiner Forderung*. Solche Anfragen erfolgen in der Regel wegen vorliegender Beitragsrückstände.

c) Folgen für die Verwertung

Für eine korrekte Lösung dieser Fallkonstellation war eine exakte Prüfung der zeitlichen Abfolge der einzelnen Ermittlungsschritte der Staatsanwaltschaft und des Insolvenzverwalters in besonderem Maße geboten. Zum Zeitpunkt der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft in die Insolvenzakten am 20.11. und dem am gleichen Tag erfolgten Anschreiben an den Sozialversicherungsträger hatte sich der vorläufige Insolvenzverwalter noch nicht zu der Lage der betroffenen Gesellschaft geäußert. Sein Tätigkeitsbericht und Gutachten nebst Anlagen war erst am 27.11. beim Insolvenzgericht eingegangen.

²⁵³ StA Aachen, 30 Js 789/00.

Aus dem zeitlichen Ablauf ergibt sich, dass das Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft nicht auf den Angaben des Schuldners beruhen konnte, die dieser gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter bereitwillig gemacht hatte. Mit anderen Worten: Die Auskunft war nicht kausal für das von der Staatsanwaltschaft erzielte Ermittlungsergebnis.

Ein Anwendungsfall des §§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO lag daher nicht vor. Zu diesem Ergebnis kam auch die Beschwerdekammer des Landgerichts²⁵⁴.

2. Fall 8

a) Sachverhalt

Nachdem eine Einzelfirma 3 Monate lang keine Sozialversicherungsbeiträge gezahlt hat, beantragt ein betroffener Sozialversicherungsträger am 18.06. beim zuständigen Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Firma. In dem Antrag wird der *Gesamtbetrag der rückständigen Beiträge ohne nähere Aufschlüsselung* angegeben.

In dem Anhörungsfragebogen des Insolvenzgerichtes lässt der Geschäftsführer die Frage nach den zuständigen Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung mit Anschriften unbeantwortet. In dem Tätigkeitsbericht des vorläufigen Insolvenzverwalters vom 10.09., der auch auf den Angaben des Vertreters der Schuldnerin beruht, findet sich die Position *"rückständige Sozialversicherungsbeiträge DM"*. Eine Aufstellung über die betroffenen Sozialver-

²⁵⁴ LG Aachen, Beschluss vom 06.05.2002, 62 Qs 38/02.

sicherungsträger nebst Einzelbeträgen befindet sich weder in dem Bericht noch sonst in der Insolvenzakte.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens übersendet das Insolvenzgericht der Staatsanwaltschaft gemäß § 31 InsO und Abschnitt XII 9/3 Abs. 3 Nr. 3 MiZi eine Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses. Nach Einsichtnahme in die Insolvenzakte am 25.09. schreibt die Staatsanwaltschaft am 28.09. verschiedene in ihrem Bereich ansässige Sozialversicherungsträger an. Ein Träger macht am 13.11. Mitteilungen über die rückständigen Beträge und ihre Zusammensetzung.

Die Staatsanwaltschaft beantragt den Erlass eines Strafbefehls gegen den Geschäftsführer der Firma. Das zuständige Strafgericht ist der Auffassung, weil zum Zeitpunkt der Einsichtnahme der Staatsanwaltschaft in die Insolvenzakte der Bericht des Insolvenzverwalters vorgelegen habe, sei zu Gunsten des Beschuldigten, der ausweislich der Angaben des Insolvenzverwalters an der Erstellung des Berichts mitgewirkt habe, davon auszugehen, dass das Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft auch auf seinen Angaben beruhe²⁵⁵. Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft wird zurückgewiesen.

b) Problemstellung: Unmittelbare Herleitung des Ermittlungsergebnisses aus der Auskunft?

In dem geschilderten Fall enthält die Insolvenzakte neben dem Insolvenzeröffnungsantrag eines Sozialversicherungsträgers den Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters, der ohne Differenzierungen nach Kassen und Einzelbeträgen ausführt, dass Sozial-

²⁵⁵ AG Jülich, Beschluss vom 18.06.2002, 3 Cs 113/02.

versicherungsbeiträge rückständig sind. Anders als im Fall 6 hatte die Staatsanwaltschaft Einsicht in die Insolvenzakte genommen, als der Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters bereits vorlag. Es ist daher zu prüfen, ob die Informationen der Staatsanwaltschaft auf der Auskunft des Schuldners beruhen.

c) Folgen für die Verwertung

Die Insolvenzakte enthält als erste Information den Eröffnungsantrag des Sozialversicherungsträgers. Dieses Anschreiben war Grundlage und Ausgangspunkt für die Ermittlungen hinsichtlich der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Schuldner Sozialversicherungsbeiträge für die von ihm beschäftigten Arbeitnehmer zu den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkten nicht abgeführt hatte. *Denn nur diesem Schreiben war zu entnehmen, dass diesem bestimmten Sozialversicherungsträger Beiträge geschuldet waren.* Die genaue Summe der rückständigen Beiträge ergab sich ebenfalls ausschließlich aus dem Schreiben der betroffenen Kasse an der die Staatsanwaltschaft.

Der unter Mitwirkung des Schuldners gefertigte Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters enthielt dagegen weder Unterscheidungen nach Kassen noch nach Einzelbeträgen. Die hieraus entnehmbaren Informationen waren daher viel allgemeiner als das Schreiben des Sozialversicherungsträgers an die Staatsanwaltschaft. Hätte die Staatsanwaltschaft Einsicht in die Insolvenzakte vor Erstellung des Berichts des vorläufigen Insolvenzverwalters genommen, wäre sie zum gleichen Ermittlungsergebnis gekommen.

Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO griff aus diesen Gründen nach Auffassung der Beschwerdekammer des Landgerichts nicht ein²⁵⁶.

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Zunächst ist davon auszugehen, dass die Staatsanwaltschaft bei ihrer Akteneinsicht ohnehin als erstes das Antragsschreiben des Sozialversicherungsträgers zur Kenntnis genommen hatte. Das spätere Lesen des Berichts des vorläufigen Insolvenzverwalters stellte dann nur eine zweite Information dar. Aber selbst wenn die Staatsanwaltschaft den Bericht vor dem Anschreiben des Sozialversicherungsträgers gelesen hätte, ist davon auszugehen, dass sie letzteres wegen der dort enthaltenen detaillierten Angaben als Anlass für weitere Ermittlungen genommen hätte. Hinsichtlich der übrigen, ebenfalls von der Staatsanwaltschaft angeschriebenen Sozialversicherungsträger, ergäbe sich unter Umständen eine andere Beurteilung²⁵⁷.

IV. Fernwirkung des Verwendungsverbotes

Fall 9

1. Sachverhalt

Ein Insolvenzgericht übersendet der zuständigen Staatsanwaltschaft gemäß Abschnitt XII/3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 3 Nr. 1 MiZi eine Mitteilung, nach der das Amtsgericht über das Vermögen einer GmbH wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung zu einem bestimmten Zeitpunkt das Insolvenzverfahren

²⁵⁶ LG Aachen, Beschluss vom 05.08.2002, 62 Qs 85/02.

²⁵⁷ Siehe hierzu Fall 9.

eröffnet hat. Die Staatsanwaltschaft fordert die Akten des Insolvenzgerichts an. Zu diesem Zeitpunkt hat der Insolvenzverwalter sich bereits in einem Tätigkeitsbericht, Gutachten, Kostendeckungsrechnung und Beschlussempfehlung zu der Lage der Gesellschaft geäußert. Der Tätigkeitsbericht vom 27.11. enthält als Anlage eine Übersicht der beteiligten Sozialversicherungsträger. Die Aufstellung enthält keine exakten Angaben zur Höhe der einzelnen Forderungen, sondern lediglich einen Gesamtbetrag.

Die Staatsanwaltschaft kopiert die Liste der Sozialversicherungsträger, schreibt diese am 12.02. des Folgejahres an und bittet um Mitteilung der rückständigen Sozialversicherungsbeiträge. Nach Abschluss ihrer Ermittlungen fertigt die Staatsanwaltschaft eine Anklage wegen Verstoßes gegen § 266 a StGB gegen den Geschäftsführer, der im Insolvenz(eröffnungs)verfahren bereitwillig Auskunft erteilt hatte.

Das Amtsgericht lehnt die Eröffnung des Hauptverfahrens ohne weitere Begründung unter Berufung auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ab²⁵⁸.

In ihrer Beschwerdebegründung trägt die Staatsanwaltschaft vor, es könne nicht beurteilt werden, ob der Insolvenzverwalter die in seinem Bericht niedergelegten Erkenntnisse zu den beteiligten Krankenkassen aus den Angaben des Schuldners oder den Geschäftsunterlagen entnommen habe.

Das Landgericht bestätigt die Entscheidung des Amtsgerichts. Zur Begründung führt es aus, Sinn und Zweck der Auskunftspflicht und des Verwendungsverbotes wiesen darauf hin, dass das Verwendungsverbot sich auch auf die Geschäftsunterlagen beziehe, die der Schuldner im Rahmen des Insolvenzverfahrens vorgelegt

habe. Selbst wenn man anderer Ansicht wäre, sei es Sache der Staatsanwaltschaft gewesen, hinsichtlich jeder einzelnen Kasse genau darzulegen, ob die Erkenntnisse auf der Auskunft des Schuldners beruhen oder (nur) aus den vorgefundenen Geschäftsunterlagen herrühren. Die bloße Behauptung, es sei davon auszugehen, dass die Information aus vorgefundenen Geschäftsunterlagen stammten, verbunden mit dem Hinweis auf die Möglichkeit, den Insolvenzverwalter als Zeugen hierzu zu vernehmen, genüge nicht²⁵⁹.

2. Problemstellung: Die Auskunft als Ansatz für weitere Ermittlungen

Die Anklage der Staatsanwaltschaft gegen den Geschäftsführer des Schuldners enthielt neben den Namen der betroffenen Sozialversicherungsträger die von diesen mitgeteilten Daten zu den jeweiligen Forderungshöhen und den Zeiträumen der Vorenthaltung. Ohne die eigene Ermittlungstätigkeit, d. h. die Anschreiben an die Sozialversicherungsträger, hätte die Staatsanwaltschaft die Anklage nicht formulieren können. Die Ermittlungstätigkeit beschränkte sich jedoch auf die Einzelheiten der nicht abgeführten Arbeitnehmerbeiträge. Die Informationen, dass und wem Beiträge geschuldet waren, ergaben sich aus dem nach Auskunftserteilung durch den Schuldnervertreter erstellten Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters.

3. Reichweite des Verwendungsverbotes

²⁵⁸ AG Jülich, Beschluss vom 05.03.2002, 3 Ds 30 Js 132/01-790/01.

²⁵⁹ LG Aachen, Beschluss vom 06.05.2002, 62 Qs 38/02.

Nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO darf eine Aussage, die der Schuldner über eine strafbare Handlung oder eine Ordnungswidrigkeit gemacht hat, in einem Strafverfahren bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen ihn und seine Angehörigen nur mit seiner Zustimmung verwendet werden. Nach der Entstehungsgeschichte der Vorschrift bedeutete diese Formulierung, dass es den Ermittlungsbehörden verboten ist, Tatsachen zu verwerten, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hat und eine solche Auskunft des Schuldners ohne seine Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen darf²⁶⁰. Der vom Rechtsausschuss vorgeschlagene und vom Gesetzgeber übernommene Begriff *verwendet* statt *verwertet* stammt aus der datenschutzrechtlichen Terminologie. Er transferiert das prinzipiell strengere Verständnis zulässiger Datenverwendung, wie sie aus dem Datenschutzrecht bekannt ist, in die auf den Strafprozess bezogene Regelung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO²⁶¹. Die Aussage des Schuldners darf demnach nicht unmittelbar oder mittelbar verwendet (= verwertet) werden²⁶².

Zur Sicherung der Effektivität in der Selbstbelastungsfreiheit hat der Gesetzgeber das bisherige, vor der Insolvenzrechtsreform bereits bestehende Verwertungsverbot durch eine Fernwirkung ergänzt, die dem Vorbild der nordamerikanischen "fruit of the poisonous tree"-Doktrin entspricht²⁶³.

Die Formulierungen der Gesetzesbegründung enthalten nach zum Teil vertretener Auffassung ein Unterlassungsgebot an die Ermittlungsbehörden. Danach sind diejenigen Maßnahmen unzulässig, die entweder das Ziel haben, Beweismittel zu gewinnen, die durch die Auskunft des Schuldners bekannt geworden sind, oder die

²⁶⁰ Siehe oben zu C II 2.

²⁶¹ Dankert, Aussagezwang im parlamentarischen Untersuchungsausschuss, ZRP 2000, 476, 478

²⁶² Lüke, in: Kübler/Prütting, InsO, § 97 Rdnr. 4 a. E.

darauf abzielen, auf Grund der Auskunft nach weiteren noch unbekanntem Beweismitteln zu suchen²⁶⁴. Die Fernwirkung gilt nur für den Strafprozess, nicht für die Durchführung des Insolvenzverfahrens. Das heißt, der vorläufige Insolvenzverwalter ist nicht gehindert, durch den Inhalt der Auskunft bekannt gewordene, vorher verheimlichte Vermögensgegenstände oder sonstige Werte zur Masse zu ziehen²⁶⁵.

In der Literatur ist die Regelung zum Teil auf harsche Kritik gestoßen. Bieneck²⁶⁶ hält die Bekämpfung der Insolvenzkriminalität als bedeutenden Bereich des strafrechtlichen Gläubiger- und Kreditverkehrsschutzes für ernsthaft gefährdet. Er wirft dem Gesetzgeber vor, ebenso wie bei der Neuregelung der Verbraucherinsolvenz die strafrechtlichen Konsequenzen der Insolvenzordnung nicht ausreichend bedacht zu haben. Noch weitergehend befürchtet Bliersch²⁶⁷ sogar, dass das umfassende Verwendungsverbot alle Ermittlungsansätze im Keim ersticken werde. Zudem führe es zu absurden Ergebnissen, weil ein mit hoher krimineller Energie ausgestatteter Schuldner bei seiner ersten Befragung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. das Insolvenzgericht sich durch ein umfassendes Geständnis faktisch einer Strafverfolgung komplett entziehen könne.

Es wird sogar vertreten, die Konstruktion einer Fernwirkung der Unverwertbarkeit widerspreche der herrschenden Auffassung im Strafprozessrecht, nach der z. B. die durch selbstbelastende Zeu-

²⁶³ Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 402; Hefendehl, wistra 2003, 1, 6.

²⁶⁴ Dankert, ZRP 2000, 476, 478.

²⁶⁵ Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 84.

²⁶⁶ Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, § 75 Rdnr. 85; in ähnlichem Sinn auch Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenz O., § 97 Rdnr. 18 und Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 404; ders., InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 8; ohne eigene Stellungnahme App, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 11.; Kübler/Prütting, InsO, § 97 Rdnr. 4 f.; Wienberg, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 24.

genaussagen bekannt gewordenen Umstände weitere Ermittlungen veranlassen könnten²⁶⁸.

Es ist zutreffend, dass im allgemeinen Strafprozessrecht eine Fernwirkung überwiegend abgelehnt wird²⁶⁹. Hierbei wird jedoch übersehen, dass der Gesetzgeber ausweislich der Materialien selbst eine Fernwirkung angeordnet und hierbei die überwiegend ablehnende Haltung in Rechtsprechung und Lehre des Strafprozessrechts bewusst übergangen hat, weil er der Auffassung war, nur so dem Sinn des Gemeinschaftlicherbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts gerecht werden zu können. Bei der Anwendung und Auslegung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ist dieser Gesetzeszweck strikt zu beachten und zur Geltung zu bringen²⁷⁰.

Nach dem Schutzzweck des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO darf ein Schuldner nicht durch den Offenbarungszwang zu einem Beweismittel gegen sich selbst gemacht werden. In seinem Interesse sind dabei strenge Maßstäbe an die Verwendbarkeit seiner Auskunft anzulegen. Die bloße Möglichkeit des Beruhens muss bereits für eine Unverwertbarkeit ausreichen. Das bedeutet konkret: Die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen, wie z. B. eine Durchsuchung oder Beschlagnahme, darf nicht auf einen Verdacht gestützt werden, der sich aus der unverwertbaren Aussage ergibt. Insoweit ist dem Landgericht Stuttgart zuzustimmen, das in seinem bereits oben erwähnten Beschluss vom 20.07.2000²⁷¹ den vom Amtsgericht Kirchheim/Teck erlassenen Durchsuchungsbeschluss wegen Verdachts des Betruges aufhob, weil er auf einer

²⁶⁷ Blersch, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht-Kommentar, § 97 Rdnr. 6.

²⁶⁸ Kölbl/Morlock, Geständniszwang in parlamentarischen Untersuchungen?, ZRP 2000, 217, 220.

²⁶⁹ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rdnr. 403 ff.

²⁷⁰ So auch Dankert, ZRP 2000, 486, 478, der § 97 InsO als Vorbild für eine Regelung der Pflichten von Auskunftspersonen in einem Untersuchungsausschuss heranzieht.

²⁷¹ wistra 2000, 439.

Verwertung der Angaben des Schuldners/Beschwerdeführers gegenüber dem Insolvenzgericht und dem vorläufigen Insolvenzverwalter beruhte.

Weiter ist bei der praktischen Umsetzung des Fernwirkungsgebotes zu beachten, dass der vor dem Strafgericht zu führende Nachweis einer Straftat den Ermittlungsgang der Strafverfolgungsorgane genau nachzeichnen muss, um zu belegen, dass die Beweismittel nicht auf den Angaben des Schuldners oder durch diese mittelbar erlangten Beweismittel beruhen²⁷². Lässt sich eine von der Schuldnerauskunft unabhängige Beweiskette nicht herstellen oder ist nicht eindeutig klärbar, woher die Erkenntnisquelle für eine Tatsache von strafrechtlicher Relevanz stammt, ist der Sachverhalt unverwertbar²⁷³.

Dabei ist nicht zu verhindern, dass ein Schuldner die Möglichkeit hat, seine Strafverfolgung durch eine möglichst frühzeitige und umfangreiche Auskunft unter Einräumung aller strafrechtsrelevanten Tatsachen zu verhindern oder zumindest ganz erheblich zu erschweren. Diese insbesondere von den Ermittlungsbehörden²⁷⁴ erhobene Kritik ist zwar zutreffend, aber unbegründet. Die skizzierten Folgen der Fernwirkung sind hinzunehmen, weil der Gesetzgeber sie im Interesse der Funktionsfähigkeit des Insolvenzverfahrens für angemessen erachtet hat²⁷⁵.

²⁷² Hefendehl, wistra 2003, 1, 6; Dankert, ZRP 2000, 476, 479.

²⁷³ Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung., § 97 Rdnr. 17; vgl. zu § 393 AO Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, § 393 Rdnr.68; Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 75, 81 der in § 393 Abs. 2 Satz 1 AO kein Beweisverwertungsverbot, sondern ein Verfolgungsverbot sieht. Dieses sei als Verfahrenshindernis gem. §§ 204, 260 StPO in jeder Lage des Verfahrens zu berücksichtigen und führe dazu, dass die Staatsanwaltschaft gegen den Beschuldigten weder Ermittlungen einleiten noch Anklage erheben könne.

²⁷⁴ Siehe Fn. 266 und 267.

²⁷⁵ Dankert, ZRP 2000, 486, 478; so letztlich auch Bieneck, a. a. O. § 75 Rdnr. 73.

Das Ergebnis leuchtet auch unmittelbar ein. Nur ein Schuldner, der in keinerlei Hinsicht befürchten muss, sich oder seine Angehörigen durch wahrheitsgemäße Angaben der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen, dürfte vorbehaltlos bereit sein, im Interesse der Gläubiger an einer lückenlosen Aufklärung aller relevanten Geschäftsvorfälle mitzuwirken.

4. Folgen für die Verwertung

Die Ermittlungsbehörden sind nunmehr gehalten, bereits im Vorermittlungsverfahren Auskünfte aus dem Handelsregister, den Mahnabteilungen, den Schuldnerkarteien, vom Gerichtsvollzieher, den Sozialversicherungsträgern oder sonstigen Dritten einzuholen, um Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht unabhängig von einer Schuldnerauskunft zu überprüfen²⁷⁶.

Bei der Bestimmung der Verwertbarkeit unter Beachtung der Fernwirkung sind vor allem folgende Abgrenzungen zu beachten:

Wenn die Staatsanwaltschaft Informationen von Gläubiger oder Dritten über den Schuldner betreffende strafrechtsrelevante Tatsachen erhält, z. B. im Rahmen von Strafanzeigen, ist genau zu prüfen, vorher diese Informationen stammen.

Ein Gläubiger, der einen eigenen Eröffnungsantrag gestellt hat, ist im Eröffnungsverfahren "Partei" im Sinne des § 299 Abs. 1 ZPO und hat gem. § 4 InsO in Verbindung mit § 299 Abs. 1 ZPO ein Akteneinsichtsrecht²⁷⁷. Sonstige Private können als "dritte Person" Akteneinsicht gem. § 4 InsO in Verbindung mit § 299 Abs. 1 ZPO

²⁷⁶ A. A. Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 85.

²⁷⁷ OLG Köln, ZIP 1999, 1449, 1450; Graf/Wunsch, Akteneinsicht im Insolvenzverfahren, ZIP 2001, 1800; Pape, Entwicklung des Regelinsolvenzverfahrens im Jahre 2001, NJW 2002, 1165, 1166.

erhalten, wenn sie ein rechtliches Interesse²⁷⁸ darlegen. Im eröffneten Insolvenzverfahren sind sämtliche Gläubiger als Partei im Sinne des § 299 ZPO anzusehen. Als "Prozessakten" i. S. des § 299 ZPO sind im Insolvenzverfahren grundsätzlich die gesamten Verfahrensakten anzusehen. Davon ausgenommen sind Vorgänge, für die Sonderregelungen gelten²⁷⁹. Umstritten ist nach wie vor, ob auch die Geschäftsbücher des Schuldners, die zu den Akten genommen wurden, und das Insolvenzgutachten der Akteneinsicht unterliegen. Letzteres wird sowohl von der h. M. in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte²⁸⁰ als auch in der Literatur²⁸¹ bejaht, weil gerade das Gutachten für die Gläubiger der wichtigste Teil der Insolvenzakte ist. Die Informationen, die der Gläubiger oder der sonstige Dritte den Ermittlungsbehörden mitteilt, dürfen nur verwertet werden, wenn der Informant sie nicht der Auskunft des Schuldners entnommen hatte²⁸². Dies gilt ebenso für Tatsachen über strafbare Handlungen, die der Gläubiger/Dritte durch eigene Nachforschungen nach Kenntnisnahme der Auskunft des Schuldners selbst "entdeckt" hat. Die Auffassung von Bittmann/Rudolph²⁸³, die die auf diesem Weg gewonnenen Erkenntnisse und Beweismittel als eigene Erkenntnisse für unbeschränkt verwertbar halten, ist in dieser Allgemeinheit abzulehnen.

Es sei daran erinnert, dass das Verwendungsverbot nach der Gesetzesbegründung auch die Verwertung der mittelbaren Beweismittel, d. h. aller Tatsachen, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hatte, verbietet. Es bedarf daher einer genauen Prüfung,

²⁷⁸ Z.B., wenn ein Gläubiger prüfen will er, ob es sich für ihn lohnt, einen Kostenvorschuss nach § 26 Abs. 1 Satz 2 InsO zu leisten, vgl. Graf/Wunsch, ZIP 2001, 1800; Uhlenbruck, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, § 12 Rdnr. 37.

²⁷⁹ Z. B. für Unterhefte des PKH Verfahrens, § 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO sowie §§ 66 Abs. 2 Satz 2, 150 Satz 2, 154, 188, 234 InsO.

²⁸⁰ OLG Düsseldorf, ZIP 2000, 322, 323; OLG Brandenburg, ZIP 1998, 962; OLG Braunschweig, ZIP 1997, 894; OLG Naumburg, ZIP 1997, 895.

²⁸¹ Pape, NJW 2002, 1165, 1166; Graf/Wunsch, ZIP 2001, 1800, 1803 m. w. N.

²⁸² So auch Richter, wistra 2000, 1, 5.

²⁸³ wistra 2001, 81, 85.

ob die vom Gläubiger/Dritten entdeckten "zuvor unbekanntem Straftaten" tatsächlich unbekannt waren oder ob sich nicht Hinweise hierzu bereits aus der Auskunft ergeben.

Die von dem Gläubiger/Dritten im Wege der Akteneinsicht aus der Schuldnerauskunft erlangten Informationen, die dieser dann in einem Zivilprozess gegen den Schuldner verwendet, z. B. für eine persönliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers einer GmbH, dürfen naturgemäß im Ermittlungsverfahren nicht durch Beiziehung der Zivilakten verwertet werden. Dies wäre ebenso wie die Vernehmung des Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers als Zeuge über die Äußerungen des Schuldners in der Gläubigerversammlung eine Umgehung des Verwendungsverbot²⁸⁴. Etwas anderes gilt nur für die Angaben, die der Schuldner als Beklagter in einem Zivilprozess gemacht hatte, denn solche Angaben erfolgten von ihm freiwillig und ohne Zwang zur Verteidigung. Der Schuldner muss im Zivilprozess nur zwischen privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung und Schutz vor Selbstbelastung wählen mit der Folge, dass für offenbarte Straftaten kein strafprozessuales Verwertungsverbot besteht. Gleiches gilt für Akten aus Verwaltungsprozessen. Dort bestehen jedoch in der Regel Auskunftsverweigerungsrechte, so dass diese Akten ohnehin für die Betroffenen nicht ergiebig sein dürften²⁸⁵.

Im Ausgangsfall ist der Entscheidung des Landgerichts zuzustimmen. Die Staatsanwaltschaft hatte die Namen der betroffenen Sozialversicherungsträger aus der Anlage zu dem Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters entnommen und diese Information zum Ansatz genommen, um weitere Ermittlungen vorzunehmen.

²⁸⁴ Vgl. App, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 12; Biersch, in: Breutigam/Biersch/Goetsch, Insolvenzrecht – Kommentar, § 22 Rdnr. 33; Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 17; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 100, Rdnr. 2; Richter, wistra 2000, 1, 5; Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 85.

²⁸⁵ Vgl. Stümer, NJW 1981, 1757, 1759, 1760.

Die so gewonnenen mittelbaren Erkenntnisse unterlagen einem Verwertungsverbot. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass die Informationen in dem Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters von dem Schuldner stammten und hat die ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung der Staatsanwaltschaft, die Informationen stammten aus vom vorläufigen Insolvenzverwalter vorgefundenen Geschäftsunterlagen, im Hinblick auf die bereitwillige Mitwirkung des Schuldners zu Recht als nicht ausreichend angesehen.

V. Hypothetische Kausalität

Fall 10

1. Sachverhalt

Ein Insolvenzgericht übersendet der zuständigen Staatsanwaltschaft gemäß Abschnitt X/2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 MiZi eine Mitteilung, wonach ein Geschäftsführer einer GmbH für die von ihm vertretene Firma eine eidesstattliche Versicherung abgegeben hat. Der Mitteilung beigelegt werden Kopien des Protokolls sowie des Vermögensverzeichnisses. Aus den Unterlagen ergibt sich, dass die GmbH Sozialversicherungsbeiträge in einer bestimmten Höhe schuldet. Die Staatsanwaltschaft leitet ein Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen § 266 a StGB ein. Als sie einige Zeit später Einsicht in die Insolvenzakten nimmt, hat das Amtsgericht bereits einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Diesem gegenüber hat der Schuldnervertreter Auskünfte erteilt. Aus den Insolvenzakten entnimmt die Staatsanwaltschaft die Information, *um welche Sozialversicherungsträger es sich im Einzelnen handelt.*

Nach Durchführung weiterer Ermittlungen durch Anschreiben der betroffenen Kassen beantragt sie einen Strafbefehl gegen den Geschäftsführer der GmbH. Das Amtsgericht als zuständiges Strafgericht weist den Antrag mit der Begründung zurück, die gegen den Angeschuldigten vorliegenden Ermittlungsergebnisse beruhten auf seiner gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO unverwertbaren Auskunft²⁸⁶.

Die Staatsanwaltschaft legt hiergegen sofortige Beschwerde ein und trägt vor, das Verwendungsverbot greife nicht ein, weil sie auch ohne Verwertung der Auskünfte einen Durchsuchungsbeschluss hätte beantragen können. Ihr wären dann in rechtlich nicht zu beanstandender Weise die gleichen Tatsachen bekannt geworden.

Die Beschwerdekammer des Landgerichts weist die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft zurück²⁸⁷.

2. Problemstellung: Berücksichtigung denkbarer Kausalverläufe?

Hier ergibt sich die Frage, ob ein auf Grund der Auskunft des Schuldners gefundenes und damit unverwertbares Beweismittel berücksichtigt werden kann, wenn es auch ohne die Auskunft rechtmäßig erlangt worden wäre.

²⁸⁶ AG Aachen, Beschluss vom 16.08.2000, 47Cs 30 Js 146/00-780/00.

²⁸⁷ LG Aachen, Beschluss vom 08.11.2000, 65 Qs 125 /00.

3. Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe

Die Frage, ob bei der Verwertung von Beweismitteln auch hypothetische Kausalverläufe berücksichtigt werden dürfen, wird von der Rechtsprechung überwiegend im Zusammenhang mit unselbständigen Beweisverwertungsverböten behandelt. Nach einem Teil der Rechtsprechung²⁸⁸ ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang durchbrochen, wenn das Beweismittel auch auf gesetzmäßige Art und Weise hätte erlangt werden können. In der Literatur wird diese Frage äußerst kontrovers diskutiert²⁸⁹. Nach der weitestgehenden Auffassung ist entsprechend der amerikanischen hypothetical-clean-path-doctrine eine Verwertung des Beweismittels zuzulassen, das im konkreten Fall sowieso "auf sauberem Weg" (= rechtmäßig) hätte gefunden werden können²⁹⁰. Es handelt sich nicht um die Fälle, in denen ein verbotswidrig erlangtes Beweismittel auch noch aus einer *selbständigen Quelle* hergeleitet werden kann. Da diese mittelbaren Beweisergebnisse dann auf einem eigenständigen Erkenntnisvorgang beruhen, bestehen gegen deren Verwertung keine Bedenken²⁹¹.

Die Vertreter der Gegenmeinung²⁹² sind der Ansicht, die Verletzung eines bestehenden Verwertungsverbötes müsse grundsätzlich die Unverwertbarkeit der daraus resultierenden Beweisprodukte nach sich ziehen.

Eine vermittelnde Auffassung will zur Vermeidung einer gänzlichen Entwertung der Beweisverwertungsverböte auf eine konkrete Betrachtungsweise abstellen. Danach ist ein Verwertungsverbot

²⁸⁸ BGH NJW 1964, 1139; 1971, 1097; NStZ 1989, 375; LG Bonn, NJW 1981, 292.

²⁸⁹ Vgl. dazu eingehend Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rdnr. 714 ff.

²⁹⁰ Beulke, ZStW 103 (1991), 669; Rogall, in: SK-StPO, § 136 a Rdnr. 100 ff.

²⁹¹ Rogall, in: SK-StPO, § 136 a Rdnr. 98; Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 17; siehe auch oben zu III.

²⁹² Reinecke, Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, S. 247; ähnlich Müssig, GA 1999, 119, 137.

nicht bereits dann abzulehnen, wenn das Beweismittel auch ohne Verfahrensfehler hätte erlangt werden können, sondern nur dann, wenn nach den Umständen des Falles, d. h. nach dem tatsächlichen Stand der Ermittlungen, seine Erlangung höchst wahrscheinlich gewesen wäre²⁹³.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ein ausdrücklich nomiertes selbständiges Beweisverwertungsverbot. Das unmittelbare Beweismittel ist unverwertbar, obwohl die Beweisgewinnung rechtmäßig erfolgte. Das heißt, die Verwertung der Schuldnerauskunft selbst im Ermittlungsverfahren und in einem Strafprozess/Ordnungswidrigkeitenverfahren ist verboten, obwohl die Kenntniserlangung der Ermittlungsbehörden über den Inhalt der Auskunft und die Bildung eines Anfangsverdachts wegen eines Insolvenzdeliktes rechtmäßig erfolgte. Dabei ist unter Verwertung eine Heranziehung von Beweisen zu verstehen, die erst auf Grund der Auskunft des Schuldners ermittelt werden konnten. Anders als bei den oben dargestellten unselbständigen Verwertungsverboten, d. h. solchen Verwertungsverboten, die aus einem Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften abgeleitet werden, ist bei der im Insolvenzrecht vorliegenden Konstellation der Verfahrensfehler nicht in der Gewinnung des unmittelbaren Beweismittels (= Auskunft des Schuldners), sondern in der Gewinnung des mittelbaren Beweismittels auf Grund der Auskunft zu sehen. Bei einer - theoretisch denkbaren - Anwendung der hypothetischen Kausalität müsste demnach geklärt werden, ob das unmittelbar durch die Auskunft erlangte Beweismittel höchst wahrscheinlich auch ohne sie und damit ohne Verstoß gegen das Verwertungsverbot hätte erlangt werden können²⁹⁴.

²⁹³ Vgl. Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß, S. 113, 175; Meyer-Goßner, Einl. Rdnr. 57; Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 385 Rdnr. 366, § 393 Rdnr. 82.

²⁹⁴ Hefendehl, wistra 2003, 1, 7.

Ein solcher Nachweis ließe sich sicherlich in manchen Fällen erbringen. Gleichwohl ist nach hiesiger Auffassung eine uneingeschränkte Übertragung der für unselbständige Beweisverwertungsverbote entwickelten Grundsätze auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO abzulehnen. Die Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen birgt immer die Gefahr in sich, dass die Strafverfolgungsbehörden zur einfacheren und schnelleren Erreichung ihrer Ziele das Bestehen von Verwertungsverböten missachten, um sich später auf eine potenziell rechtmäßige Vorgehensweise zu berufen. Ließe man hier die Berücksichtigung eines hypothetischen Ermittlungsverlaufes zu, hätte z. B. die einer Zwangsmaßnahme vorgeschaltete richterliche Anordnungs-kompetenz keinen Sinn mehr.

Die vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnete Fernwirkung des Verwertungsverbötes geht über die Vorgaben des Gemeinschuldnerbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des Schuldners hinaus. Der bewusst beabsichtigte und in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO nominierte Schutz für den Schuldner ist als Maßstab für die Berücksichtigungsfähigkeit eines hypothetischen Verlaufes anzusehen²⁹⁵. Zu Recht betont Hefendehl²⁹⁶, dass die Bestimmung einer Fernwirkung als Appell an die Strafverfolgungsbehörden zu verstehen ist, alle Möglichkeiten einer rechtmäßigen Beweiserhebung auszuschöpfen. Ein solcher Aufruf hat aber nur Sinn, wenn sich aus seiner Missachtung Konsequenzen für die Verwertbarkeit ergeben. Daher scheidet eine Verwertung eines mittelbar erlangten Beweismittels, das aufgrund eines unmittelbaren unverwertbaren Beweismittels, hier der Schuldnerauskunft, gewonnen wurde, auch unter Berücksichtigung eines möglichen hypothetischen Kausalverlaufes jedenfalls dann aus, wenn das Ermittlungsergebnis tatsächlich auf einer unverwertbaren Quelle beruht.

²⁹⁵ Vgl. Beulke, ZStW 103 (1991), 663; Schröder, Beweisverwertungsverböte, S. 51, 64; a. A. Rogall, in: SK-StPO, § 136 a Rdnr. 101.

4. Folgen für die Verwertung

Wendet man die oben dargestellten Grundsätze auf den Ausgangsfall an, so ist der Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht abzuhelpfen.

Das Landgericht hat sich nicht ausdrücklich zur Frage der hypothetischen Kausalität geäußert. Aus den Gründen des Beschlusses ist jedoch indirekt eine Ablehnung dieser Grundsätze erkennbar, wenn es dort heißt: *Hätte die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall nach Kenntnisnahme von den Angaben des Angeeschuldigten, die dieser im Rahmen in der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemacht hat, auf andere Weise weiter ermittelt, beispielsweise die durchaus überschaubare Zahl der in Betracht kommenden Sozialversicherungsträger angeschrieben, oder aber andere Voremittlungshandlungen, beispielsweise die Beschlagnahme von Unterlagen der Gemeinschuldnerin erwirkt, so wären die hieraus gewonnenen Erkenntnisse durchaus verwertbar gewesen.*

VI. Das Verwendungsverbot und sonstige Mitwirkungspflichten nach der Insolvenzordnung

Fall 11

1. Sachverhalt

Einem Schuldner gehört eine größere Immobilie im Ausland. Diese hatte er zwei Jahre vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen nach kurzen Vertragsverhandlungen an sei-

²⁹⁶ wistra 2003, 1, 8.

nem Wohnsitz von einem ebenfalls im Inland ansässigen Geschäftspartner erworben. Der Insolvenzverwalter will das Hausgrundstück verwerten. Da der ausländische Staat, in dem die Immobilie belegen ist, die grenzüberschreitende Wirkung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Bundesrepublik Deutschland nicht anerkennt²⁹⁷, bevollmächtigt der Schuldner den Insolvenzverwalter zur Veräußerung der Immobilie und überreicht ihm die damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen, u. a. Eigentumsurkunden, Korrespondenz und Steuerbescheide. Aus der Vollmachtsurkunde ergibt sich, dass der Schuldner seinen Geschäftspartner beim Erwerb der Immobilie um eine Million Euro betrogen hatte.

2. Problemstellung: Ausdehnung des Verwendungsverbotes auch auf Mitwirkungspflichten?

Hier hat der Schuldner die Tatsache, dass er im Ausland Vermögen besitzt, bereits in seiner Auskunft bekannt gegeben. Die Umstände, die das strafrechtsrelevante Verhalten des Schuldners bei Erwerb der Immobilie belegen, ergeben sich weder unmittelbar noch mittelbar aus der Auskunft. Der Schuldner hat sie vielmehr erst durch die Mitwirkungshandlung *Bevollmächtigung des Insolvenzverwalters* offenbart. Fraglich ist, ob auch die Handlungen und Angaben des Schuldners in Verwirklichung seiner Mitwirkungspflichten dem in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO geregelten Verwendungsverbot unterliegen.

²⁹⁷ Zur Anerkennung der Insolvenzverfahren und zur Möglichkeit der Beantragung eines Sekundärinsolvenzverfahrens innerhalb der Europäischen Ge-

3. Mitwirkungspflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren

Gem. § 97 Abs. 2 InsO hat der Schuldner bzw. sein organschaftlicher Vertreter im eröffneten Insolvenzverfahren aktive Mitwirkungspflichten. Ob ihn diese Pflichten auch im Insolvenzeröffnungsverfahren treffen, ist streitig²⁹⁸. Nach wohl heute h. M. stellt § 20 Abs. 3 Satz 3 InsO eine umfassende Verweisung auf die §§ 97, 98, 101 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 2 InsO dar, die sich auch auf die Mitwirkungspflichten des Schuldners bezieht²⁹⁹.

Die in § 97 Abs. 2 InsO geregelte Mitwirkungspflicht umschreibt die *allgemeine Mitwirkungspflicht* des Schuldners. Die Vorschrift ist vom Gesetzgeber bewusst weit gefasst worden. Ihre genaue Reichweite, insbesondere Form und Umfang der geschuldeten Unterstützung, ist von Rechtsprechung und Literatur näher zu bestimmen³⁰⁰.

Die von einigen Autoren³⁰¹ geäußerte Kritik, diese Regelung stelle eine subtile Art moderner „Knechtschaft“ dar, übersieht, dass der Schuldner nicht ohne Vergütung zu einer ständigen Mitarbeit, sondern nur zu einer punktuellen Mitarbeit, d. h. Mitwirkung bei einzelnen Abwicklungsmaßnahmen, verpflichtet ist³⁰². Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die Zusammenarbeit des Schuldners

meinschaft siehe die VO der EG Nr. 1346/2000, S. 0001-0018).

²⁹⁸ Zum Meinungsstand vgl. Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 402.

²⁹⁹ Kirchhof, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, § 22 Rdnr. 41; Mönning, in: Nerlich/Römemann, InsO, § 20 Rdnr. 24; Pape, in: Kübler/Prütting, InsO, § 20 Rdnr. 13; Schmerbach, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, § 20 Rdnr. 5; Uhlenbruck, InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 14; Richter, wistra 2000, 1, 4.

³⁰⁰ Vgl. Lüke, in: Kübler/Prütting, InsO, § 97 Rdnr. 9.

³⁰¹ Gravenbrucher Kreis, Große Insolvenzrechtsreform gescheitert, ZIP 1990, 476, 478.

³⁰² App, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 16; Blerch, in: Breutigam/Blerch/Goetsch, Insolvenzordnung-Kommentar, § 97 Rdnr. 8; Kroth, in: Braun, Insolvenzordnung, Kommentar, § 97 Rdnr. 11; Lüke, in: Kübler/Prütting, InsO, § 97 Rdnr. 11; Eickmann, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 6.

mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter auch deshalb weitergehend als nach der Konkursordnung festgelegt, weil er sie in den Fällen, in denen die Sanierung des Schuldners als Träger eines Unternehmens angestrebt wird, als besonders wichtig angesehen hat. Dort führt der (vorläufige) Insolvenzverwalter das Unternehmen nur vorübergehend, bis es vom Schuldners selbst wieder geleitet werden kann³⁰³. Schließlich ist eine Mitwirkung des Schuldners insbesondere bei der Verwertung von Auslandsvermögen erforderlich. Der Schuldner kann hier verpflichtet sein, einen im Ausland belegenen Gegenstand durch geeignete Mitwirkungshandlungen, z. B. durch Bevollmächtigung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zur Einholung von Auskünften und Veräußerung des Vermögens³⁰⁴, der Verwertung für die Insolvenzmasse zu erschließen.

Insgesamt bedeutet die Regelung, dass der Schuldner zu Unterstützungshandlungen bei der Feststellung, Verwaltung und Verwertung der Masse verpflichtet ist. Das können auch die Herausgabe von Schlüsseln, das faktische Verschaffen von Zugang zu den Unternehmensräumlichkeiten, Angaben zur Systematik der Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen oder die Herausgabe von Gegenständen sein³⁰⁵.

Spezielle Mitwirkungspflichten des Schuldners sieht die Insolvenzordnung zudem in einzelnen Vorschriften vor. So ist der Schuldner verpflichtet, sich im Prüfungstermin zu den angemeldeten Forderungen zu erklären³⁰⁶. Bei Anordnung der Eigenverwaltung hat er gem. § 281 InsO das Verzeichnis der Massegegenstände, das Gläubigerverzeichnis und die Vermögensübersicht zu erstellen. Im Rahmen der Restschuldbefreiung treffen den

³⁰³ Schmidt-Räntsch, § 97 Rdnr. 2.

³⁰⁴ Vgl. BVerfG, ZIP 1986, 1336.

³⁰⁵ Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 21.

Schuldner gem. § 295 InsO verschiedene Obliegenheiten und in der Verbraucherinsolvenz nach § 305 InsO besondere Vorlagepflichten. Die in den speziellen Vorschriften geregelten Mitwirkungspflichten des Schuldners können - anders als die sich aus § 97 Abs. 2 InsO ergebenden Pflichten – nur vereinzelt und in engen Ausnahmefällen mit den Mitteln des § 98 InsO erzwungen werden³⁰⁷.

4. Folgen für die Verwertung

Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO bezieht sich die Schutzwirkung des Verwendungsverbotes nicht auf die aktiven Mitwirkungspflichten des Schuldners nach § 97 Abs. 2 InsO und § 20 Abs. 2 in Verbindung mit § 97 Abs. 2 InsO. Die Regelung hat überwiegend uneingeschränkte Zustimmung in der Rechtsprechung³⁰⁸ und in der Literatur³⁰⁹ gefunden.

Einige Autoren³¹⁰ weisen darauf hin, dass es in der Praxis häufig Fälle gibt, in denen sich der Ursprung einer Informationen des Schuldners nicht eindeutig klären lässt. Es bleibt unklar, ob sie aus seiner Auskunft stammt oder allein aus seiner Mitwirkungspflicht. Für diese Konstellationen wollen sie eine Unverwertbarkeit annehmen. Gleiches soll gelten für die Fälle, in denen die Mitwirkungspflicht selbst Erkenntnisquelle war, der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Information aber zuvor bereits aufgrund der Auskunft des Schuldners erlangt hatte und nicht ausgeschlossen

³⁰⁶ Uhlenbruck, KTS 1997, 371, 388; ders., InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 15; Pape, in: Kübler/Prütting, InsO, § 176 Rdnr. 2.

³⁰⁷ Zu den Einzelheiten vgl. Uhlenbruck, KTS 1997, 371, 388; ders., InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 15 und § 98 Rdnr. 1; Passauer, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, § 98 Rdnr. 38 f.

³⁰⁸ LG Stuttgart, wistra 2000, 439.

³⁰⁹ Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 405; ders., InsO, Kommentar, § 97 Rdnr. 11; ders., GmbHR 2002, 941, 944.

werden kann, dass der Schuldner seiner Mitwirkungspflicht nur nachgekommen ist, weil er zuvor bereits hierüber Auskunft erteilt hatte. Eine Verwertung soll dann nur zulässig sein, wenn die Mitwirkung die erste Erkenntnisquelle war und die Auskunft nachfolgte³¹¹.

Für den Strafprozess ist anerkannt, dass ein Beschuldigter nicht zu einer *aktiven* Beteiligung an Tests, Tatrekonstruktionen, Schriftproben oder ähnlichen Maßnahmen³¹² gezwungen werden kann. Ein Verstoß gegen die Freiheit der Mitwirkung hat ein Verwertungsverbot zur Folge³¹³.

Die Strafverfolgungsbehörden dürfen nach hiesiger Auffassung durch die erzwingbare Mitwirkung des Schuldners nach § 97 Abs. 2 InsO keine weitergehenden Möglichkeiten erhalten als in anderen Fällen der Strafverfolgung. Auch im Rahmen der Mitwirkung darf der Schuldner nicht schutzlos gezwungen werden können, zur eigenen Überführung tätig und damit zum Beweismittel gegen sich selbst zu werden³¹⁴. Nach dem Wesen der Selbstbelastungsfreiheit kann es keine Rolle spielen, ob sich der Zwang zur Selbstbelastung in einem persönlichen oder in einem sachlichen Beweismittel manifestiert³¹⁵. Die verfassungsrechtliche Grundlage und die Herleitung des Verwendungsverbot aus dem nemo-tenetur-Grundsatz gebieten deshalb ein Erstrecken des Schutzes auch auf sonstige erzwingbare Mitwirkungshandlungen³¹⁶. Soweit der Schuldner durch eine Mitwirkungshandlung eine vor Einsetzen der Verpflichtungen aus den §§ 20, 97 InsO begangene strafbare

³¹⁰ Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81 83; vgl. auch Hefendehl, wistra 2003, 1, 9.

³¹¹ Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 83.

³¹² BGH NJW 1986, 2261, 2263; BGH NJW 1994, 1807, 1808.

³¹³ BGH NJW 1986, 2261, 2264; Rogall, in: SK-StPO, vor § 133 Rdnr. 192.

³¹⁴ A. A. Verrel, NStZ 1997, 361, 363.

³¹⁵ Rogall, in: SK-StPO, vor § 133 Rdnr. 190.

³¹⁶ Ähnlich Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 83.

Handlung oder Ordnungswidrigkeit offenbart, muss er vor der Strafverfolgung geschützt werden.

Die Auffassung von Bittmann/Rudolph³¹⁷, für die Mitwirkungspflichten des Schuldners ergebe sich nach den Grundsätzen des Gemeinschuldnerbeschlusses ein neben das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO tretendes verfassungsunmittelbares Verwertungsverbot, das mangels gesetzlicher Ausweitung nicht durch eine Fernwirkung ergänzt werde, greift jedoch zu kurz. Für die Verwertbarkeit der aus erzwingbaren Mitwirkungshandlungen gewonnenen strafrechtsrelevanten Informationen müssen die gleichen Grundsätze gelten wie für die der Auskunft entnommenen Erkenntnisse. Auch hier greift eine Fernwirkung. Die Informationen sind weder unmittelbar noch mittelbar verwertbar.

Dieses Ergebnis gilt *nicht* für die speziellen Mitwirkungspflichten der Insolvenzordnung, die nicht erzwungen werden können. Denn hier befindet sich der Schuldner nicht in einer Zwangssituation. Er ist nicht verpflichtet, sich selbst zu belasten, sondern kann frei wählen zwischen seiner Mitwirkungsfreiheit verbunden mit den sich daraus ergebenden Rechtsnachteilen und einer eventuellen Selbstbelastung.

Im Falle 11 dürfen die sich aus der Mitwirkungshandlung ergebenden Informationen somit nicht strafrechtlich gegen den Schuldner verwendet werden.

³¹⁷ wistra 2001, 81, 83.

E. Zusammenfassung

I. Ergebnis

Unter Geltung der Konkursordnung war der Gemeinschuldner verpflichtet, im Rahmen seiner auf §§ 75, 100 KO beruhenden Auskunftspflicht über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Nach der zu dieser Vorschrift ergangenen Rechtsprechung umfasste die uneingeschränkte Auskunftspflicht auch die Offenbarung strafbarer Handlungen. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte in seinem Gemeinschuldnerbeschluss vom 13.01.1981³¹⁸ die Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur, nach der eine uneingeschränkte Aussageverpflichtung in der KO Grundrechte des Gemeinschuldners nicht verletze, weil den Interessen der Gläubiger der Vorrang vor seinem Interesse an einem Schutz gegen erzwungene Selbstbezeichnung gebühre. In seiner wegweisenden Entscheidung ergänzte das Gericht die vorkonstitutionelle konkursrechtliche Regelung über die uneingeschränkte Aussageverpflichtung des Gemeinschuldners durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot. Zugleich gab es dem Gesetzgeber auf, die bestehende Lücke zu schließen und das Verwertungsverbot näher auszugestalten.

Mit der zum 01.01.1999 in Kraft getretenen Insolvenzrechtsreform hat der Gesetzgeber den § 97 InsO geschaffen. § 97 Abs. 1 InsO regelt die umfassende Auskunftspflicht des Schuldners, die sich gemäß Satz 2 nun auch ausdrücklich auf die Offenbarung strafrechtsrelevanter Tatsachen bezieht. Zum Schutz des Schuldners sieht Satz 3 vor, dass eine Auskunft im Rahmen seiner Verpflichtung nach Satz 1 nur mit seiner Zustimmung in einem Strafverfahren bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren verwendet werden darf.

Die Vorschrift hat zu kontroversen Diskussionen geführt. Ihre genaue Auslegung und ihre Reichweite sind bis heute nicht abschließend geklärt.

Die vorliegende Untersuchung zur Reichweite des sich aus § 97 Abs. 1 InsO ergebenden Verwendungsverbot ist vor dem Hintergrund erfolgt, dass der Schuldner durch die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten veranlasst werden soll, die im (vorläufigen) Insolvenzverfahren Auskunftsberechtigten *möglichst schnell und umfassend* über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse zu informieren. Insoweit hat der Gesetzgeber den Interessen der Gläubiger an einer effektiven Durchführung des Verfahrens Vorrang eingeräumt vor dem Interesse des Schuldners, seine ihm aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürde zustehende Selbstbelastungsfreiheit durch eine Aussage- und Mitwirkungsverweigerung auch im Insolvenzverfahren zu wahren. Zur Sicherung der Rechte des Schuldners enthält § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ein weit reichendes Verwendungsverbot. Bei der Formulierung der Vorschrift wurde bewusst in Kauf genommen, dass unredliche, aber gut beratene Schuldner durch eine geschickte Vorgehensweise ihre Strafverfolgung erheblich erschweren können.

Im Einzelnen ergeben sich die folgenden Ergebnisse:

1. Im Hinblick auf die Gesetzesbegründung und unter Berücksichtigung der gesetzlichen Aufgabenzuweisung an die Ermittlungsbehörden und die Gerichte wird die Regelung nicht als Beweiserhebungsverbot, sondern als selbständiges Beweisverwertungsverbot interpretiert.

³¹⁸ BVerfGE 56, 41 ff. = NJW 1981, 1431 ff. = ZIP 1981, 361 ff.

2. Der Schutz des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO bezieht sich nach dem Wortlaut der Vorschrift auf Auskünfte des Schuldners. Darunter versteht die wohl überwiegende Meinung in der Literatur nur die mündlichen und schriftlichen Erläuterungen des Schuldners zu den einzelnen Geschäftsvorfällen. Die alleinige oder gleichzeitige Überlassung von Geschäftsunterlagen wie Bilanzen, Handelsbücher, Korrespondenz etc. durch den Schuldner wird nicht als Bestandteil der Auskunft anerkannt und vom Verwertungsverbot ausgenommen. Diese Sichtweise ist nach der hier vertretenen Auffassung zu eng. Zur Sicherung einer effektiven Durchführung des Insolvenz(eröffnungs)verfahrens und des Schuldnerschutzes unterliegen alle Informationen, die dieser in finalem Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Auskunftspflicht mitteilt, unabhängig von ihrer Form dem strafrechtlichen Verwertungsverbot.
3. Die Auskunft des Schuldners sollte in einer Sonderakte erfasst und eventuell vorgelegten Unterlagen gekennzeichnet werden.
4. Nicht erfasst vom Verwertungsverbot sind falsche Angaben des Schuldners im Rahmen der Auskunft. Eine Aussageverweigerung kann für ihn nachteilig gewürdigt werden, wenn er durch das Schweigen einen Straftatbestand verwirklicht.
5. Das Verbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO besteht nur für eine Verwendung der den Schuldner belastenden Tatsachen. Zu seinen Gunsten kann eine Auskunft verwendet werden, weil dadurch nicht in seine Rechte eingegriffen wird.
6. Bei der Prüfung, ob ein Schuldner die Auskunft im Rahmen seiner Verpflichtung nach § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO (= unverwertbar) oder freiwillig (= verwertbar) erteilt hat, ist im Sinne eines umfassenden Schuldnerschutzes in der Regel davon auszuge-

hen, dass es sich um eine unfreiwillige Auskunft handelt. In Zweifelsfällen ist die Zustimmung des Schuldners zur Verwertung einzuholen.

7. Nicht unter das Verwertungsverbot fallen Informationen, die den Ermittlungsbehörden unabhängig von der Auskunft des Schuldners bekannt geworden sind, zum Beispiel durch die Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen. Gleiches gilt für Tatsachen, die ihnen vor der Auskunftserteilung bekannt waren, zum Beispiel durch eine Strafanzeige eines Gläubigers, Angaben des Schuldners in einer eidesstattlichen Versicherung oder in einem eigenen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.
8. Der Gesetzgeber hat durch die bewusste Wahl des Wortes „verwenden“ statt „verwerten“ eine Fernwirkung des Verwertungsverbotes angeordnet. Danach fallen nicht nur die unmittelbaren Beweismittel wie die Auskunft selbst unter das Verwertungsverbot, sondern auch die aus der Auskunft mittelbar gewonnenen Beweismittel.
9. Eine Verwertung von Beweismitteln, die die Staatsanwaltschaft durch die Auswertung unter das Verwendungsverbot fallender Auskünfte des Schuldners gewonnen hat, ist auch nicht mit Überlegungen zu einer hypothetischen Kausalität zu rechtfertigen. Denn diese Grundsätze sind die für die Frage der Verwertung von Beweismitteln entwickelt worden, die auf unrechtmäßige Weise erlangt wurden. Ihre Anwendung auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO entwertet den vom Gesetzgeber beabsichtigten umfassenden Schuldnerschutz.
10. Das Verwendungsverbot bezieht sich nur auf die Auskunft des Schuldners. Nicht erfasst sind in die allgemeinen Mitwirkungspflichten des Schuldners nach § 97 Abs. 2 InsO. Der Schuldner

ist nach dieser Regelung verpflichtet, den (vorläufigen) Insolvenzverwalter aktiv bei seiner Aufgabenerfüllung zu unterstützen. Hier sind ebenso wie bei der Erfüllung der Auskunftspflicht Konstellationen denkbar, in denen der Schuldner durch die Mitwirkungshandlung strafrechtsrelevante Tatsachen offenbaren muss. Für den Strafprozess ist anerkannt, dass ein Beschuldigter nicht gezwungen werden kann, aktiv an seiner Überführung mitzuwirken. Im Insolvenzverfahren kann seine Mitwirkung aber durch die Zwangsmittel des § 98 InsO erzwungen werden. Weil der Schuldner für diesen Bereich ungeschützt ist, wird eine Erstreckung des Verwendungsverbotes auf die durch eine Mitwirkungshandlung bekannt gewordenen und den Schuldner belastenden Tatsachen für notwendig und geboten erachtet.

II. Vorschlag zur Änderung des Gesetzestextes

Eine dem nemo-tenetur-Grundsatz entsprechende Vorschrift könnte folgenden Wortlaut haben:

- (1) Der Schuldner ist verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben.
- (2) Der Schuldner hat den Verwalter bei der Erfüllung von dessen Aufgaben zu unterstützen.
- (3) Die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners nach den Absätzen 1 und 2 umfassen auch die Offenbarung

von Tatsachen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen.

- (4) In einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen des Schuldners dürfen die in Abs. 3 genannten Tatsachen nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden.
- (5) Der Schuldner ist verpflichtet, sich auf Anordnung des Gerichts jederzeit zur Verfügung zu stellen, um seine Auskunfts- und Mitwirkungspflichten zu erfüllen. Er hat alle Handlungen zu unterlassen, die der Erfüllung dieser Pflichten zuwiderlaufen.