

MICHAEL BREMEN ^{1*2*3*4*7}

DR. UWE PAUL ^{1*5*6}

OLIVER WESTKAMP ^{1*6}

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 23.11.2016 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermö-
gensabschöpfung,
BT-Drucksache 18/9525,**

*Michael Bremen,
Rechtsanwalt, vereidigter Buchprüfer
Vorstand des VID Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V.
Sternstraße 58, 40479 Düsseldorf*

- ¹ Rechtsanwalt
- ² Vereidigter Buchprüfer
- ³ Fachanwalt für Insolvenzrecht
- ⁴ Fachanwalt für Arbeitsrecht
- ⁵ Fachanwalt für Steuerrecht
- ⁶ Angestellte Rechtsanwälte
- ⁷ Mitglied im VID e.V. (VID-CERT)

Sternstraße 58
40479 Düsseldorf
Telefon +49 211 – 49 14 4 - 0
Telefax +49 211 – 49 14 4 - 34
Anwaltshalle Fach 114

Insolvenzbüro Aachen:
Hornstraße 5
52064 Aachen
Telefon +49 241 – 16 06 92 74
Telefax +49 241 – 16 06 92 76

www.restrukturierung-duesseldorf.eu
info@restrukturierung-duesseldorf.eu

USt ID Nr. DE 119 233 120
USt Nr. 103 5801 1380

Zertifizierung des Insolvenzbereichs nach
DIN EN ISO 9001 Version 2008

VORBEMERKUNG

Die mit dem Gesetzentwurf verfolgten Zwecke

- einer wirksamen Kriminalitätsbekämpfung durch effektive Abschöpfung durch Straftaten erzielter Profite,
- der Stärkung des Opferschutzes und
- der Schließung von Abschöpfungslücken betreffend deliktisch erlangten Vermögens unklarer Herkunft

–
werden ausdrücklich begrüßt. Diese Stellungnahme erfolgt aus einer insolvenzrechtlichen Perspektive und beleuchtet Schnittstellen zwischen dem geplanten neuen Recht und dem Insolvenzrecht.



1. § 73 a StGB-StPO-E, § 111 h Abs. 2 Satz 2 StPO-E

THESE 1:

keine weiteren privilegierenden Verfahrensrechte für Steuerfiskus und Sozialversicherungsträger!

Die Erstreckung des erweiterten Verfalls (§ 73 a StGB-E) auf *jede* Straftat ist kritisch zu sehen. Die EU-Richtlinie 2014/42/EU schafft zwar einen gewissen Regelungsdruck für eine erweiterte Vermögenseinziehung. Andererseits eröffnet der Erwägungsgrund 20 der Richtlinie Möglichkeiten der Beschränkung z. B. auf bestimmte Formen der Tatbegehung (bandenmäßig, gewerbsmäßig), die vom geltenden Recht (§ 73 d StGB) nur unbefriedigend erfasst werden. Insolvenzrechtlich wäre es zu begrüßen, dass die durch Straftat geschädigten Gläubiger nicht im Fall **jeder** Straftat mit den besonderen Sicherungen der Vermögensabschöpfung zu Gunsten straftatgeschädigter Gläubiger konfrontiert werden.

Der Verfasser teilt die vom Deutschen Richterbund in diesem Kontext in seiner Stellungnahme (Nr. 9/16, Juni 2016, S. 2) geäußerten Bedenken, dass öffentliche Stellen wie Fiskus und Sozialkassen trotz eigener gesetzlicher Instrumente zur Durchsetzung ihrer Steuer- und Sozialabgabenansprüche (für den Fiskus: §§ 249 ff., 324 AO) auch die Einziehung des Erlangten in Form ersparter Steuern und Sozialabgaben nutzen könnten, z. B. wenn Steuer- und Sozialversicherungspflichtige über einen längeren Zeitraum ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen und vor allem, weil das Gesetzesvorhaben in derartigen Fällen die frohlockende Aussicht eröffnet, im Wege der Einziehung Vermögenswerte insolvenzanfechtungsfest zu erlangen. Die Bedenken sind umso ernster, als die Vertreterin des BMJV Anfang November 2016 auf dem Deutschen Insolvenzverwalterkongress in Berlin die Fälle ersparter Aufwendungen in Form von nicht abgeführten Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen als *typischen Fall* eines Vermögensarrestes zur Sicherung der Einziehung in ihrer Präsentation (dort S. 12) genannt hat.

Soll es etwa die Zielrichtung des Gesetzesentwurfs u. a. sein, dass die Finanzverwaltung oder andere öffentlich-rechtlichen Körperschaften an einem verbesserten Opferschutz für straftatgeschädigte Gläubiger teilhaben sollen und mit straftatgeschädigten Gläubigern insoweit konkurrieren?

Das gilt erst Recht im Hinblick auf § 111 h Abs. 2 Satz 2 StPO-E. Als einzige Vorschrift ordnet sie aus Sicht des Opferschutzes folgerichtig an, dass die Zwangsvollstreckung in Gegenstände, die im Wege der Arrestvollziehung gepfändet wurden, während der Dauer der Arrestvollziehung unzulässig ist. Satz 2 nimmt aber hiervon den Fiskus in Ansehung des dinglichen Arrestes (§ 324 AO) selbst titulierter Geldforderungen (§ 249 ff. AO) wiederum aus. Das hat zur Folge, dass die Verbesserung des Opferschutzes relativiert wird, tritt der Fiskus als Gläubiger neben die durch die Straftat geschädigten Gläubiger.

2. Vermögenssicherung *versus* Insolvenzbeschlagnahme

Während die Einziehung des aus der Tat erlangten Vermögensgutes durch Beschlagnahme nach § 111 d StPO-E erfolgt, die nach § 111 d Abs. 1 Satz 2 StPO-E von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt wird, findet der Vermögensarrest zur Sicherung der Einziehung des Wertersatzes statt, § 111 e StPO-E. In Mangelfällen hält der Gesetzentwurf zur Regelung der Kollision die Vorschriften §§ 111 h, 111 i StPO-E vor.

Es ist unbestritten und anzuerkennen, dass eine effektive Vermögensabschöpfung strafatgeschädigte Gläubiger vermögensmäßig wieder so stellen sollte, wie sie vor der Tat standen.

THESE 2:

keine Privilegierung von strafatgeschädigten Gläubigern über deren insolvenzfesten Absonderungsrechte hinaus

a) Aussonderungsfälle

Hat bei körperlichen Gegenständen eine Veränderung der dinglichen Zuordnung infolge der Straftat nicht stattgefunden hat, ist dies grundsätzlich kein Fall der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung: der Geschädigte hat in der Insolvenz des Tatbeteiligten einen Aussonderungsanspruch. Die Vermögensabschöpfung erleichtert die Durchsetzung seines Aussonderungsanspruchs.

Dazu verhält sich § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO-E mit neuer Regelung: die Wirkung der Beschlagnahme wird von der nachfolgenden Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt (1. Halbs.). Das hat zur Folge, dass der beschlagnahmte Gegenstand nicht vom Insolvenzbeschlagnahme erfasst wird, also nicht in die Masse fällt. Der 2. Halbs. von § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO-E stellt die Beschlagnahme zusätzlich anfechtungsfrei.

Da jedoch auch für nicht dinglich an dem Beschlagnahmegut Berechtigte hierdurch eine Sondermasse außerhalb der Insolvenzmasse geschaffen wird, ist dies - mit dem DAV (DAV-Stellungnahme vom Juni 2016, S. 26 zum Referentenentwurf des BMJV) - als ein Systembruch mit Blick auf die insolvenzrechtliche geregelten Aus- und Absonderungsrechte (§§ 49 ff. InsO) zu bezeichnen, weil die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme in § 111 d Abs. 1 Satz 2 StPO-E auch zu einer Privilegierung eines nicht dinglich berechtigten Tatverletzten gegenüber den sonstigen Gläubigern des Täters führt, die der Gleichbehandlung der Gläubiger zuwiderläuft und daher abzulehnen ist.

Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ist mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 nach wie vor eines der tragenden Prinzipien des geltenden Insolvenzrechts. Dieses geht mit Abschaffung der Vorrechte der Konkursgläubiger (§ 61 KO) grundsätzlich von Forderungen ungesicherter Insolvenzgläubiger ein und derselben Rangklasse aus (§ 38 InsO). Es bringt im Insolvenzanfechtungsrecht (§§ 129 ff. InsO) zusätzlich zum Ausdruck, dass diesem Grundsatz auch schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Geltung zu verschaffen ist bei Vermögensverschiebungen zu Gunsten von Gläubiger, denen die Insolvenz des Schuldners bekannt war.

Es gibt Besorgnis erregende Tendenzen der Aufweichung dieses Grundsatzes, um Partikularinteressen zu bedienen. Die Stichworte hierzu sind: Insolvenzanfechtungsrecht, Erstreckung der Netting-Bestimmungen des § 104 InsO auf Branchen über den Finanzmarkt hinaus.

Der Verfasser hat mit den Oberlandesgerichten Nürnberg und Karlsruhe (OLG Nürnberg, Beschlüsse vom 15.03.2013 – 2 Ws 561 u. 590/12, ZInsO 2013, 882, Beschluss vom 08.11.2013 – 2 Ws 508/13 ZInsO 2014, 96; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.11.2013 – 3 Ws 327/13, ZInsO 2014, 608) die Anwendung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes in der hier in Rede stehend Konstellation unlängst bejaht (*Bremen*, FS Wessing 2015, 821 ff.).

Warum aber der durch Straftat geschädigte Gläubiger gegenüber sonstigen Gläubigern des insolventen Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten schutzwürdiger sein sollte, ergibt sich weder aus dem Entwurf, noch aus dessen Begründung, sondern wird allenfalls insoweit insinuiert, als Vermögensschädigungen durch Straftat gegenüber Vermögensschädigungen in sonstiger Weise besonderes Gewicht wegen der besondere Eingriffsintensität der Straftat haben. Die DAV-Stellungnahme vom Juni 2016 zum Referentenentwurf sieht die Privilegierung dadurch als gerechtfertigt an, dass die Straftatgeschädigten namentlich bei Vermögensdelikten

regelmäßig entweder durch Willensbeugung, durch Täuschung oder durch die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht, also in deliktischer Hinsicht willensbeeinträchtigend, einen Vermögensschaden erlitten haben.

Dies sei eine andere Konstellation als die Situation eines sonstigen Gläubigers, der etwa aufgrund eines synallagmatischen Austauschverhältnisses in einem Insolvenzfall auf die Masse verwiesen ist.

In Mangelfällen leuchtet dem Gläubiger diese Unterscheidung kaum ein. Auch der nicht durch Straftat geschädigte Gläubiger fühlt sich betrogen; in der Regel gelingt der Nachweis seiner Schädigung durch Eingehung in Kenntnis der Insolvenz nur selten. Gründe hierfür sind die Komplexität der Ermittlungen und Beweisführung und die beschränkten Ermittlungskapazitäten der Staatsanwaltschaft.

Liegt in Fällen der Insolvenz von Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten nicht eine vergleichbare Eingriffsintensität vor bei Arbeitnehmern, die ihren Arbeitsplatz verlieren, oder bei Lieferanten und Dienstleistern, deren Forderungsausfall existenzgefährdend ist? Mit welcher Begründung differenziert der Gesetzgeber zwischen der Betroffenheit des Opfergläubigers und derjenigen anderer Gläubiger, die mit ihren Forderungen oder mit ihrem Arbeitsplatz ausfallen, weil sie mit einem insolventen Schuldner kontrahiert haben?

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen findet der Opferschutz im Sinne einer Privilegierung seinen Ausdruck bereits darin, dass

- deliktische Forderungen der Gläubiger,
- Forderungen aus pflichtwidrig nicht gewährtem Unterhalt,
- Geldforderungen und diesen in § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO gleichgestellte Geldforderungen (zu denen auch solche auf Wertersatz gehören),

der Restschuldbefreiung nicht unterliegen (§ 302 Nr. 1., 2. InsO).

Schärft der Gesetzentwurf den Umfang der Vermögensabschöpfung auf das Erlangte bzw. Wertersatz in Höhe des Erlangten, ist im Gegenteil kein Raum für eine Kompensation einer besonderen Eingriffsintensität und keine Begründung dafür ersichtlich, dass der Straftatgeschädigte nicht auch das Risiko der Insolvenz des Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten mitträgt. Allein die plakative Wirkung des Begriffes *Opferschutz* trägt das Ergebnis des Gesetzesentwurfs insoweit nicht.

b) Wertersatzfälle

Auch wenn nur noch Wertersatz möglich ist, konkurrieren das Restitutionsinteresse des Geschädigten und die Forderungen sonstiger Gläubiger und ist daher kritisch zu würdigen, inwieweit der Straftatgeschädigte durch das Recht der Vermögensabschöpfung vermögensmäßig wieder so gestellt werden kann, wie er vor der Straftat stand. Dabei liegt auf der Hand, dass jede Privilegierung straftatgeschädigter Gläubiger zulasten sonstiger Gläubiger ging.

Für den Vermögensarrest ordnet § 111i Abs. 1 StPO-E zwar an, dass bei einem Anspruch des Verletzten auf Wertersatz und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arrestschuldners zwar das Sicherungsrecht an dem Gegenstand oder an dem aus seiner Verwertung erzielten Erlös erlischt, sobald dieser von dem Insolvenzbeschluss erfasst wird. Nach § 111h Abs. 1 StPO-E mit dessen Verweisung auf § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO wird hingegen das durch die Vollziehung des Arrestes entstandene Sicherungsrecht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt.

Abgesehen davon, wie das Spannungsverhältnis dieser beiden Vorschriften zu verstehen ist (s. hierzu auch S. 27, 28 der DAV-Stellungnahme zum Referentenentwurf) schafft die Regelung damit auch für den Wertersatz eine Gläubigerprivilegierung ähnlich wie § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO-E, deren Rechtfertigung mit der vorstehenden Begründung zu a) nicht ersichtlich ist.

Sieht man mit Bittmann (ZInsO 2016, 783, 883) § 111h Abs. 1 StPO-E als eine Vorschrift mit Platzhalterfunktion für den staatlichen Auffangerwerb des Justizfiskus an, schaffte die Vorschrift entgegen dem geltenden Recht massiv eine Gläubigerkonkurrenz, indem sie aufgrund eines quasi strafprozessualen Pfandrechts (die rechtliche Qualifizierung der Aufrechterhaltung des Arrestes § 111h Abs. 1 StPO-E ist unklar) eine Privilegierung gegenüber ungesicherten Insolvenzgläubigern bewirkt, es sei denn, aus § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO ließe sich ein Nachrang eines derartigen Rechts ableiten. Ist das mit dem Entwurf ernsthaft gewollt, wäre § 111h Abs. 1 StPO-E abzulehnen.

c) Strafminderung

THESE 3:
Strafminderung auch bei indirekter Wiedergutmachung im Insolvenzverfahren

Um den Tatbeteiligten bei der Strafzumessung nicht zu benachteiligen: der Verfasser plädiert zusätzlich dafür, auch in Insolvenzfällen, in denen das Beschlagnahmegut richtigerweise in die Masse fällt, von einer strafmindernden Wiedergutmachungsleistung wie in Aussonderungsfällen auszugehen. Eine gesetzliche Klarstellung bei § 73 StGB-E oder anderen Orts wäre wünschenswert (S. 5 DAV-Stellungnahme vom Juni 2016 zum Referentenentwurf).

3. Sonstiges

Offene Fragen ergeben sich zu § 111i StPO-E.

- a) Das Antragsrecht bei fehlender Schuldendeckung erfordert lediglich einen Vergleich des Wertes des Beschlagnahmegutes mit der Höhe der Forderungen der Straftatgeschädigten. Gilt das Antragsrecht auch, wenn das Vermögen i. Ü. keine fehlende Schuldendeckung aufweist? Enthält § 111i Abs. 2 StPO-E damit einen eigenen strafprozessualen (!) Insolvenzeröffnungsgrund?

- b) Darf die Staatsanwaltschaft den Insolvenzantrag nach § 111i Abs. 2 StO-E auch stellen, wenn eine oder mehrere straftatgeschädigte Gläubiger widersprechen?
- c) Können straftatgeschädigte Gläubiger (einzeln oder gemeinsam) den von der Staatsanwaltschaft gestellten Insolvenzantrag zurücknehmen?

4. Fazit:

Insgesamt ein gelungener Entwurf mit Detailfragen, der im Sinne der vorgestellten THESEN und Fragen noch einmal justiert werden sollte.

Düsseldorf, den 21.11.2016

Michael Bremen
Rechtsanwalt / vereidigter Buchprüfer