

4.07.2016

## **Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung**

Zu dem o.g. Referentenentwurf nimmt der Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V. (BAKinso) wie folgt Stellung. Die Stellungnahme bezieht sich nur auf die das Insolvenzrecht betreffenden Regelungsvorschläge.

### **I. Beschlagnahme und Insolvenz**

Die Konkurrenz zwischen insolvenzrechtlichen und staatsanwaltlichen Maßnahmen tritt nach Erfahrung der Insolvenzrichter sehr häufig in den Fällen auf, in denen eine Vielzahl geschädigter Betroffener von insolventen Unternehmen oder Einzeltätern geschädigt wird, so z.B. im Bereich des grauen Kapitalmarktes und des Internet- oder Kreditkartenbetruges, teilweise auch im Rahmen von Insolvenzverschleppungs- und Bankrottdelikten. In der Regel haben insolvenzrechtliche Verfahren aufgrund von Gläubigeranträgen bereits früher zu laufen begonnen als staatsanwaltliche Ermittlungsmaßnahmen. Die insolvenzrechtlichen Gutachten sind deswegen auch eine wichtige Erkenntnis- und Ermittlungsquelle für die Staatsanwaltschaft (Richter, INDAT-Report 3/08, 17; Weyand, ZInsO 2008, 242 ff.).

Das bisherige Recht und die herrschende Ansicht in der Rechtsprechung, wie die Begründung zu § 111 d Abs. 1 S. 2 StPO-E einräumt (S.82), statuieren einen Vorrang insolvenzrechtlicher Sicherungsmaßnahmen. Gerade im Eröffnungsverfahren ist der (vorläufige) Insolvenzverwalter auch auf Einsicht in beschlagnahmte Firmenunterlagen zwecks Erstellung und/oder Komplettierung seines insolvenzrechtlichen Gutachten angewiesen.

Die beabsichtigte Regelung des **§ 111 d Abs.1 Satz 2 StPO-E** erklärt die Beschlagnahmewirkungen in das Vermögen des Täters (= Insolvenzschuldner) nunmehr für insolvenzfest und zwar sowohl hinsichtlich des Massebeschlags als auch der Insolvenzanfechtung. Nach der Gesetzesbegründung (S. 82) soll auch der Geschädigte, der kein wirksames Aussonderungsrecht vor Insolvenzeröffnung erlangt hat, sein Recht außerhalb des Insolvenzverfahrens weiterverfolgen können.

Diese Neuregelung muss auf Kritik stoßen:

1. Sie führt zum einen zu einer massiven Schmälerung der Masse in Verfahren, bei denen über das Vermögen des schädigenden Unternehmens und/oder der Gesellschafter Insolvenzverfahren eröffnet werden, und zum anderen auch zu einer Privilegierung einzelner Gläubiger. Offenbar soll ein geschädigter Gläubiger während des Insolvenzverfahrens in den beschlagnahmten Gegenstand (gegenüber der Staatsanwaltschaft?) vollstrecken können.

**Diese Folgen sind mit dem insolvenzrechtlichen Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar.** Eine gesonderte privilegierte Gruppe der „Straftatgeschädigten“ kennt das Insolvenzrecht – außerhalb der Möglichkeiten nach § 302 InsO in Privatinsolvenzverfahren – nicht. Sehr häufig können solche Verfahren nur unter Verwendung der beschlagnahmten Mittel zur Eröffnung gebracht werden. Die Insolvenzeröffnung – und die damit verbundenen erweiterten Ermittlungsmöglichkeiten – dient dann gerade der (Mit-)Aufklärung der dolosen Sachverhalte. Die Verfahrenseröffnung sollte durch insolvenzfremde „Sondermassen“ nicht gefährdet werden.

Die Gesetzesbegründung stellt mit Ausnahme des Verweises auf das „Geldwäschegesetz“ – dem der Verwalter evtl. durch Masseeeinzug nach den Vorstellungen der Gesetzesbegründung zuwiderhandele – nicht dar, weshalb die bisherig herrschende Ansicht vom Vorrang der insolvenzrechtlichen Gleichbehandlung aufgegeben werden soll. Zu Recht gehen hingegen bisher Rechtsprechung und Literatur von einem Vorrang der insolvenzrechtlichen Beschlagnahme vor strafprozessualen Maßnahmen aus (Rönnau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl. 2015; Bittmann, ZInsO 2014, 2024, 2030), es sei denn, der Verletzte hat bereits aufgrund unanfechtbarer Vollstreckungsmaßnahmen ein Recht auf Vorabbefriedigung aus der staatsanwaltlich beschlagnahmten Vermögensmasse erzielt (Rönnau, ZInsO 2012, 509; BGH v. 24.5.2007, ZIP 2007, 1338 = NZI 2007, 450; zustimmend Malitz, EWiR 2007, 693 m.w.N.; vgl. Markgraf (Diss.): Der Grundsatz der par conditio creditorum im Spannungsverhältnis zu der strafprozessualen Vermögensabschöpfung, Hamburg, 2008; nur relatives Veräußerungsverbot i.S. v. § 136 BGB (AG Göttingen v. 30.11.2010, NZI 2011, 262); LG Köln, ZIP 2006, 1059; OLG Frankfurt v. 3.6.2009, ZInsO 2009, 1446; AG Göttingen v. 30.11.2010, ZInsO 2011, 340 = NZI 2011, 262; OLG Frankfurt am Main v. 09.07.2015, ZInsO 2016, 453).

Denn der strafprozessuale Arrest verliert seine „Platzhalterfunktion“ (Greier, ZInsO 2007, 953, 958) erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das beschlagnahmte Vermögen (OLG Nürnberg v. 15.3.2013, ZInsO 2013, 882=NZI 2013, 552; dazu zust. Markgraf, NZG 2013, 1014; OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.11.2013, ZInsO 2014, 96). Die durch eine Straftat Geschädigten müssen nach derzeitiger Rechtslage zur Nutzung der Rückgewinnungshilfe selbst rechtzeitig – außerhalb der Frist des § 88 InsO – wirksame Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen mit der Folge insolvenzfester Absonderungsrechte ergriffen haben. Anderenfalls können sie dies innerhalb des eröffneten Insolvenzverfahrens im Hinblick auf die Vorschrift des § 89 Abs.1 InsO nicht nachholen und dürfen auch nach Abschluss des Insolvenzverfahrens nicht privilegiert werden (OLG Frankfurt v. 3.6.2009, ZInsO 2009, 1446 Rn.14).

Diese Rechtsfolgen sind gerecht. Regelmäßig sind in diesen Insolvenzverfahren nicht nur die unmittelbar Straftatgeschädigten Insolvenzgläubiger, sondern auch Lieferanten, Vermieter und/oder Leasinggeber. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Unternehmen mit Hilfe eines „Schneeballsystems“ über einen längeren Zeitraum wirtschaften konnten. Diese „normalen“ Gläubiger genießen im Insolvenzverfahren Gleichrang mit den Straftatgeschädigten.

Das in der Begründung angezogene Argument, der Insolvenzverwalter könne „in bedenkliche Nähe“ (Begr.S.82) zu einem Täter einer Geldwäsche kommen, wenn er beschlagnahmte Gegenstände i.S.v. § 80 Abs.1 InsO verwerte, wirkt fernliegend konstruiert, um die –offenbar gewollte- Rückstufung der Insolvenzwirkungen begründen zu können. Der Insolvenzverwalter wird kraft Amtes im öffentlichen Interesse tätig und kann kein tauglicher Täter einer „Geldwäsche“ sein. Die Begründung selbst sieht auch nur eine „Nähe“, eine Tatbestandsmäßigkeit wird nicht dargelegt. Das Argument ist daher zur Begründung einer Umkehr der herrschenden Rechtslage untauglich.

2. Weiterhin wird im Gesetzentwurf nicht klargestellt, welches Recht der Geschädigte nach Insolvenzeröffnung an den beschlagnahmten Gegenständen/Forderungen haben soll. Ein Absonderungsrecht gegenüber dem Staat? Das Offenlassen dieses Problems kann zu Anschlussstreitigkeiten führen.

3. Eine Herabstufung der insolvenzrechtlichen Wirkungen **kann zudem auch einen schwächenden Einfluss auf die Stellung und Befugnisse des**

## **Verwalters/Insolvenz Sachverständigen im Eröffnungsverfahren haben und dessen Ermittlungen behindern.**

Bereits der insolvenzrechtliche Sachverständige hat gem. § 475 StPO ein rechtliches Interesse auf Einsicht in seinen Aufgabenbereich betreffende Strafakten über den Schuldner, wenn sich daraus Hinweise ergeben können, ob mit der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Schuldner zu rechnen und mit welcher Wahrscheinlichkeit von einer Durchsetzung behaupteter Ansprüche gegen Dritte auszugehen ist (OLG Braunschweig v. 10.3.2016, ZInsO 2016, 1011). Dies gilt auch für Erkenntnisse über zu sichernde Vermögenswerte. Auch das OLG Dresden bejaht bereits ein Einsichtsrecht des Insolvenz Sachverständigen (OLG Dresden v. 04.07.2013 - 1 Ws 53/13, ZInsO 2014, 242 = ZIP 2014, 436; zust. von der Fecht, NZI 2014, 359). Diese Entscheidungen sind in der Rechtsprechung zuweilen gegen Staatsanwaltschaften, die ihre Ermittlungsergebnisse wegen vermeintlichem Nachrang des Insolvenzverfahrens „nicht teilen“ wollten, erst durchgesetzt worden. Die Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht basiert auf der Betonung des Vorranges der Regelungen der Insolvenzordnung.

Der endgültige Verwalter hat kraft Amtes ein Akteneinsichtsrecht gem. § 475 StPO (LG Hildesheim, NJW 2008, 531), z.B. um die Vermögensverhältnisse des beschuldigten Geschäftsführers aus den Akten zwecks Prüfung der Durchsetzbarkeit des Anspruches zu ermitteln. Voraussetzung ist, dass es sich um eine Schädigung des von ihm verwalteten Unternehmens handelt (OLG Köln v. 16.10.2014, ZInsO 2014, 2501).

Sofern der Entwurf Gesetz würde, ist damit zu rechnen, dass eine Herabstufung des Insolvenzverfahrens gegenüber der staatsanwaltlichen Beschlagnahme dazu führen wird, dass künftig Akteneinsichtsgesuche und die Zusammenarbeit von Seiten einiger Staatsanwaltschaften verweigert werden könnte mit dem Argument, die möglichen Erkenntnisse aus den staatsanwaltlichen Akten seien ohnehin „massefremd“ und das Insolvenzrecht habe keinen Vorrang. Dies wäre eine fatale Einschränkung der Ermittlungsmöglichkeiten des Insolvenz Sachverständigen.

4. Der Entwurf regelt die Insolvenzfestigkeit bei Beschlagnahme und Vermögensarrest unterschiedlich, § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO-E einerseits und § 111h Abs. 1 StPO-E andererseits. Dies ist inkonsequent. Sinnvoller wäre eine gleichlaufende Regelung.

## II. Wertersatzeinziehung durch Vermögensarrest

1. Erhebliche Beschränkungen der Gläubigergleichbehandlung ergeben sich auch durch die vorgesehene Regelung gem. **§ 111h Abs.1 StPO-E** bei Delikten ohne (ersichtliche) ersatzberechtigte Verletzte. Hiernach soll sich in diesen Fällen der Staat aus dem Wert des Vermögensarrestes „am Insolvenzverfahren vorbei“ vorrangig befriedigen können.

§ 111h Abs. 1 StPO-E ordnet i.V.m. § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO ausdrücklich an, dass das in Vollziehung eines Vermögensarrests entstandene Sicherungsrecht trotz Insolvenzeröffnung wirksam bleibt. Wurde es früher als 3 Monate vor dem Insolvenzantrag begründet, sodass Rückschlagsperre und Insolvenzanfechtung ausscheiden, führt dies zur Insolvenzfestigkeit. Diese Wirkung entspricht dem geltenden Recht. Gleichwohl kommt der Neuregelung insoweit nicht ohne weiteres nur deklaratorische Bedeutung zu.

Bislang erfüllt das strafprozessuale Arrestpfandrecht bei Straftaten mit individuellem Beschuldigten zunächst nur eine **Platzhalterfunktion** (Greier, ZInsO 2007, 953, 958). Es soll den Rang für die von möglichen durch die Straftat Verletzten -nach Zulassung, § 111g Abs. 2 Satz 1 StPO-, betriebene Arrest- oder Zwangsvollstreckung wahren, § 111g Abs. 1 und 3 StPO. Können diese aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein (Arrest- oder Pfändungs-) Pfandrecht mehr erwerben oder hat dieses aufgrund der Rückschlagsperre oder einer Insolvenzanfechtung keinen Bestand, dann sind keine Personen mehr vorhanden, für die das strafprozessuale Arrestpfandrecht den Rang wahren, mithin den Platz freihalten könnte. Es dient dann nur der Durchsetzung des staatlichen Auffangerwerbs, § 111i Abs. 5 und 6 StPO, und damit ebenso ausschließlich dem Justizfiskus wie ein Arrestpfandrecht, welches von vornherein mangels ersatzberechtigter Dritter, § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB allein den Verfall zugunsten des Staats sichern soll, § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB.

Für beide Fälle, Sicherung nur des unbedingten oder bedingten Verfalls, also staatlicher Interessen und nicht (mehr) solcher des Verletzten, ist nach bisherigem Recht umstritten, ob das den Verfall von erlangtem Wertersatz sichernde und an sich Insolvenzfestigkeit genießende Arrestpfandrecht im Insolvenzfall seine volle Wirkung behalten kann. Zu Recht betont ein Teil der Rechtsprechung den Vorrang des

Insolvenzverfahrens vor dem staatlichen Auffangrechtserwerb. Denn sehr häufig ist zu Beginn des Ermittlungsverfahrens oder auch des Insolvenzverfahrens weder bekannt, ob es Verletzte der Tathandlungen gibt, noch, ob diese sich per Forderungsanmeldung am Insolvenzverfahren beteiligen werden. Daher kann eine „Insolvenzfestigkeit“ nicht von vornherein gesetzlich mit Blick auf den Erkenntnisstand zum Eröffnungszeitpunkt (so die Begr. S.84: „im Fall der Eröffnung“) geregelt werden.

In jüngerer Zeit wird mit dem gesetzlich zum 01.01.2007 eingeführten § 111i Abs. 5 StPO argumentiert. Der darin geregelte staatliche Anspruch führe zu einem Auffangrechtserwerb des Staates gerade für den Fall, dass Verletzte ihre Ansprüche binnen der vorgesehenen dreijährigen Frist (§ 111i Abs. 3 StPO) nicht geltend machten. Hierdurch solle verhindert werden, dass beschlagnahmte Werte aus Straftaten an den Täter zurückfielen (die Fälle befassen sich in der Regel mit Massenbetrugssachen und kleinen Einzelschäden, so dass die Verletzten ihre Rechte nicht geltend machen würden (explizit OLG Frankfurt, ZInsO 2016, 453, 454). Dies sei – (entgegen OLG Nürnberg, s.o.) – auch nicht selten, sondern „der Regelfall“ (KG v. 10.6.2013, ZInsO 2013, 2444 Rn. 23; so auch OLG Frankfurt a. M. v. 09.7.2015 - 3 Ws 355/15, ZInsO 2016, 453) und daher müsse auch für den Insolvenzfall eine Rückausschüttung an den/die Täter gem. § 199 InsO verhindert werden. Habe daher der Staat zumindest ein insolvenzfestes (§§ 88, 130 InsO) Pfandrecht bereits erlangt, müsse er darauf zugunsten der Insolvenzmasse nicht verzichten.

Diese Rechtsprechung vernachlässigt, dass es gerade den Regelfall darstellt, insbesondere in den Verfahren, in denen der Schädiger persönlich (als Gesellschafter oder Geschäftsführer) in ein Insolvenzverfahren geht/gehen muss, dass die Verletzten sehr wohl ihre Forderungen – im Privatinsolvenzverfahren sogar häufig unter Nutzung des § 302 InsO – anmelden. Allerdings sind straftatgeschädigte Gläubiger häufig erst nach Eröffnung sicher identifizierbar und mit ihrer Forderungsanmeldung erst erkennbar. Weiterhin kommt es nur äußerst selten zu einer Vollbefriedigung der Insolvenzgläubiger mit der Folge, dass ein „Auffangrechtserwerb des Staates“ überhaupt relevant werden würde. Die nunmehr beabsichtigte gesetzliche Regelung „denkt daher vom Ausnahmefall“ her und gelangt damit zu nicht praxisgerechten Ergebnissen.



Grundsätzlich nicht nachzuvollziehen ist es aber, dass nunmehr der Staat, wenn keine Straftatgeschädigten zur Insolvenztabelle angemeldet haben, überhaupt einen Vorrang vor den „normalen“ Insolvenzgläubigern in Form einer insolvenzfesten „Sondermasse“ genießen soll.

Die vorgenannte Entscheidung des KG (die Aussonderungs- und Absonderungsrechte in der Begründung verwechselt) negiert, dass der Gesetzgeber in der Begründung zur Einführung des § 111i StPO bisher sogar den Vorrang des Insolvenzrechtes vor den Interessen der Opfer erneut unter Bezugnahme auf die h.M. ausdrücklich betont hat (BT.Drs. 16/700, S. 14, li. Sp.):

*„Der Vorschlag, Opferansprüche im Fall der Insolvenz des Täters mit einem umfassenden Schutz zu versehen, wurde dagegen nicht aufgegriffen. (...) Für eine Änderung dieser Rechtslage besteht kein Bedürfnis.“*

Die Rückgewinnungshilfe solle nur den Verletzten bei der Durchsetzung seiner Ansprüche „unterstützen“. Diese Formulierungen sprechen sehr für die bereits erwähnte nur vorinsolvenzliche „Platzhalterfunktion“ (Greier, ZInsO 2007, 953, 958), die gem. § 89 InsO im Insolvenzverfahren eben mit Eröffnung nicht (mehr) greift (a.A. OLG Hamm v. 28.7.2015, ZInsO 2015, 2097, 2100 re. Sp.: ein durch Pfändung vollzogener dinglicher Arrest begründe ein Aussonderungsrecht in der Insolvenz).

Im Übrigen übersieht die vorgenannte Entscheidung § 91 Abs. 1 InsO, denn der Auffangrechtserwerb des Staates findet erst nach Ablauf der Frist aus § 111i Abs. 3 StPO statt, wie dies die Begründung ausdrücklich ausführt (so auch Bittmann, ZInsO 2014, 2024, 2028). Zitat: *„Nach Absatz 5 erfolgt der Auffangrechtserwerb des Staates nach Ablauf der in Absatz 3 genannten Frist von Gesetzes wegen.“* Erst die Verfallanordnung nach §§ 73 Abs. 3, 73a StGB besiegelt den Eigentumsübergang auf den Staat.

Auch dann wird allerdings die „Platzhalterfunktion“ für den Verletzten nicht beendet (dessen Rechte eben nicht insolvenzfest sind, was aus S. 18 der Gesetzesbegründung zur Einführung v. § 111i StPO folgt):

*„Da die Verwertung somit zugunsten des Staates und nicht zugunsten des Verletzten erfolgt, erlöschen die Ansprüche des Verletzten gegen den Verurteilten hierdurch*

*nicht. Die Verletzten können daher auch nach dem Auffangrechtserwerb des Staates weiterhin nach Maßgabe des Zivilrechts ihre Ansprüche verfolgen.“*

Der nunmehr vorgelegte Gesetzentwurf verschärft für den Fall der erwarteten Abschöpfungsentscheidung des erkennenden Gerichts massiv die Gläubigerkonkurrenz. Der Verfall (zukünftig: die Einziehung) tritt nicht nur als Insolvenzforderung hinzu, sondern genießt aufgrund des strafprozessualen Pfandrechts auch noch den Vorrang vor den ungesicherten allgemeinen Insolvenzgläubigern. Daher könnten die Insolvenzgläubiger in einer nennenswerten Anzahl von Fällen gänzlich leer ausgehen. Grund dafür ist offenbar nur die Befürchtung des Rückfalles von Vermögen an Täterkreise. Es müsse verhindert werden, dass nach Verfahrensaufhebung nach Schlussverteilung ein evtl. Überschuss an den Täter zurückfließe (OLG Hamm v. 20.6.2013, ZInsO 2013, 1790; so nun auch OLG Hamm v. 28.7.2015, ZInsO 2015, 2097, 2101 li. Sp.).

- ➔ Hier würde aber eine „Übererlös“-Regelung analog § 111i Abs.3 StPO-E genügen. Erst nach dem Schlusstermin steht nämlich fest, dass keine Verletzten ihre Forderungen im Insolvenzverfahren verfolgt haben. Erst dann besteht Bedürfnis für eine Regelung, die Masse nicht an Täterkreise zurückfallen zu lassen. Ein staatlicher Vorrang v. Beginn an ist dazu aber nicht notwendig. Auch das OLG Nürnberg hat sich gegen eine solche „exklusive Sondermasse“ gewandt (Beschl. v. 8.11.2013, ZInsO 2014, 96). Zur Verhinderung des Rückfalles eines Überschusses aus dem Insolvenzverfahren an den oder die Täter sei vielmehr eine Teilfreigabe nur zugunsten des Insolvenzverfahrens zu erwägen.
- ➔ Eine andere Möglichkeit wäre die Regelung eines ausdrücklichen Antragsrechtes des Insolvenzverwalters auf Vermögenabschöpfung für Fälle des notwendigen Eintrittes des Auffangrechtserwerbes des Staates in den Fällen einer Vollbefriedigung mit anschließender Gefahr v. Rückflüssen der Insolvenzmasse an Täterkreise:

Der BGH. hat mit Entscheidung vom 04.12.2014 (ZInsO 2015, 197 = NZI 2015, 243) eine Entscheidung über die o.g. Frage der Auswirkungen und fortdauernden „Platzhalterfunktion“ nach einer Insolvenzeröffnung auf einen Arrest/Beschlagnahme nach StPO dahin stehen lassen (dort Rn. 25). Jedenfalls könne das Strafgericht aber auch ohne vorherigen



Arrest/Beschlagnahme (= „eigenes Institut“) **auch nach Insolvenzeröffnung eine Feststellung des Vorbehaltes des Verfalles von Vermögenswerten des Schuldners gem. § 111i Abs. 2 StPO treffen**, da diese nur „Vorbereitungsmaßnahme“ einer Zwangsvollstreckung sei und nur zu einem aufschiebend bedingten Anspruch der Staatskasse führe, deren insolvenzrechtliche Einordnung (Neugläubiger oder Insolvenzgläubiger oder Gläubiger nach § 39 Abs.1 Nr.3 InsO (Nebenfolge einer Straftat)) dahinstehen könne. Der Anspruch lebe ggfs. gem. § 201 Abs. 1 InsO nach Beendigung des Insolvenzverfahrens wieder auf. Aufgrund der Rechtsprechung des 5.Strafsenates des BGH (NStZ 2014, 32 Rn. 9) bleibt eine nicht getroffene Entscheidung zur Vermögensabschöpfung nach vorweg gegangener Beschlagnahme beim Strafgericht anhängig. Daraus lässt sich ein Initiativrecht des Verwalters konstruieren (Köllner/Lenermann, NZI 2015, 246, 247). Der Verwalter könnte also einen Antrag auf Vermögensabschöpfung stellen, wenn er innerhalb des eröffneten Verfahrens – in der Regel mit Einreichung der Schlussrechnung – Kenntnis erlangt, dass die Masse durch die angemeldeten Forderungen nicht ausgeschöpft wird. Dies würde einen Rückfall an Täterkreise verfahrensbezogen verhindern.

2. Eine Ausnahme vom staatlichen insolvenzfesten Vorrang sieht der Entwurf für Delikte mit ersatzberechtigten Verletzten in **§ 111i StPO-E** vor.

In § 111i Abs.1 StPO-E ist der –eher seltene- Fall geregelt, dass es nur einen Verletzten gibt. Insoweit bestimmt **§ 111i Abs. 1 StPO-E** kategorisch das Erlöschen des strafprozessualen Sicherungsrechts (Arrestpfandrecht bzw. Sicherungshypothek) im Fall der Insolvenzeröffnung vor Rechtskraft der strafgerichtlichen Einziehungsentscheidung. § 111i Abs. 1 StPO-E knüpft mit dem kumulativen „und“ allerdings eben –wie zu II.1 bereits bemerkt- daran, dass dem Verletzten bereits beim Eröffnungszeitpunkt ein Anspruch „erwachsen“ ist und regelt nicht den Fall, dass dieser Anspruch erst später entsteht. Zu der daraus folgenden Schutzlücke ist bereits zu II.1 Stellung genommen worden.

Diese Regelung wird für den Mangelfall, in welchem das strafprozessual Gesicherte nicht ausreicht, alle Verletzten zu befriedigen, in der Weise ergänzt, dass die Staatsanwaltschaft als gesetzlich ermächtigt gilt, für die Verletzten einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arrestschuldners zu stellen, **§ 111i Abs. 2 Satz 1 StPO-E**. Führt dieser Antrag zur Insolvenzeröffnung, so

tritt das strafprozessuale Sicherungsrecht außer Kraft, § 111i Abs. 2 Satz 2 StPO-E.

Diese Konstruktion birgt mehrere Probleme:

a.) Sofortiges Erlöschen?

Der Schutzgehalt der Vorschrift wird allerdings durch die Anordnung des sofortigen Erlöschens bei Insolvenzeröffnung in den Fällen untergraben, in denen der vorläufige Insolvenzverwalter noch nicht auf den Vermögensgegenstand zugegriffen hat und ihn auch der Insolvenzverwalter nicht seinerseits übergangslos und rangwährend zur Masse ziehen oder ihn zumindest vor beeinträchtigenden Verfügungen oder dem Beiseiteschaffen sichern kann.

Denn der Täter (oder sonstige Empfänger des Erlangten) bleibt auch nach Vollziehung des Vermögensarrests Inhaber des (nunmehr dinglich belasteten) Vollrechts. Erwartet er seine Insolvenz, hat er sie u.U. selbst beantragt und ist rechtlich beschlagen, so kann er (ungeachtet des diesen Fall nicht erfassenden Vollstreckungsverbots, § 111h Abs. 2 Satz 1 StPO-E, und des nur für die Beschlagnahme vorgesehenen und gegen gutgläubigen Erwerb keinen Schutz bietenden Veräußerungsverbots, § 111d Abs. 1 Satz 1 StPO-E) als Berechtigter eine Forderung abtreten und einen körperlichen Gegenstand übereignen. Dies könnte im sicheren Wissen, dass das Arrestpfandrecht und damit die dingliche Belastung mit Insolvenzeröffnung erlischt, geschehen, mit der Folge, dass seine Verfügung zu diesem Zeitpunkt rechtlich und wirtschaftlich ihre volle Wirksamkeit entfaltet (Bittmann, ZInsO 2016, 873, 884). Der Verwalter wäre auf –in der Realisierung unsichere– Insolvenzanfechtung gegenüber dem empfangenden Abtretungsgegner verwiesen.

Es ist demgemäß dringend geboten, § 111i Abs. 1 StPO-E dahingehend abzuwandeln, dass das staatliche Sicherungsrecht nicht erlischt, sondern es als relatives Recht nur gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht wirkt.

b.) Antragstellung durch die StA

1. Der Entwurf geht davon aus, dass der Insolvenzantrag der StA nach § 111i Abs. 2 **ein Gläubigerantrag ist** (Begr. S. 86). Damit gelten die Anforderungen des § 14 Abs.1 InsO vollständig. Die Glaubhaftmachung eines Insolvenzgrundes kann aber kaum – wie in der Begründung vorgesehen –

dadurch erfolgen, dass die Ansprüche der Verletzten ins Verhältnis zum Wert der gesicherten Gegenstände gesetzt werden (so die Begr. S.86). Diese Frage betrifft nur die Antragsberechtigung der StA (erste Prüfungsstufe des Insolvenzgerichtes).

Denn es ist bei der Zahlungsunfähigkeit auf das gesamte Vermögen des Täters (= Schuldners) abzustellen. Es ist nicht ersichtlich, dass die StA dieses Vermögen regelhaft vollständig kennt und binnen der zur Verfügung stehenden Zeit glaubhaftmachungsfähig ermittelt hat. Die in der Begründung genannten „Finanzermittlungen“ müssten dann einen sehr weitreichenden Umfang haben und dem Insolvenzgericht im Einzelnen dargelegt und ihre Ergebnisse glaubhaft gemacht (§ 294 ZPO) werden. Eine reine „Aktenbestandsübersendung“ (so die Begr. S.86) genügt dafür nicht. Die Glaubhaftmachung ist daher wesentlich aufwändiger als sich dies die Begründung vorstellt. Die Insolvenzgerichte werden u.U. bei dieser Konstruktion in die Lage kommen, Anträge der St als unzulässig zurückweisen zu müssen.

2. Das gleiche Problem stellt sich im Entschädigungsbereich: **§ 459h Abs. 2 Satz 2 StPO-E** ordnet die entsprechende Geltung von § 111i Abs. 2 und 3 StPO an.

Die Staatsanwaltschaft gilt auch hier im Mangelfall wiederum als zum Stellen eines Insolvenzantrags ermächtigt (§ 459h Abs. 2 Satz 2 StPO-E i.V.m. § 111i Abs. 2 StPO-E). Aufgrund des Wortlauts des § 459 Abs. 2 Satz 1 StPO-E ist der Weg in das Insolvenzverfahren schon dann frei, wenn nur der Erlös aus der Verwertung, der aufgrund eines Vermögensarrests gepfändeten Gegenstände nicht ausreicht, um die angemeldeten Ansprüche Verletzter zu befriedigen. Auf einen etwaigen darüber hinaus (oder bei aufgehobenem bzw. nicht vollzogenen Vermögensarrest: nur) erzielten Erlös aus der Vollstreckung der angeordneten Einziehung von Wertersatz kommt es danach nicht an. Der Antrag würde bereits gestellt ohne dass auf den gesamten Einziehungserlös abgestellt würde.

Die Insolvenzanträge würden sich dann eventuell auch gegen solche Betroffenen richten, die zwar nicht insolvenzreif sind, bei denen aber lediglich nicht genügend Vermögen strafprozessual arrestiert worden war. Ihre Berechtigung erhielte die Bestimmung des § 459h Abs. 2 Satz 1 StPO-E damit

erst, wenn dort auf den Erlös aus der Entscheidung über die Einziehung von Wertersatz umgestellt wird (so richtig Bittmann, ZInsO 2016, 873, 887). Das schließt dann den Erlös aus der Verwertung aufgrund Vermögensarrests gesicherter Gegenstände ein.

3. Generell zu hinterfragen ist die angedachte Regelung, dass die StA amtswegig in einem Mangelfall in vermeintlicher Vertretung der Verletzten einen Insolvenzantrag stellen soll. (abl. Kölner/Cyrus/Mück, NZI 2016, 329, 332). Es dürfte genügen, wenn die StA gehalten ist, die Verletzten auf den Wert des arrestierten Vermögens und die von ihr ermittelte finanzielle Lage des Schädigers /schädigenden Unternehmens hinzuweisen und den Verletzten ihre Erkenntnisse zur finanziellen Lage des Schädigers im Wege der Akteneinsicht zugänglich zu machen, damit diese ggfs. selbst Insolvenzantrag stellen können. Im Bereich der Unternehmensinsolvenz bestehen zudem wesentlich frühzeitigere eigene strafbewehrte Antragstellungspflichten der schädigenden Unternehmen falls dieses insolvenzreif sind (§ 15a InsO). Eine amtswegige Antragspflicht seitens der StA sollte hier den Verantwortlichen nicht die Pflicht zur eigenen Antragstellung nehmen. Mindestens entsprechende „Konkurrenzen“ wären klarzustellen.

### III. Fazit

Der Entwurf ist aus insolvenzrechtlicher Sicht insbesondere wegen der beabsichtigten Anordnung des Nachranges der Regeln des Insolvenzverfahrens abzulehnen und deutlich überarbeitungswürdig.

### Vorstand und Beirat des Bundesarbeitskreises

---

#### Kontaktadressen:

RiAG Frank Frind

c/o Amtsgericht Hamburg  
Sievekingplatz 1  
20355 Hamburg

info@bak-inso.de

Dipl. - Rechtspfleger (FH) Wolfgang Gärtner

c/o Amtsgericht Hof  
Berliner Platz 1  
95030 Hof

info@bak-inso.de

[www.bak-inso.de](http://www.bak-inso.de)

#### Bankverbindung:

Sparkasse Münsterland Ost; Konto-Nr. 134 928 910; BLZ: 400 501 50;  
IBAN: DE75 4005 0150 0134 9289 10 BIC: WELA DE D1 MST  
Kontoinhaber: BAKinso e.V., vertreten durch den Vorstand;  
Amtsgericht Charlottenburg VR 27475 B