

AUFSÄTZE

Insolvenzrecht und Strafverfahren

– zugleich Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 05. 06. 2008 – IX ZR 17/07¹ –

von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht Thilo Pfordte, München

A. Einleitung

I. Insolvenz- und Strafverfahren

Die Anzahl der angemeldeten Regelinsolvenzverfahren steigt. Im Jahr 2008 bearbeiteten die Amtsgerichte insgesamt 155 202 Insolvenzen, darunter 29 291 Unternehmensinsolvenzen. Aufgrund der konjunkturellen Lage war trotz der Maßnahmen der Bundesregierung bereits im ersten Quartal 2009 ein Anstieg der Unternehmensinsolvenzen von fast 8 % zu verzeichnen.² Das Thema der Insolvenz drängt demnach immer mehr in den Mittelpunkt. Daneben spielen im Strafverfahren die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung gegen Auflage, zu denen auch § 153 a StPO zu zählen ist, eine nicht unbeachtliche Rolle. So wurden im Jahr 2006 241 102 Verfahren durch die Staatsanwaltschaften gegen Auflagen eingestellt. Dabei handelt es sich insgesamt um 4,9 % aller durch die Staatsanwaltschaft erledigten Verfahren. Auch bei den Gerichten wurden insgesamt 12,7 % der Verfahren gegen einzelne Beschuldigte mit Auflagen eingestellt.³ Es war deshalb eine reine Frage der Zeit, wann sich Insolvenzverfahrensrecht und Strafverfahrensrecht treffen und damit Abgrenzungsprobleme zwischen insolvenzrechtlichen und strafrechtlichen Belangen zu Tage treten würden. Im Gegenteil, vor dem Hintergrund, daß in einer Vielzahl von Strafverfahren insolvenzrechtliche Fragestellungen deutlich aufscheinen (dies betrifft nicht nur die einschlägigen Straftatbestände wie etwa §§ 283 ff. StGB, sondern eine überwiegende Anzahl von Vermögensdelikten, weil diese nicht selten im Umfeld wirtschaftlicher Schwierigkeiten begangen werden), ist es eher als erstaunlich zu bezeichnen, daß es solange gedauert hat, bis die bestehenden Kollisionsprobleme virulent geworden sind.

II. Das Urteil des BGH v. 05. 06. 2008 – IX ZR 17/07

Dies ist nun aber mit der Entscheidung des *BGH* v. 05. 06. 2008 eingetreten. Im Spannungsfeld zwischen Insolvenzrecht und Strafverfahrensrecht hat der 9. *Zivilsenat* des *BGH* entschieden, daß die Einstellung eines Strafverfahrens nicht von der Zahlung einer Geldauflage an die Staatskasse abhängig gemacht werden dürfe, wenn der Angeschuldigte durch die Erfüllung der Auflagen seine Gläubiger benachteilige. Und mehr noch: Hat der Beschuldigte zur Erlangung der Einstellung einen bestimmten Betrag an die Staatskasse geleistet, könne unter Umständen der Insolvenzverwalter die Rückzahlung dieses Betrages verlangen. Daß die Entscheidung des *BGH* weitreichende Konsequenzen hat, liegt auf der Hand. Im Folgenden soll deshalb nicht nur in rechtlicher Hinsicht auf die Entscheidung des *BGH* eingegangen werden.⁴ Es soll auch darüber nachgedacht werden, ob sich unter Zugrundelegung dieser Entscheidung die Einstellungsmöglichkeiten gem. § 153 a Abs. 1 S. 2 StPO in der Praxis drastisch verringern werden⁵ (hierzu B). Nachdem die Entscheidung des *BGH* aber nicht nur für die Einstellungsmöglichkeit nach § 153 a StPO Konsequenzen hat, soll weiterhin noch aufgezeigt werden, daß auch die Rechtsfolgen bei der Geldstrafe, dem Bußgeld und

der Steuer nach Entrichtung im Fall der steuerrechtlichen Selbstanzeige mit der Anfechtungsmöglichkeit durch den Insolvenzverwalter kollidieren (hierzu C).

B. Insolvenzrecht und Verfahrenseinstellung gem. § 153 a StPO

I. Vorfrage: Auswirkungen der Anfechtung der Geldauflagenzahlung für das Strafverfahren

Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, daß der 9. *Zivilsenat* des *BGH* mit seiner Entscheidungen (lediglich) entschieden hat, daß der Insolvenzverwalter bei einer Auflagenzahlung an die Staatskasse den gezahlten Betrag unter den Voraussetzungen des § 133 InsO zu Gunsten der Insolvenzmasse herausverlangen kann. *Nicht entschieden* hat er hingegen über die Anfechtbarkeit anderer Einstellungsmöglichkeiten gem. § 153 a Abs. 1 StPO. Inwiefern diese mit insolvenzrechtlichen Normen kollidieren können, bleibt deshalb offen.

Außerhalb jeder insolvenzrechtlichen Diskussion wird allerdings davon auszugehen sein, daß es immer – ohne Gefahr der Anfechtung – möglich ist, gegen einen Beschuldigten gem. § 153 a Abs. 1 Nr. 3 StPO die Auflage zu verhängen, gemeinnützige Leistungen zu erbringen. Auch die Weisung der Teilnahme an einem Aufbauseminar (§ 153 a Abs. 1 Nr. 6 StPO) ist als unproblematisch anzusehen. Gleiches gilt für den Täter-Opfer-Ausgleich gem. § 153 a Abs. 1 Nr. 5 StPO zumindest in den Fällen, in denen die Wiedergutmachung nicht im finanziellen Bereich liegt. Darüber hinausgehend ist darauf hinzuweisen, daß die in § 153 a StPO genannten Auflagen und Weisungen nicht abschließend sind.⁶ Eine Vielzahl von Einstellungsmöglichkeiten gem. § 153 a Abs. 1 StPO sind deshalb denkbar, die von vornherein nicht das Insolvenzrecht berühren werden. Aber auch bei der hier inmitten stehenden Entscheidung ist zu sehen, daß es bei der verhängten Auflage um eine Zahlung an die Staatskasse gem. § 153 a Abs. 1 Nr. 2 StPO ging. Nicht entschieden wurde hingegen, ob Gleiches auch zu geltend hat, wenn – was § 153 a Abs. 1 Nr. 2 StPO ausdrücklich ebenso benennt – die Zahlung an eine gemeinnützige Einrichtung zu leisten ist.

Dennoch soll aber auf der Grundlage der Entscheidung des 9. *Zivilsenats* erst einmal die strafverfahrensrechtliche Konsequenz für den Ausgangsfall erörtert werden (auf die sich stellenden Probleme hinsichtlich der Zahlung an eine gemeinnützige Einrichtung soll erst später eingegangen werden): Eine Auflagenzahlung durch den Beschuldigten an die Staatskasse ist mit der Wirkung der Einstellung des Verfahrens erfolgt. Der Insolvenzverwalter hat diese Zahlung nunmehr erfolgreich angefochten. Es fragt sich, welche Konsequenzen dieser

¹ Abgedruckt in diesem Heft StV 2010, 554.

² Statistisches Bundesamt.

³ *Jehle*, Strafrechtspflege in Deutschland, 5. Aufl. 2009, Schaubilder 7 und 11.

⁴ Zustimmung die Entscheidung besprechend *Drees* NStZ 2009, 522.

⁵ So im Ergebnis *Drees* (Fn. 4).

⁶ *Meyer-Göfner*, 53. Aufl. 2010, § 153 a Rn. 14.

Umstand für das eigentlich abgeschlossene Strafverfahren hat. Dabei sind grundsätzlich zwei Alternativen denkbar:

(1) Das Strafverfahren muß in Folge der wirksamen Anfechtung fortgesetzt werden. Hierbei kann sich die Frage stellen, ob das Aufrechterhalten der Einstellung möglicherweise von der erneuten Zahlung der Geldauflage abhängig gemacht werden könnte (die vielleicht wieder anfechtbar wäre oder – wenn möglich [vgl. hierzu unten] – so geleistet würde, daß sie nicht anfechtbar wäre).

(2) Die geleistete Geldauflage fließt in die Insolvenzmasse zurück. Das Strafverfahren lebt aber dennoch nicht wieder auf, sondern bleibt eingestellt.

1. Führt die Anfechtung der Auflagenzahlung zum Wegfall der Einstellung?

a) Damit stellt sich zunächst die Frage, ob eine Einstellung nach § 153 a StPO überhaupt wieder wegfallen kann. Bereits die vorläufige Einstellung eines Ermittlungsverfahrens gem. § 153 a Abs. 2 StPO ist nicht anfechtbar, § 153 a Abs. 2 S. 4 StPO.⁷ Gleiches gilt für die endgültige Verfahrenseinstellung nach § 153 Abs. 2 S. 4 StPO⁸ und für die Feststellung, daß erteilte Auflagen und Weisungen erfüllt sind, § 153 a Abs. 2 S. 5 StPO. § 153 a StPO bezweckt mit seinen Einstellungsmöglichkeiten im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität, geeignete Verfahren einfach, schnell und ohne Aufwand zu erledigen.⁹ Das Verfahrenshindernis sollte allein mit der vollen Erfüllung aller Auflagen von selbst entstehen, wobei kein Bedürfnis gesehen wurde, noch gesonderte Überprüfungsmöglichkeiten zu installieren.¹⁰ Aus diesem Grund bedarf es zur Wirksamkeit der Einstellung auch keines ausdrücklichen Beschlusses. Die Auflagenbefreiung führt vielmehr unmittelbar zur Verfahrenseinstellung. Ein entsprechender Beschluß hat nur feststellenden Charakter.¹¹

Lediglich wenn sich der Verdacht eines Verbrechens ergibt, leitet die Staatsanwaltschaft zu dessen Verfolgung ein neues Verfahren ein, ohne durch den Einstellungsbeschluß gehindert zu sein, weil bei Verfolgung der Tat als Verbrechen kein Verfahrenshindernis besteht.¹² Dies wird aber in den wenigsten Fällen denkbar sein, so daß § 153 a Abs. 1 S. 5 StPO ein endgültiges Verfahrenshindernis im Wege des beschränkten Strafklaageverbrauchs stiftet, sobald der Beschuldigte die ihm nach § 153 a StPO erteilten Auflagen oder Weisungen erfüllt hat.¹³ Eine Anfechtung der Geldauflagenzahlung durch den Insolvenzverwalter kann somit nicht zum Wegfall der vorläufigen Einstellung gem. § 153 a StPO führen, da diese Folge vom Gesetzgeber nicht vorgesehen ist.

b) Allerdings beantwortet diese Feststellung erst einmal nur die Frage, ob sich aus der strafverfahrensrechtlichen Norm des § 153 a StPO Folgerungen bei einer Anfechtung der Auflagenzahlung herleiten lassen. Eine andere Frage ist, ob sich aus der Rechtsnatur der (insolvenzrechtlichen) Anfechtung selbst Folgerungen ergeben, die dann – gewollt oder nicht gewollt – für das Strafrecht Konsequenzen haben müßten. So ist zu bedenken, ob eine Anfechtung ex nunc oder ex tunc wirkt. Wäre letzteres der Fall, würden die gesamten Überlegungen im Hinblick auf § 153 a StPO überflüssig, weil dann der Beschuldigte so behandelt werden müßte, als habe er von Anfang an die Auflage nicht erfüllt, was wiederum die entsprechenden Konsequenzen wie etwa den Nichteintritt des Strafklaageverbrauchs zur Folge hätte.

Es geht damit um die Rechtsnatur der insolvenzrechtlichen Anfechtung. Und um diese gibt es einen Theorienstreit.

Nach der sogenannten dinglichen Theorie hat die Insolvenzanfechtung in Anlehnung zur Anfechtung nach dem BGB die Unwirksamkeit der anfechtbaren Rechtshandlung zur Folge.¹⁴ Würde man dieser Theorie folgen, wäre deshalb tatsächlich bei einer erfolgreichen Anfechtung durch den Insolvenzverwalter davon auszugehen, daß die Auflage zu keinem Zeitpunkt geleistet wurde. Die Rechtsfolge des § 153 a Abs. 3 S. 5 StPO würde

deshalb auch von vornherein nicht eintreten. Allerdings wird richtigerweise davon auszugehen sein, daß die dingliche Theorie nach Einführung der Insolvenzordnung nicht mehr aufrechterhalten werden kann.¹⁵

Neben der dinglichen Theorie werden zur Rechtsnatur der Anfechtung haftungsrechtliche Theorien und die schuldrechtliche Theorie vertreten. Für die (unterschiedlichen) haftungsrechtlichen Theorien ist dabei im wesentlichen prägend, daß davon ausgegangen wird, daß die Anfechtung zwar verfügungsrechtlich die Güterzuordnung unberührt läßt, gleichwohl sich aber der Anfechtungsgegner so behandeln lassen muß, als gehöre der von ihm erworbene Gegenstand haftungsrechtlich noch zum Schuldnervermögen.¹⁶ Folgte man den haftungsrechtlichen Theorien bliebe aufgrund der gespaltenen Betrachtungsweise unklar, ob von einer Erfüllung ausgegangen werden könnte, wofür allerdings spricht, daß nach dieser Theorie das Eigentum anfechtbar übertragener Vermögensgegenstände erst einmal auf den Anfechtungsgegner übergeht.

Diese Frage muß letztlich allerdings nicht beantwortet werden, wenn man mit der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung¹⁷ der schuldrechtlichen Theorie den Vorzug gibt. Danach soll die Rechtsnatur der Anfechtung in einem gesetzlichen Schuldverhältnis bestehen, Kraft dessen ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr des anfechtbar weggegebenen Vermögensgegenstandes entsteht.¹⁸ Diese Auffassung findet vor allen Dingen im Wortlaut des § 143 InsO eine Grundlage, nachdem als Rechtsfolge einer anfechtbaren Handlung das Veräußerte, Weggegebene oder Aufgegebene zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden muß. Damit ergibt sich aber, daß sich eine insolvenzrechtliche Anfechtung nur ex nunc und nicht ex tunc auswirkt. Auch aus insolvenzrechtlichen Gründen kann es deshalb nicht zum Wegfall der vorläufigen Einstellung gem. § 153 a StPO bei einer Anfechtung kommen.

2. Ändert sich etwas durch eine analoge Anwendung der Wiederaufnahmevorschriften?

Denkbar wäre noch eine analoge Anwendung der Vorschriften über die die »Wiederaufnahme des Verfahrens«, um ein Wiederaufleben des Strafverfahrens begründen zu können. Doch auch eine solche scheidet aus. Die Vorschriften über die Wiederaufnahme beziehen sich nur auf rechtskräftig abgeschlossene Verfahren, § 359 StPO. Eine Analogie zuungunsten des Beschuldigten scheidet daran, daß es sich bei § 153 a Abs. 1 S. 5 i. V. m. § 153 a Abs. 2 S. 2 StPO um eine abschließende Sonderregelung handelt. Eine Wiederaufnahme gem. § 359 StPO analog ist deshalb ausgeschlossen.¹⁹ Die endgültige Einstellung ist nicht anfechtbar, Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO ist aber zulässig, wenn dem Einstellungsbeschluß unverzichtbare prozessuale Voraussetzungen fehlen, zum Beispiel rechtliches Ge-

⁷ LR/Beulke, 26. Aufl. 2008, § 153 a Rn. 134.

⁸ Zur ausnahmsweisen Anfechtung des Beschlusses durch die einfache Beschwerde gem. § 304 StPO vgl. KK-StPO/Schoreit, 6. Aufl. 2008, § 153 a Rn. 57.

⁹ Meyer-Goßner (Fn. 6), § 153 a Rn. 2.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen bereits OLG Düsseldorf MDR 1976, 423. Zu beachten ist aber, daß lediglich die vollständige Erfüllung der Auflagen und Weisungen das Verfahrenshindernis zum Entstehen bringt (vgl. KK-StPO/Schoreit (Fn. 8), § 153 a Rn. 39). Bei nicht vollständiger Leistung muss das Verfahren fortgesetzt werden. Auf ein Verschulden kommt es dabei nicht an (so auch für die h. M. Meyer-Goßner [Fn. 6], § 153 a Rn. 45).

¹¹ KK-StPO/Schoreit (Fn. 8), § 153 a Rn. 60.

¹² KK-StPO/Schoreit (Fn. 8), § 153 a Rn. 66.

¹³ Pfordte in Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht – StPO, 2008, § 153 a Rn. 4.

¹⁴ FK-InsO/Dauernheim, 3. Aufl. 2001, § 129 Rn. 4.

¹⁵ FK-InsO/Dauernheim (Fn. 14), § 129 Rn. 9.

¹⁶ Statt vieler Karsten Schmidt JZ 1990, 619 ff.

¹⁷ BGH NZI 2007, 42.

¹⁸ FK-InsO/Dauernheim (Fn. 14), § 129 Rn. 6 m. w. N.

¹⁹ LR/Beulke (Fn. 7), § 153 a Rn. 142 m. w. N. Wegen der abschließenden Sonderregelung in § 153 a Abs. 1 S. 5, § 153 a Abs. 2 S. 2 StPO muss auch die Wiederaufnahme nach § 79 BVerfGG ausscheiden, vgl. OLG Frankfurt NJW 1996, 3353.

hör, Zustimmung der Staatsanwaltschaft oder des Beschuldigten, oder wenn die angeordneten Maßnahmen jeder rechtlichen Grundlage entbehren.²⁰ Gem. § 153 Abs. 2 S. 5 StPO ist hingegen die Feststellung, daß erteilte Auflagen und Weisungen erfüllt sind, nicht anfechtbar – dies gilt auch in Verbindung mit einer endgültigen Verfahrenseinstellung.²¹

3. Zwischenergebnis

Damit kann als Zwischenergebnis folgendes festgehalten werden: Die Staatskasse kann zivilrechtlich aufgrund einer wirksamen Anfechtung gezwungen sein, den Auflagenbetrag an die Insolvenzmasse wieder herauszugeben. Dennoch bleibt es aber wegen der Unanfechtbarkeit der Entscheidung bei der Einstellung des Verfahrens gem. § 153 a StPO. Ein weitergehender Anspruch der Staatskasse gegen den Beschuldigten entsteht nicht. Insbesondere ist eine Geldauflage im Sinne des § 153 a StPO keine Geldbuße, so daß § 39 Abs. 1 Ziff. 3 InsO nicht greift.²² Die Auflage stellt vielmehr lediglich eine Forderung der Staatskasse dar, die Masseschuld ist. Eine erneute Zahlung der Geldauflage könnte deshalb vom Beschuldigten selbst dann nicht verlangt werden, wenn man von einem Wiederaufleben des Strafverfahrens ausgehen wollte. Da dem Beschuldigten durch die insolvenzrechtliche Anfechtung der Geldauflagenzahlung strafrechtlich kein Nachteil entsteht, beschwert die Entscheidung des *BGH* den Beschuldigten strafrechtlich nicht. Daß die Staatskasse die Geldauflagenzahlung an die Insolvenzmasse auskehren muß, betrifft ihn nicht. Für ihn bleibt es bei der Verfahrenseinstellung.

II. Kann dem *Senat* auch im Hinblick auf seinen ersten Leitsatz gefolgt werden?

Der 9. *Zivilsenat* hält in seiner Entscheidung darüber hinaus ausdrücklich fest, daß die Einstellung eines Strafverfahrens dann nicht von der Zahlung einer Geldauflage an die Staatskasse abhängig gemacht werden dürfe, wenn der Beschuldigte durch die Erfüllung der Auflage seine Gläubiger benachteiligen würde:

»Haben Gericht und Staatsanwaltschaft Kenntnis davon, daß eine Geldauflage zugunsten der Staatskasse die Gläubiger des Angeeschuldigten benachteiligt, wenn sie erbracht wird, so darf eine solche Einstellungsaufgabe von vornherein nicht angeordnet werden.«²³

Der *BGH* statuiert damit unter bestimmten Voraussetzungen ein Handlungsverbot für Gericht und Staatsanwaltschaft im Strafverfahren. Dies klingt auf den ersten Blick nachvollziehbar. Die Tücke liegt aber im Detail. Zur Begründung seiner Entscheidung beruft sich der *BGH* auf § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO.²⁴ Danach sollen die Folgen strafbarer Handlungen nicht den Insolvenzgläubigern aufgebürdet werden. Es ist jedoch bereits fraglich, ob das Argument aus § 39 InsO tragen kann. Denn § 39 InsO regelt in erster Linie die Rangfolge der Forderungen der Insolvenzgläubiger. § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO betrifft hierbei Sanktionen mit Strafcharakter.²⁵ § 153 a StPO ist jedoch keine strafähnliche Sanktion.²⁶ Es handelt sich vielmehr um ein Beendungsverfahren mit Selbstunterwerfung, wobei die Auflagen den Charakter besonderer nicht strafrechtlicher Sanktionen haben.²⁷ Die Einstellung gegen Geldauflage beurteilt sich daher allein nach § 153 a StPO.²⁸

Weitere Fragen ergeben sich aber auch daraus, wie ein solches Verbot in der Praxis zu handhaben wäre. Denn grundsätzlich hat die Staatsanwaltschaft die Höhe des Schadens und insbesondere die Leistungsfähigkeit des Beschuldigten vorab zu ermitteln, wenn sich die Möglichkeit einer Anwendung des § 153 a Abs. 1 StPO abzeichnet.²⁹ Hätte sie in diesem Zusammenhang als Folge der Rechtsprechung des *BGH* nun auch die Vermögensverhältnisse des Beschuldigten derart auszuforschen, daß eine Gläubigerbenachteiligung sicher ausgeschlossen wäre, so läge eine aus dem Gesetzeswortlaut nicht herauslesbare Ausdehnung der Norm vor. Hinzuweisen ist auch darauf, daß der

Zweck des § 153 a StPO in einem vereinfachten Erledigungsverfahren im Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität mit Beschleunigungs- und Entlastungseffekt liegt.³⁰ Würde man hier umfangreichere Prüfungspflichten für Staatsanwaltschaft und Gericht postulieren, würde der Zweck der Norm geradezu ins Gegenteil verkehrt. Hinzu tritt, daß selbst bei erheblichen Prüfungsbemühungen durch Staatsanwaltschaft und Gericht dennoch letztlich unklar bliebe, ob nicht doch die Anfechtungsmöglichkeit durch einen Insolvenzverwalter eröffnet bleibt. Denn für die Frage der Vorsatzanfechtung ist nicht die wirtschaftliche Situation des Beschuldigten zum Zeitpunkt der Einstellungsentcheidung, sondern zum Zeitpunkt der auf ihrer Grundlage erfolgten Zahlung maßgeblich.³¹

Aber auch darüber hinausgehend bleibt zweifelhaft, wieso Staatsanwaltschaften und Gerichte zu den Interessenverwaltern der Gläubiger des Insolvenzschuldners berufen sein sollten. Sie können dies weder praktisch leisten (vgl. oben), noch sind hierzu rechtliche Verpflichtungen erkennbar. Schließlich bestehen solche Verpflichtungen auch nicht bei anderen rechtlichen Gegebenheiten. So ist es etwa für die Staatsanwaltschaft und das Gericht vollkommen uninteressant bei einer Ladung zum Strafantritt eines Verurteilten, ob dieser zu diesem Zeitpunkt noch werkvertragliche Verpflichtungen gegenüber Dritten bei bereits erfolgter Zahlung zu erfüllen hat. Auch andere zivilrechtliche Verpflichtungen und Rechte Dritter spielen bei der Festlegung strafrechtlicher Konsequenzen regelmäßig keine Rolle. Lediglich in Sonderfällen, wie etwa beim Verfall (§§ 73 ff. StGB; §§ 111 g ff. StPO) unterstützt der Staat ausnahmsweise private Anspruchsberechtigte.

Und schließlich ist auch noch auf die sich dann stellende Problematik bei Geldstrafen hinzuweisen. Denn – wie noch auszuführen sein wird – ist auch die Bezahlung einer Geldstrafe unter bestimmten Umständen durch den Insolvenzverwalter anfechtbar.³²

Nun könnte man zwar meinen, daß sich die Problematik der Anfechtbarkeit einer Geldstrafe nicht stellen dürfte, weil gem. § 40 Abs. 2 StGB die Höhe eines Tagessatzes unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu bestimmen ist, der insolvenzreife Angeschuldigte deshalb auch nicht zu einer Geldstrafe in anfechtungsproblematischer Höhe verurteilt werden könnte. Dem ist allerdings nicht so. Es ist durchaus zulässig, bei der Bemessung der Tagessatzhöhe auch Umstände außerhalb der »harten Fakten« der in der Hauptverhandlung festgestellten wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Denn, wie sich aus § 40 Abs. 2 S. 2 StGB ergibt, spielt für die Festsetzung der Tagessatzhöhe nur »in der Regel« das Nettoeinkommen eine Rolle. Zudem ist von einem Einkommen die Rede, welches der Täter hat »oder haben könnte«. Damit ist aber ausgedrückt, daß es nicht nur auf das tatsächliche, sondern auch auf das zumutbar erzielbare Einkommen ankommen kann. Das potentielle Einkommen ist dann heranzuziehen, wenn das Einwirkungsziel der Geldstrafe, ginge man vom tatsächlichen Einkommen aus, nicht erreicht würde.³³

20 Meyer-Göfner (Fn. 6), § 153 a Rn. 57.

21 LG Kiel NSTZ-RR 1998, 343.

22 Zur Rechtsnatur der Sanktion des § 153 a StPO vgl. LR/Beutke (Fn. 7), § 153 a Rn. 9.

23 BGH, StV 2010, 554 Tz. 20 (in diesem Heft).

24 BGH, StV 2010, 554 Tz. 21 (in diesem Heft).

25 MK-InsO/Ehricke, Bd. 1, 2. Aufl., § 39 Rn. 19.

26 BGHSt 28, 174 (176).

27 Pfordte in Dölling/Duttge/Rössner (Fn. 13), § 153 a Rn. 1.

28 Schranken können sich zwar aus verfassungsrechtlichen und spezialgesetzlichen Regelungen ergeben, jedoch kaum aus § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Denn diese Vorschrift legt allein die Rangfolge im Verteilungsverfahren nach der Insolvenzordnung fest.

29 Meyer-Göfner (Fn. 6), § 153 a Rn. 29.

30 Meyer-Göfner (Fn. 6), § 153 a Rn. 2.

31 So zutreffend Drees NSTZ 2009, 523.

32 Vgl. hierzu nachfolgend C.I. sowie Rinjes wistra 2008, 336; Bittmann wistra 2009, 15.

33 Fischer-StGB, 57. Aufl., § 40 Rn. 8 m. w. N.

Hinzu tritt, daß im Rahmen der anzurechnenden Einkünfte – divergierend von insolvenzrechtlichen Fragestellungen – auch beispielsweise Naturalbezüge und auch in besonderen Fällen das Einkommen des Ehe- oder Lebenspartners mitberücksichtigt werden können.³⁴ Macht der Beschuldigte zudem keine, unzureichende oder unzutreffende Angaben über seine finanziellen Verhältnisse, können die Grundlagen für die Bemessung eines Tagessatzes geschätzt werden (§ 40 Abs. 3 StGB). Vor diesem Hintergrund liegt es deshalb auf der Hand, daß Fallgestaltungen auftreten, bei denen hinsichtlich der Bemessung der Geldstrafe Tagessatzhöhen bestimmt werden, die wiederum durch den Insolvenzverwalter anfechtbar wären. Folgte man der Auffassung des *BGH*, würde sich somit automatisch auch die Frage stellen, ob der Leitzatz des *BGH* deshalb auch konsequenterweise auf die Geldstrafe angewandt werden müßte, nachdem analog zur Verfahrenseinstellung die Verhängung von Geldstrafen dann zu unterbleiben hätte, wenn sie die Gläubiger des Angeschuldigten benachteiligt.

Das dabei herauskommende Ergebnis erscheint aber inakzeptabel. Falls in solchen Fällen keine Geldstrafe mehr verhängt werden dürfte, würde dies bedeuten, daß man ein Strafzumessungsergebnis entweder unterhalb oder oberhalb der Geldstrafe als Ersatzlösung finden müßte. Die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB) käme nicht in Betracht, weil hierfür Voraussetzung wäre, daß eine *uneinbringliche* Geldstrafe vorläge. Dies ist aber nicht der Fall. Es müßte folglich entweder alternativ in irgendeiner Form von Strafe abgesehen werden bzw. das Verfahren wäre einzustellen (natürlich nicht im Wege der Einstellung gem. § 153 a StPO durch Zahlung an die Staatskasse!) oder aber eine Freiheitsstrafe wäre zu verhängen, obwohl entsprechend der Strafrechtsnormen eigentlich eine Geldstrafe (wie etwa nach § 47 StGB) angezeigt wäre. Dies wiederum würde dazu führen, daß der Schutz des Massegläubigers den gesetzlichen Grundsätzen der Strafzumessung (§§ 46 ff. StGB) vorginge. Dies kann aber nicht das richtige Ergebnis sein. Ob es deshalb tatsächlich richtig ist, den Massegläubiger im Rahmen des Strafverfahrens über ein an Gericht und Staatsanwaltschaft adressiertes Handlungsverbot besser zu schützen als andere private Anspruchsberechtigte, erscheint sowohl aus rechtlichen als auch aus praktischen Gründen zweifelhaft.

III. Verfahrenseinstellung durch Zahlung an eine gemeinnützige Einrichtung und Zahlung durch Dritte

Der Entscheidung des *BGH* lag die Konstellation zugrunde, daß eine Zahlung zur Aufgabenerfüllung an die Staatskasse zu leisten war und sich der Beschuldigte selbst darum bemühte, diese Zahlung zu leisten. Damit hatte sich der *BGH* mit zwei Sachverhaltsvarianten *nicht* auseinanderzusetzen, die im Rahmen der Aufgabenerfüllung relativ häufig vorliegen und deshalb hier auch angesprochen werden sollen. Zum einen geht es um die Aufgabenerfüllung durch Zahlung nicht an die Staatskasse, sondern eine gemeinnützige Einrichtung, zum anderen geht es um die Fälle, in denen nicht durch den Beschuldigten selbst, sondern einen Dritten, die Aufgabenzahlung erfolgt.

1. Zahlung an eine gemeinnützige Einrichtung

Wird die Aufgabenzahlung an eine gemeinnützige Einrichtung geleistet, so ist ein genauerer Blick auf § 133 InsO erforderlich, um zu überprüfen, ob dennoch hier die gleichen Anfechtungsvoraussetzungen wie bei einer Zahlung an die Staatskasse vorliegen. Hintergrund ist, daß gem. § 133 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung anfechtbar ist, wenn »der andere Teil« zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Die sich stellende Frage ist demnach, was unter dem »anderen Teil« im Sinne der Norm zu verstehen ist. Bleibt es dabei, daß hierunter trotz Leistung an die gemeinnützige Einrichtung Gericht oder Staatsanwaltschaft zu verstehen wären, so besteht kein Unterschied zu dem zuvor Erörterten. Ist unter dem »anderen

Teil« hingegen die gemeinnützige Einrichtung selbst zu verstehen, so wird in den seltensten Fällen der Anfechtungsgrund des § 133 InsO vorliegen. Denn die gemeinnützige Einrichtung verfügt im Regelfall über keinerlei Aktenkenntnis und wird erst durch ein Ankündigungsschreiben über eine bevorstehende Aufgabenzahlung oder die Tatsache der Zahlung selbst erfahren, daß eine Geldzahlung im Hinblick auf § 153 a StPO erfolgt. Eine tatsächlich bestehende oder vermutete Kenntnis wird auf Seiten der gemeinnützigen Einrichtung deshalb regelmäßig nicht vorliegen.

Die sich damit stellende entscheidende Frage, was unter dem »anderen Teil« zu verstehen ist, beantwortet das Insolvenzrecht. Gemeint ist der Anfechtungsgegner der anfechtbaren Handlung. Und dies ist wiederum derjenige, der unmittelbar einen Vorteil aus der Handlung erlangt hat, den deshalb Rückgewährverpflichtungen treffen (§ 143 InsO) und dem daraus dann wiederum neue Ansprüche erwachsen (§ 144 InsO). Damit ist aber als Anfechtungsgegner (»anderer Teil«) die gemeinnützige Einrichtung anzusehen und nicht Gericht oder Staatsanwaltschaft mit der Folge, daß hier ein Anfechtungsbestand gem. § 133 InsO grundsätzlich nicht vorliegt. Nur am Rande sei zusätzlich darauf hingewiesen, daß auch die Anfechtungsmöglichkeit gem. § 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO ausscheidet, nachdem eine Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger möglich ist, wenn dem Rechtsnachfolger das erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist. Dies scheidet bereits daran, daß die gemeinnützige Einrichtung nicht Rechtsnachfolger von Staatsanwaltschaft und Gericht ist.

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß eine Anfechtungsmöglichkeit für den Insolvenzverwalter dann nicht besteht, wenn eine Aufgabenzahlung an eine gemeinnützige Einrichtung zu erfolgen und diese – was regelmäßig der Fall ist – keinerlei Kenntnisse über das Leistungsvermögen des Beschuldigten hat.

2. Zahlung durch Dritte

Eine weitere Frage im Hinblick auf die Anfechtungsgefährdung einer Aufgabenzahlung kann dann auftreten, wenn die Aufgabenzahlung nicht durch den Beschuldigten selbst erfolgt, sondern durch einen Dritten. Daß eine solche Zahlung zulässig ist, dürfte zwischenzeitlich nahezu unbestritten sein; selbst die Bezahlung einer Geldstrafe, also einer Maßnahme, die im Vergleich zu § 153 a StPO Sanktionscharakter aufweist, wird nach der Rechtsprechung und der h. M. in der Literatur als zulässig und nicht vollstreckungsvereitelnd angesehen.³⁵

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Zahlung durch Dritte klärt aber natürlich noch nicht die insolvenzrechtliche Beurteilung der Zahlung. Hier kommt es vielmehr für die Beurteilung der Frage, ob eine gem. § 129 InsO anfechtbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt, auf den Hintergrund der Zahlung an. Insofern ist bei der Zahlung des Schuldners (und Beschuldigten) durch Einschaltung eines Dritten zwischen der Anweisung auf Schuld und der Anweisung auf Kredit zu unterscheiden. Im ersten Fall tilgt der Angewiesene mit der Zahlung an den Empfänger eine eigene, gegenüber dem Anweisenden bestehende Verbindlichkeit. Demgegenüber nimmt der Angewiesene im zweiten Fall die Zahlung an den Empfänger ohne eine Verpflichtung gegenüber dem Anweisenden vor, so daß er infolge der Zahlung zum Gläubiger des Anweisenden wird.³⁶ Daraus ergeben sich dann auch die weiteren Konsequenzen. Bei einer Anweisung auf Schuld verliert der Schuldner mit der Zahlung an den Dritten seine Forderung gegen den Angewiesenen. Dies führt deshalb auch zu einer (anfechtbaren) Gläubigerbenachteiligung. Wird die Zahlung des Dritten hingegen auf Kredit vorgenommen, scheidet eine Gläubigerbenachteiligung

34 *Fischer-StGB* (Fn. 33), § 40 Rn. 7 (9) m. w. N.

35 BGHSt 37, 226 = StV 1991, 46; *Fischer-StGB* (Fn. 33), § 258 Rn. 32 m. w. N.

36 BGH, StV 2010, 554 (in diesem Heft) m. w. N.

grundsätzlich aus, weil es durch die Zahlung lediglich zu einem Gläubigerwechsel in der Person des Angewiesenen kommt. Die Belastung der Masse mit dem Rücktrittsanspruch des Angewiesenen wird hier durch die Befreiung von der Schuld des Zahlungsempfängers ausgeglichen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Kredit für den Schuldner belastender ist als die mit seiner Hilfe getilgte Schuld, etwa weil er nur gegen Sicherheiten gewährt wurde.³⁷ Als Ergebnis ist also auch hier festzuhalten, daß die Zahlung von Dritten zur Erfüllung einer Auflage gem. § 153 a StPO (gleich ob Sie an die Staatskasse oder an eine gemeinnützige Einrichtung erfolgt), dann keine insolvenzrechtlich anfechtbare Gläubigerbenachteiligung darstellen kann, wenn der Dritte sie auf Kredit vornimmt.

Eine in diesem Zusammenhang sich stellende praktische Frage wird allerdings sein, inwieweit Staatsanwaltschaften dazu bereit sind, Einstellungsentscheidungen zu fördern, wenn von vornherein die klare Aussage im Raum steht, daß die Geldauflage durch Dritte geleistet werden wird.

C. Sonderprobleme

Kollisionen mit dem Insolvenzrecht sind jedoch auch noch in anderen strafrechtlich relevanten Bereichen neben der Geldauflage gem. § 153 a StPO denkbar. In einem Ausblick soll daher noch untersucht werden, was für Geldstrafe, Bußgeld und Steuernachrichtigung im Fall der steuerrechtlichen Selbstanzeige gilt, wenn der Insolvenzverwalter vor diesen Hintergründen geleistete Zahlungen anfechten will.

I. Was gilt für Geldstrafen?

Für die Geldstrafe könnten sich im Hinblick auf die bereits erwähnte Regelung des § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO im Verhältnis zu dem für die Geldauflage gefundenen Ergebnis Besonderheiten ergeben, da die Geldstrafe im Insolvenzverfahren erkennbar eine Sonderstellung genießt. § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO regelt, daß unter anderem die Geldstrafe im Rang hinter den übrigen Forderungen der weiteren Gläubiger steht. Hintergrund dieser Regelung ist der pönale Charakter der Geldstrafe.³⁸ Denn eine gleichrangige Berücksichtigung der Geldstrafe neben den weiteren Forderungen führte dazu, daß die Geldstrafe im Insolvenzfall nicht mehr den Insolvenzschuldner, sondern die Gläubigergemeinschaft durch eine Verringerung der Insolvenzquote trafe.³⁹ Diese Regelung sichert also zusammen mit § 225 Abs. 3 InsO sowie § 302 Nr. 2 InsO den personalen Charakter der Geldstrafe, indem beide Normen Sorge dafür tragen, daß die Strafe tatsächlich den Verurteilten trifft, sich dieser ihr nicht durch ein Insolvenzverfahren entziehen kann.⁴⁰ Dennoch ist die Geldstrafe trotz dieser klaren gesetzgeberischen Intention ein Vermögensanspruch im Sinne der Insolvenzordnung. Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, daß sie ausdrücklich in § 39 Abs. 1 InsO erwähnt wird. Im Insolvenzverfahren ist die Geldstrafe mithin ein vermögensrechtlicher Anspruch mit personalem (Straf-)Charakter.⁴¹

1. Insolvenzzrechtliche Anfechtungsmöglichkeiten der Geldstrafe

Die insolvenzzrechtlichen Anfechtungsmöglichkeiten und Rechtsfolgen bestimmen sich auch bei einer Geldstrafe grundsätzlich nach §§ 129 Abs. 1, 143 Abs. 1 InsO. Das, was durch eine anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben worden ist, muß deshalb zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden.

Nicht hiervon erfaßt werden Zahlungen, die zur Erfüllung und Erledigung einer Geldstrafe von dritter Seite geleistet worden sind,⁴² da es an der nach § 129 Abs. 1 InsO bei Anfechtungsansprüchen immer geforderten Gläubigerbenachteiligung fehlt. Denn relevant im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung kann dabei nur sein, daß sich das der Gläubigergesamtheit als Haftungssubstrat zur Verfügung stehende Vermögen faktisch verringert hat.⁴³

Die Zahlung einer Geldstrafe ist deshalb als Anspruch ohne weiteres durch den Insolvenzverwalter bei Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen anfechtbar.

2. Folgen der insolvenzzrechtlichen Anfechtung

Strafvollstreckungsrechtlich weist die erfolgreiche Anfechtung der Geldstrafenzahlung durch den Insolvenzverwalter naturgemäß Probleme auf. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Geldstrafe dann dennoch als vollstreckt gilt oder nicht. StPO und auch JBeitrO schweigen dazu.

a) Insolvenzzrechtlich

Nach insolvenzzrechtlichen Grundsätzen könnte die Geldstrafe noch einmal eingefordert werden. Denn nach § 143 Abs. 1 InsO ist das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurde, an die Insolvenzmasse zurückzugewähren. Gewährt der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Erlangte tatsächlich zurück, so lebt seine ursprüngliche Forderung wieder auf und kann wiederum als Insolvenzforderung geltend gemacht werden, § 144 InsO.⁴⁴

b) Strafrechtlich

Dieser insolvenzzrechtliche Ansatz greift im Strafrecht jedoch zu kurz, weil dem persönlichen Strafcharakter der Forderung hierbei nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Schließlich hat der Verurteilte bereits einmal die gegen ihn verhängte Geldstrafe bezahlt. Ihm die Geldstrafe dann noch einmal aufzuerlegen oder sogar eine Ersatzfreiheitsstrafe zu vollstrecken, liefe dem Doppelbestrafungsverbot zuwider und wäre nicht sachgerecht. Die Lösung könnte einer analogen Anwendung von § 459 e Abs. 4 StPO zu entnehmen sein. Nach dieser Vorschrift darf im Falle der Nichtzahlung einer Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe dann nicht vollstreckt werden, »soweit die Geldstrafe entrichtet oder beigetrieben wird (. . .)«. Durch Zahlung entsteht also ex nunc ein Vollstreckungshindernis.⁴⁵ Dieses muß dann aber auch für den Fall gelten, daß eine bereits entrichtete Geldstrafe insolvenzzrechtlich zurückgefordert wird. Die Geldstrafe wurde schließlich entrichtet. Das Ergebnis erscheint richtig und sachgerecht.⁴⁶ Wegen des Doppelcharakters der Geldstrafe in Insolvenz- und Strafverfahren erscheinen auch die unterschiedlichen Auswirkungen in beiden Verfahrensarten hinnehmbar.

3. § 459 f StPO

Hiervon sind aber die Fälle zu unterscheiden, bei denen gegen den insolventen oder sich in Insolvenznähe befindlichen Beschuldigten eine Geldstrafe verhängt wird und sich der Beschuldigte im Hinblick auf seine finanzielle Situation und in Kenntnis der Anfechtbarkeit der Geldstrafenzahlung fragt, ob er sich in einem solchen Fall überhaupt um eine Zahlung bemühen solle. Denn grundsätzlich wird bei einer nicht einbringbaren Geldstrafe diese in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt, § 459 e StPO. Die Umwandlung einer nicht einbringbaren Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe kann gem. § 459 f StPO nur unterbleiben, wenn die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe für den Verurteilten eine unbillige Härte wäre. Dabei ist nach herrschender Auffassung⁴⁷

37 BGH, StV 2010, 554 (in diesem Heft) m. w. N.

38 BVerfG NZI 2006, 711.

39 MK-InsO/Ehricke (Fn. 25), § 39 Rn. 19.

40 Rinjes (Fn. 32), 336 (337).

41 Rinjes (Fn. 32), 336 (337).

42 Dies ist sowohl bei Geldauflage als auch Geldstrafe grundsätzlich möglich, soweit nicht anderweitige rechtliche Vorschriften dem entgegenstehen. In diesen Fällen liegt bereits keine Verringerung der Insolvenzmasse vor. Gleiches gilt im übrigen auch dann, wenn der Verurteilte (Schuldner) die Zahlung auf die Geldstrafe aus seinem unpfändbaren Vermögen bestritten hätte.

43 Rinjes (Fn. 32), 336 (337).

44 FK-InsO/Dauernheim (Fn. 14), § 144 Rn. 3; vgl. hierzu auch oben sub. B.I.1.

45 Meyer-Goßner (Fn. 6), § 459 e Rn. 5.

46 So zu Recht auch Rinjes (Fn. 32), 336 (338); a. A. Bitmann wistra 2009, 15; hierauf wiederum Rinjes wistra 2009, 16.

47 Meyer-Goßner (Fn. 6), § 459 f Rn. 2 m. w. N.

das Tatbestandsmerkmal der »unbilligen Härte« restriktiv ausulegen. Es reicht nicht aus, daß der Betroffene insolvent ist oder unverschuldet vermögenslos geworden ist.⁴⁸ Die Vollstreckung muß geradezu als ungerecht erscheinen.⁴⁹ Es ist deshalb durchaus möglich, auch bei Insolvenz des Beschuldigten die uneinbringliche Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe umzuwandeln.⁵⁰

II. Was gilt für Bußgelder?

Geldstrafe und Bußgeld erscheinen auf den ersten Blick vergleichbar. Da aber das Verhältnis von Geldstrafe zu Ersatzfreiheitsstrafe im Strafrecht grundsätzlich anders zu sehen ist als das Verhältnis von Bußgeld zu Erzwingungshaft im Ordnungswidrigkeitenverfahren, können die für die Geldstrafe im Strafverfahren dargestellten Grundsätze nicht identisch in das Bußgeldverfahren übernommen werden.

1. § 96 OWiG

Gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 OWiG kann das Gericht nach Fristablauf auf Antrag der Vollstreckungsbehörde oder, wenn ihm selbst die Vollstreckung obliegt, von Amts wegen Erzwingungshaft anordnen, wenn eine Geldbuße nicht gezahlt wird und der Betroffene seine Zahlungsunfähigkeit nicht dargetan hat. Im Ordnungswidrigkeitenverfahren stellt sich bereits die Frage der Zahlungsunfähigkeit anders dar,⁵¹ denn § 96 OWiG knüpft an eine andere Zahlungsunfähigkeit als § 17 InsO an.⁵² § 96 OWiG stellt durch seinen Verweis auf § 66 Abs. 2 Nr. 2 b OWiG auf die »Unzumutbarkeit der Zahlung« ab, wofür die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen unter Würdigung der gesamten Einkommens- und Vermögensverhältnisse und der in diesem Zusammenhang relevanten Lebensumstände entscheidend sind.⁵³ Maßgebend für die Verhängung von Erzwingungshaft anstelle eines Bußgeldes ist deshalb bereits der Umstand, daß der Betroffene nur über das Existenzminimum verfügt.⁵⁴

2. Folgen der Nichtbezahlung des Bußgeldes

Damit stellt sich zwangsläufig die Frage, wie zu verfahren ist, wenn dieses Bußgeld nicht bezahlt wird. Die Frage berührt die Rechtsnatur der Erzwingungshaft nach § 96 Abs. 1 OWiG. Hierbei zeigt sich, daß die Erzwingungshaft nicht mit der Ersatzfreiheitsstrafe des § 43 StGB vergleichbar ist, die kein Beugemittel, sondern eine Strafe darstellt.⁵⁵ Hingegen stellt die Anordnung der Erzwingungshaft ein Beugemittel ohne Strafcharakter dar, das der Vollstreckung der rechtskräftig verhängten Geldbuße dient.⁵⁶ Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesystematik, da § 96 OWiG im Neunten Abschnitt »Vollstreckung der Bußgeldentscheidungen« steht. Die Erzwingungshaft soll den Betroffenen nachdrücklich dazu anhalten, entweder die rechtskräftig festgesetzte Geldbuße zu zahlen oder der Vollstreckungsbehörde seine Zahlungsunfähigkeit darzutun.⁵⁷ Damit ist die Erzwingungshaft eine die Vollstreckung vorbereitende Maßnahme.⁵⁸ Dies führt aber nun wiederum zurück zur Insolvenzzordnung. Nach § 89 InsO besteht ein Vollstreckungsverbot während des Insolvenzverfahrens.⁵⁹ Diese Rechtslage ruft aufgrund der bestehenden Inkompatibilitäten der verschiedenen Gesetze jedoch teilweise Wertungswidersprüche hervor. So kann, wenn der Sozialhilfeempfänger seinen Bußgeldbescheid nicht zahlt, gegen ihn Erzwingungshaft angeordnet werden. Zahlt hingegen der Insolvenzschuldner seinen Bußgeldbescheid nicht, ist die Anordnung der Erzwingungshaft unzulässig.

Unbeschadet der Zahlungsverpflichtung kann daher bei Vorliegen von Anfechtungstatbeständen der Insolvenzverwalter die Anfechtung der Zahlung zugunsten der Masse betreiben. Das Bußgeld gilt dann aber dennoch als bezahlt.

III. Was gilt für die Steuernachrichtigung im Fall der steuerrechtlichen Selbstanzeige?

Schließlich ist noch zuletzt darauf einzugehen, wie sich die Anfechtung der Steuernachrichtigung durch den Insolvenz-

verwalter auf die strafbefreiende Selbstanzeige im Steuerrecht auswirkt. Denn auch die Nachrichtigung der hinterzogenen Steuer führt letztlich zu einer Verfahrensbeendigung.⁶⁰

1. Voraussetzungen

Voraussetzung der strafbefreienden Wirkung einer Selbstanzeige im Steuerstrafverfahren ist im Falle einer bereits eingetretenen Steuerverkürzung oder eines bereits erlangten Steuervorteils insbesondere, daß die hinterzogenen Steuern nachentrichtet werden, § 371 Abs. 1 und 3 AO. Rechtlich erwirbt der Täter also bis zur Zahlung dieses Betrages nur eine »Anwartschaft auf Straffreiheit«.⁶¹ Solange die durch das Finanzamt zur Begleichung der verkürzten Steuern gesetzte Frist⁶² läuft und der Täter die Anwartschaft auf Verlangen der Straffreiheit hat, stellt die wirksam abgegebene Selbstanzeige ein formelles Verfahrenshindernis dar.⁶³ Werden sodann innerhalb der Frist die Steuern nachentrichtet, liegt ein persönlicher Aufhebungsgrund vor. Der Täter erlangt Straffreiheit.⁶⁴ Zahlt der Täter hingegen nicht innerhalb der angemessenen Frist, liegt eine vergebliche Selbstanzeige vor, die allenfalls im Rahmen der Strafzumessung strafmildernd berücksichtigt werden kann. Das finanzielle Risiko der Zahlungsunfähigkeit und der mißglückten Selbstanzeige liegt dabei allein beim Anzeigerstatter.

2. Insolvenzrechtliche Probleme bei der Selbstanzeige

Im Steuerrecht ergeben sich aus der Natur des Verfahrens einige Unterschiede zum Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren. So wird in dem Fall, in dem ein insolventer oder kurz vor der Insolvenz stehender Steuerpflichtiger die Nachzahlung entrichtet, regelmäßig bereits der Anfechtungsgrund der vorsätzlichen Benachteiligung gem. § 133 InsO gegeben sein. Denn nicht nur der steuerpflichtige Schuldner wird in einem solchen Fall vorsätzlich handeln, sondern auch die erforderliche Kenntnis der Finanzbehörde als »anderem Teil« gem. § 133 Abs. 1 S. 2 InsO wird im Zweifel vorliegen.

48 Vgl. OLG Düsseldorf MDR 1985, 76.

49 Meyer-Göfner (Fn. 6), § 459 f Rn. 2 m. w. N.

50 LG Osnabrück ZInsO 2007, 111. Entscheidender Gesichtspunkt ist allerdings hierbei, dass es sich bei der Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe nicht um ein Zwangsmittel zur Beitreibung der Geldstrafe, sondern eine Umwandlung der Strafe und folglich um eine Strafe handelt, die zeitnah vollstreckt werden soll (vgl. Schönke/Schröder/Stree, 27. Aufl., § 43 Rn. 2; vgl. zum Ganzen auch BVerfG NJW 2006, 3626).

51 Allgemein zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht: Arens wistra 2007, 450 und Natale/Bader wistra 2008, 413.

52 So auch das LG Potsdam wistra 2006, 475. Nach § 17 Abs. 2 InsO hingegen ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.

53 KK-OWiG/Mitsch, 3. Aufl. 2006, § 96 Rn. 12.

54 Einzelheiten bei BGH wistra 2005, 432. Demgegenüber liegt der dem Insolvenzschuldner zu belassende Pfändungsfreibetrag weit über dem Existenzminimum, so daß auch Empfängern von Sozialleistungen grundsätzlich noch Zahlungen abverlangt werden können (vgl. Klaproth wistra 2008, 174 [176]). Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass auch noch gegen einen insolventen Betroffenen ein Bußgeld verhängt werden kann.

55 S. o. sub C.I.3.

56 KK-OWiG/Mitsch (Fn. 53), § 96 Rn. 1.

57 KK-OWiG/Mitsch (Fn. 53), § 96 Rn. 1.

58 Klaproth (Fn. 54), 174 (177).

59 A. A. LG Berlin NJW 2007, 1541. Diese ergebnisorientierte Ansicht überzeugt jedoch nicht, denn der Gesetzgeber hat die Geldbuße bei Inkrafttreten der InsO als Geldforderung gesehen und ihre insolvenzrechtliche Berücksichtigung geregelt. Eine Vergleichbarkeit mit anderen finanziellen Pflichten besteht daher nicht.

60 Zu beachten ist, dass ein eröffnetes Insolvenzverfahren nicht zur Unterbrechung eines laufenden Steuerstrafverfahrens führt. Vielmehr kann ein solches auch während der Insolvenz eingeleitet werden, denn durch die Insolvenz wird ein (steuer-) strafrechtlicher Vorwurf nicht berührt (vgl. Klaproth wistra 2008, 174).

61 Joecks in Franzen/Gast/Joecks, Rn. 96 zu § 371 AO.

62 Zur Frist nach § 371 Abs. 3 AO: LG Koblenz StV 1987, 494.

63 OLG Karlsruhe StV 2007, 469.

64 Vgl. BGH StV 1999, 27.

a) Barzahlung

Ist in diesen Fällen trotz erfolgreicher Anfechtung durch den Insolvenzverwalter die strafbefreiende Wirkung der Selbstanzeige nun eingetreten oder nicht? Ein Wiederaufleben der Strafbarkeit würde voraussetzen, daß es sich bei der Zahlung auf die Selbstanzeige und der damit eingetretenen Strafaufhebung um ein nachträglich beseitigungsfähiges Prozeßhindernis handelt. Die unmittelbare Wirkung von Selbstanzeige und erfolgter Nachentrichtung der Steuern ist aber gerade die endgültige Aufhebung der Strafbarkeit.⁶⁵ Weil es sich um objektive Strafbarkeitsvoraussetzungen handelt, ist insofern auch ohne Belang, ob die Zahlung des Steuerpflichtigen bereits in dem Wissen oder mit der Vermutung erfolgt, daß der Insolvenzverwalter später die Zahlung anfechten wird.

b) Lastschrift

Voraussetzung wäre allerdings eine »Entrichtung« der Steuern innerhalb einer angemessenen Frist im Sinne des § 371 Abs. 3 AO. Würde also der innerhalb der Frist zu zahlende Betrag etwa im Wege des Lastschriftverfahrens vom Konto des Täters eingezogen und später erfolgreich vom Insolvenzverwalter widerrufen, so käme es auf den Zeitpunkt des Widerrufs an. Denn die Zahlung im Lastschriftverfahren ist erst dann endgültig wirksam, wenn ihr der Schuldner zugestimmt hat. Dies ist wiederum nach § 7 Abs. 3 der AGB-Banken erst dann der Fall, wenn seit Rechnungslegung sechs Wochen vergangen sind. Bis zu diesem Zeitpunkt könnte der Insolvenzverwalter dem Lastschritteinzug also ohne nähere Begründung widersprechen.⁶⁶ Sollte innerhalb dieses Zeitraums ein Widerruf der Lastschrift erfolgen, hätte der Steuerpflichtige im Rechtssinne nichts entrichtet. Das Risiko des Widerrufs ginge in diesem Fall zu Lasten des Täters, die Wirkung der strafbefreienden Selbstanzeige würde deshalb nicht eintreten.

c) Zahlung durch Dritte

Voraussetzung einer Anfechtung gem. § 129 InsO ist jedoch eine Gläubigerbenachteiligung.⁶⁷ Bei Zahlung durch einen Dritten ist daher die Intention des Dritten maßgeblich. Zahlt er aus persönlichen Gründen, insbesondere um den Täter vor Sanktionen zu beschützen, mangelt es schon an einer für die Insolvenzanfechtung erforderlichen Gläubigerbenachteiligung. Denn ohne die im Raum stehende strafbare Steuerhinterziehung hätte der Dritte auch keine Zahlung geleistet.⁶⁸

D. Fazit

Die zivil- und strafvollstreckungsrechtliche Rückabwicklung fällt somit im Anschluß an die Anfechtung durch den In-

solvenzverwalter auseinander.⁶⁹ Ein solches Auseinanderfallen ist unserem Rechtssystem aber auch nicht vollkommen unbekannt, da beiden Rechtsgebieten unterschiedliche Zielsetzungen zugrunde liegen. Diesen bleiben beide Rechtssysteme für sich gesehen auch treu. Im Insolvenzverfahren wird den Gläubigerinteressen im Hinblick auf die Insolvenzmasse Rechnung getragen.⁷⁰ In der Strafvollstreckung liegt eine Zahlung des Schuldners vor, deren Wirkung trotz Anfechtung bestehen bleibt. Nur so wird eine Doppelbestrafung des Beschuldigten vermieden. Korrigiert wird lediglich die endgültige vermögensrechtliche Zuordnung des durch die anfechtbare Rechtsbehandlung Erlangten.⁷¹ Dem Beschuldigten entsteht daraus kein Nachteil. Ob sich diese Entscheidung auch auf die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften tatsächlich auswirken wird, bleibt abzuwarten. Es besteht aber durchaus Grund zu der Annahme, daß in den Fällen, in denen eine Insolvenz des Beschuldigten offensichtlich bereits gegeben ist oder kurz bevorsteht, mit einer restriktiveren Handhabung der Geldauflageneinstellung durch die Staatsanwaltschaften zu rechnen ist. Möglicherweise wird auch ein Anstieg alternativer Auflagen zu verzeichnen sein. Zu denken wäre dabei zum Beispiel an Ratenzahlungen aus dem pfändungsfreien Vermögen⁷² oder an gemeinnützige Leistungen (§ 153 a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StPO). Die Formulierung des § 153 a Abs. 1 S. 2 StPO (»insbesondere«) eröffnet dem Strafverteidiger auf jeden Fall Möglichkeiten, den Interessen seines Mandanten weiterhin gerecht zu werden, weil die in § 153 a StPO genannten Auflagen nicht abschließend sind. Denn über einen Gesichtspunkt sollte bei allen am Strafverfahren Beteiligten Konsens bestehen: Kollisionsprobleme zwischen Strafrecht und Insolvenzrecht können nicht dergestalt auf dem Rücken des Beschuldigten gelöst werden, daß diesem zu Gute kommende strafrechtliche Normen in ihrem gesetzgeberisch vorgesehenen Anwendungsbereich entweder eingeschränkt oder sogar in ihrer Anwendung faktisch reduziert werden.

65 So zu Recht *Klaproth* (Fn. 54), 174 (175).

66 *Klaproth* (Fn. 54), (174) 175.

67 Vgl. hierzu *Braun-InsO/de Bra*, 3. Aufl. 2007, § 129 Rn. 23 f.

68 Vgl. hierzu auch oben sub B.III.2.

69 So im Ergebnis auch *Rinjes* (Fn. 32), 336 (338).

70 *Dannecker/Knterim/Hagemeier*, Insolvenzstrafrecht, 2009, Rn. 215.

71 *Rinjes* (Fn. 32), 336 (338).

72 Zu beachten ist jedoch, daß die Höchstfrist für die Leistung von Geldbeträgen sechs Monate beträgt, so daß diese Möglichkeit wohl nur bei kleineren Beträgen in Betracht kommt (vgl. auch *Pfordte* in *Dölling/Duttge/Rössner* [Fn. 13], § 153 a Rn. 19).