

Stellungnahme
für die Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am 23. November 2016
zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung
(BT-Drs. 18/9525)

MR'in Dr. Ina Holznagel
Düsseldorf

I.
Vorbemerkung

Am 18. April 2012 hat sich im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen auf Einladung von Justizminister Thomas Kutschaty eine „Arbeitsgruppe zu Optimierung der Vermögensabschöpfung und der Finanzermittlungen in Nordrhein-Westfalen“ konstituiert. Siebzehn unabhängige Expertinnen und Experten aus der Richterschaft, der Staats- und Anwaltschaft sowie der Rechtspflegerschaft des Landes Nordrhein-Westfalen mit umfassender praktischer Erfahrung im Bereich Vermögensabschöpfung übernahmen die Aufgabe, unter der Federführung des Justizministeriums eine Bestandsaufnahme der Situation der Vermögensabschöpfung in Nordrhein-Westfalen vorzunehmen und konkrete Verbesserungsbedarfe zu beschreiben.

Die Unterzeichnerin gibt die nachfolgende Stellungnahme als Leiterin der „Arbeitsgruppe zu Optimierung der Vermögensabschöpfung und der Finanzermittlungen in Nordrhein-Westfalen“ ab. Mitglieder der Arbeitsgruppe haben sich sowohl mit dem (damaligen) Referentenentwurf als auch mit dem nunmehr vorliegenden Regierungsentwurf befasst. Sie begrüßen den Regelungsansatz der Bundesregierung, haben jedoch verschiedene **Bedenken im Hinblick auf die praktische Umsetzbarkeit** des Entwurfs im Detail.

II.
Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

In der Arbeitsgruppe besteht Einvernehmen, dass der Gesetzgeber eine sinnvolle Reform der Vermögensabschöpfung nur wird auf den Weg bringen können, wenn die Regelung des **§ 73 Absatz 1 Satz 2 StGB aufgibt**.

1. Das herkömmliche Konstrukt der Rückgewinnungshilfe verfolgt das Ziel, den durch die Straftat verletzten Personen die Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Restitutionsansprüche zu erleichtern. Deshalb darf - soweit den Verletzten aus der Tat Ansprüche erwachsen sind - zunächst nur eine Sicherstellung erfolgen. Der

Gesetzgeber wollte mit dem Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006 (BGBl. I 2006, Seite 2350) durch die Möglichkeit der Verlängerung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen in § 111i Absatz 3 StPO über den Zeitpunkt der Rechtskraft des Strafurteils hinaus dem Opferschutz weiteren Raum geben. Erst nach Ablauf der Frist kann nach § 111i Absatz 5 StPO ein endgültiger Rechtserwerb des Staates herbeigeführt werden, soweit die Verletzten von einer Befriedigung ihrer Ansprüche abgesehen haben.

Dieses Ziel des Gesetzgebers ist nicht erreicht worden und konnte auf dem seinerzeit beschrittenen Weg auch nicht erreicht werden. Bei der Vorschrift des § 111i Absatz 2 StPO handelt es sich nicht nur um eine verfahrensrechtliche Vorschrift, sondern um eine **materiell-rechtliche Regelung im Mantel des Verfahrensrechts**. Dies führt in der Praxis zu erheblichen Anwendungsschwierigkeiten des geltenden Rechts.

2. Zum einen ist der mit dem Auffangrechtserwerb des Fiskus verbundene **dauerhafte Ausschluss anderer Gläubiger** von der Möglichkeit zur Befriedigung trotz Titels und rangwahrender Vollstreckungsmaßnahmen (Ausfluss des Zusammenspiels von § 111g StPO und § 111i StPO) ein **Systembruch**, der in der Wertentscheidung des § 73 Absatz 1 Satz 2 StPO nicht angelegt ist. Dies führt zur Kollision des strafprozessualen Regelungsprogramms mit den Wertungen der Insolvenzordnung.

Zum anderen ist der Eintritt des staatlichen **Auffangrechtserwerbs** systemwidrig **von der Anordnung strafprozessualer Sicherungsmaßnahmen** vor der Rechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung **abhängig**. Der Auffangrechtserwerb erstreckt sich seinem Umfang nach lediglich auf die gesicherten Vermögenswerte, da mit der Verwertung der nach § 111i Absatz 5 Satz 1 StPO entstandene Zahlungsanspruch auch insoweit erlischt, als der Verwertungserlös hinter der Höhe des Anspruchs (im Sinne des § 111i Absatz 2 StPO) zurückbleibt (§ 111i Absatz 5 Satz 4 StPO). Der nach § 111i Absatz 3 StPO um drei Jahre verlängerte dingliche Arrest ist im Falle der Unterdeckung nur bis zur Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils weiter vollstreckbar. Auf Vermögenswerte, die danach ermittelt werden, kann nicht mehr durch die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht zugegriffen werden („Keine Nachvollstreckung“).

3. Hinzu kommt, dass das Sicherungs-, Verteilungs- und Auffangrechtsverfahren einen überbordenden **Verwaltungs-, Kommunikations- und Ermittlungsaufwand** mit sich bringt, der vertretbar kaum zu bewältigen ist. Strafkammern klagen über Verfahren, bei denen die Finanzsonderhefte einschließlich der Unterlagen zur Rückgewinnungshilfe eine größere Seitenzahl aufweisen als die ohnehin schon voluminösen Hauptakten. Regelmäßig sind die **Verletzten**, selbst wenn sie anwaltlich vertreten sind, mit dem Verfahren **heillos überfordert**. Nach wie vor werden Vollstreckungstitel an die Staatsanwaltschaft zugestellt, obwohl diese

nicht Drittschuldnerin ist. Nach den Erfahrungen der Mitglieder der Arbeitsgruppe stellen die wenigsten Gläubiger auf Anhieb einen zulässigen Antrag auf Zulassung nach § 111g StPO, was vor allem daran liegt, dass nicht nur der Titel vorzulegen, sondern auch der zugrunde liegende Sachverhalt darzulegen ist. Die Glaubhaftmachung der „Ansprüche aus der Tat“ bereitet selbst der Anwaltschaft immer wieder Schwierigkeiten. Wertvolle Zeit geht so verloren. Verletzte reagieren darauf mit **Unverständnis, Beschwerden** und mehr oder weniger ausgeprägten **Unmutsäußerungen**.

In den Fällen der Forderungspfändung verstehen Drittschuldner (insbesondere auch Banken) den Inhalt der Zulassungsbeschlüsse nicht. Die Grenzen des Zulassungsverfahrens treten endgültig dann zutage, wenn der Gerichtsvollzieher einen überschießenden Verwertungserlös hinterlegen müsste und zu diesem Zeitpunkt Vollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern anhängig sind, die nicht zugelassen wurden. Die Auszahlung an einen Gläubiger kann nur dann erfolgen, wenn alle anderen damit einverstanden sind.

4. Weitere praktische Probleme ergeben sich bei den im Wege der **Rechtshilfe** durchzuführenden Maßnahmen. Vielen Staaten sind Regelungen, die den hiesigen Vorgaben entsprechen, unbekannt. Weder wird zwischen Verfall und Einziehung unterschieden, noch gibt es das Institut der Rückgewinnungshilfe. Ausgehende Ersuchen, die sich an der deutschen Rechtslage orientieren, **stoßen im Ausland auf Unverständnis** und damit auf erhebliche faktische Umsetzungsschwierigkeiten. So ist in einem bei der Staatsanwaltschaft Bochum anhängigen Fußballwettskandalverfahren einem Rechtshilfeersuchen um Sicherstellung von Vermögenswerten im Wege der Rückgewinnungshilfe trotz des (hilfsweisen) Hinweises auf die Option des Auffangrechtserwerbes unter Verweis auf die angeblich fehlende „Beiderseitigkeit des Verfalls“ nicht entsprochen worden.

III.

Grundsätzliche Überlegungen zum Regelungsmodell

Die geplante Intensivierung der Vermögensabschöpfung ist mit Nachdruck zu unterstützen. Der effektive Entzug kriminell erlangter Erträge ist insbesondere für die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität von zentraler Bedeutung.

1. Der Gesetzentwurf wählt nunmehr einheitlich die Bezeichnung als „Einziehung von Taterträgen“ im Einklang mit der international gebräuchlichen Bezeichnung „confiscation“. Dies stellt **im internationalen Kontext** einen großen **Fortschritt** dar.
2. Weil die Änderungen sowohl das materielle als auch das prozessuale Recht der Vermögensabschöpfung umfassen, wird auch der oben geschilderte, grundsätzliche „Konstruktionsmangel“ des § 111i StPO beseitigt. Es kann zukünftig auch

dann abgeschöpft werden, wenn Schadenersatzansprüche von Verletzten denkbar sind. Deren **Ansprüche** sollen aber grundsätzlich erst **nach rechtskräftigem Abschluss** im Vollstreckungsverfahren **befriedigt** werden, soweit eine Sicherung erfolgen konnte. Lediglich Diebesgut soll gemäß § 111n Absatz 2 StPO-E dem Eigentümer möglichst zeitnah zurückgewährt werden.

Dies wird - entgegen einer vor allem von anwaltlicher Seite geäußerten Kritik (vgl. z.B. Stellungnahme Nr. 15/2016 der BRAK zum Referentenentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung) - in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle **nicht zu einer Verschlechterung der Position der Tatopfer** führen. Denn das derzeit von Geschädigten vielfach praktizierte zivilprozessrechtliche Arrestverfahren verschafft dem Gläubiger zwar schnell einen vorläufigen Titel, aus dem die Zwangsvollstreckung und deren Zulassung im Strafverfahren nach § 111g StPO betrieben werden kann. Der Gläubiger muss hierfür aber seinen Anspruch glaubhaft machen (§ 920 Absatz 2 ZPO). Gemäß der §§ 916 ff. ZPO sind an den Nachweis des Verfügungsgrundes, die Schlüssigkeit und die Glaubhaftmachung hohe Anforderungen gestellt. Die Vollstreckung führt im Anschluss auch nicht zu einer frühen Befriedigung, sondern lediglich zu einer Sicherung, denn ihre Folge ist nur die Beschlagnahme, nicht die Verwertung des Schuldnervermögens. Der Schuldner, dessen Vermögen ganz oder teilweise beschlagnahmt ist, kann außerdem geltend machen, dass die Voraussetzungen des Arrestes nicht vorgelegen hätten. Hervorzuheben ist weiter, dass er den Gläubiger dazu zwingen kann, seinen Anspruch kurzfristig im Erkenntnisverfahren geltend zu machen (§ 926 ZPO), um zu einer endgültigen Klärung zu kommen. Im Weiteren ist eine Anordnung des Arrests gegen Sicherheitsleistung vorgesehen (§ 921 ZPO), dies insbesondere auch dann, wenn Anspruch und Arrestgrund glaubhaft gemacht werden (§ 921 Satz 2 ZPO).

In großen Wirtschaftsstrafsachen dauern die Rückgewinnungsverfahren deshalb auch heute durchweg mehrere Jahre. Besonders problematisch werden sie, wenn die Verletzten nach Ablauf der Zugriffsfrist von drei Jahren nicht oder (noch schlimmer) nicht richtig auf die sichergestellten Vermögenswerte zugegriffen haben und dann der Auffangrechtserwerb des Staates festgestellt werden soll. Daher stellt der Umstand, dass die Entschädigung grundsätzlich im Strafvollstreckungsverfahren (§§ 459h ff. StPO-E) erfolgt, in der Mehrzahl der Fälle *de facto* keine Schlechterstellung dar, auch nicht in zeitlicher Hinsicht.

3. Der Entwurf eröffnet auf der anderen Seite der Verteidigung durch die neuen § 73e Absatz 1 StGB-E und § 459g Absatz 3 StPO-E, nach denen die Einziehung einerseits materiell ausgeschlossen ist und andererseits nicht mehr vollstreckt werden kann, soweit der Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat erwachsen ist, *erloschen* ist, eine **attraktive Möglichkeit zum Täter-Opfer-Ausgleich** bereits im Ermittlungsverfahren. Denn ein Schuldverhältnis erlischt nicht nur durch Leistung (§ 362 BGB), sondern auch durch (Teil)Erlassvertrag oder negatives (Teil)Schuldanerkenntnis (§ 397 BGB). Auch die Staatsanwaltschaft ist nicht da-

ran gehindert, auf einen frühzeitigen Schadensausgleich zwischen dem Tatverdächtigen und dem Verletzten hinzuwirken. Einigt sich der Beschuldigte mit den Geschädigten frühzeitig, erübrigen sich sämtliche weiteren strafprozessualen Maßnahmen. Leistet die Staatsanwaltschaft im Strafvollstreckungsverfahren, befreit dies den Täter oder Drittbegünstigten. Geht der Geschädigte unmittelbar gegen den Täter vor, stehen diesem wiederum Handlungs- und Ausgleichsansprüche gegen den Staat zu, die ihn vor einer doppelten Inanspruchnahme schützen (§ 459g Absatz 3 StPO-E). Dieses Regelungsgefüge deckt die unterschiedlichen Vollstreckungskonstellationen in ausreichendem Umfang und mit einem praktikablen Regelungsprogramm ab.

IV.

Das Insolvenzproblem

In der Praxis stellen sich die Fälle mit mehr als einem Geschädigten in der Regel als sogenannte Mangelfälle dar. In Ermittlungs- und Strafverfahren sind die sichergestellten Vermögenswerte zur Befriedigung aller Verletzter und erst Recht zur Befriedigung aller Gläubiger praktisch niemals auskömmlich. Für Mangelfälle sieht § 111i Absatz 2 StPO-E eine Ermächtigung der Staatsanwaltschaft vor, für die Verletzten Insolvenzantrag zu stellen, sobald der Wert der gesicherten Gegenstände nicht mehr ausreicht, um die Verletzten zu befriedigen, die ihre Ansprüche „ernsthaft einfordern“ (Seite 79 der Entw.Begr.). Gleiches gilt gemäß § 459h Absatz 2 Satz 2 StPO-E für das Vollstreckungsverfahren.

1. Der Wunsch nach einem **Insolvenzantragsrecht** ist in der Vergangenheit von staatsanwaltschaftlicher Seite namentlich für solche Fälle diskutiert worden, in denen die Insolvenz eines Unternehmens im Zuge von Betrugsermittlungen evident zu Tage tritt und gleichwohl ein Insolvenzantrag vom Beschuldigten nicht gestellt wird. Hier besteht neben der **Gefahr fortlaufender Insolvenzverschleppung** auch ein Risiko für weitere, nichtsahnende Personen, die in neue betrügerische Geschäfte verwickelt werden können. Es ist zu begrüßen, dass dem in Zukunft ein Riegel vorgeschoben werden kann.
2. Die angedachte insolvenzrechtliche Lösung führt auch dazu, dass es in Bezug auf den weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens auf eine rechtskräftige strafgerichtliche Entscheidung - sei es Verurteilung oder Freispruch bzw. eine andere Erledigungsart - nicht mehr ankommt. Diese „Zweispurigkeit“ des Verfahrens ist konsequent und wird das Strafverfahren von vielen, teilweise schwierigen Verteilungsfragen entlasten. Umstritten ist dem gegenüber die Frage, nach welchen Regeln und nach welchen dahinter liegenden Wertentscheidungen ein **gerechter Ausgleich widerstreitender Interessen im Mangelfall** erfolgen soll.

- a. Aus **strafrechtlicher Sicht** dient die Vermögensabschöpfung zuallererst dazu, den Ertrag der Straftat dem Vermögen des Täters endgültig zu entziehen, damit sich Straftaten nicht lohnen. Dies wird vollständig nur erreicht, wenn die Vermögensgegenstände *und* deren wirtschaftlicher Wert aus dem Tätervermögen zur Gänze entfernt werden und nicht etwa per Saldo im Gesamtvermögen des Täters verbleiben, weil sich der Täter mit Hilfe des deliktisch erlangten Vermögens von seinen Verbindlichkeiten befreien kann.
- b. Andererseits dient das Abschöpfungsverfahren selbstverständlich auch dem **Opferschutz**. Anders als Gläubiger, die aufgrund eines vertraglichen Austauschverhältnisses im bürgerlichen Rechtsverkehr „normale“ Ansprüche gegen den Täter erworben haben (z.B. Arbeitnehmer, Gewerbetreibende oder Handwerker), sind die Geschädigten - jedenfalls in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren - besonders schutzwürdig. Das geltende Recht privilegiert sie deshalb durch das Zulassungsverfahren des § 111g StPO auch dann, wenn nur Legalvermögen des Beschuldigten zum Zwecke der Rückgewinnungshilfe gesichert werden konnte (ebenso Stellungnahme Nr.: 30/2016 des DAV zum Referentenentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, Seite 27).
- c. **Fiskalische Interessen** berücksichtigt der § 324 Abgabenordnung (AO), der allerdings nach den Erfahrungen der Steuerverwaltung in der Praxis schwerfällig sein kann (vgl. dazu Ziffer 15 der BR-Drs. 418/16 - Beschluss). De lege lata bestehen zudem beträchtliche Unsicherheiten hinsichtlich der Zulässigkeit paralleler, strafprozessualer Rückgewinnungshilfemaßnahmen zugunsten des Fiskus. So haben die Landgerichte Berlin, Hamburg und Düsseldorf die Anordnung des dinglichen Arrestes nach § 111b Absatz 2 und 5, 111 d StPO für die Rückgewinnungshilfe zugunsten des Steuerfiskus im Grundsatz für möglich erachtet (NStZ 1991, 437f.; NStZ-RR 2004, 215f.; LG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Juli 2008 – 4 Qs 86/08 –, juris). Die Landgerichte Saarbrücken und Mannheim sprechen sich dagegen aus, wenn der Steuerfiskus zur Sicherung seiner Forderung von der ihm zustehenden Möglichkeit, selbst einen dinglichen Arrest nach § 324 AO zu erlassen, ohne erkennbaren Grund keinen Gebrauch gemacht hat (NStZ-RR 2008, 284 f.; StraFO 2007, 115). Eine einheitliche Rechtsprechung im Sinne eines Ausschlussverhältnisses von StPO- und AO-Arrest ist nicht erkennbar. Der Gesetzentwurf ist richtigerweise von dem Bestreben getragen, hier Klarheit zu schaffen.

Allerdings wird in reinen Steuerstrafverfahren, in denen die Finanzverwaltung tatsächlich wie rechtlich über die Möglichkeit verfügt, nach Abschluss der verdeckt geführten Ermittlungen entweder über einen Arrest nach § 324 AO oder über vorläufig vollstreckbare Steuerbescheide selbst gegen den Steuerschuldner vorzugehen, auch nach neuem Recht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit der Arrestvollzug gem. §§ 111b, 111e ff. StPO-E nicht in jedem Fall geboten sein.

- d. Der **Insolvenzordnung** sind Privilegierungsvorschriften mit Ausnahme der Aus- und Absonderungsrechte nach §§ 47, 49 InsO im Ausgangspunkt fremd. Das Insolvenzrecht wird vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (par conditio

creditorum) beherrscht. Durch die Rückschlagsperre (§ 88 InsO) und die Anfechtungsvorschriften (§§ 129 ff. InsO) soll ein Wettlauf der Vollstreckungsgläubiger gerade verhindert werden (vgl. dazu Ziffer 6 der BR-Drs. 418/16 - Beschluss). Eine Quotierung verspricht gegenüber dem "Windhundprinzip" auch eine deutlich größere Verteilungsgerechtigkeit. Nicht selten kommt es in der Praxis vor, dass einzelne oder sehr wenige Gläubiger, die wirtschaftlich potent und anwaltlich kompetent vertreten sind, mit wenigen Vollstreckungsmaßnahmen den gesamten Sicherstellungsbetrag erlangen, während über 90% der Geschädigten leer ausgehen. Die Verweisung auf den Zivilrechtsweg kommt für mit dem Justizwesen unerfahrene Opfer (vor allem ältere Menschen und Migranten) sachlich oft einer Justizverweigerung gleich. Auch die Benachteiligung von Geschädigten, deren Fälle nach § 154 StPO ausgeschieden wurden, kann nur vermieden werden, wenn diese nicht gehindert sind, ihre Forderungen gleichberechtigt zum Verteilungsverfahren anzumelden.

3. Im Ergebnis wird sich dies **Spannungsverhältnis widerstreitender Interessen** nicht vollständig störungsfrei auflösen lassen. Namentlich besteht kein zwingender Vorrang des Insolvenzverfahrens nach dem Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“ (Bittmann, KriPOZ 2016, Seite 120, 121), denn zur Rechtsordnung gehört gleichrangig neben der Insolvenzordnung auch das Strafprozessrecht. Der Gesetzentwurf versucht sich folglich an einer Berücksichtigung *aller* Interessen:
 - a. Anders als nach geltendem Recht in § 111d Absatz 1 Satz 2 StPO-E wird die **Beschlagnahme von inkriminiertem Vermögen** insolvenz- und anfechtungsfest ausgestaltet. Bereits im "Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten" (BT-Drs. 13/9742, Seite 19) war eine solche Insolvenzfestigkeit des mit der Beschlagnahme verbundenen relativen Verfügungsverbotese vorgesehen gewesen. Sichergestellt werden soll auf diese Weise, dass verlorene Vermögensgegenstände trotz Verlustes der dinglichen Berechtigung (z.B. bei Betrug) den Opfern zurückerstattet werden können, soweit sie bzw. ihre Surrogate noch unvermischt und separiert vom Legalvermögen des Betroffenen angetroffen werden. Dies ist in der Praxis nur selten der Fall. Die Zahl der Beschlagnahmen im Verhältnis zum Arrest liegt derzeit bei ca. 5 %. Gerade in diesen Fällen ist es aber schwierig, Geschädigten verständlich zu machen, dass sie „ihr Geld“ oder die ihnen abgeschwindelten Sachen nicht zurückerhalten sollen, obgleich die Polizei die Gegenstände doch unversehrt aufgefunden hat. Das gilt erst Recht, wenn sich der Betroffene selbst in die Insolvenz flüchtet, um sich zum Nachteil der besonders schutzbedürftigen Verletzten mit Hilfe der kriminell erlangten Profite noch (teilweise) von anderen Verbindlichkeiten zu befreien.

Dass aus insolvenzrechtlicher Sicht damit im Einzelfall die Gefahr einhergehen kann, dass einem Insolvenzverwalter bestimmte zur Fortführung und Sanierung eines Unternehmens notwendige Betriebsmittel (z.B. Maschinen) entzogen werden, ist zwar nicht zu bestreiten. Im Interesse des Opferschutzes nimmt der Entwurf diese Benachteiligung einer möglichen Insolvenzmasse hin.

- b. Erfolgt nach § 111f StPO-E hingegen die **Pfändung von Legalvermögen** aufgrund eines Arrestes nach § 111e StPO-E, bestimmt § 111i Absatz 1 StPO-E, dass mit dem Insolvenzbeschluss das Sicherungsrecht erlischt. Weil nach § 111h Absatz 2 StPO-E zukünftig weitere Zwangsvollstreckungen in Gegenstände, die aufgrund des strafprozessualen Arrestes gepfändet sind, nicht mehr zulässig sein sollen, entfällt der privilegierte Zugriff der Geschädigten auf das Legalvermögen. Ein solcher bestand bislang, soweit die Vollstreckungsmaßnahmen der Geschädigten nach insolvenzrechtlichen Vorschriften nicht unwirksam (Rückschlagsperre § 88 InsO) oder anfechtbar (§§ 129 ff. InsO) waren. In diesem Punkt wird der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung gegenüber dem geltenden Recht daher explizit gestärkt.
- c. Eine Ausnahme sieht der Entwurf für **fiskalische Interessen** vor. Insoweit bleibt es bei der derzeit bestehenden Möglichkeit des Steuerfiskus, nach § 324 AO ein eigenes Sicherungsrecht zu erwerben, das - vorbehaltlich einer Rückschlagsperre (§ 88 InsO) oder Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) - insolvenzfest werden kann (Seite 78 der Entw.Begr.). Je leichter und je häufiger der Steuerfiskus von dieser Möglichkeit Gebrauch machen kann, desto mehr verschiebt sich folglich die innere Balance des Systems zulasten der Geschädigten und Gläubiger hin zum Fiskus. Dies sollte bedacht werden, wenn über weitere Erleichterungen bei der Anwendung des § 324 AO nachgedacht wird (vgl. dazu Ziffer 15 der BR-Drs. 418/16 - Beschluss).
- d. Eine weitere Ausnahme sieht der Entwurf für Taten vor, die **ausschließlich zum Nachteil der Allgemeinheit** begangen werden, so dass niemand - auch nicht der Fiskus - Ansprüche auf Rückerstattung des Erlangten geltend machen kann. Auch für diese Fallgruppe können Sicherungsmaßnahmen - wiederum vorbehaltlich der Rückschlagsperre (§ 88 InsO) oder Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) - insolvenzfest werden. Diese Ausnahme wird einen beträchtlichen Anwendungsbereich insbesondere im Betäubungsmittelfreiwort haben. Sie beruht auf der vorgenannten Wertung, dass der Betroffene mit Erlösen aus derartigen Straftaten nicht private Schulden soll begleichen können und vermindert so auch den Anreiz für eine Flucht des Beschuldigten in die Insolvenz (Seite 78 der Entw.Begr.).

Insgesamt erscheint dieses System nachvollziehbar und ausbalanciert. Selbstverständlich könnte der Gesetzgeber es im Detail auch anders justieren - etwa zugunsten redlicher Gläubiger und der Insolvenzmasse bei BtM-Straftaten oder bezüglich der gesonderten Zugriffsmöglichkeiten des Fiskus. Dabei wäre aber zu bedenken, dass die für das Fiskusprivileg des § 111h Absatz 2 Satz 2 StPO-E angebrachte Begründung, der Fiskus könne auch heute schon schneller als andere Tatgeschädigten Zugriff nehmen (vgl. Seite 78 Entw.Begr.), letztlich auf *jeden* „starken“ Verletzten zutrifft, etwa auf Sozialversicherungsträger oder Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung. Deren faktische Privilegien will der Entwurf dem gegenüber explizit zurückschneiden. Wie auch immer sich der Gesetzgeber entscheidet - eine im Detail modi-

fizierte Abwägung der involvierten Interessen würde die Funktionsfähigkeit des gesetzlichen Gesamtsystems nicht grundsätzlich in Frage stellen.

V. Probleme der praktischen Umsetzung

Der Gesetzentwurf bietet aus staatsanwaltschaftlicher Sicht im Ausgangspunkt ein schlüssiges Regelungsprogramm, das zahlreiche Probleme und Schwachstellen des bisherigen Rechts vermeidet. Im Hinblick auf die praktische Umsetzung des Gesetzentwurfs stellen sich allerdings noch eine Vielzahl mehr oder weniger komplizierter Detailfragen. Der Gesetzgeber wird sie nicht alle entscheiden können.

Nur die **vier wichtigsten Umsetzungsprobleme** sollen deshalb im Folgenden angesprochen werden:

1. Für die Staatsanwaltschaften und die Gerichte ist der Erhalt von angemessenen **Ermessens- und Anwendungsspielräumen** unerlässlich, um das anspruchsvolle Regelungsprogramm effektiv umsetzen zu können. Daher ist zu begrüßen, dass der Entwurf in § 421 StPO-E eine praxisfreundliche Opportunitätsvorschrift vorsieht. Da die bisherigen Abschöpfungsdefizite in erster Linie auf das unzulängliche und viel zu komplexe materiellrechtliche und prozessuale Regelungsgefüge und nicht etwa auf eine unzureichende Sachbehandlung bzw. Motivation der Praktikerinnen und Praktiker bei den Staatsanwaltschaften und Gerichten zurückzuführen sind, ist zu erwarten, dass sich - von unter Resozialisierungsgesichtspunkten wünschenswerten Ausnahmen im Bereich von Elends- und Bagatellkriminalität - das Fallaufkommen bei den Staatsanwaltschaften merklich steigert.

Nicht ausreichend Vorsorge ist dann allerdings für die Fälle getroffen, in denen **zivilrechtliche Fragestellungen** die Anspruchsgeltendmachung der Geschädigten **überlagern**. Dem Entwurf liegt die Annahme zu Grunde, dass im Strafurteil sämtliche Feststellungen getroffen sind, die der Rechtspflegerin oder dem Rechtspfleger die Entscheidung über den angemeldeten Anspruch ermöglichen. Alle erforderlichen Feststellungen sollen - wie in der Entwurfsbegründung ausdrücklich angeführt - anhand der Sachakten getroffen werden. Das wird zwar in aller Regel möglich sein, ist aber bei Massenbetrugsverfahren und in Fällen der Rechtsnachfolge alles andere als zwingend. Hier können sich der Rechtspflegerin oder dem Rechtspfleger schwierige zivilrechtliche Fragen stellen. Zu denken ist an Verjährungsfragen ebenso wie an Forderungsabtretungen und Erbfälle. Auch Streitigkeiten über eine behauptete Schadenskompensation Zug-um-Zug gegen Erfüllung des Gegenanspruchs sind denkbar. Für derart strittige Fälle sollte deshalb eine Regelung erfolgen, die es dem Rechtspfleger ermöglicht, die Entscheidung zivilrechtlicher Streitfragen in berufene Hände zu legen. Dies kann in Gestalt einer Hinterlegung erfolgen oder in Gestalt der vom Bundesrat vorgeschlagenen Möglichkeit einer Fristsetzung zur Austragung des Prätendentenstreits im bürgerlichen Rechtsstreit (Ziffer 12 der BR-Drs. 418/16 - Beschluss).

Eine solche Ermessenvorschrift hätte zwar voraussichtlich nur einen kleinen praktischen Anwendungsbereich, würde aber maßgeblich dazu beitragen, die Akzeptanz der rechtspflegerischen Entscheidungen in diesen Streitfällen nachhaltig zu verbessern. Für die Geschädigten wäre damit kein wesentlicher Nachteil verbunden, denn die Entscheidung der Rechtspflegerin oder des Rechtspflegers im vereinfachten Verfahren erwächst weder in formelle noch in materielle Rechtskraft. In einem Folgeprozess stünde den Geschädigten der Einwand der „res iudicata“ ohnehin nicht zu.

Klarstellend könnte der Gesetzgeber bei dieser Gelegenheit eine missverständliche Formulierung in § 459m Absatz 1 StPO-E korrigieren. Nach dieser Vorschrift erfolgt die Auskehr auf Grundlage eines vollstreckbaren Endurteils im Sinne des § 704 der Zivilprozessordnung oder aufgrund eines anderen Vollstreckungstitels, „in dem festgestellt ist“, dass ihm der geltend gemachte Anspruch aus der Straftat erwachsen ist. Gemeint ist hier kein „Feststellungsurteil“, sondern vielmehr ein Urteil, aus dem sich *inhaltlich* ergibt, dass eine Anspruchsberechtigung besteht.

2. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass zukünftig aus dem Zusammenspiel der Vorschriften des § 73 Absatz 1 und § 73d Absatz 1 StGB-E das Taterlangte nach dem **Bruttoprinzip** in zwei Schritten zu bestimmen ist. Im ersten Schritt nach § 73 Absatz 1 StGB-E soll das Erlangte rein gegenständlich bestimmt werden. Erlangt sind danach alle Vermögenswerte, die in ihrer Gesamtheit in irgendeiner Phase des Tatablaufs den Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten zugeflossen sind. In einem zweiten Schritt soll über § 73d StGB-E, mit dem der Gesetzgeber die „Bedeutung des Rechtsgedankens des § 817 Satz 2 BGB stärken will“, eine Anrechnung von Täteraufwendungen ermöglicht werden. Allerdings soll das, was der Täter oder Teilnehmer willentlich oder bewusst für die Begehung einer Straftat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt hat, von der Anrechnung ausgenommen sein.

Von diesem im Wesentlichen aus der Rechtsprechung des 5. Strafsenats abgeleiteten Anrechnungsmodell (Seite 45 der Entw.Begr.) macht § 73d Absatz 1 StGB-E eine wichtige Ausnahme. Das Anrechnungsverbot soll nicht gelten, soweit die Aufwendung **in der Erfüllung einer rechtswirksamen schuldrechtlichen Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten** (scil. derselben Tat) bestand. Denn in diesem Fall investiere der Täter nicht in ein verbotenes Geschäft. Nicht abzugsfähig sind deshalb die Beschaffungskosten für verbotene Betäubungsmittelgeschäfte. Hingegen sei der Wert von Konfektionskleidung, die betrügerisch als Einzelanfertigung eines renommierten Designers verkauft werde, in Abzug zu bringen. Dies finde seine Begründung darin, dass der Vertragsschluss in diesem Fall zwar anfechtbar, aber nicht unwirksam sei (Seite 67 der Entw.Begr.). Diese Neuregelung wird in der Praxis **massive und sehr schädliche Auswirkungen für alle Betrugssachverhalte** entfalten.

- a. Die Berücksichtigung des Gegenwerts bei Austauschverträgen soll den betrügerisch handelnden Täter hinsichtlich der Konsequenzen seines Tuns wirtschaftlich risikolos stellen, damit der Abschöpfungsmaßnahme kein Sanktionscharakter zukommt. Dies erscheint schon im Ansatz übervorsichtig, hat doch das Bundesverfassungsgericht die Unbedenklichkeit der Bruttoabschöpfung beim Betrug bereits als verfassungsrechtlich unbedenklich bestätigt (BVerfG, Beschluss vom 14.01.2004, 2 BvR 564/95 - juris; ebenso Ziffer 2 der BR-Drs. 418/16 - Beschluss).
- b. Verhindert werden soll weiter, dass der betrogene Geschädigte, der aus welchen Gründen auch immer auf eine Anfechtung des Kaufvertrages *verzichtet*, zusätzlich die Rückerstattung des *gesamten* vom Betrüger erlangten Kaufpreises von der Rechtspflegerin oder dem Rechtspfleger erreichen kann. An den praktischen Bedürfnissen von Betrugsopfern geht diese Überlegung indessen vorbei. Wer einen großen Geldbetrag für ein Designerstück ausgegeben hat, will nicht stattdessen mit einem billigen Konfektionsanzug herumlaufen. Ebenso wenig möchte der Erwerber eines Gebrauchtwagens statt mit dem erhofften Jahreswagen mit einem tachomanipulierten Schrottfahrzeug umherfahren. Diese Geschädigten könnten nach dem Entwurf bei der Staatsanwaltschaft aber nur die Auskehrung des Betrugsschadens abzüglich des (ggf. aufwändig zu ermittelnden Wertes der Gegenleistung) erwarten. Den restlichen Schaden müssten sie einklagen - ein Ergebnis das den Bürgerinnen und Bürgern kaum begreiflich zu machen sein wird, wenn die Möglichkeit bestand, für sie den gesamten Schaden zu sichern und auszugleichen.
- c. Mit der Abzugspflicht nach § 73d Absatz 1 StGB-E setzt sich der Gesetzentwurf zudem in einen nicht aufzulösenden Wertungswiderspruch zu den Regeln, des Bereicherungsrechts. Den Betrüger trifft nämlich die verschärfte Haftung nach §§ 818 Absatz 3 und 4, 819 BGB. Er kann sich in Bezug auf den tatsächlichen Wert der verkauften Ware nicht auf Entreicherung berufen und trägt deshalb das Risiko des Untergangs im zeitlichen Rahmen des § 819 Satz 1 BGB, also seit Übergabe. Gerade das, worauf sich der Betrüger im Rahmen eines Zivilverfahrens nach §§ 818 Absatz 3 und 4, 819 BGB nicht berufen darf, wäre künftig kraft Gesetzes im Rahmen der Vermögensabschöpfung zu Gunsten des Straftäters „von Amts wegen“ zu berücksichtigen. Denn das geplante Abschöpfungsrecht hebt mit § 73d StGB-E die verschärfte Haftung nach §§ 818 Absatz 3 und 4, 819 BGB nicht nur aus, sondern es implementiert eine gesetzliche „**Saldierungspflicht**“ **zugunsten des arglistig handelnden Straftäters**.
- d. Die Einschränkung des Bruttoprinzips für Betrüger ist schließlich nach dem Entwurf auch nicht erforderlich, sieht dieser doch mit der Möglichkeit des Täter-Opfer-Ausgleichs ein angemessenes Verfahren zur Bewältigung auch besonderer Ausnahmekonstellationen vor. Falls der betrogene Autokäufer oder Modeliebhaber wider Erwarten Gefallen an dem Fahrzeug oder Anzug gefunden hat, kann er insoweit Quittung erteilen, sein Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten erlischt in Höhe des Wertes der Kaufgegenstandes und die Abschöpfung wird nach § 73e Absatz 1 StGB-E bzw. § 459g Absatz 3 StPO-E automatisch hinfällig.

3. Aus staatsanwaltschaftlich-praktischer Sicht ist besonders die Schließung verschiedener **Abschöpfungslücken** durch den Gesetzentwurf zu begrüßen.
- a. Dies betrifft zum einen die Möglichkeit der Abschöpfung im Falle der Verhandlungsunfähigkeit und die Abschöpfung bei Erben, Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmern im Falle des Todes des Beschuldigten. Insbesondere bei der zuletzt genannten Konstellation handelt sich keineswegs um bloße „Orchideenfälle“, sondern um ein in Betäubungsmittelstrafsachen praktisch relevantes Problem (vgl. dazu den Abschlussbericht der Gemeinsamen Arbeitsgruppe Justiz/Polizei - GAG - vom 12. April 2013, Seite 13f.).
 - b. Erfreulich ist auch die praxisgerechte Ausweitung des Anwendungsbereichs der **erweiterten Einziehung von Taterträgen** durch Anknüpfung an *jede* rechtswidrige Tat (§ 73a Absatz 1 StGB-E). Voraussetzung bleibt dabei in rechtsstaatlich klar konturierter Weise die Überzeugung des Gerichts von der deliktischen Herkunft des Abschöpfungsgegenstandes. Die Praktikabilität des Instituts der selbständigen **Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft**, unabhängig vom Nachweis einer konkreten rechtswidrigen Tat (§ 76a Absatz 4 StGB-E i.V.m. § 437 StPO-E) wird sich dem gegenüber in der Praxis erst einmal zu bewähren haben. Fehlt es am Nachweis auch nur einer einzigen Anlasstat, wird die Überzeugung von der deliktischen Herkunft von Vermögensgegenständen nur schwierig zu gewinnen sein, wenn nicht zumindest evidente Anhaltspunkte für eine „Verstrickung in kriminelle Aktivitäten“ (so der Wortlaut der Gesetzesbegründung; Seite 99) vorhanden sind. Da aber die Geldwäsche als Katalogtat aufgenommen ist, bestehen immerhin Möglichkeiten der Beweisführung. Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20. November 2015 (BGBl. I, Seite 2025) ist nämlich die sog. **Selbstgeldwäsche** unter Strafe gestellt worden. In Geldwäscheverdacht gerät auch die Person, die einen Gegenstand, den sie *selbst* aus einer rechtswidrigen Tat erlangt hat, in den Verkehr bringt, wenn sie dabei die rechtswidrige Herkunft des Gegenstandes zu verschleiern versucht. Damit ist die Verdachtsschöpfung deutlich erleichtert.
 - c. Durch die Beschränkung der Härteklausel auf die sogenannten Verschiebungs- und Vertretungsfälle in § 73e Absatz 2 StGB-E eröffnet der Entwurf nunmehr die Möglichkeit der **Nachvollstreckung**. Dies ist eine **überfällige Maßnahme**, die insbesondere in den Fällen Bedeutung erlangen wird, in denen verschleierte oder ins Ausland transferierte Erträge im Zuge des Ermittlungsverfahrens nicht mehr aufgefunden werden können. Allerdings bleibt der Gesetzentwurf bei der Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens leider hinter Erfordernissen der Praxis zurück. Straftäter agieren im Wirtschaftsleben anders, als eine am Wirtschaftsleben legal teilnehmende Partei. Gerade bei schadensintensiven Verfahren wird erhebliche kriminelle Energie darauf verwendet, das Taterlangte zu verschleiern. Die Vollstreckung der rechtskräftigen Einziehungsentscheidung soll dessen ungeachtet gemäß § 459g Absatz 1 StPO-E nach den vergleichsweise behäbigen Vorschriften der Justizbeitragsordnung (JBeitrO) erfolgen.

Dies bedeutet, dass sich im Vollstreckungsverfahren (Finanz-)Ermittlungen gem. § 457 Absatz 1 i.V.m. § 161 StPO grundsätzlich nur auf vorhandene oder verfügbare, mithin ohne Zwangsmaßnahmen zu gewinnende Informationen beziehen dürfen (zu den Einzelheiten vgl. Ziffer 9 der BR-Drs. 418/16 - Beschluss). Wenn nicht die Einziehungsentscheidungen auch in Zukunft im Vollstreckungsverfahren weitgehend „auf dem Papier stehen“ sollen, **bedarf es dringend eines wirksamen Ermittlungsinstrumentariums** zum Aufspüren von verstreckten Vermögenswerten. Neben der bereits vom Bundesrat angemahnten Möglichkeit der **Durchsuchung** nach § 102 StPO wäre auch an die Möglichkeit zu denken, eine nicht vollstreckte **Einziehungsanordnung** analog § 131a StPO zur Vollstreckung „**auszuschreiben**“. Bereits heute wird von den Staatsanwaltschaften vor der Freigabe von Vermögenswerten unklarer Herkunft gelegentlich der Versuch unternommen, durch einen „Rundruf“ - jeweils mit erheblichem Aufwand - festzustellen, ob irgendwo offene Forderungen des Justizfiskus eine Aufrechnung ermöglichen. Ein Ermittlungsinstrument zur Erleichterung dieser umständlichen „Umfragen“ wäre bei vergleichsweise geringer Eingriffstiefe für die Bürgerinnen und Bürger für die Praxis hilfreich und könnte zudem auch der Geldwäschekontrolle eine erhöhte Durchschlagskraft verschaffen.

4. Ein letztes, jedoch **zentrales Anliegen** aus Sicht der Staatsanwaltschaften **berührt die zeitlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen** für eine erfolgreiche Implementation des Gesetzesvorhabens.
 - a. Zwar werden die neuen Regelungen zur Kompensation der Tatverletzten, namentlich angesichts der Möglichkeit der Abtrennung der Vermögensabschöpfung (§ 422 StPO-E) und Entscheidung in einem nachträglichen Verfahren, in dem die rechtskräftigen Feststellungen in der Hauptsache bindend sind (§ 423 StPO-E), mittelfristig eine Verschlankung des „eigentlichen Strafverfahrens“ mit sich bringen. Diese Vereinfachung und Effektivierung dürfte sich aber gerade in der Anlaufphase der Neuregelung in Grenzen halten, weil in der Übergangszeit altes und neues Recht konkurrieren und jeweils *beide* daraufhin untersucht werden müssen, welches das „mildeste Gesetz“ i.S. des § 2 Absatz 3 und 5 StGB ist.
 - b. Die im Zuge der Neuverortung der Opferentschädigung im Ermittlungs- und Strafverfahren erzielten Synergieeffekte werden sich im Vollstreckungsverfahren deutlich relativieren und dort zu einer beträchtlichen **Mehrbelastung der Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger** führen - beginnend mit den in § 111I StPO-E vorgesehenen, umfangreichen Mitteilungspflichten und nicht endend mit der Antragstellung im Insolvenzverfahren.

Es bestehen **keinerlei praktische Erfahrungen** bei den Staatsanwaltschaften, wie Insolvenzanträge „technisch“ zu stellen sind. Forderung und Eröffnungsgrund sind nach § 14 InsO auch durch die Staatsanwaltschaft glaubhaft zu machen. In Fällen, in denen zwischen der Anordnung des Vermögensarrestes und dem Eintreten des Mangelfalls beträchtliche Zeit vergangen ist (einschlägige Beispiele bei Bittmann, KriPOZ 2016, Seite 131), wird die Staatsanwaltschaft einen zulässigen Gläubigerantrag kaum ohne aktuelle Fruchtlosigkeitsbescheinigung eines Ge-

richtsvollziehers oder neuerliche Durchsuchung anbringen können. Auch verfrühte oder unzureichend begründete Maßnahmen können beträchtliche Schäden anrichten, wenn Banken den bloßen Antrag zum Anlass nehmen, die Kreditlinie eines Unternehmens zur Unzeit zu kündigen. Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger erwarten hier mit Recht eine **fundierte Vorbereitung** auf ihre neue Aufgabe und eine **professionelle Unterstützung durch Aus- und Fortbildung** und praxisgerecht gestaltete, fachlich geprüfte EDV-Vorlagen. Dies zu gewährleisten benötigt Zeit.

- c. Gleiches gilt (auch unter Amtshaftungsgesichtspunkten) für die Periode der Abtrennung, in der sich die wichtige Frage der sinnvollen und wirtschaftlichen Vermögensverwaltung stellt, die nach § 31 Absatz 1 Nr. 4 RPflg-E gleichfalls der Rechtspflegerin oder dem Rechtspfleger obliegen soll. Dazu wird in der Praxis eine sachgerechte Kooperation mit den Gerichtsvollzieherinnen und Gerichtsvollziehern zu entwickeln sein, wobei auch den Verjährungsgesichtspunkten ein besonderes Augenmerk zu widmen sein wird.
- d. Schließlich ist zu bedenken, dass eine Umsetzung des anspruchsvollen Regelungsprogramms auch eine umfassende und effektive Kooperation der Staatsanwaltschaften und Gerichte mit den Insolvenzgerichten und mit den mit Finanzermittlungen befassten Dienststellen der Polizei sowie den Steuerfahndungsstellen voraussetzt und sich insoweit die zusätzliche Frage stellt, ob eine ausreichende organisatorische und personelle Ausstattung auch des Innenbereichs gewährleistet ist.

Insbesondere aufgrund der Ausweitung der funktionellen Zuständigkeiten in § 31 Absatz 1 Nr. 1 bis 4 RPflG n.F (vgl. Seite 39 Entw.Begr.) droht deshalb **im Falle einer überstürzten Umsetzung** des Reformvorhabens ohne ausreichenden organisatorischen Vorlauf günstigstenfalls ein erhebliches **Vollzugsdefizit**. Im ungünstigen Falle kommt es zu einer *fehlerhaften* Umsetzung des Gesetzes mit erheblichen **wirtschaftlichen „Kollateralschäden“**.

Deshalb sollte der Gesetzgeber das Petikum des Bundesrates, der trotz des Ablaufs der Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2014/42/EU eine **Organisationsfrist von wenigstens sechs Monaten** ab dem Inkrafttreten für zwingend erforderlich hält (Ziffer 16 der BR-Drs. 418/16 - Beschluss), dringend aufgreifen.