

Richter am Bundesgerichtshof  
Jan Gericke

Karlsruhe, den 20. November 2016

An den  
Rechtsausschuss des  
Deutschen Bundestages

### **Stellungnahme**

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur  
Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung  
für die Anhörung am 23. November 2016

Es ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen, dass mit dem Gesetzentwurf eine umfassende Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung unternommen wird. Insbesondere durch die Abkehr von dem durch die Regelung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB bedingten Modell der Rückgewinnungshilfe und den komplizierten Vorschriften zum Auffangrechtserwerb des Staates (§ 111i Abs. 2 bis 8 StPO) kann die Vermögensabschöpfung wesentlich erleichtert und zugleich effektuiert werden (vgl. zum erheblichen Reformbedarf mit Blick auf das Spannungsverhältnis zwischen effektiver Vermögensabschöpfung einerseits und effektiver Rückgewinnungshilfe andererseits eingehend Meyer, ZStW 2015, 241 ff.). Zudem kann die Schaffung der Möglichkeit, die Entscheidung über die Vermögenseinziehung von der Entscheidung über die Schuld- und Straffrage abzutrennen (§ 422 f. StPO-E), insbesondere auf Feldern der organisierten und der Wirtschaftskriminalität, dazu beitragen, ohnehin langwierige Hauptverhandlungen von komplizierten und konflikträchtigen Fragen der Vermögensabschöpfung freizuhalten. Dadurch kann sichergestellt werden, dass einerseits dem - insbesondere in (Untersuchungs-)Haftsachen zu beachtenden - Beschleunigungsgrundsatz Rechnung getragen wird, ohne andererseits von der Vermögensabschöpfung gänzlich abzusehen (wozu sich Tatgerichte nach der bisherigen Rechtslage nicht selten gezwungen sehen).

Ein weiteres Anliegen des Entwurfs ist die Konkretisierung des sog. Bruttoprinzips, wonach das "Erlangte" im Sinne von § 73 ff. StGB-E bestimmt wird (vgl. insbesondere § 73d StGB-E). Diese Konkretisierung ist aus meiner Sicht ebenfalls zu begrüßen: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage ist - unabhängig davon, ob insoweit tatsächlich Anlass zu einer Divergenzvorlage nach § 132 GVG bestanden hätte - jedenfalls nicht einheitlich (vgl. auch die Nachweise bei Heine, NStZ 2015, 127 ff.; Schmidt, NZWiSt 2015, 401 ff.). Die konkretisierenden Vorgaben des Regierungsentwurfs zur Bestimmung des Erlangten können mithin zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung und damit letztlich durch klarere Vorgaben gegenüber den Tatgerichten wiederum zur Vereinfachung und Effektivierung der Vermögensabschöpfung beitragen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Regierungsentwurf komplizierte Vorschriften und Verfahrenshemmnisse beseitigt, Divergenzen in der obergerichtlichen Rechtsprechung auflöst und der Praxis klare, handhabbare Regelungen vorgibt. Er wahrt zugleich den Charakter der Vermögensabschöpfung als kondiktionsähnlichen Eingriff ohne zusätzliches Strafübel. Dies erscheint für die Legitimität der Abschöpfungsregelungen in ihrer Gesamtheit von wesentlicher Bedeutung: Nur unter der Prämisse, dass die Abschöpfungsregelungen keinen Strafcharakter hätten, hat das Bundesverfassungsgericht etwa die Vorschriften über den erweiterten Verfall (§ 73d StGB) für verfassungskonform gehalten (BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1). Angesichts dessen erscheint es meines Erachtens zweifelhaft, ob bei einer Änderung dieser Vorbedingung insbesondere die in § 73a StGB-E vorgesehene Erweiterung des Anwendungsbereichs der (nunmehr) erweiterten Einziehung oder gar die Neuregelung zur selbständigen Einziehung in § 76a Abs. 4 StGB-E vor dem Verfassungsgericht Bestand hätten. Auch nach der Rechtsprechung des EGMR sind Regelungen zur Vermögensabschöpfung bisher unbeanstandet geblieben, solange und soweit eine Vermögensentziehung nach ihren Voraussetzungen oder ihrer Durchführung keiner persönlichen Sanktion gleichkam (vgl. die Nachweise bei Meyer, ZStW 2015, 241, 258).

Dies vorausgeschickt gibt der Gesetzentwurf Anlass zu folgenden ergänzenden Bemerkungen, wobei ich mich - auch mit Blick auf die Vielzahl der Neuregelungen - auf einige wenige Aspekte beschränken möchte:

### **1. Zur Stärkung und Konkretisierung des Bruttoprinzips**

a) Die im Entwurf vorgesehene Änderung, wonach nicht mehr das "aus" der Tat Erlangte, sondern das "durch" die Tat Erlangte der Vermögenseinziehung unterliegt (§ 73 Abs. 1 StGB-E), führt zu einer Erweiterung der Möglichkeiten zur Vermögensabschöpfung. Sie beseitigt zudem eine der genannten Differenzen innerhalb der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der Bestimmung des erlangten Etwas: Auf das Merkmal der "Unmittelbarkeit" der Erlangung eines Vermögenswertes, das etwa der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs als "ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal" gefordert hatte (BGH, Urteil vom 21. März 2002 - 5 StR 138/01, BGHSt 47, 260, 269), wird ausdrücklich verzichtet. An diesem Merkmal war insbesondere kritisiert worden, dass es in der späteren Rechtsprechung dazu verwendet wurde, nur das, was den Unwertgehalt der Tat ausmache, als unmittelbar erlangt anzusehen und dadurch den Anwendungsbereich der Verfallsvorschriften auf "Sondervorteile" aus einer Straftat beschränke (vgl. Heine, NStZ 2015, 127, 133).

Durch die Wahl des Wortes "durch" wird zudem die Formulierung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgegriffen und so die Absicht des Entwurfs, die Vermögensabschöpfung weiterhin als kondiktionsähnlichen Eingriff auszugestalten ("quasi-konditionell" bzw. "quasi-bereicherungsrechtlich", S. 45, 54, 61 RegE), mit dem ein Strafübel nicht verbunden ist, im Gesetzestext verdeutlicht.

b) Der Klarheit und dadurch der Vereinfachung der Rechtsanwendung dient grundsätzlich auch der Ansatz des Entwurfs, die Bestimmung des erlangten Etwas in zwei Stufen vorzunehmen. Damit wird wiederum ein besserer Gleichklang mit den bereicherungsrechtlichen Vorschriften hergestellt, hinsichtlich derer nach aktuellem Verständnis bei der Bestimmung des Herausgabeanspruchs in erster Linie auf "das Erlangte" abgestellt wird, das in "gegenständlicher Betrachtungsweise" ermittelt wird.

Erst in zweiter Linie, mithin als Einwendung gegen die Anspruchshöhe, können die schutzwürdigen Interessen des Empfängers berücksichtigt werden (MüKo-BGB/Schwab, 6. Aufl., § 812 Rn. 1; § 818 Rn. 111 mwN; in diese Richtung auch BGH, Urteil vom 7. Januar 1971 - VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128, 135; vgl. dazu auch Heine, NStZ 2015, 127, 133 f.).

Im ersten Schritt ist damit auch für die Vermögensabschöpfung auf den tatsächlichen Vorgang, also darauf abzustellen, ob ein wirtschaftlich messbarer Vorteil im Lauf der Tatbestandsverwirklichung in die Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist; dies regelt § 73 Abs. 1 StGB-E. Erst im zweiten Schritt ist zu ermitteln, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Abzüge vorzunehmen sind; das regelt § 73d Abs. 1 StGB-E. Das Regelungskonzept verdeutlicht dabei durch die Ansiedlung in zwei unterschiedlichen Vorschriften diese der klareren Handhabung dienende Prüfungsreihenfolge.

c) Die Formulierung, dass "bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten (...) die Aufwendungen des Täters oder Teilnehmers abzuziehen" seien, schafft indes möglicherweise Irritationen mit Blick auf die Anwendung des Bruttoprinzips. Denn es könnte der Eindruck entstehen, der Gesetzgeber kehre auf diesem Weg - jedenfalls teilweise - wieder zu dem Rechtszustand vor 1992 zurück, als der Verfallsgegenstand noch der für oder aus einer rechtswidrigen Tat erlangte "Vermögensvorteil" war, zu dessen Ermittlung der Gesamterlös der Tat mit etwaigen Aufwendungen und Kosten saldiert wurde (vgl. MüKo-StGB/Joecks, 3. Aufl., § 73 Rn. 5 mwN). Bedenken, die deswegen erhoben werden könnten, erweisen sich meines Erachtens aber bei genauerer Betrachtung nicht als durchgreifend:

Tatsächlich wird das Bruttoprinzip - wie dargelegt - durch die Fassung von § 73 Abs. 1 StGB-E zunächst gestärkt und erweitert. Infolgedessen ist es aber erforderlich, für bestimmte Fallgruppen (vgl. auch S. 67 f. RegE) gewisse Einschränkungen bzw. Anrechnungsmöglichkeiten zu definieren, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden. Dem trägt der Entwurf durch § 73d Abs. 1 StGB-E Rechnung. Hintergrund dieser meines Erachtens zu begrüßenden Lösung ist Folgendes: Würde dem Betroffen-

nen mehr entzogen, als er durch die Straftat erlangt hat, würde der Vermögensabschöpfung faktisch doch ein strafähnlicher Charakter verliehen. Die genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hatte solch unbillige Ergebnisse bisher dadurch zu vermeiden versucht, dass der Begriff des "Erlangten" einschränkend ausgelegt wurde. Auch die Kritiker dieser Rechtsprechung, die darin eine Aushöhlung des Bruttoprinzips sehen und den Gleichlauf mit den bereicherungsrechtlichen Regelungen einfordern (vgl. etwa Lohse, JR 2009, 188, 191 f.; Heine, NStZ 2015, 127, 133 f.), erkennen an, dass es Fälle gibt, in denen die Abschöpfung des erlangten Etwas im Ganzen sich als unbillig erweist, wollen dies indes nach geltendem Recht über die Härtefallklausel in § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB lösen. Dies mag im Einzelfall zwar auch gerechte Lösungen ermöglichen, ist aber mit Blick auf den generalklauselartigen unbestimmten Rechtsbegriff der "unbilligen Härte" in besonderem Maße von Wertungen nicht zuletzt der entscheidenden Gerichte abhängig und trägt deshalb nicht im gleichen Maße zu einer Vorhersehbarkeit und Vereinheitlichung der Rechtslage bei, wie eine gesetzlich vorgegebene Wertung, die nach dem Entwurf nunmehr von § 73d Abs. 1 StGB-E vorgegeben wird.

Hinzu kommt, dass die Annahme der Kritiker, in einer Vielzahl der genannten Fallgruppen stehe eine Anrechnungsmöglichkeit im Widerspruch zur zivilrechtlichen Rechtslage, weil § 817 Satz 2 BGB die Rückforderung der Leistung des Täters bzw. deren Anrechnung ausschließe (vgl. etwa Heine, NStZ 2015, 127, 134), jedenfalls nicht zwingend ist: Etwa in dem in der Entwurfsbegründung (S. 67 RegE) genannten Fall des betrogenen Autokäufers, der das Fahrzeug behalten, aber nur den Kaufpreis bezahlen will, der ohne die Täuschung geschuldet wäre, gelangt man gar nicht zur Anwendung des Bereicherungsrechts: Eine Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung wird für den Geschädigten als Käufer in dieser Konstellation nicht in Betracht kommen, weil er sein wirtschaftliches Ziel so nicht erreichen könnte; er müsste dann das Auto herausgeben. Die Nichtigkeit des Vertrages folgt auch nicht aus § 134 BGB, weil § 263 StGB kein Schutzgesetz in diesem Sinne darstellt (Staudinger/Sack/Seibl, BGB (2011), § 134 Rn. 294 mwN). Die Vorschrift oder der Rechtsgedanke des § 817 BGB wird insoweit auch nicht entsprechend angewandt (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2005 - XI ZR 85/04, NJW 2006, 294, 296 mwN).

Aber auch zu Fällen, in denen § 817 Satz 2 BGB grundsätzlich eingreifen könnte, führt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen aus, dass diese "dem Zivilrecht an sich fremde Regelung, die nicht selten zu unbilligen Ergebnissen führen" könne, als Ausnahmevorschrift verstanden und einschränkend ausgelegt werde. Das Rückforderungsverbot werde nur auf das bezogen, was aus den vom Gesetz missbilligten Vorgängen geschuldet werde, wogegen Bereicherungsansprüche unberührt bleiben sollten, die sich aus nicht zu beanstandenden Leistungen ergäben, selbst wenn sie demselben tatsächlichen Verhältnis entstammten (vgl. etwa BGH, Urteil vom 8. November 1979 - VII ZR 337/78, BGHZ 75, 299, 305). Es ist deshalb auch in solchen Fällen nicht ausgeschlossen, dass eine zivilrechtliche Lösung des Falles über Billigkeitserwägungen zum Ausschluss der Rückforderungssperre des § 817 Satz 2 BGB gelangen würde. Dann ist aber nicht einsehbar, warum in den Regelungen zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung solchen Erwägungen nicht durch die Einführung gesetzlicher Wertmaßstäbe Rechnung getragen werden sollte, wie dies der Entwurf vorsieht.

Schließlich kann gegen diese gesetzgeberische Wertung nicht eingewandt werden, sie stelle den Straftäter letztlich risikolos und laufe deswegen der beabsichtigten generalpräventiven Wirkung der Abschöpfungsregeln entgegen: Der Täter darf die Früchte seiner Tat nicht behalten und setzt sich darüber hinaus selbstverständlich dem Risiko aus, wegen der von ihm begangenen Straftat bestraft zu werden, eine Rechtsfolge, die gemeinhin als das schärfste Schwert des Rechtsstaats begriffen wird und nur als letztes Mittel (*ultima ratio*) verhängt werden dürfe. Wenn daneben die Abschöpfung dem Täter nicht auch noch das wegnimmt, was er - ohne dass dies von der verletzten Strafnorm inkriminiert würde - zur Erfüllung rechtswirksamer Verbindlichkeiten gegenüber dem Verletzten der Tat eingesetzt und dadurch bereits eine Vermögenseinbuße erlitten hat, die bei dem anderen Teil wiederum zu einer - gewünschten (etwa im Fall des Autokäufers) - Vermögensmehrung geführt hat, erscheint mir generalpräventiven Erwägungen Genüge getan.

d) In der Begründung sollte allerdings noch klargestellt werden, dass in den genannten Betrugsfällen (S. 67 RegE) nicht immer dann - mit der Konsequenz der Abzugs-

fähigkeit der geleisteten Aufwendungen - von einer rechtswirksamen Verbindlichkeit ausgegangen werden kann, wenn der schuldrechtliche Vertrag zunächst wirksam - wenn auch anfechtbar - begründet wurde. Wenn der Geschädigte den Vertrag später anfecht, weil er ihn ohne die Täuschung gar nicht abgeschlossen hätte, kann er bei der Schadensberechnung nicht über die Anrechnung der nicht gewollten Gegenleistung so behandelt werden, als sei der Vertrag noch wirksam. In diesen Fällen hat der Täter vielmehr nicht auf eine wirksame Verbindlichkeit geleistet, sondern auf eine infolge der Anfechtung ex-tunc nichtige (vgl. § 142 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Vertragsschluss etwa durch strafbare Werbung im Sinne von § 16 Abs. 1 UWG verursacht wurde und deshalb strafrechtlich bemakelt ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 249 f.). Bei der vorläufige Sicherstellung von Vermögensgegenständen nach § 111b ff. StPO-E ist meines Erachtens in den genannten Betrugsfällen zunächst der volle Verkaufserlös anzuschöpfen, weil in aller Regel erst am Ende des Verfahrens zu beurteilen sein wird, wie sich der Geschädigte zu dem Geschäft stellt und in welcher Höhe ihm damit letztlich ein Schaden entstanden ist.

## **2. Zur erweiterten und zur selbständigen Einziehung von Taterträgen**

a) Mit der Neuregelung der erweiterten Einziehung von Taterträgen (§ 73a StGB-E) werden die die bisher geltenden Vorschriften über den erweiterten Verfall nunmehr auf alle Straftatbestände erstreckt. Dies ist nur teilweise der Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie 2014/42/EU geschuldet. Gleichwohl die die Erweiterung des Anwendungsbereichs zu begrüßen:

Die mit den strafrechtlichen Verfallvorschriften beabsichtigte generalpräventive Wirkung, die auch das Bundesverfassungsgericht als legitim angesehen hat (BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1, Rn. 103), kann meines Erachtens besser dadurch erreicht werden, dass der Staat dem Täter nicht nur bei bestimmten Katalogtaten deliktisch Erlangtes wegnimmt, sondern in allen Fällen, in denen Vermögensgegenstände aus rechtswidrigen Taten stammen. Dadurch wird verdeutlicht, dass strafrechtswidrige Bereicherungen nicht geduldet werden und Straftaten sich nicht lohnen. Der vermögensordnende Eingriff soll die Unverbrüch-

lichkeit und die Gerechtigkeit der Rechtsordnung erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung stärken (BVerfG aaO). Bereits deshalb erscheint es vorzugswürdig, das bisherige System von Verweisungen auf die Regelung des (bisherigen) erweiterten Verfalls aufzugeben. Zudem zeigen sich insoweit immer wieder Wertungswidersprüche, die bereits mehrfach zu Erweiterungen des Kataloges der Taten, die auf § 73d StGB verweisen, geführt haben. So erscheint etwa nicht einsichtig, warum trotz sicherer Erkenntnis, dass es sich bei sichergestellten Gegenständen um Diebesbeute handelt, deren Einziehung nicht möglich sein soll, wenn nicht der - oft schwer zu führende - Nachweis gelingt, dass es sich um Beute aus einem Bandendiebstahl handelt.

b) Auch der Anwendungsbereich der selbständigen Einziehung wird zur Schließung von Abschöpfungslücken erweitert, was wiederum teilweise der Umsetzung von Unionsrecht geschuldet ist (s. dazu auch unten 3.). Die wesentliche Neuerung liegt indes in der Schaffung einer Möglichkeit, Vermögensgegenstände unklarer Herkunft selbständig einzuziehen, wenn sie in einem Verfahren wegen bestimmter schwerer Straftaten aus dem Bereich des Terrorismus und der organisierten Kriminalität sichergestellt worden sind (§ 76a Abs. 4 StGB-E). Für eine solche Regelung hebt die Entwurfsbegründung meines Erachtens zu Recht das bestehende kriminalpolitische Bedürfnis hervor: Gerade in diesen Deliktsbereichen besteht eine große Gefahr, dass vorhandene Mittel in die Begehung neuer Straftaten investiert werden, was durch deren Abschöpfung verhindert werden kann. Der Entwurf schafft dafür ein an internationalen Vorbildern orientiertes Instrumentarium, für das deshalb auch schon Rechtsprechung des EGMR zur Orientierung herangezogen werden kann. Aufgrund der Beschränkung auf schwere Straftaten erscheinen mir auch keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit dieser Regelungen zu bestehen.

c) Sowohl für die erweiterte Einziehung nach § 73a StGB-E als auch für die selbständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB-E sieht der Entwurf vor, dass die Einziehung nur zulässig ist, wenn das Gericht nach durchgeführter Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen hat, die Vermögensgegenstände rührten aus rechtswidrigen Taten her (S. 65, 72 RegE). Diese Anknüpfung an die tatrichterliche Überzeugungs-

bildung ist meines Erachtens auch unverzichtbar, um die Vermögensabschöpfung in diesen Fällen einfach- und verfassungsrechtlich zu legitimieren:

Das Bundesverfassungsgericht hat zum erweiterten Verfall nach § 73d StGB ausgeführt, dass durch die Regelung der Inhalt des Eigentums in verfassungsrechtlich zulässiger Weise eingeschränkt werde, wenn § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB in der restriktiven Auslegung durch den Bundesgerichtshof (BGH, Beschluss vom 22. November 1994 - 4 StR 516/94, BGHSt 40, 371; nachfolgend etwa Urteil vom 7. Juli 2011 - 3 StR 144/11, BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 3 mwN; zuletzt Beschluss vom 11. Februar 2016 - 3 StR 486/15, juris) angewendet werde (BVerfG, aaO, Rn. 99 ff.). Auch wenn die rechtswidrigen Taten, aus denen die eingezogenen Gegenstände stammen, nicht im Einzelnen festgestellt sein müssen, genügt damit eine bloße Verdachtslage oder auch eine nur "hohe Wahrscheinlichkeit", dass die Einziehungsgegenstände aus anderen rechtswidrigen Taten herrühren, verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht (BGH, Beschluss vom 22. November 1994 - 4 StR 516/94, BGHSt 40, 371, 372 f.).

Es ist meines Erachtens zu begrüßen, dass der Entwurf von diesen Maßgaben nicht abrücken will. Eine andere Frage ist freilich, ob von der Rechtsprechung nicht vereinzelt überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt werden. Insbesondere kann die Überzeugung von der deliktischen Herkunft aus Umständen geschlossen werden, die zwar ihrerseits erwiesen sein müssen, die aber für sich genommen nur die Folgerung erlauben, dass die vorhandene Vermögensgegenstände nur aus Straftaten stammen können. Solche Umstände können etwa der Fundort der Gegenstände und insbesondere die Einkommensverhältnisse des Betroffenen sein (vgl. dazu LK/Schmidt, StGB, 12. Aufl., § 73d Rn. 37 mwN).

Diese Rechtslage greift der Entwurf nicht nur in den materiell-rechtlichen Regelungen der §§ 73a, 76a Abs. 4 StGB-E, sondern insbesondere in der für die selbständige Einziehung geschaffenen Verfahrensvorschrift des § 437 Abs. 1 StPO-E auf. Indem die genannten Umstände ausdrücklich als für die Überzeugungsbildung zu berücksichtigende Kriterien genannt werden, wird meines Erachtens der bestehende

Rechtszustand nicht maßgeblich verändert, insbesondere werden keine - verfassungsrechtlich bedenklichen - Beweisregeln geschaffen. Vielmehr wird die Rechtslage durch den Gesetzgeber lediglich verdeutlicht, indem er auf die regelmäßig große Bedeutung bestimmter Indizien für eine deliktische Herkunft hinweist - das Kriterium des groben Missverhältnisses zwischen dem Wert der Sache und den rechtmäßigen Einkünften des Betroffenen wird gar als Indiz mit herausgehobenem Stellenwert bezeichnet (S. 91 RegE). Werden diese Hilfstatsachen nachgewiesen und schweigt der Angeklagte bzw. der Betroffene dazu, ist es dem Gericht - wie auch sonst im Strafverfahren - möglich, seine Überzeugung durch das Ziehen von Schlüssen aus solchen bedeutsamen Indizien zu bilden. Insoweit macht die Entwurfsbegründung meines Erachtens zu Recht deutlich, dass der Angeklagte oder der Betroffene durch sein Schweigen oder das Bestreiten der deliktischen Herkunft mit Nichtwissen die Einziehungsanordnung regelmäßig nicht abwenden können.

Damit wird das Gericht aber nicht davon befreit, die Indiztatsachen, die die Schlussfolgerung erst erlauben, nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen. Insoweit erscheint indes der Verweis in § 437 Abs. 2 StPO-E auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 261 StPO nicht folgerichtig, weil diese Vorschrift sich auf die Beweiswürdigung aufgrund mündlicher Verhandlung bezieht. Nach § 436 Abs. 2, § 434 Abs. 2 StPO-E soll aber die Entscheidung über die selbständige Einziehung regelmäßig ohne mündliche Verhandlung im Beschlusswege ergehen. Es sollte deshalb die Streichung von § 437 Abs. 2 StPO-E erwogen werden.

Mit Blick auf den Charakter der Abschöpfungsregelungen als vermögensordnende Vorschriften ohne Strafcharakter dürften sich die Vorschriften über die erweiterte Einziehung und die selbständige Einziehung nach alledem noch im Rahmen des verfassungsrechtlich zulässigen bewegen. Für eine weitergehende "Beweislastumkehr", die etwa dazu führen würde, dass der Angeklagte bzw. der in den Fällen des § 76a Abs. 4 StGB-E Betroffene den legalen Erwerb der bei ihm sichergestellten Vermögensgegenstände nachweisen müsste (vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD zur 18. Legislaturperiode, S. 145), sehe ich indes keinen Raum. Auch wenn die Vermögensabschöpfung keinen Strafcharakter hat, stellt sie doch einen an

Art. 14 Abs. 1 GG zu messenden Eingriff dar. Dass ein solcher verfassungsrechtlich zulässig sein sollte, ohne dass dafür letztlich ein rechtfertigender Grund festgestellt werden müsste, liegt meines Erachtens nicht nahe.

### **3. Zur Schließung weiterer Abschöpfungslücken**

Durch die Ermöglichung der nachträglichen Einziehung von Vermögensgegenständen, die durch die Streichung der Beschränkung auf "tatsächliche" Hinderungsgründe in § 76a Abs. 1 StGB erreicht wird (vgl. S. 71 RegE), sowie durch die Streichung des Entreicherungsprivilegs aus § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB, die dazu führt, dass künftig auch nachträglich entdecktes Vermögen eingezogen werden kann, werden weitere Abschöpfungslücken geschlossen, was mit Blick auf die von der Reform angestrebten Ziele ebenfalls begrüßenswert ist.

Insoweit ist allerdings zu bemerken, dass bei der vorgesehenen Beibehaltung der Verjährungsvorschriften das Anliegen, deliktisch erworbenes Vermögen möglichst umfassend einzuziehen, zumindest teilweise leer zu laufen droht: Dadurch dass die Anordnung von Maßnahmen (der Vermögensabschöpfung) nach § 78 Abs. 1 Satz 1 StGB-E durch die Verjährung ausgeschlossen wird, dürfte etwa die nachträgliche Einziehung oder die Einziehung nachträglich aufgefundener Vermögensgegenstände in nicht wenigen Fällen zu spät kommen. Ähnliches ist hinsichtlich der aus anderen Taten als der angeklagten herrührenden Gegenständen (§ 73a StGB-E) oder Vermögensgegenständen unklarer Herkunft (§ 76a Abs. 4 StGB-E) zu befürchten. Auch die Ermöglichung der erweiterten Einziehung unabhängig vom verwirklichten Delikt führt deshalb nicht unbedingt zu einer umfassenden Abschöpfungspraxis, weil gerade bei mit geringeren Strafen bedrohten Delikten (etwa des Diebstahls nach § 242 StGB oder des Betrugs nach § 263 StGB) die Verjährung früher eintritt. Diese Bedenken hatte bereits der Gesetzentwurf aus dem Jahr 1990 betreffend die Einführung des erweiterten Verfalls aufgeworfen, in dem ausgeführt wird, es sei nicht zwingend, "Verfahrenshindernisse, die den Täter vor einer Inanspruchnahme schützen sollen, wie z. B. die Verjährungsregelungen, grundsätzlich auch auf den Verfall des Tatvorteils zu erstrecken." Im Zusammenspiel mit dem damals geltenden § 76a StGB drohe ansonsten, dass "bei Eintritt eines Verfahrenshindernisses nicht nur die Tat

„ungesühnt“, sondern auch der materielle Nutzen der Tat beim Täter bleibt“ (BT-Drs. 11/6623, S. 7).

Es sollte meines Erachtens deshalb erwogen werden, die Maßnahmen aus § 78 Abs. 1 StGB-E herauszunehmen und dafür eine feste, an der längsten zivilrechtlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren orientierte Verjährungsregelung zu schaffen.

#### **4. Zur zeitlichen Anwendbarkeit des neuen Rechts**

An mehreren Stellen des Entwurfs (S. 64, 73 RegE) wird auf das Rückwirkungsverbot verwiesen: Voraussetzung der Anwendung des neuen Rechts sei, dass die Anknüpfungs- bzw. die Erwerbstat nach Inkrafttreten der Neuregelung begangen würden. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etwa zur Anwendbarkeit der Vorschriften über den erweiterten Verfall (BGH, Urteil vom 20. September 1995 - 3 StR 267/98, BGHSt 41, 278) oder den Auffangrechtserwerb nach § 111i StPO (BGH, Urteil vom 7. Februar 2008 - 4 StR 502/07, NJW 2008, 1093).

Folge dessen wäre indes, dass - nicht nur, aber insbesondere - in Wirtschaftsstrafsachen, in denen zwischen der Begehung der Taten und ihrer Aufdeckung bzw. der gerichtlichen Aufarbeitung lange Zeit liegen kann, Jahre vergehen würden, bis die Neuregelungen zur Anwendung kommen. Die Staatsanwaltschaften und Gerichte müssten stets prüfen, ob das alte oder das neue Recht anzuwenden ist und beide Regelungssysteme vorhalten. Dies würde sich meines Erachtens mit Blick auf die Akzeptanz der Neuregelung in der Praxis und den Paradigmenwechsel, den der Entwurf verfolgt, als kontraproduktiv erweisen. Zudem würde der Eintritt der beabsichtigten kriminalpolitischen Effekte insbesondere der selbständigen Einziehung, aber auch anderer Erweiterungen, mit denen Abschöpfungslücken geschlossen werden sollen, auf Jahre verzögert. Hinzu kommt Folgendes: Die Rechtsprechung geht von einem Rückwirkungsverbot aufgrund der Regelung in § 2 Abs. 5 StGB aus, die die entsprechende Anwendbarkeit der für Strafen geltenden Vorschriften der Abs. 1 bis 4 dieser Vorschrift auch für Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung anordnet. Dies würde angesichts der umfassenden Neuregelung mit Blick auf das Meistbegünstigungsprinzip gemäß § 2 Abs. 3 StPO in zahlreichen Fällen die mitunter aus-

gesprochen komplizierte und fehlerträchtige Prüfung erforderlich machen, welches Recht sich - insgesamt - als milder erweist. Solche Fragen können insbesondere die Obergerichte erfahrungsgemäß noch auf Jahre beschäftigen.

Zur Vermeidung dieser die Akzeptanz und die Wirksamkeit der Reform schmälern- den Effekte und wegen der genannten Fehlerquellen sollte meines Erachtens geprüft werden, ob § 2 Abs. 5 StGB für die Neuregelungen gemäß dem Regierungsentwurf ausgeschlossen werden kann.

Gerade mit Blick auf den fehlenden Strafcharakter der Abschöpfungsregelungen er- scheint mir die Regelung des § 2 Abs. 5 StGB aber verfassungsrechtlich nicht zwin- gend. Der historische Gesetzgeber hatte die im Entwurf eines Strafrechtsreformge- setzes von 1962 offenbar noch anders gesehen, war indes auch davon ausgegan- gen, dass sich "der Verfall von Gegenständen (...) nach seinem rechtlichen Gehalt der Strafe" nähere (BT-Drs. IV/650, S. 107 f.). Das strikte Gesetzlichkeitsprinzip - "Keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) dürfte indes nicht gelten, weil die Regelungen über die Vermögensabschöpfung gerade keine Strafe darstel- len. Ob in bestehende Rechtspositionen eingegriffen werden darf, dürfte sich viel- mehr an den Grundsätzen des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) messen las- sen. Danach erschiene es mir nicht zwingend geboten, auf den Zeitpunkt der Bege- hung der Tat abzustellen, denkbar könnte mit Blick auf das Betracht kommende Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG auch ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Sicher- stellung der Vermögensgegenstände sein.

Gericke