



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 120. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 23. November 2016, 14:05 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Renate Künast, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigiger Tagesordnungspunkt

Seite 13

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

BT-Drucksache 18/9525, 18/10146

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Innenausschuss

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Jan-Marco Luczak [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Jörn Wunderlich [DIE LINKE.]

Abg. Hans-Christian Ströbele [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Anwesenheitslisten	Seite 3
Anwesenheitsliste Sachverständige	Seite 10
Sprechregister Abgeordnete	Seite 11
Sprechregister Sachverständige	Seite 12
Zusammenstellung der Stellungnahmen	Seite 35



Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)

Mittwoch, 23. November 2016, 14:00 Uhr

CDU/CSU

Ordentliche Mitglieder

Brandt, Helmut

Heck Dr., Stefan

Heil, Mechthild

Hirte Dr., Heribert

Hoffmann, Alexander

Hoppenstedt Dr., Hendrik

Launert Dr., Silke

Luczak Dr., Jan-Marco

Monstadt, Dietrich

Ripsam, Iris

Rösel, Kathrin

Seif, Detlef

Sensburg Dr., Patrick

Steineke, Sebastian

Sütterlin-Waack Dr., Sabine

Ullrich Dr., Volker

Wanderwitz, Marco

Wellenreuther, Ingo

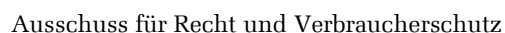
Unterschrift

Silke Launert

21. November 2016

Anwesenheitsliste gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659 Fax: +49 30 227-36339

Seite 1 von 6



18. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 23. November 2016, 14:00 Uhr

Ordentliche Mitglieder

Winkelmeier-Becker, Elisabeth

Unterschrift

Stellvertretende Mitglieder

Bosbach, Wolfgang

Fabritius Dr., Bernd

Frieser, Michael

Gutting, Olav

Harbarth Dr., Stephan

Hennrich, Michael

Heveling, Ansgar

Jörrißen, Sylvia

Jung Dr., Franz Josef

Lach, Günter

Lerchenfeld, Philipp Graf

Maag, Karin

Noll, Michaela

Schipanski, Tankred

Schnieder, Patrick

Stritzl, Thomas

Unterschrift

21. November 2016

Anwesenheitsliste gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32859 Fax: +49 30 227-36339

Seite 2 von 6



18. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 23. November 2016, 14:00 Uhr

CDU/CSU

Stellvertretende Mitglieder

Weisgerber Dr., Anja

Wöltmann, Barbara

Unterschrift

SPD

Ordentliche Mitglieder

Bähr-Losse, Bettina

Bartke Dr., Matthias

Brunner Dr., Karl-Heinz

Drobinski-Weiß, Elvira

Fechner Dr., Johannes

Flisek, Christian

Groß, Michael

Hakverdi, Metin

Jantz-Herrmann, Christina

Rode-Bosse, Petra

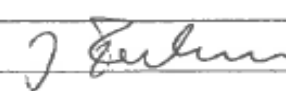
Steffen, Sonja

Wiese, Dirk

Zimmermann, Jens
Kiblog, Susanne

Unterschrift







21. November 2016

Anwesenheitsliste gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659 Fax: +49 30 227-36339

Seite 3 von 6



18. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 23. November 2016, 14:00 Uhr

DIE LINKE.

Ordentliche Mitglieder

Wunderlich, Jörn

Unterschrift

Stellvertretende Mitglieder

Jelpke, Ulla

Lay, Caren

Pitterle, Richard

Renner, Martina

Unterschrift

BÜ90/GR

Ordentliche Mitglieder

Keul, Katja

Künast, Renate

Maisch, Nicole

Ströbele, Hans-Christian

Unterschrift



Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)

Mittwoch, 23. November 2016, 14:00 Uhr

öff

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU		
SPD		
DIE LINKE.		
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN		

Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
Venus, J. Hermann, Titia	Bd 40/gr. SPD	
Schubert, Karen	LINKE	
Herg, Nicole	B 90/Grüne	
Hage, K-H	B 90/Grüne	
Gras, Norbert	CDU/CSU	
DIE LINKE	LINKE	

Stand: 23. Februar 2015

Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32859, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 23. November 2016, 14:00 Uhr

Seite 3

Bundesrat

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amts-be- zeich- nung
Baden-Württemberg	VON TROTKA		HA
Bayern	Bauer Ch.		RD
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen			
Mecklenburg-Vorpommern			
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen			
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen			
Sachsen-Anhalt			
Schleswig-Holstein			
Thüringen	Ri LG Bieda		

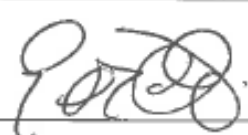
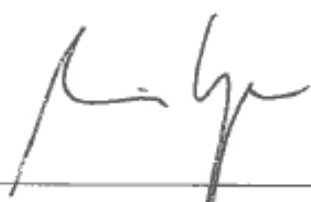
Stand: 23. Februar 2015

Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Anwesenheitsliste der Sachverständigen

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, 23. November 2016, 14.00 Uhr

Name	Unterschrift
Michael Bremen Rechtsanwalt, Düsseldorf	
Prof. Dr. Alfred Dierlamm Bundesrechtsanwaltskammer Rechtsanwalt, Wiesbaden Fachanwalt für Strafrecht	
Jan Gericke Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe	
Prof. Dr. Martin Heger Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte	
Dr. Ina Holznagel Justizministerium des Landes Nordrhein- Westfalen, Düsseldorf	
Markus Meißner Rechtsanwalt, München Fachanwalt für Strafrecht	
Dr. Peter Schneiderhan Deutscher Richterbund Staatsanwaltschaft Stuttgart Oberstaatsanwalt	



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Dr. Johannes Fechner (SPD)	22, 29
Vorsitzende Renate Künast (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34
Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU)	22, 29
Hans-Christian Ströbele (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	23, 28
Elisabeth Winkelmeier-Becker (CDU/CSU)	23, 29
Jörn Wunderlich (DIE LINKE.)	22, 28



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Michael Bremen Rechtsanwalt, Düsseldorf	13, 27, 30
Prof. Dr. Alfred Dierlamm Bundesrechtsanwaltskammer Rechtsanwalt, Wiesbaden Fachanwalt für Strafrecht	14, 27, 30
Jan Gericke Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe	15, 31
Prof. Dr. Martin Heger Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte	17, 26, 32
Dr. Ina Holznagel Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf	18, 25
Markus Meißner Rechtsanwalt, München Fachanwalt für Strafrecht	19, 25, 33
Dr. Peter Schneiderhan Deutscher Richterbund Staatsanwaltschaft Stuttgart Oberstaatsanwalt	21, 24



Die Vorsitzende Renate Künast: Einen wunderschönen guten Tag, meine Damen und Herren. Herzlich willkommen zu dieser Anhörung, die sich mit dem Gesetzentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung befasst. Ein sehr interessantes Thema. Zumal wir uns immer Gedanken machen, ob das Strafrecht hilft. Vielleicht hilft auch eine Abschöpfung, mit der man nicht bis zur dritten Instanz warten muss. Ich begrüße alle Abgeordneten aus dem Ausschuss und ggf. weiteren Ausschüssen, die sieben Sachverständigen und die Vertreter der Bundesregierung. Der Gesetzentwurf behandelt die Frage, ob es da, wo Straftaten – und viele tun das – auf vermögensrechtliche Vorteile abzielen, für eine nachhaltige Kriminalitätsbekämpfung Sinn ergibt, wirksam strafrechtlich das Vermögen abzuschöpfen. Das derzeitige Institut des Verfalls ist nach Auffassung der den Gesetzesentwurf einbringenden Bundesregierung zu fehleranfällig, zu unübersichtlich und nicht ausreichend. Es geht um eine Neuregelung der Opferentschädigung an der Stelle und vor allem auch im Strafvollstreckungsverfahren. Ich will jetzt gar nicht alle Details darlegen. Das werden wir ja jetzt in der Anhörung machen. Auf alle Fälle geht es hier auch darum, erhebliche Abschöpfungslücken zu schließen. Wir haben heute die Möglichkeit, zu prüfen, ob es das ist, was die Praxis braucht, was sinnvoll ist, und ob der Vorschlag gut geregelt ist. Änderungsvorschläge der Sachverständigen nehmen wir gerne auf. Die Sachverständigen erhalten neben ihren schriftlichen Stellungnahmen die Möglichkeit zu einem fünfminütigen Eingangsstatement. Da ich Ihre Gedankengänge nicht unterbrechen möchte, richten Sie sich doch bitte selbst nach der Uhr. Wir beginnen alphabetisch mit Herrn Bremen. Jeder Abgeordnete kann anschließend zwei Fragen stellen. Die Antwortrunde findet dann in umgekehrter Reihenfolge statt, sodass Herr Dr. Schneiderhan beginnen wird. Für die Antworten haben Sie kein Zeitlimit. Dies ist eine öffentliche Sitzung. Es werden eine Tonaufzeichnung und ein Wortprotokoll angefertigt. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Herr Bremen, Sie haben das Wort.

SV Michael Bremen: Sehr geehrte Frau Künast, meine Damen und Herren Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren Kollegen. Ich bin seit 29 Jahren Insolvenzverwalter in Düsseldorf,

Vorstand im Verband der Insolvenzverwalter Deutschland und habe zu dem Thema „Schnittstelle Vermögensabschöpfung, Insolvenzrecht“ einen Festschriftbeitrag geliefert, der mir offenbar die Ehre der heutigen Einladung verschafft hat. Vielen Dank dafür. Ich habe meine Stellungnahme abgegeben und diese mit drei Thesen überschrieben, die ich hier kurz vorstellen möchte.

These eins: Keine weiteren privilegierenden Verfahrensrechte für Steuerfiskus und Sozialversicherungsträger! Ausgangspunkt dieser These ist die Erstreckung des künftigen Verfalls auf jede Straftat. Dies ist EU-rechtlich motiviert, aber möglicherweise nicht erforderlich, weil der Erwägungsgrund 20 ausreichende Möglichkeiten der Beschränkung auf bestimmte Formen der Tatbegehung eröffnet. Ich teile daher die von dem Deutschen Richterbund in seiner Stellungnahme vom Juni geäußerten Bedenken, dass öffentliche Stellen wie Fiskus oder Sozialkassen trotz eigener gesetzlicher Instrumente zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auch die Einziehung des Erlangten, in Form ersparter Steuern und Sozialabgaben, nutzen könnten. Hier scheint mir die Abgrenzung dieser Institute noch schärfer vorgenommen werden zu müssen. Wenn die Möglichkeiten des künftigen Verfalls genutzt werden könnten – davon ist aus insolvenzrechtlicher Sicht auszugehen –, besteht der Vorteil für diese institutionellen öffentlichen Gläubiger, dass sie das auch insolvenzanfechtungsfrei machen können. Das sind Bedenken, die umso ernster zu nehmen sind, als sie auf einem Symposium des Deutschen Insolvenzverwalterkongresses von den Vertretern des BMJV als typischer Fall des künftigen Verfalls und der Einziehungsmöglichkeiten bezeichnet wurden.

These zwei: Keine Privilegierungen von straftatgeschädigten Gläubigern über deren insolvenzfeste Absonderungsrechte hinaus! Das ist das Credo der derzeitigen Rechtslage aus einer insolvenzrechtlichen Perspektive. § 111d Abs. 1 Satz 2 Strafprozessordnung (StPO) verhält sich zu diesem Thema. Danach werden die Wirkungen der Beschlagnahme von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt. Das hat zur Folge, dass der beschlagnahmte Gegenstand nicht der Masse unterfällt. Absatz 2 stellt die Beschlagnahme nach § 111d Abs. 1 Satz 2



StPO-Entwurf (StPO-E) anfechtungsfrei. Da jedoch auch für nicht dinglich an dem Beschlagnahmegut Berechtigte hierdurch eine Sondermasse außerhalb der Insolvenzmasse geschaffen wird, wird dies als Systembruch im Hinblick auf die insolvenzrechtlich geregelten Absonderungs- und Aussonderungsrechte in §§ 49 ff. Insolvenzordnung (InsO) gesehen. Die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme führt auch zu einer Privilegierung eines nicht dinglich berechtigten Tatverletzten gegenüber den sonstigen Gläubigern des Täters. Da stellt sich die Frage: Was ist der nähere Grund dafür? Aus insolvenzrechtlicher Perspektive ist hier sicherlich der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung in Erinnerung zu bringen, der eines der tragenden Prinzipien der Insolvenzordnung seit dem 01.01.1999 ist und in vielen Vorschriften der Insolvenzordnung zum Ausdruck kommt. Es gibt Insolvenzgläubiger ein und derselben Rangklasse. Die Rückschlagsperre und das Insolvenzanfechtungsrecht korrigieren Vermögensverschiebungen im Vorfeld der Insolvenz in Kenntnis der daran Beteiligten. Es gibt in der Gesetzgebung weitere Tendenzen zur Aufweichung dieses Grundsatzes. Zu nennen ist das Insolvenzanfechtungsrecht, das sich in der Reform befindet, aber auch die sogenannte Netting-Bestimmung des § 104 InsO, zu der der Rechtsausschuss vor einer Woche hier getagt hat. Warum aber der durch eine Straftat geschädigte Gläubiger gegenüber anderen Gläubigern des Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten vorzuziehen oder zu privilegieren ist, sagt der Entwurf nicht. Die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins stellt darauf ab, das geschädigte Opfer sei regelmäßig durch Willensbeugung, durch Täuschung oder durch die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – also in deliktischer Hinsicht – willensbeeinträchtigt worden und habe dadurch einen Schaden erlitten. Aber meine Damen und Herren, das leuchtet nicht ganz ein. Natürlich fühlt sich der Arbeitnehmer, der mit einem insolventen Straftäter kontrahiert hat und infolge einer Insolvenz – die meistens strafatbedingt ist – seinen Arbeitsplatz verliert, ebenso geschädigt wie der sonstige Gläubiger einer Leistung, die mit dessen Forderung ausfällt, was möglicherweise existenzbedrohend wirkt. Auch der wird sagen: „Ich will mein Geld wiederhaben.“ In einer

Stellungnahme der Vertreterin des Landes Nordrhein-Westfalen ist auf dieses „Ich will mein Geld wiederhaben“ ausdrücklich Bezug genommen worden. Deshalb greife ich das über meine Stellungnahme noch einmal auf. Wo liegt denn die größere Eingriffsintensität bei der Schädigung durch den Straftäter? Wir haben in Insolvenzverfahren Opferschutz, den ich hier aufgeführt habe. Die deliktischen Forderungen der Gläubiger werden von der Restschuldbefreiung nicht mehr erfasst. Das gilt auch für den pflichtwidrig nicht gewährten Unterhalt und Geldforderungen, die nach § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO gleichgestellt werden. Also habe ich Bedenken, dass diese Privilegierung, die über die insolvenzfesten Absonderungsrechte hinausgeht, aus einer insolvenzrechtlichen Perspektive gerechtfertigt ist. Wertersatzfälle – ein schwieriger Punkt über das Verhältnis von § 111i zu § 111h InsO, der der Klarstellung bedarf, um diese Ungleichbehandlung zu vermeiden. Nächster Punkt: Strafminderung. Fällt das Beschlagnahmegut in die Insolvenzmasse, müsste auch eine Strafminderung greifen können.

Zuletzt möchte ich drei ungelöste Fragen nennen: Wie ist das Verhältnis von Insolvenzanträgen der Staatsanwaltschaft zu Eigenanträgen des Täters? Was sagen die Gläubiger, wenn die Staatsanwaltschaft den Insolvenzantrag stellt, aber der Gläubiger dagegen ist? Kann der Antrag von dem Gläubiger zurückgenommen werden? Insgesamt ist es ein Entwurf mit einem sehr guten Ansatz, aber auch Stellen, die im Sinne meiner vorgestellten Thesen und Fragen noch einmal justiert werden sollten. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Bremen. Dann hat Herr Professor Dr. Dierlamm das Wort.

SV Prof. Dr. Alfred Dierlamm: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, ich sitze hier in meiner Eigenschaft als Mitglied des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer. Ich bin sehr kurzfristig eingeladen worden und erlaube mir daher, mich auf die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer 39/2016 zu beziehen. Ich darf dazu sagen, dass ich für diese Stellungnahme oder für dieses Thema im Strafrechtsausschuss auch Berichterstatter war und mich daher intensiv mit diesem Thema befasst habe. Frau Vorsitzende, Sie haben es eingangs angekündigt: Opferschutz und



Opferentschädigung sind Punkte, die in der Entwurfsbegründung hervorgehoben werden. Opferschutz werde gestärkt, so heißt es. Aber tatsächlich ist das Gegenteil der Fall. Denn was passiert bei diesem neuen Entschädigungsmodell? Der Staat, der Fiskus, greift sehr extensiv auf das Tätervermögen zu. Viel stärker als bisher, durch erweiterte und selbständige Einziehungsmöglichkeiten. Aber er gibt dem Opfer, dem Geschädigten – insbesondere dem geschädigten Unternehmen – nicht in gleicher Weise ein Mehr an Realisierungsmöglichkeiten, um seine finanziellen Interessen geltend zu machen. Im Gegenteil: Während nach der derzeitigen Rechtslage ein geschädigtes Unternehmen – oder überhaupt ein Geschädigter – entweder gegen den Täter unmittelbar vorgehen kann oder aber in das arrestierte Vermögen noch während des laufenden Verfahrens hinein vollstrecken kann, so wären ihm durch diesen Gesetzentwurf beide Möglichkeiten verschlossen. Der Täter hat nichts mehr, weil der Staat auf das Vermögen zugreift. Und die Zugriffsmöglichkeit auf das arrestierte Vermögen besteht nicht im laufenden Verfahren, sondern erst mit Rechtskraft. Das ist ein wesentlicher Strukturfehler dieses Entwurfs, weil die Geschädigtenwiedergutmachung dadurch erheblich behindert wird. Ein geschädigtes Unternehmen, das durch ein Betrugsverfahren geschädigt wird – was besonders dramatisch ist, wenn die Schadenssummen existenziell hoch sind –, muss dann bis zur Rechtskraft des Urteils abwarten. Ich habe in meiner Stellungnahme eine Untersuchung der Universität Konstanz zitiert, aus der sich ergibt, dass in Wirtschaftsstrafsachen ein erstinstanzliches Urteil durchschnittlich 40 Monate dauert, plus Revision, plus Zurückverweisung. Also kann es sehr gut sein, dass Unternehmen fünf, sechs Jahre lang ihre Rechte nicht durchsetzen können. Das bedeutet keine Stärkung des Geschädigtenschutzes, sondern eine Behinderung der Wiedergutmachung zum Nachteil von Unternehmen. Im Gesetzentwurf steht: Das Windhunderennen im Ermittlungsverfahren, um den Topf des arrestierten Vermögens, ist schlecht und das müssen wir abschaffen. Warum ist das eigentlich so schlecht? Warum soll nicht das Unternehmen privilegiert werden, das etwas tut? Das Unternehmen, das Anwälte beauftragt und sich schnell ein Versäumnisurteil beschafft und mit diesem

Versäumnisurteil versucht, seine finanziellen Interessen zu realisieren. Warum soll dieses Unternehmen nicht besser behandelt werden als ein geschädigtes Unternehmen, das die Hände in den Schoß legt? Das ist der erste wesentliche Strukturfehler.

Ein zweiter Punkt hängt mit dem sogenannten engen Verletztenbegriff zusammen, der den Begriff des Verletzten auf den beschränkt, der einen Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten bzw. Wertersatz hat. Aber der Verletzte ist viel breiter. Der Verletzte ist nach den derzeitigen Rechtsstrukturen der, dem ein Anspruch aus der Tat erwachsen ist. Das kann auch ein Schadensersatzanspruch sein. Nicht nur ein Anspruch auf Rückgewähr oder ein Anspruch auf Wertersatz. Nur dieser nach dem engen Verletztenbegriff Verletzte wird geschützt und darf sich dann auch an diesem Erstattungsverfahren beteiligen. Das ist ein Problempunkt, der auch strukturelle Bedeutung hat.

Ich will angesichts der beschränkten Zeit nur noch einen Punkt herausgreifen: das ist die parallele Anwendbarkeit von Arrest nach der StPO und nach der Abgabenordnung(AO). Im Regierungsentwurf steht, dass neben dem AO-Arrest nach § 324 AO auch der StPO-Arrest anwendbar ist. Das ist eine Regelung, die der ständigen Rechtsprechung der meisten Oberlandesgerichte widerspricht. Warum soll eigentlich der Fiskus den StPO-Arrest in Anspruch nehmen können, wenn er die eigenen fachnäheren Arrestierungsmöglichkeiten nach der Abgabenordnung nicht in Anspruch nimmt? Im Übrigen ist der AO-Arrest viel schärfer. Denn er ermöglicht sogar den persönlichen Sicherungsarrest in § 326 AO. Das wird in der Praxis nicht gemacht. Aber es stellt sich schon an dem Punkt die Frage: Warum gibt man dem Fiskus, den Finanzbehörden zusätzliche Arrestierungsmöglichkeiten, wenn die vorhandenen noch nicht einmal ausgeschöpft werden? Da haben wir aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer Bedenken.

Die Vorsitzende: Danke, Herr Dierlamm. Herr Gericke hat das Wort.

SV Jan Gericke: Sehr geehrte Frau Künast, sehr geehrte Damen und Herren: Es ist für die Praxis zu begrüßen, dass mit dem Gesetzentwurf eine umfassende Neuregelung der strafrechtlichen



Vermögensabschöpfung unternommen wird. Die Abkehr von der Rückgewinnungshilfe und den komplizierten Vorschriften zum Auffangrechtserwerb führt dazu, dass die Vermögensabschöpfung in Zukunft wesentlich erleichtert und zugleich effektiver wird. Eine weitere wichtige Änderung liegt in der Möglichkeit, die Entscheidung über die Vermögenseinziehung von der Entscheidung über die Schuld- und Straffrage abzutrennen, wie das nunmehr die §§ 422 f. StPO-E vorsehen. So können nämlich die – ohnehin langwierigen – Hauptverhandlungen, insbesondere auch in Wirtschaftsstrafsachen, von komplizierten und konflikträchtigen Fragen der Vermögensabschöpfung freigehalten werden. Dadurch wird sichergestellt, dass einerseits dem Beschleunigungsgrundsatz Rechnung getragen werden kann, ohne andererseits von der Vermögensabschöpfung gänzlich abzusehen, wozu sich nämlich manche Tatgerichte unter Geltung der bisherigen Rechtslage gezwungen sehen.

Ein weiteres Anliegen des Entwurfs ist die Konkretisierung des sogenannten Bruttoprinzips. Auch dies ist aus meiner Sicht zu begrüßen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist insoweit – da kann ich vielleicht sagen, bin ich selbst auch nicht unschuldig dran – nicht einheitlich. Die Neuregelungen zur Bestimmung des Erlangten können deshalb zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung und damit durch klarere Vorgaben gegenüber den Tatgerichten dazu beitragen, dass die Vermögensabschöpfung in Zukunft wiederum einfacher und effektiver wird. Daraus ergibt sich für mich ein erstes positives Fazit: Der Regierungsentwurf beseitigt unnötig komplizierte Vorschriften und Verfahrenshemmnisse, löst Divergenzen in der obergerichtlichen Rechtsprechung auf und gibt der Praxis klare, handhabbare Regelungen vor.

Ein zweiter positiver Punkt ist, dass zugleich der Charakter der Vermögensabschöpfung als kondiktionsähnlicher Eingriff ohne zusätzliches Strafübel gewahrt bleibt. Das erscheint mir für die Legitimität der Abschöpfungsregelung in ihrer Gesamtheit von wesentlicher Bedeutung zu sein. Nur unter der Prämisse, dass die Abschöpfungsregelungen keinen Strafcharakter hätten, hat das Bundesverfassungsgericht etwa die Vorschriften über den erweiterten Verfall für verfassungs-

konform gehalten. Der Anwendungsbereich der erweiterten Einziehung soll vergrößert werden. Das haben wir schon gehört. Außerdem wird die selbständige Einziehung von Vermögensgegenständen unklarer Herkunft neu geregelt. All dies dient dem Zweck des Entwurfs, deliktisch erlangtes Vermögen möglichst umfassend einzuziehen. Würde aber der Charakter der Vermögensabschöpfung gleichzeitig geändert, wäre dies nicht möglich. Einzelheiten dazu – so zu Fragen des Bruttoprinzips und auch zu den im Koalitionsvertrag geäußerten Vorstellungen von einer Beweislastumkehr – habe ich in meiner schriftlichen Stellungnahme niedergelegt. Ich halte den vom Regierungsentwurf vorgezeichneten Weg für gut gangbar und das entwickelte Konzept insgesamt für überzeugend.

Mir scheinen aber noch zwei Punkte, die bislang nicht angesprochen worden sind, bedenkenswert. Der Erste betrifft die Verjährung: Sie steht der Anordnung vermögensabschöpfender Maßnahmen entgegen, § 78 Strafgesetzbuch (StGB). Es gelten die – je nach Delikt teilweise recht kurzen – Fristen des StGB für die Verjährung. Sie beginnen mit der Vollendung der Tat. Das kann gerade in den Fällen, in denen der Entwurf die Zugriffsmöglichkeiten erweitern will – etwa der nachträgliche Verfall – dazu führen, dass eine Abschöpfungsmaßnahme zu spät kommt. Damit droht der gewünschte Effekt der Reform jedenfalls teilweise auszubleiben. Es sollte deshalb eine an zivilrechtlichen Vorgaben orientierte Verjährungsregelung mit längeren Fristen erwogen werden.

Ein zweiter, noch wesentlicherer Punkt: Mit der Reform soll das Abschöpfungsrecht generalüberholt werden, heißt es. Es ist von einer vollständigen Neufassung und einem umfassenden Reformansatz die Rede. Damit verträgt sich nicht, dass – so wie es jetzt geregelt ist – mit Blick auf das Rückwirkungsverbot für Jahre davon auszugehen sein wird, dass das alte und das neue Recht nebeneinander gelten und in jedem Einzelfall aufgrund der Meistbegünstigungsklausel in § 2 Abs. 3 StGB zu prüfen sein wird, welches Recht im konkreten Fall das mildere ist. Insbesondere aus der Sicht der Revisionsgerichte kann man sagen, dass diese Fragen ausgesprochen kompliziert sein können und zu zahlreichen Urteilsaufhebungen zwingen. Für die Akzeptanz



der Reform und den damit beabsichtigten Paradigmenwechsel erscheint mir deshalb ein klarer Schnitt, im Sinne einer Stichtagsregelung, sinnvoller. Es sollte deshalb geprüft werden, ob die Regelung des § 2 Abs. 5 StGB, die dieses Rückwirkungsverbot anordnet, für die Reform ausgeschlossen werden kann. Dann ist noch zu bedenken, dass es natürlich Vertrauensschutzgesichtspunkte gibt. Denen könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass auf den Zeitpunkt der Sicherstellung der Vermögensgegenstände abgestellt wird und das neue Recht auf alle ab Inkrafttreten der Reform beschlagnahmten Vermögensgegenstände angewendet wird. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat jetzt Professor Dr. Heger das Wort.

SV Prof. Dr. Martin Heger: Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren. Wahrscheinlich wird sich manches wiederholen, weil auch ich diesen Gesetzentwurf nicht so kritisch sehe, wie manche anderen Stimmen, die sich dazu geäußert haben. Erstens: Das Grundziel, dass Verbrechen sich nicht lohnen dürfen und deshalb in weiterem Umfang als bisher Vermögen abgeschöpft werden soll, wird mit dem Entwurf erreicht. Man könnte sagen: Die Vermögensabschöpfung wird vollendet. In einem Kommentar hieß es dazu mal: Sie ist auch nach der letzten Reform unvollendet geblieben. Besonders wichtig ist natürlich die Streichung des Vorrangs der Verletztenansprüche. Das erwies sich als schwierig und nicht effektiv und hat dazu geführt, dass man in der Praxis oft die Finger davon gelassen hat, um sich diese nicht zu verbrennen. Insofern ist alleine schon wichtig, dass es eine neue Regelung gibt. Natürlich ist es auch wichtig, dass sie gut ist. Der zweite Punkt waren Probleme bei der Berechnung des Erlangten. Es wurde schon angesprochen, dass – zumindest aus der Außensicht – die Rechtsprechung des BGH da nicht einheitlich war und es mindestens zehn Jahre gedauert hat, wenn sie sich überhaupt angenähert hat. Ich finde es schlicht unerträglich. Deswegen ist es unbedingt notwendig, dass der Gesetzgeber hier eine Regelung trifft. Auch wieder fast egal, welche. Es muss nur für den Rechtsunterworfenen und den Rechtsanwender klar sein, dass der Gesetzgeber das ernst nimmt und nicht sagt: Wir akzeptieren, dass im Zuständigkeitsbereich des einen

Strafsenats so und im Zuständigkeitsbereich des anderen Strafsenats anders entschieden wird. Das kann nicht dauerhaft sein. Vor allem, wenn es nicht justizintern gelingt, etwa über den Großen Senat oder auf andere Weise, zu einer Einigung zu kommen. Deswegen sind diese Regelungen erforderlich. Ich finde sie im Prinzip auch richtig. Man kann jetzt die Schritte nachvollziehen. Es ist auch deutlich geworden, dass die Tendenz in Richtung eines Strafcharakters – der Verfall ist natürlich keine Strafe, aber er hat seit dem Bruttoprinzip immer diese leichte Tendenz – dass diese Tendenz zumindest soweit eingebremst wird, gerade wenn der Verfall einen weiteren Anwendungsbereich – auch im Bereich der Delikte mit privaten Opfern – hat. Jetzt wird deutlich: Wir wollen den Verfall und das ist richtig. Aber wir wollen diese Grenzbereiche nicht überstrapazieren und damit auch ausschließen, dass es im Einzelfall zu einer Strafe oder etwas Strafähnlichem wird. Insofern finde ich das sehr vernünftig.

Bei § 76a StPO-E waren bei unklaren Vermögensverhältnissen sehr weite Abschöpfungsschritte möglich. Man hat hier letztlich auf eine Beweislastumkehr verzichtet. Man hätte natürlich mehr regeln können. Ein Problem wäre dann aber, dass es ein Strafverfahren bleibt. Man muss immer aufpassen, dass man das Strafverfahren nicht mit Aufgaben überlastet, die weit darüber hinausgehen. Wir haben zivilprozessuale Elemente schon im Adhäsionsverfahren, und ich denke, der Gesetzgeber hätte zwei Möglichkeiten gehabt: Entweder er regelt es strafrechtlich – dann ist aber eine Beweislastumkehr oder ein Anscheinsbeweis schwierig – oder er wählt ein zivilrechtliches Abschöpfungsverfahren. Die Möglichkeit wird im Ausland teilweise praktiziert. Dann könnte man auch andere Regelungen, etwa des Zivilrechts, mit Beweislastregeln einführen. Insofern halte ich das jedenfalls für plausibel in der Form. Auch wenn es vielleicht dazu führt, dass letztlich nicht ganz so viel abgeschöpft werden kann, wie es bei anderen Beweisregeln möglich wäre. Einen Aspekt sollte man noch bedenken: Dadurch, dass die Rückgewinnungshilfe gestrichen wurde, kommt man jetzt, zumindest in den Mangelfällen, in das Insolvenzverfahren. Hier erscheint mir besonders wichtig, dass die Begründung – das kann man nicht alles gesetzlich regeln – deutlich



macht, welche Probleme es gibt und wie man da erstens berechnet, worum es geht, und zweitens eine „Härtefalllösung“. Es gibt in dem § 73e des Entwurfs zum Strafgesetzbuch (StGB-E) eine vergleichsfreundliche Regelung, in der nicht gesagt wird: Die Regel gilt und die Ausnahme nur ganz eng. Das wäre falsch. Sondern, dass man den allgemeinen Gedanken sieht, dass, wenn die Beteiligten sich einig werden – wenn etwa Gewerbetreibende im Interesse ihres Unternehmens sagen: „Okay, wir teilen es jetzt unter uns auf, verzichten auf ein bisschen, bekommen aber schnell Geld“, die Staatsanwaltschaft und die Justiz nicht sagen sollen: „Nein, wir machen das jetzt ganz förmlich.“ Das sollte man verdeutlichen. Es ist zwar nicht so, dass der Staatsanwalt dann eine informelle Vermögensverteilung vornehmen soll, aber dass das Ganze seitens des Gesetzgebers wohlwollend gesehen wird, und es etwa auch bei der Strafzumessung – Stichwort Täter-Opfer-Ausgleich – eher begünstigend sein könnte, so dass den Interessen von einzelnen Geschädigten, die dringend an ihr Geld kommen müssen, besser als bisher Rechnung getragen werden kann.

Ich möchte dem ausdrücklich beipflichten, dass man zu § 2 Abs. 5 StGB eine Regelung treffen sollte, die ein Nebeneinander ausschließt. Das erscheint mir fast noch fataler als es hier geschildert wurde. Wenn man dann überlegt, muss man fragen, was das mildere Recht, etwa im Lichte der Rechtsprechung des 1. Senats oder des 2. oder 3. Senats, ist. Dann hätte man ein komplettes Chaos, obendrein mit unterschiedlichen Terminologien: Mal ist es die Einziehung, die milder sein soll als der Verfall und so weiter. Das kann eigentlich nur anders geregelt werden. Artikel 103 Grundgesetz wäre wohl kein Hindernis. Der verbietet nur eine Strafe. Und es soll ja klargestellt sein, dass es keinen Strafcharakter hat. Dann bleiben andere Grundrechte, die wahrscheinlich nicht verletzt sind. Zumindest, wenn man es mit Augenmaß macht.

Ein letzter Punkt, den ich auch schriftlich ausgeführt habe: Eigentlich hätte der Gesetzgeber sich auch Gedanken machen sollen, ob man eine soziale Umnutzung von Gütern vornimmt. Ich könnte mir vorstellen, dass man in der Begründung deutlich macht, dass jedenfalls in

Einzelfällen – etwa bei organisierter Kriminalität durch bestimmte Arten von Banden, wie Rockermilieu oder neonazistische Banden – eine Umnutzung von Gütern, die diese zur Begehung von Straftaten benutzen, vorgesehen ist. Danke.

Die **Vorsitzende:** Danke sehr. Dann hat Frau Dr. Holznagel das Wort.

SVe **Dr. Ina Holznagel:** Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank, dass ich Gelegenheit habe, hier einige Überlegungen aus der Justizpraxis des Landes Nordrhein-Westfalen einzubringen. Aus der Praxis deshalb, weil wir im Justizministerium seit vier Jahren eine Arbeitsgruppe haben, die sich mit der Optimierung der Vermögensabschöpfung beschäftigt und Experten und Expertinnen aller Berufsgruppen der Strafsjustiz, auch aus der Rechtspflegerschaft, zusammenführt. Uns liegt die effektive praktische Umsetzbarkeit dieser Reform am Herzen, weil wir sie im Ansatz für gut und richtig halten. Viele Argumente haben Sie eben schon gehört. Um diese praktische Umsetzbarkeit noch zu verbessern, haben wir drei konkrete Vorschläge und eine große Bitte an Sie.

Der Gesetzentwurf will Abschöpfungslücken schließen und hält sich dabei, nach seinem Konzept, an das Kondiktionsrecht. Es entsteht dabei ein schlüssiges System, das allerdings aus praktischer Sicht ein bisschen theorieverliebt ist. In der Realität wird es wahrscheinlich eher nach seinen Ausnahmen funktionieren und weniger nach seinen Regeln. Die Regel ist etwa, dass man nur einen Bruchteil des Täterlöses sichern kann. Der Rest ist entweder ausgegeben, verschoben oder versteckt. Der Entwurf eröffnet der Vollstreckungsbehörde deshalb mit Recht die Möglichkeit der Nachvollstreckung. Das ist gut und richtig. Das fordern wir schon lange. Leider ist aber die Justizbeitreibungsordnung, vermittels derer wir diese Nachvollstreckung durchführen sollen, ein ziemlich zahnloser Tiger. Sie können uns hier helfen und diesen Entwurf schärfen und umsetzbar machen, wenn Sie uns Ermittlungsinstrumente im Vollstreckungsverfahren an die Hand geben, die wir bisher nicht haben. Allen voran die Chance, nach richterlicher Anordnung eine Durchsuchung durchzuführen. Wenn das Geld ausgegeben, verschoben oder versteckt wird, dann ist der sogenannte Mangelfall der Normal-



fall. Dieser Mangel ist, in der Regel, recht ausgeprägt. Wir rechnen daher damit, dass es eine ganze Menge Verfahren geben wird, in denen die Insolvenzlösung des Entwurfes, einfach mangels Masse, nicht in Frage kommt. Da können wir als Vollstreckungsbehörde dann das tun, was Prof. Heger eben gesagt hat: Wir können versuchen, Vergleichslösungen zu moderieren. Das geht insbesondere dann, wenn man nicht zu viele Geschädigte hat. Das machen die Kollegen heute schon *praeter legem*. Das geht aber nur so lange, wie man nicht selbst in die zivilrechtliche Streitigkeit hineingezogen wird. Deshalb ist wichtig, dass Sie uns ein Instrument zur Verfügung stellen, um ins bürgerlich-rechtliche Streitverfahren überzuleiten, wenn es zum Prätendentenstreit kommen sollte. Ein dahingehender Vorschlag des Bundesrates ist in der Drucksache nachzulesen.

Die dritte – aus unserer Sicht wirklich fatale – Verkehrung von Regel und Ausnahme im Entwurf ist die Konkretisierung des Bruttoprinzips. Wir sind bei Herrn Gericke und Prof. Heger: Wenn es der 5. Senat sein soll, dann ist es der 5. Senat. Hauptsache, es ist eine einheitliche Regelung da. Der Entwurf beschränkt aber die Abschöpfung in Betrugsfällen darüber hinaus grundsätzlich auf den betrügerisch erlangten Saldo, weil der Täter nämlich anrechnen darf, was er dem Opfer in Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet hat. Sie werden nicht viele Betrugsopfer finden, die freudig behalten möchten, was ihnen ein Betrüger angedreht hat. Wir verstehen nicht, warum der Entwurf nicht den tatsächlichen Regelfall zu Grunde legt, nämlich den angefochtenen und deshalb nichtigen Vertrag aufgrund arglistiger Täuschung. Wir fragen uns, ob Sie uns tatsächlich mit der Frage belasten wollen, ob und wann dem Täter die Anfechtungserklärung des Opfers zugegangen ist. Ich glaube auch nicht, dass die Bürger dafür viel Verständnis haben. Wenn sich Täter und Opfer im Ausnahmefall anders vergleichen möchten, dann sollen sie das gerne tun. Wir müssen das dann im Vollstreckungsverfahren berücksichtigen. Dafür sieht der Entwurf mit § 459l StPO-E eine Vorschrift vor. Das waren unsere drei Vorschläge.

Jetzt kommt der Wunsch: Können Sie sich eigentlich vorstellen, wie so eine Vermögensabschöpfung in der Praxis abläuft? Nehmen wir

einen Drogenhändler und pfänden eine Rolex, ein Motorrad und einen PKW. Die Rolex ist geklaut, das Motorrad ist geleast, das Auto ist auf einen Strohmännchen zugelassen. Jetzt ist entscheidend, dass alle Zahnräder in diesem Verfahren ineinandergreifen. Die Ermittlungsakte muss ordentlich geführt werden. Das muss der Rechtspfleger mit der Polizei koordinieren. Der Dezernent muss mit dem Leasing-Unternehmen verhandeln und parallel einen Verschleppungsfall prüfen, bis der Ermittlungsrichter entschieden hat. Über den Verschleppungsfall müssen wir das Auto unterstellen, das kostet Geld. Vielleicht sollten wir das Auto besser vom Gerichtsvollzieher versteigern lassen. Der Eigentümer der Rolex muss derweil von der Polizei gesucht werden. Der Verteidiger will Akteneinsicht. Das ist Alltag. Ich schildere Ihnen das, um Ihnen zu verdeutlichen, dass das alles in der Praxis nur funktioniert, wenn alle zusammenarbeiten und wie bei den Zahnrädern einer Uhr alles ineinandergreift. Vermögensabschöpfung ist Teamarbeit. Und deswegen ist unser Appell an Sie: Bitte bauen Sie in diese Uhr keine überflüssigen Features mehr ein und bitte lassen Sie uns genug Zeit, die Bedienungsanleitung zu lesen! Die Fortbildungen laufen in Nordrhein-Westfalen schon an. Ich selbst habe schon die erste gemacht. Angesichts des Umfangs des Reformvorhabens wird die Europäische Kommission Deutschland nicht mit einem Vertragsverletzungsverfahren überziehen, wenn Sie uns ein halbes Jahr Zeit lassen. Das wäre auch ein wichtiges Signal der Wertschätzung an die, die den Löwenanteil dieses Reformprogrammes schultern müssen. Das sind die Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger. Vielen Dank.

Die Vorsitzende: Der letzte Satz von Ihnen, Frau Holznagel, war ja der Bezug auf das Inkrafttreten am Tag nach der Verkündung. Viel schneller geht es auch eigentlich nicht. Da haben Sie schon etwas getroffen. So, Herr Meißner hat jetzt das Wort.

SV Markus Meißner: Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren. Ich bedanke mich für die Einladung. Ich hatte im Vorfeld zum Regierungsentwurf und auch schon zum Referentenentwurf für die Strafverteidigervereinigungen als Berichterstatte Stellungnahmen abgegeben. Was mir wohl jetzt auch die



Ehre und Freude verschafft, hier etwas sagen zu dürfen. Aus Sicht der Strafverteidigung sind es insbesondere zwei Punkte, die ich hier hervorheben möchte. Das eine ist: Aus Sicht der Strafverteidigung bestehen an der unbegrenzten Ausweitung der erweiterten Einziehung, wie sie jetzt in § 73a StGB-E vorgesehen ist, verfassungsrechtliche Bedenken. Man muss sich vor Augen halten, dass die erweiterte Einziehung gegenüber der einfachen Einziehung Beweiserleichterungen beinhaltet. So muss das Gericht die Einziehungsobjekte eben keinem konkreten Anklagevorwurf zuordnen. Eine mittelbare Beweisführung ist erlaubt. Dieser Straftatenkatalog, den wir im Moment haben, ist genau das Gegenstück hierzu. Es zeigt nämlich im Endeffekt, dass wir bestimmte Straftaten haben, Banden- und gewerbsmäßige Delikte. Warum gerade die? Weil hier wiederholte Tatbegehungen naheliegen. Wir haben Straftaten mit einem Bezug zur organisierten Kriminalität. Warum? Weil es in derartigen Fällen regelmäßig Beweisschwierigkeiten in der Zuordnung gibt. Genau in dieser Konstellation hat das Bundesverfassungsgericht am 14. Januar 2004 in der grundlegenden Entscheidung zum erweiterten Verfall gesagt: Ja, das genügt mit Blick auf diesen Katalog verfassungsrechtlichen Anforderungen. Daraus ergibt sich aber auch, dass es keine Notwendigkeit gibt, diese Beweiserleichterungen dem Staat für alle Delikte zu gewähren. Im Gegensatz zum Bandendiebstahl gibt es beim einfachen Diebstahl keine Anhaltspunkte dafür, dass andere Vermögensgegenstände, die aufgefunden werden, bei dem Verdächtigen aus irgendwelchen Straftaten stammen. Anders als beim gewerbsmäßigen Handel mit Betäubungsmitteln gibt es, wenn jemand Betäubungsmittel zum Eigenkonsum erwirbt, eben keine Anhaltspunkte dafür, dass Vermögensgegenstände in seinem Bereich aus anderen Straftaten stammen. Dem Staat kann und muss hier abverlangt werden, etwaige Einziehungsobjekte konkreten Straftaten zuzuordnen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gesetzeszweck, wenn es hier heißt: Anreizschaffung zur Begehung gewinnorientierter Straftaten und Reinvestitionen in kriminelle Unternehmungen soll verhindert werden. Es ist nicht ersichtlich, warum man auf einen Ladendiebstahl oder einen Fahrraddiebstahl die erweiterte Einziehung anwenden soll. Man mag

über einzelne Tatbestände diskutieren, um die man den Katalog erweitern muss, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass hier auch Gewinne gemacht werden, die abgeschöpft werden sollen. Aber aus Vereinfachungsgründen zu sagen, wir wenden es jetzt auf alle Straftatbestände an, ist nicht erforderlich und damit zwangsläufig auch verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Ähnliche Bedenken – sogar weitergehende – existieren bei der Strafverteidigung gegen die vorgesehene Form des neuen Abschöpfungs-instruments der verurteilungsunabhängigen Einziehung. Europarechtlich ist es nicht nur nicht erforderlich, sondern man muss sagen: Das wurde im Vorfeld der Richtlinie vom 03. April 2014, der EU-Richtlinie, über die wir auch in dem Gesetzesvorhaben immer wieder lesen, diskutiert. Im Ergebnis wurde diese Maßnahme in die Richtlinie ausdrücklich nicht aufgenommen. Aus Sicht der Strafverteidigung besteht, trotz Etikettierung als „Verfahren gegen die Sache“, durchaus Strafcharakter für den Betroffenen. Insoweit hilft der Verweis auf die genannte Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum erweiterten Verfall nicht weiter. Denn es gibt durchaus Unterschiede zwischen dem erweiterten Verfall und dem, was hier stattfinden soll. Beim erweiterten Verfall wird in einem strafrechtlichen Verfahren ein Schuldvorwurf getroffen. Da wird jemand verurteilt, und neben der Strafe soll eine Maßregel als weitere Rechtsfolge der Vermögensabschöpfung erfolgen. Ganz anders hier: Hier haben wir ein Verfahren, was durch Einstellung, möglicherweise durch Freispruch, endet. Die Maßregel, die bei der erweiterten Einziehung daneben erfolgt, wird hier zur Hauptsache. Da muss ich Ihnen zur Etikettierung „als Verfahren gegen die Sache“ ganz ehrlich sagen: Wird dieser Gegenstand eingezogen, so wird subjektiv der Betroffene die Einziehungsmaßnahme als Geld- oder Vermögensstrafe empfinden. Sie unterscheidet sich in der Wirkung hiervon gerade nicht. Vor diesem Hintergrund ist auch die faktische Beweislastumkehr in diesem Gesetzesentwurf problematisch. Ich glaube, da sind wir uns einig. Es steht und fällt mit der Frage: Strafcharakter – ja oder nein? Wenn man diesen Strafcharakter annimmt – wofür aus meiner Sicht bei dieser Maßnahme einiges spricht –, ist es problematisch, die Beweislastumkehr in dieser



Form zu regeln. Auch der Straftatenkatalog hilft uns in der Frage der Verhältnismäßigkeit nicht weiter. Warum? Zunächst ist die Frage mit dem Blick auf die erweiterte Einziehung: Warum mache ich überhaupt einen Straftatenkatalog? Ich könnte ja viel mehr einziehen, wenn ich darauf verzichte. Den Hinweis muss ich geben, weil es bei der erweiterten Einziehung auch so angefangen hat. Man macht einen Straftatenkatalog, sagt: Deswegen können wir es verhältnismäßig vertreten. Und irgendwann kommt man zu der Idee: „Ich könnte doch viel mehr machen, wenn ich diese Fesseln löse“.

Der Vorwurf der Geldwäsche ist Teil dieses Straftatenkatalogs. Ich sage Ihnen ganz ehrlich: Das ist das Öffnungstor für jeden Sachverhalt. Sie werden immer, wenn Sie einen Vermögensgegenstand sicherstellen, den Sie nicht zuordnen können, sagen können: Verdacht der Geldwäsche besteht. Damit gibt es kaum Lebenssachverhalte, bei denen von Anfang an feststeht, dass dieser § 76a Abs. 4 StGB-E zukünftig nicht anzuwenden ist.

Die strafrechtlichen Probleme in der Strafrechtspraxis möchte ich nur ganz schnell punktuell nennen: Die Frage ist: Wieviel ist denn in einem Strafverfahren an Ermittlungen notwendig, bevor ich in ein selbständiges Einziehungsverfahren übergehen darf? Kann der Staatsanwalt schnell die Akte schließen und sagen: „Das führt eh zu nichts, wir wollen ja im Wesentlichen nur das Geld“. Und übergehend sagen: „Erkläre uns doch mal, woher hast du es, sonst behalten wir es“. Die nächste Frage ist die: Was ist denn, wenn sich in dem Einziehungsverfahren doch Anhaltspunkte dafür ergeben, dass hier eine Straftat vorlag? Ich gehe zurück in das Strafverfahren. § 170 Abs. 2 StPO: Eine Einstellung führt zu keinem Strafklageverbrauch. Wie geht man damit um, wenn er sich im Einziehungsverfahren eingelassen hat? Darf ich das verwerten? Darf ich es nicht verwerten? Dazu schweigt der Gesetzentwurf. Hinsichtlich aller weiteren Punkte würde ich gern auf meine schriftliche Einlassung verweisen.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat als Letzter Herr Dr. Schneiderhan das Wort.

SV Dr. Peter Schneiderhan: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank, dass ich die, gegenüber dem Gesetzentwurf etwas kritische, Position des Deutschen Richterbundes hier vertreten darf. Ich selbst bin Staatsanwalt in Stuttgart und vielleicht entgegen manchen Vermutungen: Es wird gar nicht ohne Erfolg abgeschöpft. Zwangsläufig hat die Abschöpfung dort keinen Erfolg, wo nichts zu holen ist: bei Armutsdelikten und dort, wo wir nicht an das Vermögen kommen, also bei Verfahren der – untechnisch gesprochen – organisierten Kriminalität. Daran wird auch der neue Gesetzentwurf nichts ändern. Er wird dazu führen, dass wir in der Konsequenz sehr viele Titel bekommen, nämlich Feststellungen im Urteil, dass eingezogen werden muss, aber dass die Einziehung nicht vollstreckt werden kann. Insofern finde ich den Gedanken, den Frau Dr. Holznagel aufgegriffen hat, die Justizbeitreibungsverordnung zu überarbeiten, interessant. Die Frage ist natürlich, inwieweit wir tatsächlich voran gehen können und inwieweit wir auch aufpassen müssen, dass wir uns in diese Fälle nicht verbeißen und Ressourcen, die wir anderweitig für die Ermittlung von Straftaten bräuchten, verwenden, um letzte Abschöpfungsentscheidungen durchzusetzen.

Im Kern ganz kurz zu unserer Kritik: Auch hier kann ich nur das aufgreifen, was Prof. Heger gesagt hat: Es ist wichtig, dass der Gesetzgeber zur Frage, was abzuschöpfen ist, also Bruttoprinzip oder nicht, in § 73d StGB-E eine Regelung trifft, die klar ist. Egal welche. Unsere Sorge ist, dass die Regelung nicht klar genug ist, dass sie in der Praxis erhebliche Probleme aufwerfen wird. Wir haben im Verband und ich in meiner Behörde viel darüber diskutiert. Es tauchen immer wieder Fragen auf, wo es einfach zweifelhaft ist, was gemeint ist. Die Regelung muss klar sein, nicht nur für den BGH, sondern für jeden Amtsrichter, für jeden Staatsanwalt. Das kleine Geplänkel zur Frage, wie bei Betrug vorzugehen ist, hat erneut gezeigt, dass es Unklarheiten gibt. Die Frage ist natürlich auch, ob die Fahrlässigkeit als Kriterium des Ansatzes von Aufwendungen oder nicht ein praxisgerechtes Kriterium ist, oder ob wir hier nicht ein Schlachtfeld für die Hauptverhandlung eröffnen, welches uns dann erhebliche Probleme bereitet.

Zweites Problem: Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts, Steuern festzusetzen und



einzutreiben. Schlicht und einfach. In dieses Verfahren gehört keine Abschöpfung von Steuern. Man kann Regelungen zur vorläufigen Sicherung von Vermögen bei einem dementsprechenden Tatverdacht treffen. Aber es ist Aufgabe der Finanzverwaltung, die Steuern endgültig festzusetzen und einzutreiben. Wir haben auch gehört, welche Schwierigkeiten die Dauer des Verfahrens für potentielle Gläubiger, für Opfer von Strafverfahren bringen kann. Die Verfahrensdauer in großen Wirtschaftsstrafverfahren ist lang. Wenn das Verfahren abgetrennt wird und man erst mit einem Strafurteil beginnt, noch viel länger. Hier muss eine Öffnung für Gläubiger möglich sein, die – um den alten Begriff zu wählen – in die Rückgewinnungshilfe gehen wollen, die auf Vermögen, welches die Staatsanwaltschaft gesichert hat, zugreifen wollen und die dann mit einem eigenen Titel dorthinein vollstrecken wollen. § 421 StPO-E macht klar: Die Abschöpfung ist Zwangsprogramm für die Strafjustiz. Die Ausnahmen sind geregelt. Was fehlt, ist eine Härteklausel, wie sie der bisherige § 73c StGB beinhaltet: Absehen von einem Einziehen insbesondere in den Fällen, in denen es zu einer unbilligen Härte, möglicherweise mit Strafcharakter, kommen könnte, beziehungsweise in den Fällen, in denen klar ist, dass nichts zu holen ist und auch nichts zu holen sein wird. Das werden ganz viele Fälle der Armutskriminalität sein. Man muss bereits im Urteil klar machen können: Es wird nicht abgeschöpft. Das sind im Kern unsere Hauptanliegen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke. Als Erster hat sich Herr Dr. Fechner gemeldet.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank. Herr Dr. Schneiderhan, Sie sagten, man solle das Strafverfahren nicht mit Einziehungsfragen überfrachten, weil sich sonst ein Schlachtfeld bilden würde. Wie sehen Sie dann die Regelungen des § 421 StPO-E, nach dem das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft in kleineren Fällen, in denen es einen unangemessenen Aufwand bedeuten würde, von der Klageerhebung absehen kann? In der Begründung ist dies ja noch näher ausgeführt. Und wie sehen Sie § 422 StPO-E, nach dem die Einziehung auch abgetrennt werden kann, um das Strafverfahren nicht aufzuhalten? Sind wir da Ihren Bedenken nicht schon entgegengekommen?

Frau Dr. Holznagel, Sie sprachen davon, das Verfahren effektiver zu machen - ein Übergang in den Zivilrechtsstreit. Wie würden Sie das konkret im Gesetzestext fassen wollen?

Die **Vorsitzende**: Herr Dr. Luczak.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Vielen Dank. Meine erste Frage richtet sich an Herrn Schneiderhan. Sie hatten gesagt, dass aktuell die Abschöpfung in der Praxis durchaus erfolgreich ist und funktioniert. Ein wesentlicher Punkt, den wir mit dem Gesetz verfolgen, ist genau dies. Die Begründung lautet, dass es in der Praxis gerade nicht funktioniert, sondern dass das ganze Regelungssystem eher schwerfällig, komplex ist. So dass es in der Regel so ist, dass man zu nicht-förmlichen Verfahren greift, um Opfern hier zu ihrem Recht zu verhelfen. Da wünsche ich mir, dass Sie näher ausführen, wie der Zustand in der Praxis sich aus Ihrer staatsanwaltschaftlichen Sicht darstellt und ob man mit dem Gesetzesentwurf in einer Gesamtbewertung weiterkommt, auch mit Blick auf die schwierigen Fragen, die sich offensichtlich bei der Vollstreckung hinterher bilden.

Ich würde dann noch eine Frage zur rechtlichen Fragestellung an Herrn Bremen richten wollen. Da hatten Sie etwas zum Verhältnis des Antrags der Staatsanwaltschaft zu den Anträgen von Gläubigern im insolvenzrechtlichen Bereich ausgeführt. Können Sie dieses Verhältnis näher ausführen? Sie hatten gesagt, die Staatsanwaltschaft stellt einen Antrag, und ein Gläubiger sagt möglicherweise: „Ich würde eigentlich lieber den Antrag zurücknehmen wollen, weil es für mich viel günstiger ist“. Vielleicht beleuchten Sie dieses Verhältnis noch einmal? Das ist doch ein komplexes Zusammenspiel von strafrechtlichen, strafprozessualen und insolvenzrechtlichen Fragestellungen, die wir hier vorliegen haben.

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Wunderlich hat das Wort.

Abg. **Jörn Wunderlich** (DIE LINKE.): Ich habe eine Frage an Herrn Dierlamm. Frau Holznagel vertritt hier die Ansicht, dass die von Ihnen geltend gemachte Verschlechterung der Lage der Opfer insofern nicht gegeben ist, als sich die Zwangsvollstreckungsverfahren oft über Jahre hinziehen. Was halten Sie von dieser Ein-



schätzung zu der von Ihnen dargestellten Verschlechterung der Opfer?

Dann habe ich noch eine Frage an Herrn Dr. Schneiderhan. Sie sagen in Ihrer schriftlichen Stellungnahme, es ist gar nicht nachzuvollziehen, wie man zu der Aussage kommt, der Mehraufwand an Arbeit kann mit dem vorhandenen Personal aufgefangen werden. Wie weit sehen Sie da Personalbedarf? Auf welcher Ebene? Wie kann das wirksam, aufgrund von Änderungen in diesem Entwurf – wie beispielsweise Begrenzung der von Ihnen sogenannten Elendskriminalität – zumindest abgemildert werden?

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Ströbele und dann Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. **Hans-Christian Ströbele** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Es gibt zwei grundsätzliche Gründe für diese gesetzliche Neugestaltung. Der eine ist, das Verfahren zu erleichtern und sicherzustellen, dass aus Straftaten erlangte Vermögensvorteile tatsächlich nicht beim Täter bleiben, sondern der Allgemeinheit, also dem Staat, zufallen. Und der andere – jedenfalls angebliche – Grund ist, dem Opfer zu erleichtern, das Weggenommene zurückzubekommen. Zu dem zweiten Teil habe ich eine Frage an Herrn Meißner: Wäre es nicht sinnvoll, in § 73 StGB wieder einen Absatz 1 Satz 2 einzuführen, in dem man dieses Verhältnis regelt? Der etwa lautet, wenn der Verletzte versucht, auf dem Zivilrechtsweg etwas zu erlangen, und er bekommt einen Titel, soll er darauf erleichterten Zugriff erhalten.

Jetzt komme ich zu der zweiten Frage, die ein grundsätzliches Problem angeht. Herr Dr. Schneiderhan, es gibt eine Scheu der Strafgerichte, sich mit solchen Fragen zu befassen. Vom Adhäsionsverfahren ist in meiner 30jährigen Praxis dreimal Gebrauch gemacht worden, weil die sich in diese ganzen Untiefen der Schäden und Feststellungen nicht reinbegeben wollen. Die sagen: Es dauert schon lange genug und wenn er einen Vergleich machen will, wenn wir das jetzt auch noch darüber klären, das wollen wir nicht. Das scheint besser geworden zu sein. Können Sie da was zu sagen? Welche Erfahrungen gibt es? Läuft es jetzt positiver als früher mit dem Adhäsionsverfahren, wo nur der Zugriff auf bestimmte Sachen möglich war? Wie kann man den Strafrichter und den

Staatsanwalt dazu motivieren, das auch zu machen? Weil sonst hat man das immer: Die suchen irgendeinen Weg, das zu vermeiden, weil sie sich in diese Untiefen nicht begeben wollen.

Die **Vorsitzende**: Frau Winkelmeier-Becker ist erstmal die Letzte in dieser Runde.

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Vielen Dank.

Zunächst eine Frage an Prof. Heger. Einen Satz vorweg: Das, was mich für unser Thema heute neugierig macht, ist vor allem auch die Befassung mit dem Thema Menschenhandel, wo mittlerweile mehr verdient wird als im Drogenhandel. Deshalb ganz klar mein Wunsch, dass wir hier zu einer effektiven Regelung kommen. Ich höre gelegentlich Kritik aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts: Artikel 14 GG – Beweislastumkehr. Es sei schon unter dem Aspekt grenzwertig. Können Sie uns Argumente mitgeben, dass es mit Artikel 14 GG sehr wohl vereinbar ist, was wir hier machen, oder sehen Sie da Risiken? Ich habe gerade gehört, dass in anderen Ländern ein ganz anderer Ansatz gewählt wurde. Nämlich, dass man im Prinzip ein zivilrechtliches System hernimmt und dann noch weitere Möglichkeiten hat, auch im Sinne einer Beweislastumkehr. Welche Möglichkeiten würden sich da noch ergeben? Würde es sich lohnen, diesen Wechsel zu machen?

Frau Dr. Holznagel, Sie haben vor allem auch den Blick aus der Praxis eingebracht. In der Tat stellt man häufig fest, dass die wahren Hindernisse an ganz unvermuteter Stelle sind. Hier war der Hinweis auf die Justizbeihilfsordnung, wo man eine neue Ermittlungsmaßnahme begründen sollte, sehr wichtig. Inwieweit ergeben sich für den ermittelnden Staatsanwalt Hindernisse durch die Arbeitsbelastung? Wie wird das angerechnet? Lohnt sich das, oder gibt es Strukturen, die es dem einzelnen Ermittlungsbeamten erschweren, sich in einen Fall richtig einzuarbeiten, weil sich das für ihn an anderer Stelle nur negativ auswirkt? Müssten wir da noch auf ganz andere Dinge achten, um diese zu motivieren, sich diesen Fragen zu stellen, die aus meiner Sicht für die Frage – Lohnt sich ein Verbrechen oder lohnt es sich nicht? – noch viel wichtiger sind, als wir das vielleicht annehmen. Danke.



Die **Vorsitzende**: Danke, Frau Winkelmeier-Becker. Dann hat jetzt in der Antwortrunde zunächst Herr Dr. Schneiderhan das Wort. Sie haben gleich vier Fragen, von Herrn Fechner, Herrn Luczak, Herrn Wunderlich und Herrn Ströbele.

SV Dr. Peter Schneiderhan: Ich fange mal an mit der Frage von Herrn Fechner zu §§ 421, 422 StPO-E. Also, ich verstehe die Regelung in § 421 StPO-E dahingehend, dass wir von der Einziehung absehen können, wenn der Aufwand bis zum Urteil zu groß ist. Der Aufwand, festzustellen, welche Höhe der Gewinn des Betrügers, der eine Ware ohne Zahlungsabsicht einkauft, hat, ist oft nicht sehr groß. Die Frage stellt sich nur, wenn die Ware wertlos ist, der Täter von Sozialhilfe lebt und auch weiterhin erkennbar von Sozialhilfe leben wird. Der Aufwand, die Feststellung in das Urteil reinzuschreiben, dass 4000 Euro eingezogen werden, ist nicht das Problem. Das Problem ist, dass wir dann hinterher ein Urteil mit 4000 Euro haben, bei dem jeder von vornherein weiß, das wird nicht vollstreckt. Schon die Vollstreckung der Geldstrafe kann nur deshalb erfolgen, weil man da auf andere Methoden ausweicht und dann Ersatzfreiheitsstrafe anwendet. Da ist kein Geld da, um zu vollstrecken. Die Frage ist, ob wir solche Urteile, von denen wir im Kern von vornherein wissen, dass wir sie nicht vollstrecken können, wollen.

Zur Frage von Herrn Luczak: Einziehung ist schwerfällig und komplex, weil sehr viele – auch praktische – Fragen damit verbunden sind. Das ist bisher so, und es wird auch weiter so bleiben. Daran wird der Gesetzentwurf nichts ändern. Ich versuche gerade, *Bitcoins* im Wert von 700 Euro in irgendeiner Form einzuziehen und zu verwerten. Der Aufwand, den wir betreiben, um festzustellen, wie das rechtlich gehen könnte – von den praktischen Fragen ganz abgesehen –, ist einfach immens. Gut, es ist ein Versuchsverfahren. Wenn wir es hinterher können, wird es vielleicht ein bisschen einfacher. Aber wir haben auch mal über Monate hinweg Päckchen von Online-Betrügern beschlagnahmt und dann immer die Online-Firma, die betrogen wurde, angeschrieben, ob sie das Päckchen haben will. Sie wollten es dann alle nicht haben. Dann haben wir die öffentlich versteigert. Da haben wir drei

riesige öffentliche Versteigerungen gemacht. Haben dann 300.000 Euro Erlöst. Also es war relativ viel Geld. Aber wir mussten das Ganze dann einstellen, weil die Polizei, die für diese Maßnahme vier Beamte abgestellt hatte, einfach nicht mehr konnte. Der Aufwand ist also wegen dieser Schwerfälligkeit, dieser Komplexität riesig. Das Ineinandergreifen von Polizei, Staatsanwaltschaft, Vollstreckung, Rechtspfleger muss stimmen. Wenn man erfolgreich abschöpfen will, liegt es weniger an der Rechtsänderung, sondern an der sehr guten Ausstattung, die Polizei und Justiz brauchen.

Um die Frage von Herrn Wunderlich aufzugreifen: Der Personalbedarf bei den Rechtspflegern wird wahrscheinlich deutlich zunehmen. Für Baden-Württemberg wird es ein Problem, da wir im Moment zu wenig Rechtspfleger haben. Bei den Staatsanwaltschaften weiß ich nicht, ob tatsächlich eine Entlastung eintritt. Ich fürchte, nein. Ermittlungsverfahren sind dynamische Prozesse. Wenn ich mir einen Anlagebetrug ansehe und die permanente Frage: Liegt ein Mangelfall vor, und wenn ja, ab wann? Das ist eine Frage, die zunächst nur der Dezernent entscheiden kann. Nur er kann wissen, wie viele Geschädigte habe ich, wieviel davon bleiben im Verfahren als Verletzte, welche Ansprüche bestehen, was ist gesichert worden. Das ist ein Aufwand, das alles zu verfolgen, aktuell zu halten, der relativ groß ist. Die ganzen Maßnahmen, um an Vermögen zu kommen, müssen durch den Staatsanwalt geleitet und begleitet werden. So dass ich davon ausgehe, dass, wenn man die Verfahren ernsthaft betreibt, der Personalaufwand bei den Staatsanwaltschaften sicher nicht weniger wird. Weiterhin entsteht ein erheblicher Mehrbedarf für Rechtspfleger bei den Gerichten, die dann auch noch über diesen Abschöpfungsentscheidungen zu sitzen haben.

Herr Ströbele, ich habe bisher auch nur ein Adhäsionsverfahren erlebt, welches durchgeführt wurde. Auch da nur, weil wahrscheinlich das Gericht nicht aufgepasst hat. Meine Erfahrung ist, dass wenn wir sichern und den Geschädigten mitteilen, dass wir das Vermögen haben, auf das sie zugreifen können, die Geschädigten durchaus von dieser Möglichkeit im Rahmen des Windhundprinzips Gebrauch machen und zugreifen. Das Windhundprinzip hat sicher seine Nachteile;



es hat aber den Vorteil, dass wir in der Strafjustiz einen Titel haben und dass wir dann nur noch über die Frage der Zulässigkeit zu entscheiden haben. Die Frage, was durch eine Straftat erlangt ist, ist oft schwer zu entscheiden. Ich führe Verfahren wegen Betriebsspionage. Da ist oft relativ einfach festzustellen, dass der Täter mit einer Blaupause unter dem Arm die Firma verlassen hat und die irgendwie anders verwertet hat. Aber an der Feststellung, was er dadurch erlangt, und welchen Schaden er dadurch verursacht hat, scheitern vielfach auch Zivilgerichte in zweiter und dritter Instanz. Die Vorstellung, dieses in ein Strafverfahren holen zu müssen, erfreut mich nicht wirklich.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt hat Herr Meißner die Frage von Herrn Ströbele.

SV Markus Meißner: Es ging um die Frage, wie ist es, wenn jemand noch vor rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens den Zivilrechtsweg erfolgreich bestreitet und irgendwann einen Titel in der Hand hat. Was kann er damit machen? Kann er im Idealfall schon etwas vom Staat herausverlangen oder sich zumindest – wenn auch noch nichts ausgekehrt wird, weil noch kein rechtskräftiges Urteil gefällt wurde – eine Sicherheit eintragen lassen, weil er diesen Titel schon hat? Das ist natürlich denkbar, das kann man so regeln. Mein Verständnis dieses Gesetzentwurfes ist aber, dass genau das nicht gewollt ist. Jeder soll gleich behandelt werden. Manche mögen sagen, gleich schlecht. Also, alle müssen warten und im Endeffekt soll gerade dieses Windhundrennen vermieden werden. Das hätte man damit natürlich durch die Hintertür eingeführt. Jetzt kann man die Auffassung vertreten: Naja, das ist nicht schlimm. Was habt ihr eigentlich gegen dieses Windhundrennen? Da ist halt ein Unternehmen clever, nimmt sich einen Anwalt und macht Ansprüche geltend. Der andere denkt eben nicht daran. Das ist eine Variante. Es gibt natürlich die Variante, dass es hier Geschädigte gibt, die schlichtweg nicht über die finanziellen Mittel verfügen, um den Zivilrechtsweg zu beschreiten. Die würden dann auf der Strecke bleiben. Also, aus meiner Sicht spricht überhaupt nichts dagegen, die Regelung so zu machen. Aber die Grundentscheidung, der man sich damit stellen muss, ist: Will ich damit wieder die Bevorzugung einzelner Gläubiger, die

sich ihr Recht – etwa eine Vormerkung – eintragen lassen können? Dann werden die natürlich – auch wenn sie erst im Strafvollstreckungsverfahren bedient werden – bevorzugt. Mein Verständnis war, dass man das nicht will und deswegen diese Vorschrift fehlt. Aber es spricht grundsätzlich nichts dagegen, das auch anders zu regeln.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Frau Dr. Holznagel hat von Herrn Fechner und Frau Winkelmeier-Becker Fragen.

SV Dr. Ina Holznagel: Ungefragt eine Ergänzung zu dem, was Herr Meißner gesagt hat: Der Entwurf sieht für die Fälle, in denen das Sichergestellte nicht auskömmlich ist oder in denen andere Personen geschädigt sind – beispielsweise, weil sie einen Schmerzensgeldanspruch haben –, vor, dass das in das Insolvenzverfahren übergeleitet wird. Dann koppelt es sich völlig ab. Es entsteht eine zweigleisige Struktur. Wir machen unser Strafverfahren, der Insolvenzverwalter verteilt das, was wir gesichert haben. Das ist etwas, das man sich immer im Hinterkopf aufheben muss, wenn man kritisiert, dass erst im Vollstreckungsverfahren verteilt werden soll. Es ist stets die Möglichkeit vorhanden, ein Insolvenzverfahren anzuschieben, in dem das dann alles sehr viel schneller und einfacher abgewickelt werden kann. Das ist auch sehr im Interesse der Strafjustiz, denn wir sind nicht so scharf auf das Verteilen.

Das führt mich zu Herrn Fechners Frage. Wie stellen wir uns denn vor, hier eine Regelung zu haben, mit der wir Prätendenten-Streitigkeiten aus den Weg gehen können? Da ist ein Vorschlag, der sich aus der Bundesratsdrucksache ergibt: Hängt die Entscheidung über die Auskehr eines Verwertungserlöses von einer nach Bürgerlichem Recht zu beurteilenden Frage ab, kann der Staatsanwalt den Verletzten zur Austragung eine Frist bestimmen und nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist die Auskehrung versagen. Man kann also sagen: Vertragst euch; wenn ihr euch vertragen habt, kommt wieder, dann könnt ihr das Geld bei uns abholen. Das ist etwas, was wir gerne formal für uns im Gesetz verankert sehen würden, damit wir nicht in Streitigkeiten hineinlaufen.

Frau Winkelmeier-Becker fragt: Wer sind die ermittelnden Beamten? Das ist gerade das



Problem. Das hat auch der Kollege Schneiderhan angesprochen: Es sind alle. Es funktioniert nur, wenn alle mitmachen. Das beginnt mit der Polizei, geht über die Steuerfahndung, die zu einer Durchsuchung mitgehen muss, hin zu dem Dezernenten, der mit dem Durchsuchungsbeschluss schon möglicherweise vorsorglich einen Arrest beantragt, und führt über die Verwaltung etwaiger sichergestellter Vermögenswerte und endet dann bei den Rechtspflegern. Der Entwurf wird mit Sicherheit Mehrbelastungen bei den Rechtspflegerinnen und Rechtspflegern mit sich bringen. Diesen Personalbedarf werden die Landesjustizverwaltungen zu decken haben. Die Kolleginnen und Kollegen bekommen da eine sehr verantwortungsvolle Aufgabe. Die Wertschätzung von deren Beitrag ist mir ein wirkliches Anliegen. Dass verdeutlicht wird, dass die ganze Geschichte mit den Rechtspflegern steht und fällt. Wir Staatsanwälte können irgendwelche Dinge beantragen, aber durchführen müssen die das dann. An denen hängt es. Nicht ganz einverstanden bin ich mit der Einschätzung von Herrn Schneiderhan. Der Entwurf schafft uns immerhin dieses wirklich unsäglich Zulassungsverfahren nach § 111i StPO, das überhaupt nicht funktioniert, vom Hals. Dieses bringt einen immensen Kommunikations- und Verwaltungsaufwand mit sich und treibt die Geschäftsstellen bei den Staatsanwaltschaften zur Verzweiflung, wenn in großen Verfahren von morgens bis abends das Telefon klingelt, weil die Leute bei uns anrufen, die einfach nicht verstehen, was wir von ihnen wollen. Dass der Entwurf dieses Verfahren beseitigt, ist ein großer Fortschritt.

Die **Vorsitzende**: Danke. Prof. Heger hat eine Frage von Frau Winkelmeier-Becker.

SV Prof. Dr. Martin Heger: Vielen Dank. Zunächst ging es um die Frage des Umgangs mit Menschenhandel. Im Moment ist der Menschenhandel für die selbständige Einziehung, wo er bei Gewerbsmäßigkeit eine Katalogtat darstellt, relevant. Man könnte überlegen – wir haben das auch mit NGOs diskutiert, die sich um Menschenhandel kümmern –, ob man nicht das „gewerbsmäßig“ streicht, weil Menschenhandel typischerweise gewerbsmäßig betrieben wird. Warum muss man da zusätzliche Probleme aufmachen? Ich glaube, im kleinen Bereich macht niemand Menschenhandel, um den es hier geht.

Das betrifft aber nur den speziellen Bereich der selbständigen Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB-E. Da ist der Katalog im Moment auf gewerbsmäßigen Menschenhandel begrenzt. Das könnte man wahrscheinlich schadlos erweitern. Es wäre dann ein bisschen einfacher, würde aber in der Praxis nichts ändern. Man würde sozusagen jeden Menschenhändler gleich mit Blick auf die selbständige Einziehung in den Blick nehmen. Das wäre überlegenswert. Bislang war die Orientierung an der organisierten Kriminalität. Die kommt dann nicht mehr zum Ausdruck. Ich könnte aber auch mit dieser Regelung leben.

Sie haben dann weiter gefragt, wie ist das mit den Erfahrungen aus dem Ausland mit dem grundrechtlichen Schutz aus Artikel 14 GG? Das bezieht sich auf die Frage der Beweislastumkehr. Es ist in der Tat so, dass es im Ausland zum Teil eher zivilrechtliche Abschöpfungsmodelle gibt. Die Abgrenzung zwischen Zivilrecht und Strafrecht ist im Ausland aber ohnehin völlig anders. Wenn Sie die USA nehmen, wo es die *punitive damages*, also Schadenersatz quasi als Strafinstrument im Zivilprozess, gibt, gerät man in grundsätzliche Schwierigkeiten. Dort tendiert man natürlich auch dazu, solche Instrumente zivilrechtlich zu regeln. In Italien ist man sehr großzügig mit der Beweislastumkehr, was die Herkunft des Vermögens im Strafverfahren betrifft. Das halte ich für etwas problematisch. Also, wenn man ein Gut antrifft und sagt, da sitzt ein Mafiosi drin, dann muss der den legalen Erwerb darlegen. Und nicht nur er, sondern sogar noch die Verwandten vierten Grades. Also auch der Neffe oder die Nichte muss nachweisen, dass sie das etwa von einem Nichtkriminellen geerbt haben. Da hätte ich in dem Strafverfahren einerseits und vor dem Hintergrund des Artikels 14 GG andererseits doch Bedenken. Deswegen hat der Gesetzgeber hier notgedrungen nicht alles gemacht, was möglich wäre. Man hätte überlegen können, ob man gleich ins Zivilrecht wechselt. Aber das wäre tatsächlich eine deutliche Abkehr davon, dass bisher die Vermögensabschöpfung nicht Mittel des Zivilrechts, sondern des Strafrechts oder Ordnungswidrigkeitenrechts ist. Der Gesetzgeber könnte mehr regeln, wenn er in ein anderes Rechtsgebiet wechselte. Aber dann hätte man prinzipielle Probleme und auch einen Bruch, da letztlich Zivilgerichte mit Fragen



überfrachtet würden, die eigentlich typischerweise Strafgerichte beantworten. Die müssten auch eine Kompetenz für Vermögensabschöpfung gewinnen, die wir jetzt gerade bei den Strafgerichten eigentlich aufholen wollen. Insofern finde ich das etwas experimentell. Man sollte probieren, ob es mit dem derzeitigen Instrumentarium klappt, aber nach Ablauf einiger Jahre kritisch evaluieren, ob es tatsächlich zu einer selbständigen Einziehung kommt, oder ob es – angesichts der relativ hohen strafrechtlichen Beweisanforderungen – nicht funktioniert.

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Dr. Dierlamm hat eine Frage von Herrn Wunderlich.

SV Prof. Dr. Alfred Dierlamm: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Die Frage war: Kommt es tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Opferschutzes? Ich habe dazu drei Punkte. Den Ersten aus der Praxis: Wir beraten geschädigte Unternehmen. Wir kommen in ein Unternehmen, das einen Betrugsschaden, beispielsweise am Rande eines Korruptionsverfahrens, erlitten hat. Wir reden hier nicht über Großbanken oder Dax-Unternehmen, sondern über mittelständische Unternehmen, die durch Straftaten geschädigt worden sind. Wenn man denen sagt, die nächste Chance, die ihr habt, ist in fünf Jahren plus x, ist das eine Katastrophe. Ein mittelständisches Unternehmen, das einen Millionenschaden erlitten hat und diesen Schaden auf absehbare Zeit nicht effektiv geltend machen kann, hat ein existenzielles Problem. Dann geht dieses Unternehmen in die Insolvenz. Dann muss der Insolvenzverwalter dem Gläubigerausschuss sagen: Ich kann auch nichts machen; ich als Insolvenzverwalter kann diese Forderung erst geltend machen, wenn der Täter rechtskräftig verurteilt worden ist. Wiedervorlage – vier Jahre. Es kann nicht richtig sein, dass ein geschädigtes Unternehmen durch dieses Gesetz so seiner Rechte beraubt wird.

Punkt zwei ist: Wie läuft es denn dann weiter bei der Auskehrung? Schauen wir mal in § 459k StPO-E: Da steht, dass der Verletzte seine Ansprüche dem Grunde und der Höhe nach zu bezeichnen und die Tatsachen anzugeben hat, die nach seiner Einschätzung den Anspruch begründen. Das heißt: Wie läuft es denn in der Praxis? Jetzt ist der Täter nach fünf Jahren rechtskräftig verurteilt worden. Dann kommt das

geschädigte Unternehmen zum Rechtspfleger und sagt: Hier sind 180 Seiten Schriftsatz mit Anlagen, in denen mein Anspruch der Höhe und dem Grunde nach im Einzelnen ausgeführt ist. Wir wissen, wie komplex solche Fälle zum Teil sind, auch in der Schadensberechnung der Höhe nach. Dann geht das Drama erst los. Dann sitzt der Rechtspfleger da und muss nun in einem komplexen Kompensationsfall über diesen Anspruch entscheiden. Wir sehen bei Kollegialgerichten schon, wie lange das dauert. Aber dann sitzt der einzelne Rechtspfleger bei der Staatsanwaltschaft und muss nun nach § 459k Abs. 1 StPO-E über die Auskehrung des beschlagnahmten Vermögens entscheiden. Das heißt, wir haben die Zeit bis zur Rechtskraft und wir haben dann noch die Zeit, bis der Rechtspfleger in totaler Arbeitsüberlastung – ich prognostiziere es – über die Auskehrung des Verwertungserlöses entschieden hat. Das ist ein Rohrkrepierer. Ich stimme da Herrn Ströbele zu. Es war noch nie gut, die Strafjustiz mit so komplizierten zivilrechtlichen Fragen zu belasten. Insbesondere dann nicht, wenn das einzelne Rechtspfleger und keine Kollegialgerichte sind. Das ist ein Rohrkrepierer. Und wenn dieses Gesetz Wirklichkeit wird, dann werden wir bei den Staatsanwaltschaften eine massive Überlastung in den Rechtspflegeretagen sehen.

Dritter Punkt, ganz kurz noch: Wie ist es denn mit Geschädigten, die nicht unter den Verletztenbegriff fallen? Nehmen Sie einen Wettbewerber, der durch einen Submissionsbetrug geschädigt ist, durch Absprachen. Der fällt nicht unter den Verletztenbegriff, weil der nicht etwas Erlangtes oder den Wert zurückverlangt. Sondern der hat einfach einen Schaden durch entgangenen Gewinn. Er kann beim Täter nichts mehr holen, weil alles weg ist. Er kann aber auch nicht auf das beschlagnahmte Vermögen zugreifen, weil er nicht unter den Verletztenbegriff fällt. Das heißt, diese Geschädigten sind unter Umständen völlig rechtlos. Auch das kann nicht sein. Der Opferschutz wird geschwächt. Und das auch noch um den Preis einer erheblichen Überlastung der Justiz.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt hat noch Herr Bremen eine Frage von Herrn Luczak.

SV Michael Bremen: Es war die Frage gestellt worden: Wie verhält sich das Antragsrecht der



Staatsanwaltschaft nach § 111i StPO-E zu Antragsrechten anderer? § 111i StPO-E schafft eine gesetzliche Fiktion. In Mangelfällen gilt die Staatsanwaltschaft als von den Gläubigern ermächtigt, einen Insolvenzantrag zu stellen. Der Mangelfall wird nach der Begründung des Entwurfs dadurch festgestellt, dass eine Unterdeckung vorliegt und zwar bezogen auf einen Vergleich der Ansprüche der Verletzten mit dem, was beschlagnahmt worden ist. Es heißt aber auch gleichzeitig in der Begründung des Entwurfs, das ist dann ein Fall von § 17 InsO, also ein Fall der Zahlungsunfähigkeit. Wenn die Staatsanwaltschaft weiß, dass noch anderes Vermögen, das nicht Gegenstand der Beschlagnahme war, vorhanden ist und eine derartige Unterdeckung vermieden, dann dürfte sie tunlichst keinen Antrag stellen. Es ist ein gewisses Dilemma, dass zunächst einmal so eine Art Partikularprüfung stattfindet, die die Höhe der Ansprüche der Verletzten in das Verhältnis zu dem Wert des Beschlagnahmegutes setzt – wie ist damit umzugehen? – und dann offenbar noch Ermittlungen stattfinden sollen, um festzustellen, ob auch sonst ein Insolvenzfall vorliegt. Nehmen wir mal einen Fall: Drei Geschädigte, die sagen: Nein, ein Insolvenzverfahren wollen wir nicht; wir wollen nicht, dass – obwohl unsere Ansprüche höher sind als das beschlagnahmte Gut – in diesen Fällen ein Insolvenzantrag gestellt wird. Das ist meines Erachtens gesetzlich nicht geregelt. Auch die Begründung des Entwurfs sagt dazu leider nichts. Ist das möglich? Dürften sie den Antrag zurücknehmen? Stellen Sie sich mal vor, die Staatsanwaltschaft stellt den Antrag und die drei Gläubiger schreiben an das Gericht: Wir nehmen den Antrag hiermit zurück. Es ist zwar eine gesetzliche Fiktion, aber wir sind die, die dahinter stehen; wir nehmen den Antrag zurück. Was passiert denn dann? Auch das ist etwas unklar. Ich möchte das um die letzte Frage ergänzen, die ich mit großer Zeitüberziehung noch ausgestoßen habe: Wie ist denn das Verhältnis zum Antragsrecht des Straftäters selbst? Stellt er seinen Antrag? Was ist, wenn der Antrag von der Staatsanwaltschaft schon gestellt ist? Welcher ist vorrangig? Nach allgemeinem Recht würde ich sagen, der Schuldnerantrag ist auch in diesem Fall vorrangig. Aber das ist mindestens unklar. Denn auch der Straftäter könnte ein Interesse daran haben, die Restschuld-

befreiung zu erlangen, auch wenn die Forderungen der strafgeschädigten Gläubiger durch eine deliktische Handlung erworben wurden und der Restschuldbefreiung nicht unterliegen. Aber auch das sind Fragen, die, glaube ich, nur einmal klargestellt werden müssen. Vielen Dank.

Die Vorsitzende: Danke sehr. Das war nun die erste Runde. Ich habe für eine zweite Runde eine Frage von Herrn Wunderlich und jetzt auch von Herrn Ströbele und Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. Jörn Wunderlich (DIE LINKE.): Meine Frage schließt sich im Grunde an diesen Mangelfall und die Überleitung ins Insolvenzverfahren an. Es ist schon angesprochen worden, gerade mit dem Verletztenbegriff. Ich frage mal Herrn Dr. Dierlamm: Was ist aus Ihrer Sicht mit den Geschädigten, die eben nicht Verletzte in dem Verfahren sind? Ich kenne einen Fall von einer Firma mit förmlichem Sitz in Genf und faktischem Sitz in Düsseldorf, wo die Staatsanwaltschaft Düsseldorf Gelder beschlagnahmt hat, die an die Verletzten ausgekehrt worden sind. In der Schweiz wurden Insolvenzverfahren veranlasst. Da ist das Geld beim Insolvenzverwalter verblieben, da war nachher nichts mehr zum Verteilen. Das ist ja das nächste Problem. Wir haben schon den Mangelfall; es können nicht alle entsprechend ihrer Forderung oder ihres Schadens bedient werden. Dann bleibt noch ein Teil beim Insolvenzverwalter hängen und derjenige, der nicht unter den Begriff des Verletzten fällt, schaut in diesem Verfahren ohnehin in die Röhre. Wie ist Ihre Einschätzung dazu? Würden Sie in dem Fall sagen, wir lassen das lieber und sehen mal, wo – aus Sicht der Praxis, aus Sicht der Umsetzung – konkreter Handlungsbedarf ist, und gehen da ganz gezielt ran.

Die Vorsitzende: Herr Ströbele.

Abg. Hans-Christian Ströbele (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Nochmal im Anschluss an das, was ich vorhin schon bemerkt und dann gefragt hatte, bezüglich der Konkurrenz zwischen Straf- und Zivilgerichten. Aus der Praxis wissen wir, dass die Richter fast alle überlastet sind und natürlich nach Wegen suchen, Sachen einfacher zu machen, fertig zu bekommen. Zumal sie auch nach der Anzahl der Fälle, die sie erledigen,



bewertet werden. Da gibt es die Erfahrung, dass, wenn sie zum Zivilgericht gehen und als Verletzter einen Gegenstand oder einen Geldbetrag herausverlangen, das Gericht sagt: Das ist nach deinem eigenen Vortrag bei der Staatsanwaltschaft beziehungsweise beim Strafgericht anhängig. Das ist eine ganz komplizierte Frage. War es wirklich so? Das soll jetzt erstmal der Strafrichter feststellen, auch die Strafbarkeit. Dann kommen Sie wieder, oder wir setzen das Verfahren solange aus. Das bleibt ja hier auch, zumal wenn der Zivilrichter dann noch argumentieren kann: Sie kriegen jetzt sowieso kein Geld, sondern erst in einigen Jahren. Natürlich ist das nicht zwingend. Wer kann das denn fordern? Aber versuchen Sie mal, ein Zivilgericht durch mehrere Instanzen dazu zu bringen, Ihnen etwas zuzusprechen, das Verfahren zu Ende zu führen, wo die sagen: Da mischen wir uns in das Strafverfahren ein und die stellen nachher ganz was anderes fest. Also, wie kriegt man dieses Verhältnis geregelt, Herr Kollege Dierlamm und Herr Kollege Meißner? Da muss es doch einen Vorschlag geben, wenn wir sagen: Priorität hat der Verletzte, hat das Opfer. Dem oder der wollen wir helfen. Das kann eine Firma sein, oder Personen. Das können Frauen sein, das können Männer sein, das können Kinder sein. Wie kann man denen dabei helfen, etwas zu bekommen? Gibt es da einen vernünftigen Vorschlag?

Die **Vorsitzende**: Danke. Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Ich habe noch eine Frage an Herrn Bremen in Sachen Insolvenz. Sie haben den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung unterstrichen. Wie beurteilen Sie es, wenn man bei Opfern deliktischer Taten zwischen Vermögensdelikten und Körperverletzungsdelikten mit daraus resultierenden Schadenersatzansprüchen differenziert? Wäre das ein geeigneter Anknüpfungspunkt, oder würden Sie auch da sagen, das soll man alles gleich behandeln?

Herr Gericke, Sie haben zwei wichtige Hinweise dahingehend gegeben, dass wir die Verjährung von weiteren Maßnahmen der Vermögenssicherung nicht an die Verjährung der Delikte knüpfen und eine klare Stichtagsregelung finden sollten. Habe ich das so richtig verstanden?

Dann möchte ich noch eine generelle Frage anschließen. Wir haben sozusagen einen Schuss frei, hier eine wirklich gute Regelung hinzubekommen. Es gibt bisher sicherlich sehr unterschiedliche Erfahrungen in der Praxis, aber eben auch viele Defizite, die sehr unbefriedigend sind. Gibt es noch irgendwelche Hinweise darauf, was wir noch ändern sollten? Oder haben wir, mit Blick auf die großen Probleme, jetzt die notwendigen Instrumente gesetzlich verankert? Sehen Sie noch irgendwo Optimierungsmöglichkeiten?

Die **Vorsitzende**: Herr Dr. Fechner.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Eine Frage an Herrn Gericke, beziehungsweise auf die Ausführungen von Herrn Dr. Dierlamm, der das Gesetz recht drastisch als „Rohrkrepierer“ bezeichnet hat. Würden Sie diese Einschätzung vor dem Hintergrund dessen, dass sich – laut Herrn Dierlamms Ausführungen – Rechtspfleger mit 180 Seiten langen Schriftsätzen auseinanderzusetzen müssen, teilen? Aus meiner Sicht dürfte die Hauptarbeit eher den Insolvenzverwalter treffen. Wäre eine fünfjährige Wartezeit im Vergleich zur heutigen Rechtslage – nach der man bei einem Insolvenzverfahren ähnlich lang warten muss, allerdings nicht mit der Aussicht, dass tatsächlich verteilbares Geld da ist – wirklich so ein großer Nachteil? Durch den Gesetzentwurf hätten wir verteilbares Geld, weil es eingezogen werden soll. Meine Frage ist also, ob Sie die eher pessimistische Einschätzung von Herrn Dr. Dierlamm teilen?

Herr Meißner, Sie sprechen auf Seite 15 Ihrer Stellungnahme davon, dass die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt wäre, weil eine Regelung ohne den Straftatenkatalog nicht erforderlich sei. Denn auch „einfache Delikte“, wie Fahrraddiebstähle, werden dann erfasst. Steht der Annahme nicht entgegen, dass bei einfachen Delikten, wenn der Aufwand unangemessen ist, von der Einziehung abgesehen werden kann?

Die **Vorsitzende**: Herr Dr. Luczak noch.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Ich würde gern noch mal zur selbständigen Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB-E kommen. Herr Gericke und Herr Heger, haben Sie gegen dieses neue Instrument, durch das man auch in den Konstellationen ohne Verurteilungsmöglich-



keit einziehen kann, durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken?

Für wie flexibel halten Sie den Katalog, den wir in § 76 Abs. 4 Satz 3 StGB-E haben? Ich könnte mir an der einen oder anderen Stelle vorstellen, dass man da noch nachschärfen sollte, gerade wenn ich an bestimmte Delikte aus der Abgabenordnung, wie besonders schwere Fälle der Steuerhinterziehung oder die gewerbsmäßige, bandenmäßige Steuerhelsinki denke. Vom Strafraum her betrachtet würden diese auch in die Systematik dieses Kataloges passen. Haben Sie, aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, Bedenken, den Katalog dahingehend noch anzupassen?

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt beginnen wir in der Antwortrunde mit Herrn Bremen zu der Frage von Frau Winkelmeier-Becker.

SV Michael Bremen: Die Frage war, was nach dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung davon zu halten ist, wenn man bei den Straftatgeschädigten zwischen den verschiedenen Straftaten, durch die sie eine Schädigung erlangt haben können, differenziert, also zwischen Straftaten gegen den Körper, Gewaltstraftaten und Straftaten gegen das Vermögen. Aus insolvenzrechtlicher Sicht gibt es diese Differenzierung, jedenfalls im Bereich der Restschuldbefreiung, bislang mit gutem Grund nicht. Es ist sicherlich schwierig, angemessene Wertungskriterien für eine derartige Differenzierung zu finden. Ich habe in meinem Eingangsstatement schon gesagt, dass ich es für ausgesprochen problematisch halte, dass in Mangelfällen der Opferschutz eine andere Wertung erfährt als der Schutz der Gläubiger, die auch straftatbedingt einen Forderungsausfall oder den Verlust eines Arbeitsplatzes – durch Insolvenz des Täters – erleiden. Dann noch eine weitere Differenzierung nach der Art der Straftat einzuführen, erscheint mir eine sehr kleinteilige Betrachtungsweise zu sein. Ich würde das nicht teilen. Für die Ermittlungsbehörden würde dies zusätzliche Arbeit bedeuten, wo sie schon 180 Seiten Anspruchsbegründung zur Feststellung von Forderungen von Verletzten lesen müssen. Wobei es ohnehin ein Novum wäre, dass ein Erkenntnisverfahren zivilrechtlicher Art in diesem Verfahrensstadium stattfindet und überhaupt angesiedelt ist. Der Insolvenzverwalter schafft es noch, eine Forderungsanmeldung von

180 Seiten zu lesen, zu würdigen, mit dem Schuldner zu besprechen und dann eine Entscheidung zu treffen. Aber ich glaube, in der Rechtspflegerschaft ist das nicht richtig verortet.

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Dr. Dierlamm hat Fragen von Herrn Wunderlich und Herrn Ströbele.

SV Prof. Dr. Alfred Dierlamm: Ich erlaube mir, die beiden Fragen zusammenzufassen, weil sie doch einen gemeinsamen Kern haben, nämlich: Welche Bedeutung hat eigentlich der Opferschutz und welche Wichtigkeit hat er? Es ist völlig klar: Straftaten dürfen sich nicht lohnen. Das ist ein Grundsatz, der auch diesem Regierungsentwurf zu Grunde liegt, und den würde hier jeder unterschreiben. Klar ist aber auch, dass der Grundsatz „Restitution zu Gunsten durch Straftaten Geschädigter“ ebenfalls beachtet werden muss. Die Frage ist, in welchem Verhältnis diese beiden Grundsätze zueinander stehen. Da bin ich der Meinung, dass die lex lata, die derzeitige Rechtslage, den guten Kern hat, dass der staatliche Zugriff subsidiär ist. Das heißt, der Staat darf nicht in etwas eingreifen, was den Verletzten um seine Ansprüche bringt. Das darf nicht sein. Der Staat darf nicht Vermögen einziehen und damit im Grunde die Restitution, die Kompensation des Schadens zu Gunsten des Geschädigten, insbesondere des geschädigten Unternehmens, verhindern. Wir kriegen hier eine Schieflage, weil der § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB gestrichen und dadurch die Subsidiarität aufgehoben wird. Der Verletzte kann zwar seine Rechte geltend machen, aber in welchem Zeitrahmen? Der Staat greift durch diese vorläufigen, erweiterten Arrestierungsmöglichkeiten immer weiter zu, und dann sitzt er fünf Jahre auf dem Geld, bevor der Verletzte es bekommt. Man merkt an vielen Punkten, dass die Balance sozusagen aus den Fugen geraten ist.

Zu Ihrer Frage, Herr Wunderlich, zu diesem engen Verletztenbegriff. Das ist auch so ein Thema. Im Referentenentwurf war der noch nicht enthalten. Er wurde erst in den Regierungsentwurf aufgenommen, offensichtlich in der Absicht, den Kreis der Geschädigten – also der anspruchsberechtigten Verletzten – im Auskehrungsverfahren einzuschränken. Warum eigentlich? Warum sagt man nicht: Verletzt ist der, der durch eine Straftat geschädigt ist. Das ist



doch das, was sich wirtschaftlich letztlich in den Unternehmen – gerade bei den Mittelständlern – auswirkt. Nach § 459m StPO-E muss der Verletzte, um seine Rechte geltend zu machen, einen Titel auf Ersatz des Wertes des Erlangten vorlegen. Den hat er aber doch nie. Die Praxis sieht doch völlig anders aus. Der Verletzte einer Straftat hat einen Schadensersatzanspruch. Der Titel lautet nie auf Wertersatz des Erlangten. Das ist nur ein Punkt, von dem ich meine, dass er in der Praxis zu erheblichen Friktionen führen wird, weil der Rechtspfleger natürlich sagt: Im Gesetz steht, er muss einen Titel auf Ersatz des Wertes des Erlangten vorlegen. Das gibt es faktisch in der Praxis nicht, und es wird Anwendungsprobleme in diesen Punkten geben.

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Gericke hat jetzt Fragen von Frau Winkelmeier-Becker.

SV Jan Gericke: Frau Winkelmeier-Becker, zunächst zu der Verjährungsfrage: Bei einer Erweiterung auf alle möglichen Straftaten, wie Diebstahl, fragt sich, warum man eigentlich sicheres Diebesgut nicht beschlagnahmen können soll. Nur weil ich nicht nachweisen kann, dass der Dieb, der vielleicht 20 Diebstähle begangen hat, dabei als Mitglied einer Bande gehandelt hat? Daran hängt es im Moment. Aber beim Diebstahl gelten relativ kurze Verjährungsfristen. Bei einer normalen Straftat mittlerer Art und Güte haben wir eine fünfjährige Verjährungsfrist. Gerade in Wirtschaftsstraftaten, etwa beim Betrug, werden die Sachen erst viel später ermittelt. Da gibt es Betrugsserien, die in Schneeballgeschäften über Jahre hinweg unentdeckt laufen, weil immer wieder Geld eingezahlt wird. Irgendwann fängt das Ganze dann mal an zu kippen. Das dauert teilweise, wenn es geschickt gemacht ist, relativ lange. Da kommt man mit diesen Verjährungsfristen unter Umständen nicht hin. Es gibt ja zivilrechtliche Verjährungsfristen von bis zu 30 Jahren, bei einer titulierten Forderung. Daran könnte man sich orientieren.

Zu § 2 Abs. 5 StGB: Im Moment ist so eine Stichtagsregelung nicht im Gesetz enthalten, sondern es gilt allgemein § 2 Abs. 5 StGB, der sagt: Die Regelung des § 2 Abs. 1 bis Abs. 4 – nach der das Gesetz gilt, was zur Zeit der Tat galt, und sofern sich das Gesetz ändert, dann gilt das für den Täter günstigste – gilt entsprechend. Dies gilt dann auch für die Vermögenseinziehung. So

kommen wir zu diesem Rückwirkungsverbot. Das gilt bisher auch für Maßnahmen des § 111i StPO; dazu gibt es Entscheidungen des Bundesgerichtshofs: § 111i StPO konnte nicht rückwirkend auf vorher erlangtes Vermögen angewendet werden; § 73d StGB – also § 73a StGB-E, der erweiterte Verfall – konnte nicht angewendet werden. Da ist entschieden worden, dass dieses Rückwirkungsverbot gilt. Das wird – weil man auch viele verschiedene Regelungen hat und sich das ganze Verteilungsverfahren ändert –, über Jahre hinweg zu sehr komplizierten Vergleichen der Rechtslage führen, gerade weil Wirtschaftsstraftaten oft sehr lange zurückliegen.

Mein Anliegen ist, dass man in der Begründung klar macht, was man meint. Wir überlegen uns in unseren Beratungen teilweise, was der Gesetzgeber eigentlich gewollt hat. Was ist in diesem Entwurf etwa mit Betrugsfällen gemeint? Was ist mit Leuten, die die Sache behalten wollen, oder mit rechtswirksamen Forderungen, wenn da auf solche Verbindlichkeiten geleistet wird? Man könnte klarstellen, dass in den Fällen, in denen der Vertrag angefochten wird oder aus anderen Gründen nichtig ist, keine Gegenleistung berücksichtigt wird.

Herr Fechner, ich kann den Pessimismus nicht wirklich teilen. Die 180 Seiten Schriftsätze, mit denen ich meinen Anspruch begründen muss, spielen in meiner strafrechtlichen Erfahrung keine große Rolle. Wenn ich überhaupt einen so komplizierten Anspruch habe, dass ich 180 Seiten Schriftsatz brauche, um den geltend machen zu können oder um den zu beziffern, dann sind 180 Seiten vielleicht eine Tabelle, aus der sich Einzelpositionen ergeben. Aber solche Fälle scheinen kein Alltags- und Massenproblem zu sein. Es kommt mir auch nicht so vor, dass der Entwurf das verhindern würde. Wenn man seine Forderungen zivilrechtlich geltend macht und nicht vollstrecken kann, kann man sofort das Insolvenzverfahren eröffnen, um die Durchsetzung der Ansprüche auf diese Art zu beschleunigen. Man ist nicht gezwungen, auf ein strafrechtliches Endurteil zu warten. Es ist nur so, dass, wenn das Eingezogene nicht ausreicht, um alle Verletzten zu befriedigen, dann am Ende das Insolvenzverfahren und dieses Verteilungsverfahren darauf warten, dass es ein rechtskräftiges Strafurteil gibt. Das hindert mich aber



nicht daran, zivilrechtlich vorzugehen. Natürlich kann ich das machen. Wo ist das Problem? Wenn kritisiert wird, dass dann nichts mehr da ist, was verteilt werden kann, halte ich das – wenn ich das mit der heutigen Rechtslage vergleiche – auch nicht für ein großes Problem. Immerhin ist dann mal was da, was später verteilt werden kann. Im Moment bekommt man einen Titel; ob ich ihn vollstrecken kann, ist dann meiner privaten Zwangsvollstreckung überlassen. Die hat viel weniger Möglichkeiten, als es eine Staatsanwaltschaft nach dem Entwurf haben kann. Es kann noch verbessert werden, wie Frau Holznagel vorgeschlagen hat. Nur dann habe ich ganz andere Möglichkeiten. Wenn ich jetzt nämlich meinen Titel habe und feststelle, der hat sein Vermögen irgendwohin verschoben, dann gehe ich mit meinem privaten Gerichtsvollzieher suchen; aber ich weiß nicht wo. Dass sich diese Rechtslage durch den Entwurf krass verschlechtern würde, kann ich nicht erkennen.

Herr Luczak, bei Ihrer Frage ging es um § 76 Abs. 4 StGB-E. Verfassungsrechtliche Bedenken an der derzeitigen Fassung habe ich nicht. Es ist mir ein Anliegen, darauf hinzuweisen, dass da jetzt von der Beweislastumkehr die Rede ist. So wie die Regelung der § 73a StGB-E und § 76a StGB-E gefasst sind, geht es gar nicht um eine Beweislastumkehr, sondern es geht einfach darum, Schlüsse zu ziehen, die ich auch nach bisherigem Recht schon ziehen kann. Zu dem erweiterten Verfall sind genau die Sätze, die in § 437 StPO-E als Umstände aufgeführt worden sind, auch jetzt schon in der Kommentarliteratur und in der Rechtsprechung verbreitet. Die Gerichte machen davon keinen Gebrauch. Insoweit halte ich es für ein gutes Anliegen, gesetzlich zu regeln, dass das Indizien sein können. Einen erweiterten Verfall haben wir tatsächlich fast nie; da gibt es ein klares Abschöpfungsdefizit. Wenn es auf diese Art und Weise erweitert würde, gibt es keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Es ist immer noch so: Ich muss diese Indizien sicher feststellen und dann kann ich daraus Schlüsse ziehen. Aber diese Schlüsse kann ich auch nach bisherigem Recht schon ziehen. Ich sehe keine grundsätzlichen Bedenken, was die Erweiterung des Katalogs des § 76a Abs. 4 StGB-E auf Delikte der Abgabenordnung angeht, solange die Schwere der Delikte gewahrt wird. Wenn gesagt wird, es soll nicht

sein, dass das Strafverfahren Steuerforderungen einzieht: Im Strafverfahren kann jemand wegen Steuerhinterziehung eine Freiheitsstrafe bekommen. Warum soll ich da nicht auch das Geld, das er damit verdient hat, sicherstellen und sozusagen arrestieren können? Das leuchtet mir, jedenfalls beim ersten Blick, nicht ein.

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Prof.Dr. Heger hat eine Frage von Herrn Dr. Luczak.

SV Prof. Dr. Martin Heger: Die Grundrechtsvereinbarkeit des § 76a Abs. 4 ist aus zwei Gründen gegeben: Erstens, weil durch den Katalog, egal, wie eng er gefasst wird, jedenfalls für die selbständige Einziehung schon Elemente der Verhältnismäßigkeit enthalten sind: Es ist nicht für alle Straftaten, sondern nur für die organisierte Kriminalität möglich. Das hat auch seine Berechtigung. Es wurde vorhin schon mit Blick auf die frühere Regelung des erweiterten Verfalls gesagt, dass eine gewisse Vermutung dafür spricht, dass das Ganze aus dem Komplex dieser Straftaten herrührt. Der zweite Punkt ist, dass es eine Sollregelung ist. Sonst ist der Verfall – beziehungsweise die Einziehung neuer Art – keine Kann- oder Sollregelung, sondern eine Mussregelung. Das ist hier anders. Das erlaubt sozusagen, Härten im Einzelfall abzumildern. Wenn man also sagt, hier mögen die Voraussetzungen gegeben sein, aber sie stellen eine besondere Härte für den Betroffenen dar, dann kann man davon absehen. Es ist auch richtig, dass man nicht sagt, das Gericht soll am Ende völlige Freiheit haben: Man kann das abschöpfen, muss es aber nicht. Das passt nicht in das Strafrecht. Das gibt es im Ordnungswidrigkeitenrecht, in dem der Verfall als Kann-Bestimmung ausgelegt wird. Da hat es andere Gründe. Da kann er etwa teilweise mit der Geldbuße verrechnet werden. Das alles ist hier anders, und es wird hier getrennt geregelt. Das ist eine gute Lösung. Man hat sowohl eine allgemeine Verhältnismäßigkeit als auch eine für den Einzelfall. Ob man jetzt weitere Taten dazu nimmt, würde ich auch davon abhängig machen, ob die nicht typischerweise bereits nach den Regeln des erweiterten Verfalls erfasst werden können. Bei der Schmuggelregelung der Abgabenordnung, die im Katalog des § 76a Abs. 4 StGB-E enthalten ist, wird man sich typischerweise schwer tun, die Person zu finden, die verantwortlich ist. Bei Steuerdelikten nach



der Abgabenordnung wird man hingegen auf die Erträge nach den Regeln des § 73a StGB-E zurückgreifen können. Insoweit glaube ich nicht, dass wir da eine Lücke haben.

Schließlich möchte ich noch eins sagen: Der Gesetzgeber hatte 1992 den erweiterten Verfall bewusst weiter formuliert und zusätzlich die Vermögensstrafe vorgesehen. Beides wurde danach sozusagen zurückgenommen. Die Vermögensstrafe war verfassungswidrig, und wir brauchen sie auch nicht. Aber der erweiterte Verfall – wenn Sie sich den heutigen Wortlaut ansehen – war eigentlich so auch gedacht. Man ist etwas großzügiger, um diesen Bereich unklarer Herkunft zu erfassen. Das hat die Rechtsprechung mit Recht zurückgenommen. Deswegen ist es richtig, wenn der Gesetzgeber jetzt – bei der Anstrengung, dieses Ziel weiter zu verfolgen – neue Instrumente sucht, die dem gerecht werden. Insofern halte ich das im Prinzip für richtig und sehe in der Ausgestaltung – mit diesen beiden Verhältnismäßigkeitsgrenzen – keinen Verstoß gegen die Verfassung.

Die **Vorsitzende**: Danke. Der Letzte in dieser Runde ist jetzt Herr Meißner mit Fragen von Herrn Ströbele und Herrn Dr. Fechner.

SV Markus Meißner: Herr Ströbele, ich möchte sicherstellen, dass der Geschädigte möglichst schnell an sein Geld kommt. Es soll aber bei mehreren Geschädigten keine Besserstellung eines bestimmten erfolgen, und es darf nicht so bleiben, wie es jetzt ist. Zivilgerichte setzen regelmäßig in komplexen Sachen das Verfahren aus, sehen sich die Amtsaufklärungspflicht des Strafgerichts an und warten dann ab, während dieses für sie den Sachverhalt ermittelt. Wie kann man dieses Problem lösen? In den Fällen, in denen genug da ist, kann man es vollkommen unproblematisch lösen. Dort spricht überhaupt nichts dagegen, zum frühestmöglichen Zeitpunkt alles dahin auszukehren, wo es hingehört. Wie gesagt: Wenn man sich da einen Titel besorgt, dann spricht überhaupt nichts dagegen, schon im Ermittlungsverfahren einzusteigen. Das Problem ist die Feststellung eines Mangelfalls. Bevor ein solcher nicht festgestellt ist, soll einem Geschädigten nicht schon die Möglichkeit gegeben werden, endgültig zuzugreifen. Wie kann man dieses Problem lösen? Man kann sich

natürlich viele Gedanken machen und sagen: Ich orientiere mich an übergeordneten Gesichtspunkten. Man könnte einen Täter-Opfer-Ausgleich in gewisser Art und Weise privilegieren, indem der Zugang zum Geld ermöglicht wird. Das ist aber keineswegs zwingend und natürlich trotzdem mit einer Besserstellung dieses Gläubigers oder Geschädigten verbunden. Aber man könnte natürlich argumentieren: Da haben wir jetzt einen übergeordneten Zweck, das ist sinnvoll, deswegen machen wir das. Ansonsten sehe ich keine Möglichkeit, die drei Prämissen, die ich am Anfang aufgestellt habe, unter einen Hut zu bringen.

Herr Dr. Fechner, man muss das schon trennen. Die Frage ist, ob der Anwendungsbereich für so ein Instrument eröffnet ist. Das muss sich an Artikel 14 Grundgesetz messen lassen. Da bleibe ich dabei, dass eine Ausweitung der erweiterten Einziehung auf alle Tatbestände nicht verhältnismäßig und auch nicht verfassungskonform ist. Auf einem ganz anderen Blatt steht, ob irgendwann später im Verfahren das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft eine Ermessensentscheidung trifft und sagt: In diesem Fall ist das Erlangte zu geringwertig; wir sehen von der Einziehung ab. Bis so eine Entscheidung von einem Gericht ergeht, kann ein Gegenstand ein Jahr lang vorläufig sichergestellt sein. Das ist also dogmatisch auf zwei ganz getrennten Ebenen, sodass meine Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit nicht ausgeräumt sind.

Herr Gericke sagte, man solle im Entwurf klar machen, was gewollt ist. Der Regierungsentwurf macht jetzt ganz deutlich, dass im Ermittlungsverfahren nach wie vor ein Arrestgrund vorliegen soll. Man sagt, man muss nicht mehr auf die ZPO verweisen. Das sehe ich auch so. Das soll in der Formulierung der Sicherung der Vollstreckung dienen. Ich würde darum bitten, dass man durch eine kleine Umstellung des Wortlauts klar macht, dass es sich dabei um eine echte Anordnungsvoraussetzung handelt. Denn, wenn Sie sich „zur Sicherung der Vollstreckung“ sprachlich anschauen, gibt es zwar den Zweck der Maßnahme wieder, aber sagt nicht zwingend, dass es sich um eine echte Anordnungsvoraussetzung handelt. Es ist gut, wenn in der Begründung ganz klar ist, was gemeint ist. Aber noch



besser ist, wenn es der Wortlaut der Vorschrift selbst hergibt.

Die **Vorsitzende**: Danke. Nun sind wir am Ende unserer Anhörung und haben sowohl für die Formulierung von Paragraphen als auch für die Konkretisierung der Begründung Hinweise erhalten, damit wir auch selbst das Gefühl haben, zu wissen, was wir wollen. Ich nehme das mal auf, aus der Praxis, denn manchmal ringen wir

mit uns selber, wie Sie sich denken können.

Weitere Fragen gibt es nicht. Dann bedanke ich mich ganz herzlich bei den Damen und Herren Sachverständigen. Sie haben uns Arbeit gegeben und uns ein wenig klüger gemacht. Herzlichen Dank auch an die Kolleginnen und Kollegen. Ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 16:03 Uhr

Renate Künast, MdB

Vorsitzende



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Michael Bremen	Seite 36
Prof. Dr. Alfred Dierlamm	Seite 43
Jan Gericke	Seite 51
Prof. Dr. Martin Heger	Seite 64
Dr. Ina Holznagel	Seite 71
Markus Meißner	Seite 85
Dr. Peter Schneiderhan	Seite 110

MICHAEL BREMEN ^{1•2•3•4•7}

DR. UWE PAUL ^{1•5•6}

OLIVER WESTKAMP ^{1•6}

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

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

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

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

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

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

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

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

Zertifizierung des Insolvenzbereichs nach
DIN EN ISO 9001 Version 2008

VORBEMERKUNG

Die mit dem Gesetzentwurf verfolgten Zwecke

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

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



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

THESE 1:

keine weiteren privilegierenden Verfahrensrechte für Steuerfiskus und Sozialversicherungsträger!

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

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

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

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

2. Vermögenssicherung *versus* Insolvenzbeschlagnahme

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

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

THESE 2:

keine Privilegierung von straftatgeschädigten Gläubigern über deren insolvenzfesten Absonderungsrechte hinaus

a) Aussonderungsfälle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Wertersatzfälle

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

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

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

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

c) Strafminderung

THESE 3:

Strafminderung auch bei indirekter Wiedergutmachung im Insolvenzverfahren

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

3. Sonstiges

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

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

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

4. Fazit:

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

Düsseldorf, den 21.11.2016

Michael Bremen
Rechtsanwalt / vereidigter Buchprüfer



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 39/2016

November 2016

Zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (BT-Drs. 18/9525)

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Dr. Jan Bockemühl
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm (Berichterstatter)
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park (Berichterstatter)
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Anne Wehnert
RAin Dr. Annette von Stetten

Prof. Dr. Frank Saliger (Berichterstatter)
RA Frank Jahnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland

Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 - 11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien

Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Neue Zeitschrift für
Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und
Steuerstrafrecht, KriPoZ Kriminalpolitische Zeitung

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Vorbemerkungen

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat im Juni 2016 ausführlich zum Referentenentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung Stellung genommen (BRAK-Stellungnahme-Nr. 15/2016). In dieser Stellungnahme hat die Bundesrechtsanwaltskammer auf wesentliche – auch strukturelle – Mängel des Gesetzentwurfs hingewiesen. Insbesondere hat sie beanstandet, dass

- der Gesetzentwurf konzeptionell verfehlt ist, weil der Verletzte auf ein zur Klärung schwieriger Entschädigungsfragen ungeeignetes Erstattungs- bzw. Verteilungsverfahren in der Strafvollstreckung verwiesen wird, das schon deshalb aus Verletztensicht unzumutbar erscheint, weil es erst nach Rechtskraft des Urteils und damit möglicherweise mehrere Jahre nach Eintritt des Schadens stattfindet;
- die erweiterte Einziehung bei Tätern und Teilnehmern in § 73 a StGB-RefE in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise und über die europarechtlichen Vorgaben in Art. 5 Abs. 2 RL 2014/42/EU hinaus ausgedehnt wird;

- die Einführung einer Beweislastumkehr bei Vermögen unklarer Herkunft in § 76 a Abs. 4 StGB-RefE i.V.m. § 437 StPO-RefE gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK und gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung in § 261 StPO verstößt;
- die selbständige Einziehung in § 76 a StGB-RefE i.V.m. § 437 StPO RefE in unzulässiger Weise ausgedehnt wird;
- die strafprozessualen Eingriffsschwellen in bedenklicher Weise reduziert werden, z.B. durch den Verzicht auf das gesetzliche Erfordernis eines Arrestgrundes bei der vorläufigen Sicherstellung von Vermögenswerten.

Die Bundesregierung hat die gegen den Referentenentwurf erhobenen Einwendungen in wesentlichen Punkten nicht aufgegriffen, so dass die Kritik der Bundesrechtsanwaltskammer grundsätzlich fortbesteht. Darüber hinaus werfen die Regelungsvorschläge des Regierungsentwurfs in einigen Punkten neue Fragen und Probleme auf.

II.

1. Entschädigungsmodell in der Strafvollstreckung – ungeeignet und aus Verletztensicht unzumutbar

Die Bundesregierung hat die Einwendungen gegen die Grundkonzeption des neuen „Entschädigungsmodells“ nicht aufgegriffen. Der Regierungsentwurf sieht als „Dreh- und Angelpunkt“ des Reformvorhabens (S. 2 RegE) nach wie vor die Streichung der Vorschrift des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB vor. Die Ansprüche des Verletzten sollen im Strafvollstreckungsverfahren befriedigt werden. Damit wird die Subsidiarität des staatlichen Vermögenszugriffs aufgehoben und der Verletzte auf ein zur Klärung schwieriger Entschädigungsfragen völlig ungeeignetes Erstattungs- und Verteilungsverfahren in der Strafvollstreckung verwiesen, was schon deshalb unzumutbar erscheint, weil es erst nach Rechtskraft des Urteils und damit – gerade bei komplexen und schwierigen Sachverhalten – möglicherweise erst mehrere Jahre nach Eintritt des Schadens stattfindet.

Nach einer empirischen Untersuchung der Universität Konstanz (Theile/Nippgen, Die Arbeitsweise der Wirtschaftsstrafkammern, 2015) dauern Strafverfahren vom Eingang bei der Staatsanwaltschaft bis zum erstinstanzlichen Urteil der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts durchschnittlich ca. 40 Monate (im Jahre 2013 40,4 Monate, im Jahre 2012 39,6 Monate und im Jahre 2011 38,9 Monate). Hinzu kommt noch die Zeit, die ein Revisionsverfahren bis zur Rechtskraft (einschließlich der Möglichkeit der Zurückverweisung) in Anspruch nehmen kann. Während dieser Zeit – also über mehrere Jahre – wäre ein Verletzter nach der gesetzlichen Konzeption des Regierungsentwurfs unter Umständen gehindert, seine Rechte auf Entschädigung zu verfolgen. Diese Schwächung der Verletztensstellung ist besonders einschneidend, weil der Staat gerade mit den erweiterten vorläufigen Sicherungsmaßnahmen dem Verletzten die in der Verfügungsgewalt des Beschuldigten befindliche Haftungsmasse entzieht und in die behördliche Verfügungsgewalt überführt. Gerade bei erheblichen Schäden führt dies zu unververtretbaren Ergebnissen. Auf der einen Seite verleiht sich der Staat durch extensiven Zugriff das Vermögen des Täters ein, gibt dem Verletzten aber auf der anderen Seite keine realistische Möglichkeit, seine Interessen auf Wiedergutmachung des ihm durch die Straftat entstandenen Schadens zeitnah und pragmatisch durchzusetzen. Wenn in der Entwurfsbegründung auf Seite 2 plakativ ausgeführt wird, das Gesetz „stärkt den Opferschutz“, das Entschädigungsmodell

biete „den Tatgeschädigten einen einfachen und kostenlosen Weg, Schadenswiedergutmachung zu erlangen“, so handelt es sich um einen Etikettenschwindel, der mit dem tatsächlichen Regelungsgehalt nicht in Einklang zu bringen ist. Auch die als programmatische Ziele des Entwurfs angekündigte „Vereinfachung der Vermögensabschöpfung“ (S. 2 ReGE) und die „Entlastung von zeitraubenden (zivilrechtlichen) Fragen“ sind ein Irrweg; erreicht wird genau das Gegenteil.

2. Streichung des Ausschlussgrundes der unbilligen Härte gem. § 73 c StGB bzw. § 75 Abs. 1 StGB-RefE

De lege lata ist der Ausschlussgrund der unbilligen Härte in der Vorschrift des § 73 c Abs. 1 S. 1 StGB geregelt. Zudem kann nach § 73 c Abs. 1 S. 2 StGB eine Verfallsanordnung unterbleiben, „soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat“. Der RefE sah den Ausschlussgrund der unbilligen Härte noch in § 75 Abs. 1 StGB-RefE vor („wird nicht angeordnet“), wobei in § 75 Abs. 1 S. 2 StGB-RefE für die sog. Weiterverschiebungsfälle auch der Fall, in dem das Erlangte bzw. dessen Wert nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden war, als Härtefall geregelt war. In der entsprechenden Vorschrift des Regierungsentwurfs – § 74 f StGB-RegE – ist die Härtefallregelung ersatzlos gestrichen worden.

Die Streichung der Härteklausel ist verfassungsrechtlich bedenklich. Auch wenn das sog. Bruttoprinzip durch die Regelung des § 73 d StGB-RegE eine gewisse Einschränkung erfährt, sind Fälle denkbar, in denen eine Einziehung nach dem Buchstaben des Gesetzes die Grundsätze der Billigkeit und damit das Übermaßverbot verletzen würde (vgl. BGH NStZ 1995, 495; wistra 2003, 424; NStZ-RR 2009, 234; wistra 2009, 23; NStZ 2010, 86; Fischer, § 73 c Rn. 3), z.B. wenn die Einziehung eines vergleichsweise geringfügigen Betrages unabsehbare wirtschaftliche und soziale Folgen hätte, etwa die Insolvenz eines Unternehmens mit dem Verlust einer Vielzahl von Arbeitsplätzen. Die Härteklausel in § 73 c StGB ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. nur LK/Schmidt, § 73 c Rn. 3; Satzger/Schmitt/Widmaier/Burghart, § 73 c Rn. 6; Schönke/Schröder/Eser, § 73 c Rn. 1). Vor diesem Hintergrund ist der Hinweis in der Begründung auf S. 63 des RegE, eine „mit rechtlichen Unsicherheiten behaftete Korrektur möglicher unvertretbarer Ergebnisse über eine Härteklausel ist nicht notwendig“, nicht nachvollziehbar, zumal der Referentenentwurf die Vermeidung unbilliger Härten durch eine Härteklausel noch für geboten erachtet hat (S. 70, 75 RefE).

Die Vorschrift des § 459 g Abs. 4 StPO-RegE bietet keinen Schutz, da diese Regelung nur für die „Vollstreckung von Nebenfolgen“ im Sinne des § 459 g Abs. 2 StPO-RegE gilt und die Einziehung, was sich schon aus der Überschrift der Vorschrift des § 459 g StPO-RegE „Vollstreckung von Einziehung und Nebenfolgen“ ergibt, keine „Nebenfolge“ im Sinne der Vorschrift darstellt.

3. Verfassungswidrige Beweislastumkehr in § 76 a Abs. 4 StGB-RegE i.V.m. § 437 StPO-RegE

Der Regierungsentwurf hält mit den Vorschriften der § 76 a Abs. 4 StGB-RegE i.V.m. § 437 StPO-RegE an der bereits im Referentenentwurf kritisierten Konzeption fest, wonach „Vermögen unklarer Herkunft unabhängig vom Nachweis einer konkreten rechtswidrigen Tat“ selbständig eingezogen werden kann (S. 72 RegE). Dass es sich bei diesen Regelungen faktisch um einen Fall einer Beweislastumkehr handelt, wird in der Entwurfsbegründung deutlich: Hier heißt es, dass das Gericht bei Anwendung des „Missverhältnis“-Kriteriums (§ 437 Abs. 1 S. 1 StPO-RegE) „in der Regel die

Einziehung“ anordnet, „es sei denn, der Betroffene bestreitet als Einziehungsbeteiligter substantiiert die deliktische Herkunft und bietet entsprechenden Beweis an“ (S. 92 RegE). Dem Entwurf liegt damit ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugrunde: In der Regel Einziehung, es sei denn, der Betroffene beweist das Gegenteil.

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 14.01.2004 – 2 BvR 564/95 (BVerfGE 110, 1 Leitsatz) hervorgehoben, dass sich der Tatrichter „durch Ausschöpfung der vorhandenen Beweismittel“ von der deliktischen Herkunft des Gegenstandes zu überzeugen hat, die deliktische Erlangung müsse so „hoch wahrscheinlich“ sein, dass sie sich „geradezu aufdränge“ (BVerfG aaO Rn. 95). Von einer „Ausschöpfung der Beweismittel“ kann aber nicht die Rede sein, wenn bei Anwendung eines sog. „Missverhältnis“-Kriteriums aufgrund einer Regelvermutung zum Nachteil des Beschuldigten die Einziehung angeordnet werden kann. Vor diesem Hintergrund ist auch die Forderung des Bundesrats in seiner Stellungnahme vom 23.09.2016 nach noch weitergehenden „Beweiserleichterungen“ (BR-Drs. 418/16, S. 1 f) abzulehnen.

Zudem greift die Regelung in die freie Beweiswürdigung des Gerichts ein. Daran kann auch der Hinweis in § 437 Abs. 2 StPO-RegE, wonach die Vorschrift des § 261 StPO „unberührt“ bleiben soll, nichts ändern. Ein Gesetz, das dem Richter ein gegen die Unschuldsvermutung verstoßendes Regel-Ausnahme-Verhältnis vorschreibt, für das auch noch bestimmte „Beweisanzeichen“ vorgegeben werden, greift in unzulässiger Weise in die Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung gem. § 261 StPO ein. Der Hinweis in § 437 Abs. 2 StPO-RegE steht in Widerspruch zu Inhalt und Zielrichtung der Regelung.

4. Zweifelsfragen im Zusammenhang mit dem sog. engen Verletztenbegriff des RegE

Dem Regierungsentwurf liegt nach der Entwurfsbegründung ein „enger Verletztenbegriff“ zugrunde. Verletzter im Sinne des Regierungsentwurfs ist danach „nur derjenige, dem ein Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten aus einer Tat erwachsen ist“ (S. 48 RegE). Hieraus ergeben sich zahlreiche Zweifelsfragen:

Während die Regelung im Referentenentwurf über den Ausschluss der Einziehung in § 73 d StGB-RefE noch vorsah, dass eine Einziehung nach den §§ 73 bis 73 c StGB ausgeschlossen sein sollte, „soweit der *Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat erwachsen ist*, erfüllt worden ist“, sieht der neue Regelungsvorschlag in § 73 e Abs. 1 StGB-RegE einen Ausschlussgrund nur noch dann vor, „soweit der *Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist*, erloschen ist.“ Diese Regelung setzt zunächst einmal voraus, dass dem Verletzten ein „Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten“ zivilrechtlich überhaupt zusteht. Typischerweise geht es dem Verletzten aber oftmals nicht um Rückgewähr oder Wertersatz, sondern um Schadensersatz. Wird dieser Schadensersatzanspruch vom Täter erfüllt, so läge ein Ausschlussgrund nach dem Wortlaut des § 73 e StGB-RegE – anders als bei § 73 d StGB-RefE – nicht vor; jedenfalls würde sich die Frage stellen, ob und in welcher Höhe in diesem Schadensersatzanspruch ein Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten bzw. auf Wertersatz enthalten wäre.

Der gleiche Einwand gilt für die Vorschriften der §§ 459 g, 459 h Abs. 2 StPO RegE sowie für die Regelung des § 459 m StPO-RegE, die auf die Vorlage eines Titels abstellt, „in dem festgestellt wird, dass ihm (scil. dem Verletzten) der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des Wertes des Erlangten aus der Straftat erwachsen ist.“ Der von dem Verletzten erstrittene Titel wird allerdings in aller Regel

auf Schadensersatz lauten, nicht auf Wertersatz. Nach dem Wortlaut des Gesetzes dürfte dann keine Auskehrung des Verwertungserlöses an den Verletzten erfolgen.

Ganz ähnlich stellt sich die Problematik im Rahmen der Vorschrift des § 111 i Abs. 1 StPO RegE, wonach das Sicherungsrecht des Staates an einem arrestierten Gegenstand entfallen soll, wenn „einem Verletzten aus der Tat ein Anspruch auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist und das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arrestschuldners eröffnet“ wird. Zwar ist der Vorrang des Insolvenzverfahrens vor dem Sicherungsrecht nach StPO sachgerecht; allerdings ist die Begrenzung auf Fälle, in denen dem Verletzten ein „Anspruch auf Ersatz des Wertes des Erlangten“ erwachsen ist, zu eng. Nach dem Wortlaut der Vorschrift werden Schadensersatzfälle nicht umfasst, was nicht nachvollziehbar ist.

5. Fragwürdige Ausschlussregelung in § 73 e Abs. 2 StGB-RegE für die sog. Weiterverschiebungsfälle

Problematisch ist auch die Ausschlussregelung des § 73 e Abs. 2 StGB-RegE für die sog. Weiterverschiebungsfälle. Hier wird im 1. Halbsatz ein Ausschluss für den Fall vorgesehen, dass der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung nicht mehr im Vermögen vorhanden ist. Diese Regelung ist insoweit sachgerecht, da eine Einziehung sich naturgemäß nur auf das Erlangte bzw. dessen Substitute erstrecken kann. Dies muss in besonderer Weise in den sog. Weiterverschiebungsfällen gelten, in denen der Zugriff bei Drittbetroffenen erfolgt, also bei Personen, die weder Täter noch Teilnehmer der vorgeworfenen Tat sind. Umso bedenklicher erscheint vor diesem Hintergrund die Regelung im 2. Halbsatz des § 73 e Abs. 2 StGB-RegE, wonach eine Einziehung auch dann erfolgen kann, wenn das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist, sofern „dem Betroffenen die Umstände, welche die Anordnung der Einziehung gegen den Täter oder Teilnehmer zugelassen hätten, zum Zeitpunkt des Wegfalls der Bereicherung bekannt oder infolge von Leichtfertigkeit unbekannt waren.“

Diese Regelung ist verfassungsrechtlich problematisch. Die Legitimation eines Zugriffs auf das Erlangte in den sog. Weiterverschiebungsfällen gegen einen Drittbetroffenen, der weder Täter noch Teilnehmer der vorgeworfenen Tat ist, kann sich nur daraus ergeben, dass er im Besitz des erlangten Vermögens ist. Befindet sich das Erlangte nicht mehr in seinem Besitz, entfällt diese Legitimation, etwa wenn der Drittbetroffene das Erlangte in einer Notlage verbraucht, zum notwendigen Lebensunterhalt für sich und seine Familie verwendet hat oder wenn es ihm unverschuldet abhandengekommen ist, z.B. durch einen unbefugten Zugriff Dritter. Die Regelung widerspricht überdies auch der gesetzgeberischen Wertentscheidung zur verschärften Haftung im Bereicherungsrecht nach § 819 BGB, wonach der Entreicherte nur bei positiver Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes haftet, also gerade nicht bei Fahrlässigkeit oder Leichtfertigkeit.

Der Zugriff auf das Vermögen des entreicherten Dritten, der weder Täter noch Teilnehmer ist, hat nach den Kriterien, die das BVerfG in seinem Beschluss vom 14.01.2014 – 2 BvR 564/95 (BVerfGE 110, 1 Rn. 68) aufgestellt hat, zweifelsfrei pönalen Charakter und verletzt damit das Schuldprinzip sowie das Eigentumsgrundrecht im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG.

6. Bedenkliche Reduzierung der strafprozessualen Eingriffsschwellen in den §§ 111 b StPO-RegE

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (BRAK-Stellungnahme-Nr. 15/2016) beanstandet, dass

- die „Kann“-Bestimmung des § 111 b Abs. 2 StPO zu einer „Soll“-Bestimmung werden soll,
- durch Streichung der Verweisung in § 111 d Abs. 2 StPO auf die Vorschrift des § 917 ZPO das Erfordernis eines Arrestgrundes entfallen soll,
- die Bestimmung des § 111 b Abs. 3 StPO, wonach die Sicherungsanordnung nach regelmäßig sechs Monaten nur beim Vorliegen dringender Gründe aufrechterhalten werden darf, entfallen soll.

Die Bundesregierung hat die Kritik nicht in dem erforderlichen Maße aufgegriffen:

Die Verweisung auf die Vorschrift des § 917 ZPO zum Arrestgrund fehlt auch nach dem RegE. Auch die zeitliche Beschränkung der Maßnahme ohne Vorliegen dringender Gründe, so wie sie nach geltender Rechtslage in § 111 b Abs. 3 StPO geregelt ist, soll nach dem RegE entfallen. Geändert hat sich im Vergleich zum RefE lediglich, dass die „Soll“-Bestimmung nur dann eingreift, wenn dringende Gründe vorliegen (§ 111 b Abs. 1 S. 2 StPO-RegE). Allein hierdurch wird aber der Erosion der Eingriffsvoraussetzungen nicht in dem erforderlichen Maße Einhalt geboten. Denn der Wegfall der Prüfung einer konkretisierten Verdachtslage nach bestimmten Fristen eröffnet die Möglichkeit, Maßnahmen bei Vorliegen eines nur einfachen Tatverdachts über längere Zeiträume aufrechtzuerhalten. Allgemeine Verhältnismäßigkeitserwägungen, die häufig mit mehr oder weniger aussagekräftigen Worthülsen unterlegt werden („komplexes Ermittlungsverfahren“ oder „Ermittlungen überdurchschnittlich schwierig“), bieten nach den Erfahrungen der Praxis keinen ausreichenden Schutz vor überzogenen Maßnahmen.

7. Keine parallele Anwendbarkeit von StPO und AO-Arrest gem. § 324 AO (§ 111 e Abs. 6 StPO RegE)

Nach § 111 e Abs. 6 StPO RegE soll die Möglichkeit eines Arrestes nach § 324 AO einer Anordnung eines Vermögensarrestes nach StPO nicht entgegenstehen. In der Entwurfsbegründung heißt es, es handele sich um eine „Klarstellung“, mit der eine „rechtliche Unsicherheit bei der vorläufigen Sicherung von Vermögenswerten in Steuerstrafverfahren beseitigt“ würde (S. 77 RegE).

Das Nebeneinander von StPO- und AO-Arrest ist abzulehnen, weil ein Sicherheitsbedürfnis des Steuerfiskus zu verneinen ist, wenn die Finanzbehörde keinen Gebrauch von ihren eigenen Sicherungsmöglichkeiten macht, um eine Befriedigung ihrer abgabenrechtlichen Ansprüche auf diese Weise sicherzustellen. Dies entspricht der Rechtsprechung zahlreicher Oberlandesgerichte (vgl. nur OLG Oldenburg wistra 2008, 119; OLG Celle wistra 2008, 359; OLG Zweibrücken wistra 2009, 484; OLG Karlsruhe NJW 2008, 162, 164; vgl. auch Madauß, NZWiSt 2013, 128 m.w.N.). Der Einsatz der Zwangsbefugnisse nach der StPO ist subsidiär und unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht

erforderlich, wenn die Finanzverwaltung die ihr zustehenden bereichsspezifischen Arrestierungsmöglichkeiten nicht nutzt.

Die Sicherungsvorschriften der §§ 324 ff. AO sind im Vergleich zum StPO–Arrest nicht nur gleich effektiv, sondern gehen in ihren Sicherungsmöglichkeiten sogar noch darüber hinaus. So kann ein dinglicher Arrest nach § 324 Abs. 1 S. 2 AO bereits dann angeordnet werden kann, wenn die Steuerforderungen noch nicht zahlenmäßig feststehen oder wenn sie bedingt oder betagt sind. Auf Antrag der Finanzverwaltung kann das Amtsgericht nach § 326 AO sogar einen persönlichen Sicherungsarrest – also Haft – anordnen, wenn dies erforderlich ist, um die gefährdete Vollstreckung in das Vermögen des Pflichtigen zu sichern. Die Forderung des Bundesrats in seiner Stellungnahme vom 23.09.2016 nach einer noch weiteren Verschärfung der Vorschrift des § 324 AO ist vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Zwangsmöglichkeiten bis hin zur Inhaftierung des Steuerschuldners nicht nachvollziehbar (BR-Drs. 418/16, S. 13).

Es ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, warum die Finanzverwaltung – gewissermaßen nach der „Rosinentheorie“ – nicht nur die eigenen Zwangsbefugnisse, sondern auch eine Arrestierung nach der StPO in Anspruch nehmen können muss. Darin läge im Übrigen eine nicht gerechtfertigte Privilegierung der Finanzverwaltung gegenüber anderen Gläubigern, zumal in Steuerstrafverfahren, die als selbständige Verfahren gem. § 386 Abs. 2 AO geführt werden, die Finanzverwaltung selbst beim Amtsgericht eine Arrestierung nach den §§ 111 b ff. StPO erwirken könnte.

Bereits im derzeitigen Rechtszustand ist die verbreitete Praxis zu beobachten, dass Finanzbehörden ihre Verfahrensführung und den Einsatz ihrer strafprozessualen Befugnisse maßgeblich an dem Ziel eines möglichst hohen fiskalischen Mehrergebnisses ausrichten. Diese Tendenz einer „Fiskalisierung“ des Strafrechts würde sich noch weiter verstärken, wenn man der Finanzverwaltung in Steuerstrafverfahren weitere strafprozessuale Zwangsbefugnisse an die Hand geben würde.

- - -

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 Strafrage abzutrennen (§ 422 f. StPO-E), insbesondere auf Feldern der organisierten und der Wirtschaftskriminalität, dazu beitragen, ohnehin langwierige Hauptverhandlungen von komplizierten und konfliktträchtigen 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 Bruttoprinzip 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 schärfte 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 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 erscheint mir die Regelung des § 2 Abs. 5 StGB aber verfassungsrechtlich nicht zwingend. Der historische Gesetzgeber hatte die im Entwurf eines Strafrechtsreformgesetzes von 1962 offenbar noch anders gesehen, war indes auch davon ausgegangen, 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 darstellen. Ob in bestehende Rechtspositionen eingegriffen werden darf, dürfte sich vielmehr an den Grundsätzen des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) messen lassen. Danach erschiene es mir nicht zwingend geboten, auf den Zeitpunkt der Begehung 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 Sicherstellung der Vermögensgegenstände sein.

Gericke



Juristische Fakultät

Stellungnahme

Zur Vorlage an den Rechtsausschuss

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
europäisches Strafrecht und
neuere Rechtsgeschichte

Prof. Dr. Martin Heger

Datum:

22.11.2016

Bearbeiter/in:

Geschäftszeichen:

Postanschrift:

Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 2093-3485
Telefax +49 [30] 2093-3387

<http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/hzg/>

Sitz:

Bebelplatz 1
Kommode
Zimmer 232.1

10117 Berlin
Sekretariat: Zimmer 232.2
Frau Schmidt, Tel. 2093 3411

I. Vorbemerkung

An dem vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung habe ich an keiner Stelle mitgewirkt. Allerdings habe ich als Hochschullehrer zusammen mit deutschen und italienischen Partnerinstitutionen (Universitäten, aber auch Nichtregierungsorganisationen) in einem seitens der EU geförderten Projekt namens „Creating public spaces“ seit 2014 interdisziplinär und im deutsch-italienischen Vergleich über die Möglichkeiten einer Vermögensabschöpfung vor dem Hintergrund der aktuellen EU-Vorgaben sowie unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeit einer sozialen Umnutzung von Gütern, die zuvor von Unterweltgrößen etc. genutzt worden sind, gearbeitet. Dieses Projekt endete mit einer großen Tagung an der Humboldt-Universität am 10./11. November 2016. Daran wie auch an früheren Sitzungen nahmen auch Vertreter des BMJV teil, die in diesem Kontext ihre Reformarbeiten vorgestellt und diskutiert haben. Die beteiligten Nichtregierungsorganisationen haben zusammen mit anderen Vertretern der deutschen Zivilgesellschaft am 18. Oktober 2016 eine eigene Stellungnahme eingereicht, deren Entstehung ich zwar mitverfolgt habe, an der ich aber nicht persönlich beteiligt gewesen bin.

II. Zum Erfordernis einer Reform der §§ 73 ff. StGB

Dass eine wirksame Abschöpfung von kriminell erlangten Vermögensvorteilen Not tut, wird heute niemand ernstlich bestreiten können. Kriminalität darf sich nicht lohnen („crime does not pay“). Das ist nicht nur weltweit ein Schlagwort und Vorgabe von internationalen Übereinkommen wie auch der Richtlinie 2014/42/EU. Dahinter steht auch die unmittelbar eingängige

Verkehrsverbindungen:

U- + S-Bahnhof Friedrichsstrasse
Bus 100, 157, M 1, Tram 12

Sprechzeiten: 64 von 121

Erkenntnis, dass vor allem im Vermögens-, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht ein faktisches Behaltenkönnen kriminell erlangter Vermögenswerte neben den dort üblichen Geld- oder niedrigeren Freiheitsstrafen, die häufig zur Bewährung ausgesetzt werden, keinen Anreiz gegen die Begehung solcher Straftaten bieten kann. Die früher im Kriminalstrafrecht (und heute noch im Bußgeldrecht) mögliche Einbeziehung von Vermögenszuwächsen bei der Berechnung einer Geldstrafe ist seit dem Übergang zum Tagessatzsystem strukturell verunmöglicht.

III. Zu den Änderungen im Einzelnen

1. Begrifflichkeiten

Dass nunmehr alle Instrumente der Vermögensabschöpfung einheitlich als „Einziehung“ tituiert werden, wäre zwar nicht nötig gewesen und führt zu einer Vielzahl bloß sprachlicher Anpassungen. Immerhin wird damit der international gängige Einheitsterminus „confiscation“ auch einheitlich übersetzt. Ein weiteres Gutes hat die Änderung der Begrifflichkeiten für den Verfall, denn dadurch realisiert jeder Strafrichter, dass er neues Recht anwendet. Da die geplanten (Neu-)Regelungen der §§ 73 ff. StGB aber ihrerseits wesentlich auf EU-Vorgaben beruhen, ist auch leichter zu erkennen, dass in Zukunft auch im Bereich der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung etwa eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung der §§ 73 ff. StGB besteht und daraus resultierende Zweifelsfragen nach Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung dem EuGH vorgelegt werden müssen.

Positiv zu vermerken ist auch, dass der Gesetzgeber endlich die Chance einer weiteren StGB-Reform nutzt, um die bereits 2002 für verfassungswidrig erklärte Vermögensstrafe des § 43a StGB endgültig aus dem Gesetzestext zu tilgen.

2. Streichung des Opfervorrangs aus § 73 StGB

Bislang statuiert § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB, dass die Anordnung eines Verfalls zu unterbleiben hat, „soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde“. Diese Norm wird gemeinhin als „Totengräber des Verfalls“ bezeichnet, weil sie ein wesentlicher Grund dafür ist, dass in vielen Fällen ein Verfall nicht möglich ist. Macht in solchen Fällen – wie etwa bei massenhaften Betrugereien – nicht jeder Verletzte seine Ansprüche geltend, verbleibt dem Täter ein Teil seiner Beute. Dem hat der Gesetzgeber bereits 2006 mittels eines Rückgewinnungshilfeverfahrens abhelfen wollen, doch ist dieses sehr kompliziert strukturiert und hat sich deshalb nicht wirklich bewährt.

Es ist deshalb völlig richtig, dass § 73 Abs. 1 StGB-E nunmehr die Anordnung der Einziehung von Täterträgen (d.h. in bisheriger Diktion dem Verfall) nicht mehr von Verletztenansprüchen abhängig macht, sondern vielmehr das beim Täter abgeschöpfte Vermögen erst danach unter den Opfern verteilt werden soll. Diese berechtigte Grundentscheidung ist als solche unabhängig von der Frage, ob das eingezogene Vermögen danach nach Prioritätsgrundsatz oder den Regeln eines Insolvenzverfahrens verteilt wird.

3. Berechnung des erlangten Etwas

Seit 1992 gilt im Verfallsrecht das sog. Bruttoprinzip, d.h. abgeschöpft werden kann nicht nur – wie zuvor – der erlangte Vermögensvorteil (d.h. der Positivsaldo von Aufwendungen und Erträgen), sondern alles täterseits aus der Straftat Erlangte ohne Rücksicht auf dafür getätigte Aufwendungen. Hier nimmt der Gesetzesentwurf eine Präzisierung der Berechnungsschritte sowie eine – m.E. allerdings vertretbare – Korrektur in Form einer kleinen Einschränkung der Einziehungsgegenstände vor. Statt „aus“ der Tat, heißt es nunmehr „durch“ die Tat; damit wird noch deutlicher jede bloß kausale Bereicherung adressiert.

§ 73 Abs. 1 StGB-E erfasst danach alle geldwerten Vorteile aus der Tat einschließlich der Nutzungen. Das ist das „Bruttoprinzip“ in Reinkultur. In § 73d Abs. 1 StGB-E folgt dann eine – so der Wortlaut der Begründung – „Konkretisierung“ desselben, indem nach Satz 1 bei der Berechnung des Wertes des Erlangten die Aufwendungen des Täters abzuziehen sein sollen. Diese Abzugsmöglichkeit entstammt eigentlich dem Nettoprinzip. Der Gesetzgeber begründet diese (partielle) Rückkehr zu der früheren Rechtslage überzeugend mit einem Vergleich mit dem Bereicherungsrecht des BGB. Gleichwohl ist natürlich festzuhalten, dass mit der Abzugsmöglichkeit von Aufwendungen nicht mehr stets alles Erlangte – ohne Rücksicht auf den dafür getätigten Einsatz – abgezogen werden kann. Allerdings wird diese Regel ihrerseits in Satz 2 eingeschränkt (dazu sogleich); und andererseits ist die denkbare Einschränkung des wertmäßigen Umfangs des Erlangten m.E. nicht per se zu kritisieren. Immerhin wurde im Schrifttum seit dem Wechsel vom Netto- zum Bruttoprinzip 1992 häufig angemerkt, dass der Verfall nach Bruttoprinzip – anders als nach Nettoprinzip – tendenziell strafähnlich wirken kann (auch wenn die Rspr. im Einklang mit dem BVerfG den Strafcharakter von § 73 StGB stets verneint hat). Das gilt umso mehr durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 73 StGB –E auch auf Taten, bei denen Opferansprüche bestehen (z.B. Betrug). Korrekturen bzw. Restriktionen im Randbereich – wie hier vorgesehen – können solche Kritik entkräften und stärken damit die Akzeptanz des Verfalls in der Praxis. Das wiederum dürfte dazu führen, dass es in Zukunft öfter als bisher zu einer Anordnung der Einziehung der Taterträge kommen wird.

In ersten Stellungnahmen aus der Justiz wird die partielle Einschränkung des Bruttoprinzips gelegentlich übermäßig scharf kritisiert, denn erstens können ja nur legal erlangte Positionen als Aufwendungen abgezogen werden und zweitens war die Rechtspraxis der Strafsenate des BGH lange von erheblichen Unklarheiten geprägt, ohne dass es zu einer klärenden Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen gekommen wäre. Zwar wird heute von Praktikern angemerkt, dass zuletzt eine Tendenz zur Vereinheitlichung der Rspr. anzutreffen ist und auch in der vorausgegangenen „Streitphase“ letztlich die divergierenden Entscheidungen durchaus miteinander in Einklang gebracht werden konnten (weshalb eine Anrufung des Großen Senats auch nicht angezeigt sein sollte). Das alles mag sein, wenngleich an dieser Idealisierung der Zustände Zweifel abgebracht bleiben; bedenkt man aber, dass über fast ein Jahrzehnt für die Rechtsunterworfenen in der Tat in vielen Fällen nicht klar vorhersehbar war, was nach der Rspr. des einen oder anderen Strafsenats dem Verfall unterliegen sollte und was nicht, ohne dass justizintern auch nur der Versuch einer abschließenden Klärung unternommen worden wäre, erscheint es mir geboten, jetzt seitens des Gesetzgebers eine verbindliche Regelung zu treffen. Anderenfalls könnte die Rspr. ja auch in Zukunft erneut auseinandergehen; bis dann – wenn überhaupt – der Große Senat eine abschließende Entscheidung in den Streitfragen treffen dürfte, würde wieder viel Zeit vergehen. Da gerade in so sensiblen Feldern wie Eingriffen in das grundrechtlich geschützte Eigentum auch der Zeitfaktor eine Rolle spielt, erscheint es kaum zumutbar zu sagen, dass der Gesetzgeber auf die Entscheidungspraxis vertrauen und deshalb nichts näheres zur Berechnung des Erlangten und der Frage möglicher Abzüge hiervon bestimmen sollte!

Dazu kommt, dass nach Satz 2 wiederum diejenigen Aufwendungen ausgeklammert werden, die der Täter für sein kriminelles Geschäft getätigt hat. Das gilt etwa für den Drogenhändler, der alle Einnahmen aus dem Drogenverkauf abgeben muss, ohne dass er seine Aufwendungen für den Erwerb oder die Herstellung der Drogen abziehen könnte. Mit Blick auf denkbare Streitfälle enthält die Gesetzesbegründung (S. 67) Beispiele: Eines möchte ich hier kurz wiedergeben: Verkauft jemand ein Auto, nachdem er den Tacho manipuliert hat, für 12.000 EURO. Ohne Manipulation wäre der Marktpreis für dasselbe Auto

bei 10.000 EURO gelegen. Dann kann er zwar den Wert des Autos – also die 10.000 EURO – als legale Aufwendungen in Abzug bringen, nicht aber auch die Investition in die Tachmanipulation. Der abzuschöpfende Betrag beläuft sich damit beim Verkäufer auf 2.000 EURO. Hat er diese wiederum dem Kunden als Schadensersatz rückerstattet, kann man ihm nach dem Entwurf gar nichts mehr nehmen. Das mag man kritisieren, erscheint mir aber letztlich nicht unbillig, denn dann hat sich für den Verkäufer sein kriminelles Verhalten gerade nicht gelohnt; er hat nur den tatsächlichen Wert erhalten, den er auch in einem legalen Geschäft ohne Manipulation erhalten hätte. – Soweit die Begründung; ergänzt man noch folgende Information wird aber deutlich, dass eben auch in diesem Fall nicht alle tatsächlichen Aufwendungen vollumfänglich in Abzug gebracht werden können: Unterstellt, der Täter hat für die Manipulation 500 EURO an einen Spezialisten bezahlt, dann kann man diese Aufwendungen für die Manipulation nicht abziehen, so dass die Abschöpfung sich – wie oben – auf 2.000 EURO beläuft.

Klar stellen sollte man noch, was das „erlangte Etwas“ bei ersparten Aufwendungen (etwa dem Weiterbetrieb einer Anlage i.S. von § 327 StGB ohne Einbau der vorgeschriebenen Filter) ist.

Schließlich ist anzumerken, dass die Regelung des § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB-E ein Abzugsverbot nur für Aufwendungen für kriminelle Geschäfte vorsieht; in der Begründung (S. 68) kommt es dafür darauf an, dass der Täter sein Vermögen „willentlich oder bewusst“ kriminell eingesetzt hat, so dass in Zukunft zu differenzieren ist zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeits-Fällen. Während bei ersteren der Täter bewusst in Kriminalität investiert hat, gilt dies für fahrlässiges (und auch leichtfertiges) Verhalten gerade nicht.

4. Stärkung des Opferschutzes?

Angesichts der unbestreitbaren Probleme mit dem bisherigen Rückgewinnungshilfungsverfahren betont der Entwurf nicht ohne eine gewisse Plausibilität, trotz Streichung der bisherigen Opfervorrangregelung in § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB verbessere die geplante Neuregelung letztlich die Position des Opfers. Da ja nach Streichung der genannten Norm alles Erlangte (abzüglich nur der Aufwendungen nach § 73d StGB-E) einschließlich der den Verletzten zustehenden Ansprüchen abgeschöpft werden kann, muss danach eine Verteilung des Abgeschöpften an die Opfer stattfinden. Dies regelt der Entwurf nicht im StGB, sondern zu Recht in der StPO (unter Ersetzung der Rückgewinnungshilfe). Da es nur um die Verteilung des täterseits vom Verletzten Erlangten gehen kann, scheiden nunmehr eindeutig Schmerzensgeldansprüche sowie Ersatzansprüche hinsichtlich von Rechtsverfolgungskosten aus; das kann man nur begrüßen, denn angesichts der häufig nicht ausreichenden Vermögensmasse zur Begleichung aller Ansprüche, ist eine sachgerechte Begrenzung der einzelnen Verletzten aus der Gesamtsumme zustehenden Ansprüche auf das tatsächlich in diese von ihnen auch Eingebraachte sachgerecht (die darüber hinaus gehenden Ansprüche können daneben gegen den Täter zivilgerichtlich geltend gemacht werden). Bezüglich der Zinsen wird dies häufig der Fall, m.E. – anders als es in der Begründung anklingt – nicht aber notwendig, denn abgeschöpft werden können ja auch die gezogenen Nutzungen (§ 73 Abs. 2 StGB-E), so dass etwa bei einer zinsbringenden Anlage von betrügerisch erlangtem Geld diese tatsächlich erlangten Zinsen auch an den Verletzten weitergegeben werden können. Pauschale Zinsansprüche etc. sind aber zumeist nicht auch in dieser Höhe tatsächlich als Nutzungen erlangt worden.

Bei der Verteilung der abgeschöpften Vermögensmasse folgt nunmehr ein Paradigmenwechsel vom bisherigen System der Priorität (wer zuerst einen Titel hat, kann sich in voller Höhe bedienen, so dass am Ende für die letzten Ansprüche möglicherweise nichts mehr übrig ist) hin zu einem Insolvenzverfahren, das auf Anmeldung aller Ansprüche und

folgende (im Mangelfall eben) anteilige Befriedigung aller Gläubiger setzt (vgl. § 459h Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 111i StPO-E). Dies mag man rein tatsächlich gut verstehen, weil wohl solche Mangelfälle die Regel sein sollen. Hier streiten m.E. zwei rechtliche Grundprinzipien: Das normalerweise bei der Geltendmachung von Ansprüchen beachtliche Prioritätsprinzip nach dem alten Rechtsspruchwort „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ und der aus dem Insolvenzrecht bekannte Grundsatz einer quotenmäßig grundsätzlich gleichen Verteilung unabhängig vom Zeitpunkt rechtsförmiger Geltendmachung des Anspruchs. Beide – die bisherige wie die vorgeschlagene Regelung – lassen sich daher auf „gute“ Gründe, d.h. in der Rechtsordnung bereits vorfindliche Prinzipien stützen; in einer solchen Situation obliegt es m.E. dem parlamentarischen Gesetzgeber in ganz besonderem Maße, eine bewusste Entscheidung für die eine oder die andere Lösung zu treffen. Natürlich muss dies auch schon der Regierungsentwurf; m.E. müssen sich aber auch die Parlamentarier darüber im Klaren sein, welches Prinzip sie selbst für das vorrangige halten. Das Insolvenzverfahren sorgt für Gleichbehandlung; das Prioritätsprinzip führt dagegen dazu, dass der, der sich aktiv und frühzeitig um seine Rechte kümmert, die daraus folgenden Ansprüche nicht nur vollständig, sondern möglicherweise auch schneller befriedigen kann.

Letzterer Gesichtspunkt wird mir bislang in der Begründung nicht wirklich deutlich, denn es geht bei der Vermögensabschöpfung wie auch der Durchsetzung von Verletztenansprüchen jeweils nicht nur um das Ob (bzw. die Höhe), sondern auch das Wann. Hier dürfte für manche Gläubiger das Insolvenzverfahren zu einer besonderen Härte führen; ist ihnen die zügige Durchsetzung ihrer Ansprüche etwa zur Existenzsicherung besonders wichtig, werden sie sich darum auch besonders intensiv bemühen; mit der Beschlagnahme des Vermögens beim Täter (dem Schuldner), können sie von diesem zumeist nichts erlangen. Müssen sie nun ein Insolvenzverfahren – und dabei etwa die Anmeldung von Ansprüchen binnen gesetzter Frist – abwarten, kann es dazu führen, dass sie nicht bloß (angesichts der Quotierung der Ansprüche) einen Anteil ihres Schadens ersetzt bekommen, sondern auch dieser Anteil zu spät kommt, so dass sie selbst bis dahin insolvent sind.

Sollte man bei der Insolvenzlösung bleiben, wäre es sicher wichtig, dass mögliche „Stellschrauben“ für einen Interessenausgleich offensiv eingestetzt werden. Das gilt etwa für die Möglichkeit eines Vergleichs in § 73e Abs. 1 StGB-E; hier könnte in Zukunft auch die Staatsanwaltschaft einbezogen werden, so dass das Interesse des Täters an einer zügigen anteiligen Befriedigung des Opfers noch steigt. Auch könnte man betonen, dass das Insolvenzverfahren durch eine freiwillige Auseinandersetzung aller Gläubiger ersetzt werden kann (so dass diese unter sich das Erlangte aufteilen); das erscheint vor allem dann denkbar, wenn die Zahl der Geschädigten überschaubar ist (z.B. einige Gewerbetreibende).

5. Erweiterte Einziehung von Täterträgen

Der Zielsetzung, möglichst öfter als bisher einen erweiterten Verfall anzuordnen und damit kriminell erlangtes Vermögen in weiterem Umfang abzuschöpfen, kommt der Entwurf nicht mit einer Änderung des Beweisrechts, sondern dadurch entgegen, dass nunmehr die erweiterte Einziehung von Täterträgen bei allen Straftaten des Kern- und Nebenstrafrechts möglich ist. Dabei hält der Entwurf ausdrücklich fest, dass der bloße Verdacht illegaler Herkunft nicht ausreichen soll, sondern vielmehr – wie bisher nach der Rspr. in verfassungskonformer Auslegung – uneingeschränkte richterliche Überzeugung vorliegen muss (Begründung S. 56 f.).

6. Selbständige Einziehung

Ein Novum im deutschen (nicht aber auch im ausländischen) (Straf-)Recht stellt die selbständige Einziehung ohne Verurteilungsmöglichkeit gemäß § 76a Abs. 4 StGB-E (sog. „non conviction based confiscation“) dar. Die Beschränkung auf relativ wenige Delikte des Terrorismus und der Organisierten Kriminalität in Satz 3 stellt sicher, dass dieses Instrument nicht uferlos angewandt wird. Neu ist vor allem, dass hier ein Strafgericht ein Verfahren über die Sache (actio ad/in rem) führt. Das mag man zwar vor dem Hintergrund der deutschen Tradition als einen Fremdkörper ansehen; allerdings haben Staaten mit einer ähnlichen Strafrechtsordnung – wie etwa Italien – bereits gute Erfahrungen damit gemacht.

§ 437 StPO-E enthält eine Indizienregelung dafür, dass – ohne Verurteilung oder Verfolgung des Täters – das Gericht feststellen kann, dass das einzuziehende Vermögen aus einer rechtswidrigen Tat herrührt. Im Koalitionsvertrag war dagegen noch vorgesehen: *„Wir regeln, dass bei Vermögen unklarer Herkunft verfassungskonform eine Beweislastumkehr gilt, so dass der legale Erwerb der Vermögenswerte nachgewiesen werden muss.“* Der Verzicht auf eine Beweislastumkehr in Verfahren, die aufgrund des Straf- und Strafprozessrechts durchgeführt werden, erscheint zumindest aus prinzipiellen Erwägungen überzeugend. Auch wenn es nicht um ein Strafverfahren im engeren Sinne (gegen einen Angeklagten) geht, sondern eben um ein Verfahren „gegen die Sache“, erscheint eine Orientierung an den Strafverfahrensgrundsätzen m.E. sinnvoll, solange das Verfahren im Kriminalrecht angelegt ist (würde man ein zivilrechtliches Verfahrensmodell praktizieren, könnten die dort geltenden Verfahrensregeln zur Anwendung kommen).

7. Ergänzende Bemerkungen

a) Zu erwägen wäre eine Änderung bzw. Streichung von § 2 Abs. 5 StGB, denn anderenfalls würde noch sehr lange der Verfall nach altem Recht weiter praktiziert werden, wobei zusätzlich die schwierige Frage zu untersuchen ist, ob das alte oder das neue Recht günstiger ist. Das dürfte der Akzeptanz der neuen Regelungen in der Praxis abträglich sein. Auch führt das wohl zu Konfusion bei den Rechtsunterworfenen etwa wenn es zweierlei Begriffe bzw. Berechnungsmöglichkeiten des „erlangten etwas“ gibt (wobei zusätzlich kompliziert sein könnte, dass je nach zuständigem Strafsenat die alte oder die neue Berechnungsweise günstiger sein könnte – die Wirkung der gesetzlichen Klärung der Unklarheiten in der Rspr. könnte dadurch zum St. Nimmerleinstag verschoben werden). Da der Verfall ja keine Strafe darstellt, sondern kondiktionsähnlich ist, dürfte Art. 103 Abs. 2 GG („nulla poena sine lege“) nicht entgegenstehen. Sinnvoll erscheint ggf. eine Übergangsfrist von sechs Monaten o.ä.

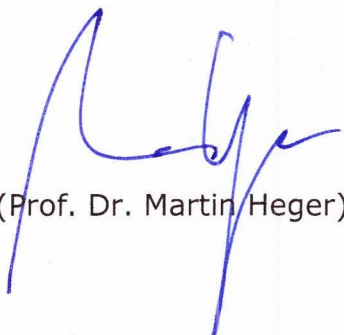
b) Nicht berücksichtigt sind wohl bislang die steuerlichen Konsequenzen, die je nach Konstellation entweder zu einer – jeweils mit Blick auf den Wert des Abschöpfungsbetrags – zu hohen oder zu niedrigen Gesamtsumme führen können, etwa weil der Täter diesen Betrag steuermindernd geltend machen kann. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden; zu verweisen ist insoweit auf den Beitrag von Maciejewski/Schumacher, DStR 2016, 2553 ff.

c) In der dem Gesetzesentwurf zugrundeliegenden Richtlinie 2014/42/EU wird der Gesetzgeber in allen EU-Mitgliedstaaten aufgefordert bei der Umsetzung zu prüfen, ob eine soziale Umnutzung beschlagnahmter Güter möglich und sinnvoll ist. Erwägungsgrund 35 lautet: *Die Mitgliedstaaten sollten in Erwägung ziehen, Maßnahmen zu ergreifen, die es ermöglichen, dass eingezogene Vermögensgegenstände für Zwecke des öffentlichen Inte-*

resses oder soziale Zwecke verwendet werden. Im Rahmen dieser Maßnahmen könnten die Vermögensgegenstände unter anderem für Projekte im Bereich der Strafverfolgung und Verbrechensverhütung sowie für andere Projekte von öffentlichem Interesse und gesellschaftlichem Nutzen bestimmt werden. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Maßnahmen in Erwägung zu ziehen, enthält eine Handlungsverpflichtung, beispielsweise die Durchführung einer rechtlichen Prüfung oder die Erörterung der Vor- und Nachteile der Einführung von Maßnahmen. Bei der Verwaltung sichergestellter Vermögensgegenstände und bei der Durchführung von Maßnahmen in Bezug auf die Verwendung eingezogener Vermögensgegenstände sollten die Mitgliedstaaten mit geeigneten Maßnahmen einer kriminellen oder illegalen Infiltrierung vorbeugen.

Von Vorschlägen hierzu sieht der vorliegende Entwurf bislang ab. Es mag in der Tat nicht ganz einfach sein, eine solche Regelung in StGB oder StPO aufzunehmen. Gleichwohl hat die oben genannten enge wissenschaftliche Zusammenarbeit mit Kollegen aus Italien (gerade auch aus der Praxis) deutlich gemacht, dass vor allem mit Blick auf Straftaten, die von Organisationen mit einem faktischen Gebietsbeherrschungsanspruch aus begangen werden, die Umnutzung etwa eines Mafiagutes durch eine NGO zur Stärkung der Demokratie nicht bloß symbolisch das Ende der faktischen Oberherrschaft der Mafia andeutet, sondern zugleich auch tatsächlich einen Stützpunkt für gegen kriminelle Gruppen gerichtete Arbeit bilden kann. Solches könnte man sich in Deutschland vielleicht weniger für die Mafia im italienischen Sinne vorstellen (obwohl es inzwischen auch hierzulande aktive Mafiaorganisationen gibt), wohl aber in bestimmten Orten für Rockerbanden oder neonazistische Kameradschaften.

Verbunden werden könnte die Aufnahme einer solchen Umnutzungs-Klausel in das Recht zur Vermögensabschöpfung vielleicht durch die Schaffung eines speziellen Tatbestandes gegen Mafiaartige und andere kriminelle Vereinigungen, die durch Unterdrückung öffentlich Dominanz ausüben. Technisch denkbar wäre dafür eine Ergänzung der §§ 129 ff. StGB durch einen neuen Tatbestand (etwa als neuer § 129c StGB) z.B. der „Schwerkriminellen Vereinigung“. Im Austausch mit italienischen Strafrechtspraktikern wurde dies bereits intensiv diskutiert. Da dies über das vorliegende Gesetzgebungsverfahren hinausreicht, soll hierauf in dieser Stellungnahme nicht näher eingegangen werden.



(Prof. Dr. Martin Heger)

**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 Verfügungsverbot 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 Betäubungsmittelstrafrecht 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 Bagatelldelinquenz - 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 Justizbeitreibungsordnung (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 verstreuten 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 **betrifft 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 Petitum 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.

Deutscher Bundestag
- Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz -

Finkenstr. 5/III (Wittelsbacherplatz)
D-80333 München
Tel.: +49 89 282014
Fax: +49 89 288058989
Email: info@dms-strafrecht.de
www.strafverteidiger-muenchen.info

vorab per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

14.11.2016
MM

**Öffentliche Anhörung am 23. November 2016 zu dem Entwurf eines
Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung
(BT-Drucksache 18/9525)**

Schriftliche Stellungnahme, RA und FfStR Markus Meißner, München

Zur Vorbereitung der Anhörung gebe ich zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung nachfolgende Stellungnahme ab. Diese ergänzt die Ausführungen in den bereits vorliegenden Stellungnahmen der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016 und 21. September 2016.¹

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht eine - über die Änderung einzelner Vorschriften hinausgehende - grundlegende Reform des aktuell geltenden Regelungswerks der Vermögensabschöpfung vor. Bereits angesichts Tragweite und Umfang des gesetzgeberischen Vorhabens liegt auf der Hand, dass Gegenstand der folgenden Analyse nur ausgewählte Probleme sein können.²

¹ beide abzurufen unter:

http://www.strafverteidigertag.de/Material/Stellungnahmen/strafrechtliche_vermoegensabschoepfung.html

² Dies führt dazu, dass etwa das weite Feld der insolvenzrechtlichen Auswirkungen der Reform hier nicht näher beleuchtet werden kann. Vgl. hierzu u.a. Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) vom 22. Mai 2016, S. 11 ff.; Köllner/Cyrus/Mück, NZI 2016, 329; Bittmann, ZinsO 2016, 873

So beschäftigt sich diese Stellungnahme zum einen mit den geplanten Änderungen im Bereich der vorläufigen Sicherungsinstrumente (Beschlagnahme und Vermögensarrest, §§ 111b, 111e StPO-E) sowie zum anderen - im Bereich des materiellen Rechts - mit der in § 73a Abs. 1 StGB-E vorgesehenen Ausweitung der erweiterten Einziehung und dem neuen Abschöpfungsinstrument des § 76a Abs. 4 StGB-E (selbständige Einziehung), nachdem die entsprechenden Regelungen nicht nur aus verfassungsrechtlicher Perspektive, sondern gerade auch aus Sicht des Strafrechtspraktikers besonders interessant erscheinen.

I. Kritik an den vorgesehenen Änderungen der StPO

1. Änderungen im Zusammenhang mit der Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen

a. Maßgebliche Vorschriften - §§ 111b, 111e StPO-E

Für die *Beschlagnahme* eines Gegenstandes sieht der Gesetzesentwurf in § 111b Abs. 1 StPO-E nunmehr nachfolgende Regelung vor:

„(1) Ist die Annahme begründet, dass die Voraussetzungen der Einziehung oder Unbrauchbarmachung eines Gegenstandes vorliegen, so kann er zur Sicherung der Vollstreckung beschlagnahmt werden. Liegen dringende Gründe für die Annahme vor, so soll die Beschlagnahme angeordnet werden. § 94 Absatz 3 bleibt unberührt.“

§ 111e StPO-E, der zukünftig den *Vermögensarrest* (bislang: Dinglicher Arrest) regelt, soll in seinem Absatz 1 folgenden Wortlaut haben:

„(1) Ist die Annahme begründet, dass die Voraussetzungen der Einziehung von Wertersatz vorliegen, so kann zur Sicherung der Vollstreckung der Vermögensarrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Betroffenen angeordnet werden. Liegen dringende Gründe für diese Annahme vor, so soll der Vermögensarrest angeordnet werden.“

Beide Vorschriften fanden sich mit diesem Wortlaut auch bereits in dem im März 2016 vorgelegten Referentenentwurf des BMJV³ - mit der Ausnahme, dass der Regierungsentwurf nunmehr bei Anordnung der Maßnahme - abhängig von der Stärke des Tatverdachts - zwischen einer „kann“- und einer „soll“-Bestimmung unterscheidet, während der Referentenentwurf die vorläufige Sicherstellung von Vermögenswerten noch generell als gesetzlichen Regelfall vorgesehen hat.⁴

b. Wegfall des Erfordernisses eines „Sicherungsbedürfnisses“?

(a) Vergleich der entsprechenden Ausführungen im Referenten- und im Gesetzesentwurf

Die Anordnung eines dinglichen Arrestes (zukünftig: Vermögensarrest) ist nach bestehender Gesetzeslage nur möglich, wenn ein sog. Arrestgrund vorliegt. Insoweit verweist § 111d Abs. 2 StPO auf die Regelungen der ZPO, insbesondere die Vorschrift des § 917 ZPO. Es wird somit an den Staat grundsätzlich derselbe Maßstab wie an einen Privaten angelegt, der vor Vollstreckbarkeit – also gerichtlicher Entscheidung über die Hauptsache – zur Sicherung seiner Ansprüche einen Arrest erwirken möchte.

Ein Arrestgrund liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass ohne die Anordnung des Arrestes die künftige Vollstreckung „vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde“ (§ 917 Abs. 1 ZPO). Dies wird von der Rechtsprechung unter anderem dann bejaht, wenn zu befürchten ist, der Betroffene werde vor rechtskräftiger Entscheidung über die

³ abzurufen unter:

http://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Reform_strafrechtliche_Vermögensabschoepfung.html

⁴ Referentenentwurf, S. 53; 81

Einziehung sein Vermögen ins Ausland verbringen, es verbergen, es verschleiern oder es verschleiern.⁵

Zur Frage, ob es für die Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen auch zukünftig eines derartigen Sicherungsbedürfnisses bedarf, wurde im Allgemeinen Teil der Begründung des Referentenentwurfs ausgeführt (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser)⁶:

*„Das im geltenden Recht für die Fälle des Vermögensarrestes ausdrücklich geregelte **Erfordernis eines Sicherungsbedürfnisses („Arrestgrund“ gemäß § 111d Absatz 2 StPO in Verbindung mit § 917 ZPO)** sowie die inkonsequente und wenig verständliche Vorschrift zur Dauer der Sicherungsmaßnahmen (§ 111b Absatz 3 StPO) **entfallen**. Beide Regelungen sind Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.“*

Auch aus der Begründung zu § 111e StPO-E ließ sich dem Referentenentwurf entnehmen, dass bei der Anordnung eines Vermögensarrestes auf das Erfordernis eines Arrestgrundes - jedenfalls im zivilprozessualen Sinne - zukünftig verzichtet werden soll (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser):⁷

„Zu § 111e StPO-E

...

*Die Neufassung streicht die bisher in § 111d Absatz 2 StPO geregelte sinngemäße Anwendung der §§ 917 (Arrestgrund), 920 Absatz 1 (Arrestgesuch) sowie der §§ 923 (Abwendungsbefugnis) und 934 Absatz 1 ZPO (Aufhebung der Arrestvollziehung). Das Erfordernis eines Sicherungsgrundes ist eine Ausprägung des Übermaßverbotes; **einer ausdrücklichen Regelung bedarf es deshalb nicht (...).**“*

⁵ BGH, NJW 2014, 3258

⁶ Referentenentwurf, S. 54

⁷ Referentenentwurf, S. 83

Dieser Wegfall der Notwendigkeit eines Sicherungsbedürfnisses war nach Bekanntwerden des Referentenentwurfs im Rahmen der Verbandsbeteiligung Gegenstand von Kritik, insbesondere von Seiten der Anwaltschaft.⁸

Umso mehr erstaunt es, wenn – bei im Wesentlichen unverändertem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften – im Gesetzesentwurf der Bundesregierung nunmehr zu lesen ist (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser):⁹

„Die Notwendigkeit eines Sicherungsbedürfnisses regelt der Entwurf unmittelbar in der Strafprozessordnung. Die Beschlagnahme und der Vermögensarrest dürfen nur angeordnet werden, wenn dies „zur Sicherung der Vollstreckung“ der Einziehung oder Unbrauchbarmachung erforderlich ist (§ 111b Absatz 1 Satz 1 und § 111e Absatz 1 Satz 1 StPO-E). Der im geltenden Recht geregelte Verweis in § 111d Absatz 2 StPO auf § 917 ZPO („Arrestgrund“) kann damit entfallen.

[...]

Der Schutz der Betroffenen vor nicht erforderlichen oder unverhältnismäßigen Sicherungsmaßnahmen wird durch die Vereinfachung nicht beeinträchtigt. Neuregelung nicht berührt. ...“

In Bezug auf die Vorschrift des § 111b Abs. 1 StPO-E heißt es (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser):¹⁰

„Die Neufassung enthält drei sachliche Änderungen gegenüber der bisherigen Regelung. Zum einen ist die Notwendigkeit eines Sicherungsbedürfnisses künftig ausdrücklich in der strafprozessualen Vorschrift normiert („zur Sicherung der Vollstreckung“).“

Korrespondierend hierzu finden sich für die vorläufige Maßnahme des Vermögensarrestes (§ 111e StPO-E) nachfolgende Ausführungen:¹¹

⁸ vgl. u.a. Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 20 ff.; Stellungnahme des DAV Nr. 30/2016, S. 23f.; Stellungnahme der BRAK Nr. 15/2016, S. 8 ff. [10]

⁹ Gesetzesentwurf, S. 47

¹⁰ Gesetzesentwurf, S. 74

„Das Erfordernis eines Sicherungsgrundes als Ausprägung des Übermaßverbotes (Satzger/Schluckebier/Widmaier-Burghart, StPO, 2. Auflage 2016, § 111d, Rn. 8) ergibt sich künftig unmittelbar aus der Strafprozessordnung, weil der Vermögensarrest nur „zur Sicherung der Vollstreckung“ einer Wertersatz-einziehung angeordnet werden darf. Verfügt der Betroffene etwa über ausreichendes Vermögen, gibt es keinen Grund, die Vollstreckung der gerichtlichen Wertersatz-einziehung zu sichern. Die Anordnung des Vermögensarrestes wäre damit rechtswidrig. Insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen wird das Sicherungsbedürfnis einer Anordnung des Vermögensarrestes gegen drittbegünstigte Unternehmen besonders sorgfältig zu prüfen sein. Die Neufassung kann deshalb auf die bisher geregelte sinngemäße Anwendung des § 917 ZPO (Arrestgrund) verzichten. Die Anforderungen an den Sicherungsgrund werden damit nicht abgesenkt.“

(b) Klarstellung erforderlich

Die vorläufigen Sicherungsmaßnahmen der §§ 111b und 111e StPO-E sind mit gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigungen verbunden. Auch wenn man der Begründung des Gesetzesentwurfes folgt und davon ausgeht, dass die gleichlautende Formulierung „zur Sicherung der Vollstreckung“ in den § 111b Abs. 1 StPO-E und § 111e Abs. 1 StPO-E das Erfordernis eines Arrestgrundes i.S.d. bisherigen § 111d Abs. 2 StPO i.V.m. § 917 ZPO darstellen soll, so bedarf dies aufgrund der gravierenden Grundrechtsbetroffenheit insoweit einer (sprachlichen) Klarstellung. Nicht nur die divergierenden Begründungen des vormaligen Referentenentwurfs zum Gesetzesentwurf machen deutlich, dass der Wortlaut der Vorschriften gerade nicht eindeutig ist.¹²

¹¹ Gesetzesentwurf, S. 76

¹² so offensichtlich auch das Verständnis in der Stellungnahme des DAV, a.a.O., S. 24 („...bedürfte es insoweit einer Klarstellung ...“)

Zwar kann dem Kriterium „zur Sicherung der Vollstreckung“ sprachlich der Zweck der vorläufigen Maßnahme entnommen werden, nicht jedoch der Umstand, dass dies eine echte Voraussetzung für die Anordnung der Maßnahme darstellt.

In diesem Zusammenhang ist auch zu sehen, dass bereits die derzeitige Vorschrift des § 111b Abs. 2 StPO (betreffend den dinglichen Arrest) eine durchaus vergleichbare Formulierung („zu deren Sicherung“) enthält, der Gesetzgeber hierin jedoch offensichtlich gerade nicht die Voraussetzung eines Sicherungsbedürfnisses hineingelesen, sondern sich vielmehr veranlasst gesehen hat, dieses in § 111d Abs. 2 StPO ausdrücklich zu regeln.

Eine derartige Klarstellung in den §§ 111b Abs. 1, 111e Abs. 1 StPO-E könnte dementsprechend wie folgt aussehen:¹³

[§ 111b Abs. 1 StPO-E]

*„Ist die Annahme begründet, dass die Voraussetzungen der Einziehung oder Unbrauchbarmachung eines Gegenstandes vorliegen **und ist dies zur Sicherung der Vollstreckung erforderlich**, so kann er beschlagnahmt werden. Liegen dringende Gründe für die Annahme vor **und ist dies zur Sicherung der Vollstreckung erforderlich**, so soll die Beschlagnahme angeordnet werden. § 94 Absatz 3 bleibt unberührt.“*

[§ 111e Abs. 1 StPO-E]

*„Ist die Annahme begründet, dass die Voraussetzungen der Einziehung von Wertersatz vorliegen **und ist dies zur Sicherung der Vollstreckung erforderlich**, so kann der Vermögensarrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Betroffenen angeordnet werden. Liegen dringende Gründe für diese Annahme vor **und ist dies zur Sicherung der Vollstreckung erforderlich**, so soll der Vermögensarrest angeordnet werden.“*

¹³ ein ähnlicher, in dieselbe Richtung gehender Formulierungsvorschlag findet sich für die Vorschrift des § 111e StPO-E auch bereits in der Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 28

In Zusammenschau mit der zuvor bereits zitierten Begründung des Gesetzesentwurfs würde ein solcher Wortlaut der Vorschriften deutlich machen, dass es auch zukünftig für die Anordnung der vorläufigen Sicherungsmaßnahmen eines echten Arrestgrundes bedarf, der nunmehr gesetzestechnisch in der StPO selbst geregelt ist, weshalb der bisherige Verweis auf die Vorschrift des § 917 ZPO entbehrlich wird.

2. Änderungen im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen

a. Wortlaut der bisherigen Vorschrift des § 111b Abs. 3 StPO

Nach der aktuellen Regelung des § 111b Abs. 3 StPO nehmen mit zunehmenden Zeitablauf die Anforderungen an den Verdachtsgrad für die Aufrechterhaltung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen zu:

„(3) Liegen dringende Gründe nicht vor, so hebt das Gericht die Anordnung der in Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 genannten Maßnahmen spätestens nach sechs Monaten auf. Begründen bestimmte Tatsachen den Tatverdacht und reicht die in Satz 1 bezeichnete Frist wegen der besonderen Schwierigkeit oder des besonderen Umfangs der Ermittlungen oder wegen eines anderen wichtigen Grundes nicht aus, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Maßnahme verlängern, wenn die genannten Gründe ihre Fortdauer rechtfertigen. Ohne Vorliegen dringender Gründe darf die Maßnahme über zwölf Monate hinaus nicht aufrechterhalten werden.“

Der Gesetzgeber hat hiermit dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei einer Beschlagnahme ebenso wie bei einem dinglichen Arrest (zukünftig: Vermögensarrest) um einen Grundrechtseingriff in einem regelmäßig frühen Stadium eines

strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens handelt, der durchaus sehr intensiv und mit erheblichen Auswirkungen für den Betroffenen verbunden sein kann.¹⁴

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht nunmehr die ersatzlose Streichung der Vorschrift des § 111b Abs. 3 StPO vor. In der Begründung wird hierzu ausgeführt (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser):¹⁵

„Zu § 111b StPO-E

*Die Vorschrift betrifft künftig ausschließlich die Anordnung der Beschlagnahme. Die bislang in § 111b Absatz 2 StPO geregelten Voraussetzungen für die Anordnung des dinglichen Arrestes finden sich in § 111e StPO-E (Vermögensarrest). **Der Entwurf streicht zudem die schwer verständliche Vorschrift des § 111b Absatz 3 StPO-E. Die vorläufige Sicherungsmaßnahme richtet sich damit künftig allein nach dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (...).**“*

Gleiches soll insoweit auch für die Vorschrift des § 111e StPO-E gelten.

b. Kritik an der Streichung der Vorschrift des § 111b Abs. 3 StPO

Insbesondere seitens der Anwaltschaft wurde der Umstand, dass im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen mit zunehmendem Zeitablauf zukünftig keine gesteigerten Anforderungen mehr an den Verdachtsgrad gestellt werden sollen, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kritisiert.¹⁶

¹⁴ vgl. hierzu Ausführungen in der Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016 anhand eines konkreten Beispielfalles, S. 22. f.

¹⁵ Gesetzesentwurf, S. 74

¹⁶ vgl. u.a. Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 21 ff., Stellungnahme des DAV, a.a.O., S. 23 ff.; Stellungnahme der BRAK, a.a.O., S. 8 ff. [11]

Bereits die hinsichtlich der Anordnung der vorläufigen Maßnahmen vorgenommene Differenzierung des Gesetzgebers in §§ 111b Abs. 1 und § 111e Abs. 1 StPO-E, wonach bei Vorliegen dringenden Tatverdachts die vorläufige Maßnahme angeordnet werden „soll“, wohingegen in den übrigen Fällen der Strafjustiz ein weites Ermessen eingeräumt wird („kann“), macht deutlich, dass Veränderungen im Verdachtsgrad im Verlaufe eines Verfahrens im Blick zu behalten sind. Da die vorläufigen Maßnahmen der Beschlagnahme sowie des Vermögensarrestes nicht der Besserstellung des Verletzten dienen, sondern ausschließlich verhindern sollen, dass sich dessen Vermögensposition vor Entscheidung in der Hauptsache verschlechtert, darf eine Sicherstellung auch nur so lange in Kraft bleiben, wie dies zur Erhaltung der Vermögensgegenstände im Hinblick auf ihre etwaige Einziehung erforderlich ist. Die bisherige Rechtslage hat insoweit mit § 111b Abs. 3 StPO eine differenzierte Regelung zur Verfügung gestellt.

Die pauschale Behauptung des Gesetzesentwurfs, diese Vorschrift sei „inkonsequent und wenig verständlich“¹⁷ gewesen, wird nicht weiter belegt. Auch ist dem Verfasser der Stellungnahme als seit vielen Jahren forensisch tätiger Strafverteidiger bis dato kein Richter eines oberlandesgerichtlichen Strafsenats bekannt geworden, der sich mit seiner gesetzlichen Aufgabe überfordert gefühlt hätte, in der vergleichbaren Situation der vollzogenen Untersuchungshaft alle sechs bzw. dann drei Monate das Vorliegen des dringenden Tatverdachts gem. §§ 121, 122 StPO zu prüfen.

Letztlich vermag auch der in der Begründung des Gesetzesentwurfs vorgenommene Verweis auf den ohnehin

¹⁷ Gesetzesentwurf, S. 47; 74

geltenden „allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“¹⁸ nicht zu überzeugen. Zum einen gilt dieser allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Recht der Untersuchungshaft, was den Gesetzgeber jedoch nicht davon abgehalten hat, mit den Vorschriften der §§ 121, 122 StPO eine spezialgesetzliche Regelung zu schaffen und so der gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigung in einem Verfahrensstadium, in dem die Unschuldsvermutung gem. Art. 6 MRK für den Betroffenen streitet, Rechnung zu tragen. Hinzu kommt, dass für eine Verletzung bzw. Nichteinhaltung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der praktischen Anwendung regelmäßig Gründe durch den Betroffenen dargelegt werden müssen, so dass diesen eine faktische Darlegungslast trifft. Demgegenüber erlegt die bisherige Stufenregelung des § 111b Abs. 3 StPO das Begründungserfordernis zu Recht der Strafjustiz auf.¹⁹

Zuletzt gilt es sich auch noch das „Signal“ vor Augen zu halten, das damit einhergeht, dass nicht etwa - mit Blick auf den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - auf die Schaffung einer spezialgesetzlichen Vorschrift verzichtet, sondern eine bestehende Regelung, die erkennbar dem Schutz des Betroffenen dient, aufgehoben wird. Letzteres erscheint insbesondere vor dem Hintergrund nicht nachvollziehbar, als ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs hiermit gerade keine sachliche Änderung verbunden sein soll. So wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs selbst ausgeführt (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser):²⁰

„... Das Gleiche gilt für die inkonsequente und wenig verständliche Vorschrift zur Dauer der Sicherungsmaßnahme (§ 111b Abs. 3 StPO). Die Regelung ist Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Das Übermaßverbot

¹⁸ Gesetzesentwurf, S. 47

¹⁹ so auch zutreffend die Stellungnahme des DAV, a.a.O., S. 23

²⁰ Gesetzesentwurf, S. 47

*muss angesichts des möglichen intensiven Eingriffs in das Eigentumsgrundrecht (Artikel 14 Grundgesetz – GG) aber von Verfassung wegen bereits bei der Anordnung und selbstverständlich auch bei der Fortdauer vorläufiger Sicherungsmaßnahmen besonders beachtet werden (BVerfG, Beschluss vom 17. April 2014 – 2 BvR 1986/14 – wistra 2015, 348-350, Rn. 12). **Der Schutz der Betroffenen vor nicht erforderlichen oder unverhältnismäßigen Sicherungsmaßnahmen wird durch die Vereinfachung nicht beeinträchtigt. Die bisherige Rechtsprechung zum „Arrestgrund“ und zur Dauer vorläufiger Sicherungsmaßnahmen wird durch die Neuregelung nicht berührt.***

Aus den genannten Gründen spricht alles dafür, die bestehende Regelung des § 111b Abs. 3 StPO beizubehalten und diese jeweils als Absatz 2 in die Vorschriften der §§ 111b, 111e StPO-E aufzunehmen.²¹

II. Kritik an den vorgesehenen Änderungen des StGB

1. Ausweitung des Anwendungsbereichs des erweiterten Verfalls (zukünftig: erweiterte Einziehung)²²

Die mit § 73a StGB-E vorgesehene - unbegrenzte - Öffnung des Anwendungsbereichs der erweiterten Einziehung auf alle Straftatbestände ist aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen.²³

a. aktuelle Rechtslage

Im Unterschied zur Vorschrift der (einfachen) Einziehung sind in den Fallkonstellationen der erweiterten Einziehung die Anforderungen an den Nachweis einer deliktischen

²¹ so auch bereits ein entsprechender Formulierungsvorschlag in der Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 27 f.

²² im Folgenden wird einheitlich die (neue) Begrifflichkeit der „Einziehung“ bzw. „erweiterten Einziehung“ verwendet.

²³ vgl. hierzu Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 5 ff.; ebenso Stellungnahme des DAV, a.a.O., S. 12 ff.

Vermögenserlangung herabgesenkt. So setzt die Anwendung der Vorschrift des § 73d StGB nicht voraus, dass die Strafjustiz die Einziehungsobjekte einem konkreten Anklagevorwurf zuordnet. Vielmehr ist es ausreichend, dass das Gericht im Sinne einer mittelbaren Beweisführung die „uneingeschränkte Überzeugung“²⁴ gewinnt, dass (irgend-)eine Tat begangen wurde und dass der Gegenstand gerade aus dieser Tat herrührt.

Nach derzeitiger Gesetzeslage kommt die erweiterte Einziehung nach § 73d Abs. 1 S. 1 StGB nur bei der Verurteilung wegen ganz bestimmter Taten, in der Regel banden- oder gewerbsmäßig begangene Delikte, in Betracht (sog. Anlasstaten). Bereits in den Gesetzesmaterialien zu der im Jahre 1992 in das StGB aufgenommenen Vorschrift wurde die Angemessenheit der aufgezeigten Beweiserleichterungen und des damit gegenüber der (einfachen) Einziehung intensiveren Eingriffs in die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie mit der Bekämpfung der organisierten Kriminalität begründet. So gebe es gerade bei Straftaten mit einem typisierten Bezug zum Bereich der organisierten Kriminalität, etwa im Bereich des Rauschgifthandels, regelmäßig besondere Beweisschwierigkeiten, weshalb die Zuordnung von gesicherten Vermögenswerten zu konkreten Straftaten oftmals nicht möglich sei. Auch sei es besonders wichtig, organisierten Tätergruppen den Anreiz zur Begehung erneuter gewinnorientierter Straftaten zu nehmen.²⁵

In diesem Sinne begründete auch das BVerfG in der bereits erwähnten Entscheidung vom 14.01.2004 die Verfassungskonformität der Vorschrift des § 73d StGB unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG:²⁶

²⁴ Im Jahre 1994 urteilte der BGH in einer Grundsatzentscheidung, dass § 73d StGB bei verfassungskonformer Auslegung die volle richterliche Überzeugung von einer deliktischen Bereicherung voraussetze (BGH, Beschluss vom 22.11.1994, BGHSt 40, 371 [373]; so auch dann das BVerfG in seinem Beschl. vom 14.01.2004, BVerfGE 110, 1 ff.).

²⁵ BT-Drs. 12/989, S. 23

²⁶ BVerfGE 110, 1 ff. (114 u. 115)

„Die Einschätzung des Gesetzgebers, eine effektive Gewinnabschöpfung sei bei „organisiert“ vorgehenden Straftätern wegen deren erfahrungsgemäß konspirativen Verhaltens nur unter den erleichterten Voraussetzungen des § 73d StGB möglich, ist nicht offensichtlich fehlsam und genügt daher den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Auch die Typisierung der „organisierten Kriminalität“ durch das Merkmal der banden- oder gewerbsmäßigen Tatbegehung wahrt die Grenzen des dem Gesetzgeber vom Grundgesetz zugebilligten Beurteilungsspielraums (vgl. dazu BVerfGE 8, 71 <80>; 30, 292 <317>).“

b. vorgesehene Änderung

Der Gesetzesentwurf sieht in § 73a Abs. 1 StGB-E vor, den Anwendungsbereich der erweiterten Einziehung auf alle Strafbestände auszuweiten.²⁷

Da es sich bei § 73a Abs.1 StGB-E um eine Eingriffs-ermächtigungsnorm handelt, ist an diese verfassungsrechtlich der Maßstab der Verhältnismäßigkeit anzulegen. Legitimes Ziel des Gesetzesentwurfs ist es, eine Anreizschaffung zur Begehung gewinnorientierter Straftaten und die Reinvestition von Verbrechensgewinnen in kriminelle Unternehmungen zu verhindern, das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zu schützen und damit insgesamt eine Kriminalitätsbekämpfung durch eine wirksame strafrechtliche Vermögensabschöpfung sicherzustellen.²⁸ Warum es jedoch zur Erreichung dieses Zieles *erforderlich* und *angemessen* sein soll, das Instrument der erweiterten Einziehung zukünftig auch auf Fälle des einfachen Diebstahls (z.B. eines Fahrrades) oder aber des bloßen Erwerbs von Betäubungsmitteln anzuwenden, beantwortet der Gesetzesentwurf nicht.²⁹ Es liegt vielmehr auf der Hand, dass das Ziel des Gesetzesentwurfs auch

²⁷ Gesetzesentwurf, S. 61 ff.

²⁸ Gesetzesentwurf, S. 43

²⁹ vgl. hierzu Beispielsfälle in der Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 8

durch das Instrument einer erweiterten Einziehung erreicht werden kann, der ausschließlich bei bestimmten - in einem Katalog festgelegten - Straftaten, bei denen typischerweise das Profitstreben im Vordergrund steht und erworbene Gewinne in erneute kriminelle Machenschaften reinvestiert werden, angeordnet werden kann. Eine Regelung ohne einen solchen Straftatenkatalog ist dementsprechend nicht erforderlich.

Auf den weiteren Umstand, dass angesichts des unbeschränkten Anwendungsbereichs des § 73a StGB-E auf alle Straftaten zu erwarten steht, dass zukünftig gerade in einer Vielzahl von Fällen der Kleinkriminalität der Verfahrensstoff durch die Notwendigkeit, sich mit sichergestellten Vermögenswerten auch unter dem Gesichtspunkt der erweiterten Einziehung zu beschäftigen, völlig unökonomisch aufgebläht wird bzw. werden könnte, sei an dieser Stelle nur erwähnt. Entsprechende Kritik wurde unter den Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie und des Beschleunigungsgrundsatzes bereits von verschiedener Seite geäußert.³⁰

c. europarechtlicher Handlungsbedarf?

Selbst wenn man der Begründung des Gesetzesentwurfs folgt, wonach sich aus der EU-Richtlinie 2014/42 vom 03.04.2004 über die Sicherstellung von Tatwerkzeugen und Erträgen in der Europäischen Union ein Handlungsauftrag zur Ausweitung der Möglichkeiten des erweiterten Verfalls ergeben würde³¹, ist zu konstatieren, dass der vorliegende Gesetzesentwurf deutlich über die Vorgaben dieser Richtlinie hinausgeht.

³⁰ Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 9 f.; in diesem Sinne, wenn auch nicht beschränkt auf § 73a StGB-E, auch die Stellungnahme des DRB Nr. 9/16, S. 2

³¹ kritisch hierzu Rönnau/Begemeier in NZWiSt 2016, 260 ff., die zu Recht darauf hinweisen, dass der tatsächliche Umsetzungsbedarf der Richtlinie insbesondere im Lichte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), welche mit Art. 17 Abs. 1 GRC i.V.m. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC ebenfalls das Eigentumsrecht vor unverhältnismäßigen Eingriffen schützt, sorgfältig zu analysieren ist.

So wird in der Gesetzesbegründung zu dem europarechtlichen Änderungsbedarf zusammengefasst wie folgt ausgeführt:³²

„Die Richtlinie 2014/42/EU gebietet mithin zusammenfassend die Eröffnung des Anwendungsbereichs der erweiterten Einziehung von Taterträgen für die §§ 146, 147, 149, jeweils auch in Verbindung mit § 152, §§ 152a, 152b, 184c, 232, 233, 233a, 242, 243, 261, 263, 263a, 267 ff., 299, 303a (auch in Verbindung mit § 202c), 303b (auch in Verbindung mit § 202c), 332 und 334 StGB sowie für § 29 BtMG.“

Zwar ist die Aufzählung der Normen durchaus nachvollziehbar, es würde aber ein unzutreffender Eindruck erweckt, würde man annehmen, dass sich bei sämtlichen von diesen Tatbeständen erfassten Tathandlungen eine europarechtliche Notwendigkeit für die Möglichkeit einer erweiterten Einziehung ergibt. So ist auch bei den in der Richtlinie aufgeführten neuen Anlasstaten eine erweiterte Einziehung nur insoweit notwendig, als diese direkt oder indirekt zu einem wirtschaftlichen Vorteil führen können. Dem Gesetzgeber wird damit der Spielraum eingeräumt, die Begehungsweise zu berücksichtigen und innerhalb ggfs. neu aufzunehmender Anlasstaten die Anwendung auf eine banden- und gewerbsmäßige Deliktsverwirklichung zu beschränken.³³

Als Fazit kann daher festgehalten werden, dass die bisherige Struktur der Vorschrift des § 73d StGB somit dem grundsätzlichen Verständnis des europäischen Rechts insoweit entspricht, als die Anwendung der erweiterten Einziehung an Anlasstaten geknüpft wird. Der bisherige Ansatz des StGB, hierbei an banden- oder gewerbsmäßiges Verhalten anzuknüpfen, ist durchaus sachgerecht, da es regelmäßig diese Fallkonstellationen sind, in denen überhaupt eine signifikante Vermögensmehrung durch kriminelles Verhalten zu erwarten ist. Wo diese

³² Gesetzesentwurf, S. 64

³³ vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2014/42/EU sowie deren Erwägungsgrund 20

Anknüpfung den europarechtlichen Vorgaben nicht gerecht wird, kann dem durch entsprechende Modifizierungen Rechnung getragen werden. Warum indes europarechtliche Vorgaben den Gesetzgeber zwingen sollen, den Verfall auch für Fälle der Kleinkriminalität (etwa einen Ladendiebstahl oder aber eine einfache Unterschlagung) anzuwenden, beantwortet der Gesetzesentwurf nicht.

2. Schaffung eines neuen Instruments der verurteilungsunabhängigen Einziehung (*non-conviction based confiscation*)

Die mit der Einführung des § 76a Abs. 4 StGB-E (in Verbindung mit den §§ 435 ff. StPO-E) vorgesehene Möglichkeit, Vermögensgegenstände zukünftig auch dann (selbständig) einziehen zu können, wenn dem Betroffenen, bei dem diese sichergestellt werden, eine rechtswidrige Tat nicht nachgewiesen werden kann, ist abzulehnen. Insbesondere die im Zusammenhang mit der richterlichen Überzeugungsbildung von der deliktischen Herkunft des Vermögensgegenstandes vorgesehene Beweislastumkehr³⁴ stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG dar und verstößt in dieser Form auch gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz, sich nicht selbst belasten zu müssen (*nemo tenetur se ipsum accusare*).³⁵ Auch vermag die Etikettierung als „Verfahren gegen die Sache“³⁶ angesichts der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung des Abschöpfungsinstruments den Strafcharakter einer verurteilungsunabhängigen Einziehung nicht von vorneherein zu beseitigen. Etwas anderes ergibt sich insoweit auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum erweiterten Verfall vom 14.01.2004³⁷, da die Anordnung des erweiterten Verfalls nach der Vorschrift des § 73d Abs. 1 StGB die

³⁴ Gesetzesentwurf, S. 92 („... an den zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislastregeln orientiert.“)

³⁵ Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 17 ff.

³⁶ Gesetzesentwurf, S. 92

³⁷ BVerfGE 110, 1 ff.

Begehung einer rechtswidrigen Tat gerade vorausgesetzt, während § 76a Abs. 4 StGB-E eine Einziehung zukünftig auch zulassen soll, wenn ein gegen den von der Einziehung Betroffenen eingeleitetes Strafverfahren mangels Tatnachweises gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt oder dieser aber nach Durchführung einer Hauptverhandlung von dem Anklagevorwurf freigesprochen wird.³⁸

Die Aufnahme eines verurteilungsunabhängigen Abschöpfungs-instruments in die EU-Richtlinie über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union vom 03. April 2014 (2014/42/EU) wurde zwischen dem Europäischen Rat, dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission kontrovers diskutiert, jedoch im Ergebnis abgelehnt.³⁹ Der europäische Gesetzgeber hat sich damit konzeptionell dafür entschieden, dass die Einziehung von Vermögensgegenständen in einem Verfahren gegen eine Person und nicht gegen die Sache selbst (im Sinne eines „ad rem“ - Verfahrens) erfolgt. Voraussetzung der Einziehung ist hierbei regelmäßig die rechtskräftige Verurteilung wegen einer Straftat (Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie). Eine Einziehung ohne vorherige Verurteilung soll ausnahmsweise dann möglich sein, wenn ein bereits eingeleitetes Verfahren, welches zu einer strafrechtlichen Verurteilung hätte führen können, wegen Krankheit oder Flucht der beschuldigten Person nicht zu einem Abschluss gebracht werden kann (Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie). Der vorliegende Gesetzesentwurf weicht klar von dieser Entscheidung des europäischen Gesetzgebers ab.⁴⁰

³⁸ vor diesem Hintergrund trifft es gerade nicht den Regelungsgehalt der Vorschrift des § 76a Abs. 4 StGB-E, wenn im Rahmen der Bundestagesdebatte zu vorliegendem Gesetzesentwurf am 29.09.2016 seitens der Abgeordneten Winkelmeier-Becker ausgeführt wurde, ein „überführter Straftäter“ habe eine „andere Darlegungs- und Beweislast“ und müsse „erklären, woher unerklärliches Vermögen kommt“, vgl. <http://tvlc.host/stream/-iLSyrTIZdA> (zuletzt abgerufen am 14.11.2016)

³⁹ Das Verfahren fand sich lange in der Vermittlung, weil das Europäische Parlament eine weiterreichende Form der Konfiszierung wünschte als der Rat, sich jedoch im Ergebnis nicht durchgesetzt hat.

⁴⁰ Vor diesem Hintergrund wird auch die Aussage des Parlamentarischen Staatssekretärs des BMJV in der Bundestagsdebatte verständlich, wonach „das deutsche Abschöpfungsrecht mit diesem Instrument zu einem der schärfsten in Europa werden“ würde, vgl. <http://tvlc.host/stream/-iLSyrTIZdA>

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass das neue Abschöpfungsinstrument zwar mit dem Verweis auf „nicht vertretbare Abschöpfungslücken“, die es zu schließen gelte, begründet wird, sich jedoch anhand des Gesetzesentwurfs selbst der geltend gemachte Bedarf aus der Strafrechtspraxis heraus für ein solches Instrument gerade nicht objektivieren lässt. So heißt es in dem Gesetzesentwurf, dass es an einer „belastbaren Datengrundlage“ dazu fehle, wie häufig nach geltendem Recht von der Anordnung des Verfalls (künftig: der Einziehung von Taterträgen) abgesehen wurde - etwa weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen.⁴¹ Gerade angesichts des Umstandes, dass sich der Gesetzgeber offensichtlich des mit dem neuen Abschöpfungsinstrument verbundenen verfassungsrechtlichen Diskussionsbedarfs bewusst zu sein scheint, sind die Ausführungen in dem Gesetzesentwurf dazu, inwieweit der mit einer solchen Maßnahme verbundene Eingriff in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum erforderlich und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein soll, unzureichend.⁴²

Jenseits der dargestellten - grundsätzlichen - Kritikpunkte an der Einführung einer verurteilungsunabhängigen Einziehung lässt der vorliegende Gesetzesentwurf auch eine Vielzahl an Fragen, die sich bei Anwendung eines solches Abschöpfungsinstrument in der Strafrechtspraxis stellen werden, unbeantwortet und überlässt damit letztlich die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentums den Tatgerichten. Zu nennen sind insoweit insbesondere das ungeklärte Verhältnis von Straf- und Einziehungsverfahren, die offene Frage der prozessualen Ausgestaltung des selbständigen Einziehungsverfahrens sowie die fehlende Sicherstellung des Grundsatzes der

⁴¹ Gesetzesentwurf, S. ¾; vgl. in diesem Zusammenhang auch Erwägungsgründe 36, 37 der Richtlinie 2014/42/EU vom 03.04.2014

⁴² vgl. Äußerungen in der Bundestagsdebatte zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung am 29.09.2016, <http://tv.cic.host/stream/-iLSyrtIZdA>: „verfassungsrechtlich nicht unproblematisch“ bzw. „diffizile Gratwanderung“ (Abgeordneter Jan-Marco Luczak); „markiert die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen“ (Parlamentarischer Staatssekretär des BMJV, Christian Lange); „vielleicht schon leicht über die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen“ (Abgeordneter Jörn Wunderlich)

Aussagefreiheit. Im Folgenden soll dies anhand eines Fallbeispiels verdeutlicht werden:

Beispielsfall:

Herr A, der vor zwei Wochen aus einer 3 Jahre andauernden Straftat entlassen wurde, war mit dem Kraftfahrzeug seiner Mutter unterwegs. Sein Fahrzeug parkte in der Bahnhofsgegend, wobei Herr A sich zunächst noch im Fahrzeug befand. Insgesamt handelt es sich bei dem Bahnhofsviertel um eine Gegend mit zweifelhaftem Ruf. Als sich Polizeibeamten dem Fahrzeug näherten, verließ er dieses, verschloss das Fahrzeug und entfernte sich schnellen Schrittes. Die Polizeibeamten ermitteln die Halterin des Fahrzeugs, können diese aber nicht ans Telefon bekommen. Sie beschließen das Fahrzeug zur Verwahrstelle bringen zu lassen und dort wird das Fahrzeug geöffnet.

In einem Rucksack auf dem Beifahrersitz befinden sich die Entlassungspapiere von A sowie eine verschlossene Geldkassette. Nach Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft wird die Geldkassette aufgebrochen. In dieser finden sich 25.000 EUR Bargeld sowie ein Kontoauszug eines österreichischen Bankkontos. Auf dem Konto befindet sich ein Guthabensaldo von 15.000 EUR und es ist eine Abhebung von 25.000 EUR vermerkt. Einziger Geldeingang ist eine Überweisung in Höhe von 40.000 EUR, die von einem Herrn X getätigt wurde.

Gegen A wird ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche eingeleitet. A schweigt zu dem Tatvorwurf. Die Staatsanwaltschaft führt Ermittlungen zu den Vermögensverhältnissen des Herrn A durch. Es stellt sich dabei heraus, dass Herr A keiner regelmäßigen Beschäftigung nachgeht und das einzige Konto, für welches er in Deutschland Inhaber und Verfügungsbefugter ist, ein Girokonto ist, auf welchem ein vierstelliger Geldbetrag eingezahlt wurde. Hierbei handelt es sich um den Rest des seit der Haftentlassung noch verbliebenen Überbrückungsgeldes. Der Staatsanwalt verzichtet

auf die Durchführung eines Rechtshilfeersuchens nach Österreich, da er der Auffassung ist, dass diese Ermittlungen zu aufwändig seien. Er stellt das Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO ein, da nach dem Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen der Nachweis einer strafbaren Handlung nicht geführt werden könne. Herr A stellt einen Antrag auf Herausgabe des sichergestellten Geldes. Der Staatsanwalt stellt nun einen Antrag auf Einziehung des Geldes im selbständigen Verfahren gem. § 76a Abs. 4 StGB-E.

Ausgehend von diesem Beispielsfall ergeben sich folgende Fragestellungen:

- Zu welchem Zeitpunkt kann die Strafjustiz von einem gegen die beschuldigte Person zunächst eingeleiteten Strafverfahren in ein selbständiges Einziehungsverfahren gem. § 76a Abs. 4 StGB-E übergehen? Welches Ausmaß an strafrechtlichen Ermittlungen ist vor einem solchen Übergang erforderlich? Muss ein Staatsanwalt zunächst den vorhandenen Ermittlungsansätzen (hier etwa die Durchführung eines Rechtshilfeersuchens nach Österreich zur Abklärung des Kontos) nachgehen? Hierfür würde sprechen, dass derartige Ermittlungen den Tatvorwurf der Geldwäsche bestätigen oder aber entkräften könnten und in beiden Fällen die Durchführung eines selbständigen Einziehungsverfahrens gem. § 76a Abs. 4 StGB-E dann nicht mehr erforderlich wäre – sei es, weil im Falle belastender Ermittlungsergebnisse die Einziehung des sichergestellten Geldbetrages bereits im Rahmen des Strafverfahrens wegen Verdachts der Geldwäsche selbst erfolgen könnte, sei es, weil der Geldbetrag Herrn A zurückzugeben ist, wenn sich herausstellt, dass dieser nicht aus einer Straftat herrührt.

Weder aus dem Wortlaut der vorgesehenen neuen Vorschriften noch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs lässt sich hierzu etwas entnehmen. Dass die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen in einem frühen Stadium abschließt, in das selbständige Einziehungsverfahren übergeht und den Betroffenen damit „in eine Aussage zwingt“, will er des sichergestellten Geldbetrages nicht verlustig gehen, ist vor diesem Hintergrund keineswegs fernliegend.⁴³

- Herr A schweigt auch in dem selbständigen Einziehungsverfahren weiter. Das Gericht erwägt nunmehr in diesem Verfahren das bislang unterlassene Rechtshilfeersuchen nach Österreich nachzuholen. Ist das Gericht in der Lage oder vielleicht sogar veranlasst, dies zu tun? Soll auch in dem Verfahren nach § 76a Abs. 4 StGB-E der Amtsaufklärungsgrundsatz gelten?
- Was ist, wenn Herr A in dem selbständigen Einziehungsverfahren nicht mehr schweigt, sondern auf Anraten seines Anwalts konkrete Angaben zu dem österreichischen Konto macht, aus welchen sich die legale Herkunft des sichergestellten Geldbetrages ergibt. Muss das Gericht dann ein Rechtshilfeersuchen zur Prüfung seiner Angaben durchführen? Kann es ein solches überhaupt durchführen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich nicht mehr um ein laufendes Strafverfahren handelt?⁴⁴

⁴³ vgl. hierzu Meyer, ZStW 2015, 241, 265 („Eine in rem Abschöpfung ist zudem kein Ersatz für ein Strafverfahren. Die Existenz einer eigenständigen Abschöpfungsmöglichkeit enthebt nicht von einer wirksamen Wahrnehmung der Aufgaben der Strafrechtspflege.“)

⁴⁴ Zwar könnte in dem Beispielsfall ein Antrag wohl gestellt werden, da gem. § 50 des österreichischen Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz (ARHG) eine Rechtshilfe auch in Verfahren zur Anordnung vorbeugender Maßnahmen oder zum Ausspruch einer vermögensrechtlichen Anordnung gewährt werden kann. Die konkret beantragte Rechtshilfebehandlung muss aber nach der österreichischen StPO möglich und zulässig sein. Letzteres erscheint z.B. bei einer Bankenabfrage oder der Notwendigkeit einer Zeugenvernehmung zweifelhaft, da gem. § 51 ARHG die konkrete Leistung von Rechtshilfe unter anderem dann unzulässig ist, wenn die Vornahme bestimmter Ermittlungsmaßnahmen nach dem 8. Hauptstück der Strafprozessordnung nicht vorliegen. Die nationalen Voraussetzungen unterscheiden sich hier naturgemäß, da insoweit ja gerade keine europarechtliche Vereinheitlichung zu konstatieren ist (vgl. o. S. 18/19). Es versteht sich somit keineswegs von selbst, dass Österreich bei einem Rechtshilfeersuchen des deutschen Gerichts im Rahmen eines selbständigen Einziehungsverfahrens konkrete Rechtshilfe gewähren könnte.

- Was ist schließlich, wenn ein Rechtshilfeverfahren Ergebnisse erbringt, die A belasten? Ist in einem derartigen Fall wieder in das Strafverfahren überzugehen? Hierfür würde sprechen, dass eine Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO zu keinem Strafklageverbrauch führt, mithin ein eingestelltes Verfahren bei neuen (belastenden) Tatsachen jederzeit wieder aufgenommen werden kann.⁴⁵ Wie ist in diesem Fall mit den Angaben des A umzugehen, die er in dem Einziehungsverfahren gem. § 76a Abs. 4 StGB-E gemacht hat? Dürfen diese zu Lasten des A in einem wiederaufgenommenen Strafverfahren verwertet werden. Auch hierzu schweigt der Gesetzesentwurf.⁴⁶

III. Zusammenfassendes Fazit

Im Jahre 1992 wurde im Rahmen des bereits erwähnten „Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)“ das Instrument des erweiterten Verfalls als gegenüber dem (einfachen) Verfall weitergehende Möglichkeit der Gewinnabschöpfung eingeführt, wobei dessen Anordnung auf ganz konkrete Straftaten, nämlich solche mit einem typisierten Bezug zur organisierten Kriminalität beschränkt war. Hintergrund war, dass der Gesetzgeber bereits damals „Lücken der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung“ ausmachte. In dem seinerzeitigen Gesetzesentwurf des Bundesrates (Drs. 12/989) findet sich noch folgender – aus heutiger Perspektive vielleicht anachronistisch anmutender – Passus (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser):

„Die Lücke dadurch zu schließen, dass es dem Beschuldigten auferlegt wird, zur Vermeidung des Verfalls womöglich seines ganzen Vermögens den legalen Erwerb aller in Betracht kommenden Gegenstände vollständig nachzuweisen, scheitert

⁴⁵ Fischer, StGB, 59. Auflage (2016), § 170 Rn. 9 m.w.N.

⁴⁶ vgl. hierzu Esser, Non-Conviction-Based-Confiscation in Europe, 2015, S. 83, der sich im Ergebnis für eine entsprechende Nichtberücksichtigung einer solchen Einlassung aus dem selbständigen Einziehungsverfahren ausspricht. Ebenso Meyer, ZStW 2015, 241, 281 („Verwertungssperren“)

an der vom Grundgesetz gewährleisteten Eigentumsgarantie. Verfassungsrechtlich unbedenklich erscheint es hingegen, eine Regelung in der Art des Erweiterten Verfalls einzuführen, soweit überwiegende Interessen des Gemeinwohls, insbesondere im Hinblick auf die Bekämpfung von schweren, für die Rechtsgüter des einzelnen, wie der Allgemeinheit besonders gefährlichen Kriminalitätsformen, dies zwingend erfordern. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang vor allem auch, daß nur eine in der Praxis greifende Regelung der Gewinnabschöpfung dem als besonders hochrangig einzustufenden Gemeinwohlinteresse an einer wirksamen Bekämpfung der Organisierten Kriminalität ausreichend Rechnung tragen kann."

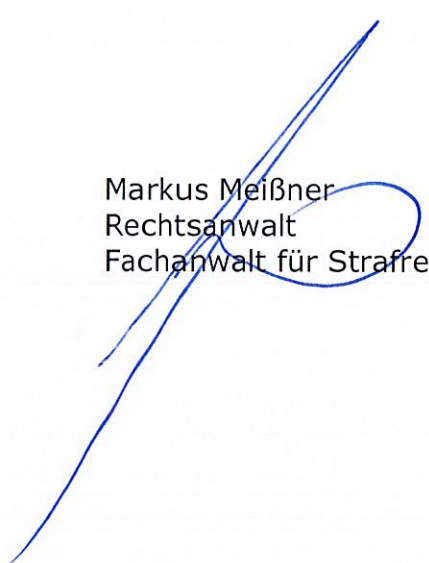
Die Zeiten haben sich geändert. Der vorliegende Gesetzesentwurf verabschiedet sich hinsichtlich des Instruments der erweiterten Einziehung von der Beschränkung auf einen Katalog von Anlassdelikten, die einen Bezug zur organisierten Kriminalität haben, vielmehr soll diese Maßnahme zukünftig bei allen Straftaten in Betracht kommen. Gleichzeitig soll mit § 76a Abs. 4 StGB-E ein neues Abschöpfungsinstrument eingeführt werden, welches dem von der Einziehung Betroffenen auferlegt, den legalen Erwerb möglicher Verfallsgegenstände nachzuweisen, will er deren nicht verlustig gehen - ein Vorgehen, welches der Gesetzgeber im Jahre 1992 noch ausdrücklich als nicht mit Art. 14 GG in Einklang zu bringen gekennzeichnet hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus angezeigt, sich Gedanken darüber zu machen, wie lange es dauern wird, bis auch das Instrument der verurteilungsunabhängigen Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB-E ausgeweitet und von der Beschränkung auf bestimmte Anlassstaten losgelöst wird. Bereits heute, noch vor Einführung eines derartigen Abschöpfungsinstruments, gibt es schon die ersten Rufe nach dessen Ausweitung.⁴⁷

In dem Versuch, die Möglichkeiten der Vermögensabschöpfung auszureizen, überschreitet der vorliegende Gesetzesentwurf die Grenzen

⁴⁷ vgl. Stellungnahme von Transparency International zu vorliegendem Gesetzesentwurf vom 30. Mai 2016, S. 3 (Ausweitung des Katalogs auf sämtliche Korruptionsdelikte); Abgeordnete Winkelmeier-Becker in der Bundestagsdebatte zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 29.09.2016, <http://tvlc.host/stream/-iLSyrTIZdA> („... Muss da nicht zum Beispiel auch die Zuhälterei dazu, muss da nicht auch der Einbruchsdiebstahl dazu? ...“)

des verfassungsrechtlich Zulässigen. So stellen die vorgesehenen Eingriffsnormen einzeln, aber insbesondere auch in ihrer Gesamtschau keine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG mehr dar. Mag eine rechtspolitische Priorisierung auf fiskalische Interessen auch nachvollziehbar sein, so bleibt gleichwohl festzuhalten, dass der Gesetzesentwurf mehr ermöglicht als dies verfassungsrechtlich zulässig ist und die Rechte der von der Vermögensabschöpfung Betroffenen hierdurch verletzt werden bzw. verletzt zu werden drohen. Andere, das Strafverfahren leitende Prinzipien wie der Resozialisierungsgedanke sowie das Beschleunigungsgebot bleiben bei dieser Priorisierung ebenfalls auf der Strecke.

Auch der Grundsatz „Straftaten dürfen sich nicht lohnen!“ darf in einem Rechtsstaat nicht um jeden Preis durchgesetzt werden.



Markus Meißner
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Nr. 19/16
Oktober 2016

Zweite Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Gesetzentwurf zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

Hier: Position zum Gesetzentwurf der Bundesregierung und zur Stellungnahme des Bundesrates vom 23.9.2016

Deutscher Richterbund
Haus des Rechts
Kronenstraße 73
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25

info@drb.de
www.drb.de

Verfasser der Stellungnahme:
Dr. Peter Schneiderhan, Oberstaatsanwalt,
Mitglied des Präsidiums

A. Tenor der Stellungnahme

Der Deutsche Richterbund zweifelt daran, dass das Ziel des Gesetzgebers, die Vermögensabschöpfung zu vereinfachen, durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung erreicht werden kann. Der Richterbund teilt die Bedenken des Bundesrates (Stellungnahme vom 23.9.2016, Drucksache 418/16) und hofft, dass der Deutsche Bundestag die Beratungen zu diesem Gesetzesvorhaben mit der gebotenen Gründlichkeit durchführt, um sicherzustellen, dass die Regelungen zur Vermögensabschöpfung rechtsstaatlich abgesichert und praxisgerecht sind.

B. Bewertung im Einzelnen

Insolvenzrechtliche Auswirkungen

Der Deutsche Richterbund schließt sich insbesondere den Bedenken des Bundesrates zu den insolvenzrechtlichen Auswirkungen des Gesetzesvorhabens an und fordert den Bundestag auf, bis zur Klärung der aufgeworfenen Fragen die Beratungen anzuhalten.

Es muss durch den Gesetzgeber ausdrücklich geklärt werden, inwieweit Gläubiger mit Ansprüchen, welche nicht aus dem Strafverfahren stammen, im Insolvenzverfahren hinter den Ansprüchen von Opfern von Straftaten zurückstehen müssen. Dabei müssten zunächst die Voraussetzungen, unter denen die Staatsanwaltschaft antragsberechtigt bzw. -verpflichtet ist, in § 111i Abs. 2 StPO n.F. deutlich schärfer herausgearbeitet werden.

Wertungswiderspruch des Verletztenbegriffs zu §§ 154, 154a StPO und Mangelfall

Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass Verletzter derjenige ist, dem ein Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten aus der Tat erwachsen ist, §§ 73d StGB n.F., 111i, 459g Abs. 3 StPO n.F. Dabei geht die Begründung davon aus, dass ein Geschädigter im Laufe des Verfahrens die Stellung als Verletzter verlieren kann, wenn diejenige Tathandlung oder derjenige Tatteil, der ihn verletzte, nach §§ 154, 154a StPO ausgeschieden ist (Gesetzentwurf S. 57). Diese Regelung ist dringend notwendig, da ansonsten die für die Arbeitsfähigkeit der Strafjustiz unabdingbare Begrenzung des Ermittlungs- und Strafverfahrens auf Taten oder Tatteile, welche noch übersichtlich zu handhaben sind, aufgegeben würde. Eine nicht hinnehmbare Mehrbelastung der Strafjustiz wäre die Folge.

Die Regelung führt jedoch dazu, dass Geschädigte, je nachdem, ob sie bis zum Urteil als „Verletzte“ am Verfahren teilnehmen dürfen oder nur als Geschädigte in diesem geführt werden, erheblich unterschiedliche Rechtspositionen eingeräumt bekommen. Während dem Verletzten ohne Titel nach Anmeldung und einfacher Vorlage von Urkunden bei der Vollstreckungsbehörde der Anspruch auf Bereicherungsausgleich gewährt wird, §§ 459j, k StPO n.F., bleibt dem Geschädigten nur der übliche Zivilrechtsweg. Diese Lösung, nach welcher im Ermittlungsverfahren unter Gesichtspunkten, welche ausschließlich verfahrensökonomischer Natur sind, Rechtspositionen geschaffen oder verkürzt werden, dürfte bei Ermittlungsverfahren im Betrugsbereich die Regel werden. Da ein Eingriff in die Entschließungsfreiheit der Staatsanwaltschaft und der Gerichte von den Möglichkeiten der §§ 154, 154a StPO Gebrauch zu machen, ausscheidet, muss eine Lösung im Recht der Vermögensabschöpfung gefunden werden. Es muss zumindest aus-

drücklich sichergestellt werden, dass aus der Entscheidung, einen Geschädigten als Verletzten auszuscheiden, kein Anspruch gegen den Staat erwächst.

Außerdem muss eindeutig klargestellt werden, ob ein Mangelfall auch dann vorliegt, wenn die sichergestellte Vermögensmasse zur Rückgabe an Verletzte ausreicht, nicht jedoch, um alle Geschädigten des Täters aus dieser – oder ähnlichen Taten zu befriedigen. Gesetzlich zu regeln ist, ob auch einem Geschädigten der Anspruch aus § 459m StPO n.F. zusteht und in welcher Nähe zur abgeurteilten Tat er stehen muss, um diesen Anspruch geltend machen zu können.

Strafe oder quasi-konditioneller Anspruch

Dem Entwurf fehlt eine klare Aussage dazu, ob es sich bei der Vermögensabschöpfung um Strafe oder um einen quasi-konditionellen Anspruch handelt.

Nach Aufbau und Begründung geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Vermögensabschöpfung keine Strafe darstellt, sondern einen quasi-konditionellen Charakter hat. Dies erstaunt, da die Vermögensabschöpfung in weiten Teilen – insbesondere die Abschöpfung im Betäubungsmittelhandel – gerade nicht dem Ausgleich ungerechtfertigter Bereicherung dient, sondern den Einsatz für ein Geschäft, welches von den Vertragsparteien gewollt wird und durchgeführt werden soll und welches „nur“ verboten ist, abschöpft. Es erstaunt jedoch insbesondere deshalb, weil das Gesetz auch der Umsetzung der Richtlinie 2014/42/EG vom 3.4.2014 dienen soll. Insbesondere die Ausdehnung der erweiterten Einziehung in § 73a StGB n.F. wird mit den Vorgaben der Richtlinie begründet (Gesetzentwurf S. 71 ff.). Die Richtlinie gründet auf der Kompetenz der Union aus Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 1 AEUV. In diesen wird der Union die Kompetenz zugesprochen, Mindestvorschriften für „Rechte der Opfer im Strafverfahren“ (Art. 82 Abs. 2 b) bzw. Mindestvorschriften „zur Festlegung von Straftaten und Strafen im Bericht „besonders schwerer Kriminalität“ festzulegen (Art. 83 Abs.1). Die Richtlinie kann daher Regelungen, welche über die Rückgabe von aus Straftaten Erlangtem an Opfer hinausgeht, nur auf die Kompetenz für Mindestvorschriften bei Strafen stützen. Eine Kompetenz der Union für die Regelung quasi-konditioneller Ansprüche besteht nicht.

Die Umsetzung der Richtlinie kann daher nur im Strafrecht erfolgen. Der von der Bundesregierung gewählte Weg, auch solche Ansprüche, welche nicht zur Rückgabe von Erlangtem beim Opfer führen, als quasi-konditionell zu bezeichnen, führen nicht zur Umsetzung der Richtlinie.

Dies hat nicht nur theoretische Auswirkungen. So bleibt offen, ob eine Einziehung im selbstständigen Einziehungsverfahren gemäß § 435 StPO n.F. als Strafe in Umsetzung der Richtlinie einem europäischen „ne bis in idem“

unterliegt. Unklar ist auch, inwieweit die europäischen Grundrechte im Strafverfahren – Art. 48, 49 Charta –, welche nach der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht unmittelbar gelten (vgl. Urteil des EuGH in Hans Åkerberg Fransson, C-617/10), den Beweisanforderungen der §§ 73a, 76 a Abs. IV StGB n.F. genügen. Hier sollte im Gesetz eindeutig Klarheit geschaffen werden.

Bruttoprinzip

Die Änderung des Wortlautes von § 73 StGB n.F. hat die erwartete Klarstellung, was einzuziehen ist, nicht gebracht. Es ist weiterhin unklar, was der Tatbeteiligte „durch“ die Tat erlangt hat. Die Entscheidung, was der Abschöpfung unterliegt, ist keine Frage der Kausalität, sondern eine der „Unmittelbarkeit“. Dabei bietet das zivilrechtliche Bereicherungsrecht schon deshalb keine Ansätze zur Klärung, weil es auf die Beziehung der Parteien zueinander abstellt, während die strafrechtliche Vermögensabschöpfung gerade dann greifen soll, wenn, wie im Falle des Betäubungsmittelhandels, das Geschäft zwischen den Parteien durchaus gewollt ist.

Unklar bleibt auch, inwieweit § 73d StGB n.F., welcher nach der Begründung Aufwendungen bei fahrlässiger Begehungsweise in Ansatz bringen soll (Gesetzentwurf S. 79), Klarheit bei der Frage, was „durch“ eine Tat erlangt wurde, bringen kann. Denn bevor über den Abzug von Aufwendungen entschieden werden kann, muss zunächst ermittelt sein, was das Erlangte ist.

Bei der Vielzahl von Delikten, insbesondere auch aus dem Bereich der Wirtschafts- und Umweltkriminalität, bedarf es zudem einer Vorgabe durch den Gesetzgeber, inwieweit der Normzweck, der durch die Strafnorm bezweckte Rechtsgüterschutz, in Ansatz zu bringen ist. Zu überlegen ist auch, ob konkret für Handlungen, welche deshalb strafbewehrt sind, weil eine erforderliche Genehmigung fehlt, eine klare gesetzliche Vorgabe erforderlich ist, ab welcher Tatvariante der gesamte Umsatz eingezogen werden muss.

Keine Einziehung bei staatlichen Gebühren

Der Deutsche Richterbund betont noch einmal, dass es keine endgültige Einziehungsentscheidung in Fällen hinterzogener Steuern oder Sozialabgaben geben darf. Für die Festsetzung dieser Ansprüche gibt es besondere Verwaltungsverfahren mit eigener Fachgerichtsbarkeit, deren Zuständigkeit auch dann gewahrt bleiben muss, wenn Straftaten im Raum stehen. Aufgabe der Strafverfolgungsorgane kann nur sein, für Finanzbehörden oder Renten- oder Krankenkassen im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen vorgefundenes Vermögen zu sichern und deren Zugriff zu ermöglichen. Dies muss in der StPO durch eine Frist, nach welcher die Wirkung von Beschlagnahme

und Vermögensarrest bei Steuerhinterziehung und Vorenthalten von Arbeitsentgelt endet, sichergestellt werden.

Absehen von Einziehung, §§ 421 StPO n.F. i.V. mit § 111b StPO n.F.

Die Verpflichtung, außer in Fällen des § 421 StPO n.F. Vermögensabschöpfung durchzuführen, wird zu einer erheblichen Mehrbelastung der Strafjustiz führen. So wird die Verpflichtung aus § 111b StPO n.F., welche zu Beginn des Verfahrens zumeist durch Polizeibeamte vor Ort zu einer Sicherungsmaßnahme führen wird, die Staatsanwaltschaften zwingen, sich auch bei Armuts- und Elendskriminalität, bei völlig unübersichtlichen finanziellen Verhältnissen oder weitgehender Wertlosigkeit der sichergestellten Gegenstände in ein Abschöpfungsverfahren zu begeben. Dies führt erfahrungsgemäß zu umfangreichen und zeitraubenden Kontakten mit Geschädigten und Beschuldigten, ohne dass am Ende wesentliche Werte eingezogen werden können. Die Belastung für die Strafjustiz wird, auch wenn durch Erlasse die Wertgrenzen für den geringen Wert gemäß § 421 Abs. 1 Nr. 1 StPO n.F. hoch angesetzt werden, erheblich sein, die Verfahren werden verzögert werden.

Dies sieht auch der Gesetzgeber, indem er eine Abtrennung der Einziehung gemäß § 422 StPO n.F. ermöglicht, um das eigentliche Strafverfahren nicht zu belasten. Warum er trotzdem, und trotz des von ihm erwarteten beträchtlichen Anstiegs der Verfahrenszahlen nur einen Mehrbedarf bei Rechtspflegern sieht (Gesetzentwurf S. 3), erschließt sich dem Deutschen Richterbund nicht.

Verteilungsverfahren, § 459j StPO n.F.

Auch wenn der Ansatz des Gesetzgebers, Verletzten ohne Titel zu einem Anspruch auf Rückübertragung zu verhelfen, opferfreundlich erscheint, wird dies nur in einfach gelagerten Fällen tatsächlich umzusetzen sein. Diese Fälle werden heute schon vielfach durch Verzicht des Täters auf den Gegenstand und Rückgabe an das Opfer unbürokratisch geregelt. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass in vielen Fällen der Massenkriminalität die Frage des Anspruchs gegen den Täter aus der abgeurteilten Straftat und in das sichergestellte Vermögen hoch komplex ist und oft nur im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens gelöst werden kann.

Unklar ist auch, wie das Rückgabeverfahren durchgeführt werden soll, wenn ein Einziehungsbetrag im Urteil festgestellt wurde, welcher über dem Betrag liegt, der sichergestellt werden konnte. Die Vollstreckung der Einziehung erfolgt dann gemäß § 459g Abs. 2 StPO n.F. nach den Vorschriften der Geldstrafenvollstreckung bis zum Ende der Vollstreckungsverjährung. Zwar wird erst nach Eintritt der Vollstreckungsverjährung festzustellen sein, dass

ein Mangelfall vorliegt, die Staatsanwaltschaft muss jedoch bereits vorher prüfen, ob sie Insolvenzantrag stellen muss, § 111i Abs. 2 StPO n.F. Hier geht der Gesetzentwurf davon aus, dass ein solcher Antrag bei Anklageerhebung oder Rechtskraft des Urteils erfolgen soll (Gesetzentwurf S. 94). Dies dürfte zu einer erheblichen Anzahl von Insolvenzverfahren führen, bei denen sich nachträglich herausstellt, dass kein Mangelfall vorlag. Die dann gemäß § 459m StPO n.F. zu erfolgende Verteilung des Überschusses nach dem Windhundprinzip nur unter denjenigen Verletzten, die einen Titel vorlegen können, überzeugt nicht.

Der Deutsche Richterbund ist mit mehr als 16.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.

Nr. 9/16
Juni 2016

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

A. Tenor der Stellungnahme

Der Deutsche Richterbund begrüßt grundsätzlich das Vorhaben, das Recht der Vermögensabschöpfung zu vereinfachen.

Den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung lehnt der Deutsche Richterbund jedoch ab, da dieser in weiten Teilen keine praxistaugliche Umsetzung dieses Vorhabens darstellt. Zudem führt er zu einer ganz erheblichen Mehrbelastung für Staatsanwälte und Gerichte.

Deutscher Richterbund
Haus des Rechts
Kronenstraße 73
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25

info@drb.de
www.drb.de

Verfasserin der Stellungnahme:
Barbara Stockinger,
Richterin am Oberlandesgericht
Mitglied des Präsidiums

B. Bewertung im Einzelnen

Der Deutsche Richterbund fordert das BMJV auf, gemeinsam mit der strafrechtlichen Praxis die Probleme des geltenden Rechts der Vermögensabschöpfung anzugehen und dort, wo tatsächlich Regelungsbedarf besteht, gezielt Änderungen vorzunehmen. Der vom Referentenentwurf postulierte Umstand, das geltende Recht werde der hohen kriminalpolitischen Bedeutung der Vermögensabschöpfung nicht gerecht (Seite 1), wird in der Begründung nicht weiter ausgeführt und entspricht auch nur teilweise der Rechtspraxis.

Dies wird bereits dadurch erkennbar, dass die Einziehung über § 73 StGB-RE, § 422 StPO-RE als Pflichtprogramm für alle Straftaten den Staatsanwaltschaften und Gerichten aufgegeben wird, in denen, vereinfacht, der Täter etwas erlangt hat. Dies betrifft alle Klein- und Kleinstverfahren aus dem Bereich Schwarzfahren, Ladendiebstahl oder Versandhandelbetrug, welche die überwiegende Masse der Ermittlungs- und Strafverfahren in Deutschland ausmacht. Straftatbestände, welche Vermögensdelikte als Verbrechen definieren, kennt das deutsche Strafgesetz dagegen nur wenige. Dennoch spricht der Entwurf von der Notwendigkeit, „die Nutznießung von Verbrechensgewinnen zu unterbinden“ (Seite 49). Tatsächlich zwingt er jedoch Staatsanwaltschaften und Gerichte, Vermögensabschöpfung im Bereich von Kleinkriminalität zu betreiben und damit kaum vorhandene Ressourcen fehlzuleiten.

Hinzu kommt, dass der Entwurf auch dort, wo öffentliche Stellen wie Finanzämter oder Sozialleistungsträger eigene Rechte zur Durchsetzung ihrer Steuer- oder Sozialabgabenansprüche besitzen, die Einziehung von Erlangtem – hier: ersparte Steuern oder Sozialabgaben – als Pflichtprogramm für die Strafjustiz vorsieht. Die Praxis zeigt, dass die bestandskräftige Festsetzung von Steueransprüchen oder Sozialabgaben in Hinterziehungsfällen sehr schwierig ist, von den verantwortlichen Verwaltungen nur sehr zögerlich betrieben wird und daher oft erhebliche Zeit nach Beendigung des Strafverfahrens erfolgt. Für das Strafverfahren kann im Regelfall mit Schätzungen gearbeitet werden, für die Einziehung nicht. Das Vollzugsdefizit von Finanz- und Sozialverwaltung kann nicht auf die Strafjustiz abgewälzt werden. Es muss daher in einer Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung klargestellt werden, dass dort, wo staatliche Stellen oder öffentliche Sozialkassen Ansprüche geltend machen können, Vermögensabschöpfung nur subsidiär zur Sicherung von Vollstreckungsmaßnahmen durchgeführt werden kann und zeitlich begrenzt ist.

Über **§ 73 STGB-RE** und **§ 421 Abs. 1 StPO-RE** soll eine Pflicht der Strafverfolgungsorgane und Gerichte zur Einziehung geschaffen werden, sofern ein Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat, aus ihr oder für sie etwas erlangt hat. Eine Entbindung von dieser Pflicht ist für Gerichte (§ 421 Abs. 1 StPO-RE) oder Staatsanwaltschaften (§ 421 Abs. 4 StPO-RE) nur vorgesehen, sofern die Einziehung einen unangemessenen Aufwand erfordern würde. Damit kommt ein „Absehen von Vermögensabschöpfung ... nur noch ausnahmsweise in Frage“ (Entwurf, Seite 58). In der Begründung heißt es hierzu auf Seite 93, dass ein unangemessener Aufwand angenommen werden kann bei einem vergleichsweise geringen Schaden oder in Fällen, in denen die Einziehung eine (freiwillige) Schadenswiedergutmachung erschweren würde. Dies wiederum legt eine denkbar weite Auslegung des Begriffs des unangemessenen Aufwands nahe, der die vorgeschlagene Änderung in der Praxis ins Leere laufen lassen kann.

Die Gesetzesvorgabe ist somit stark auslegungsbedürftig. Hinzu kommt, dass für den Fall, dass keine Konkretisierung durch den Gesetzgeber durch Anführen von Beispielen („insbesondere“) erfolgt, eine Grenze, bis zu welchem Wert von der Einziehung abgesehen werden kann, über Erlasse der Generalstaatsanwaltschaften mit pauschalierten Wertgrenzen umgesetzt werden müsste, da ansonsten die Drohung des Beschuldigten, alle Rechtsmittel auszuschöpfen, die Grenze des Absehens willkürlich nach oben treiben könnte. Erlasse mit differierenden Wertgrenzen würden aber wieder zu unterschiedlichen Ergebnissen im Bundesgebiet führen.

Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, dass bei Vergehen die Anforderungen an die – gesamte oder teilweise – Einstellung eines Strafverfahrens bzw. an die Beschränkung des Tatvorwurfs über die Vorschriften der §§ 153, 153a, 154 ff StPO geringer sein sollen, als die Anforderungen an das Absehen von Anordnungen der Einziehung.

Das Ziel der Änderung, die Aufgaben der Strafrichter und Staatsanwaltschaften zu beschränken, wird durch diese Regelung konterkariert, die Belastung der Strafjustiz insgesamt wird durch die Ausweitung der Einziehung auf Bagatelldelikte erheblich ausgeweitet werden.

Zu begrüßen ist der Versuch, in **§ 73e StGB-RE** hinsichtlich der Tragweite des Bruttoprinzips Klarheit zu schaffen. Leider entspricht der Gesetzestext des § 73e StGB-RE nicht der Begründung auf Seite 73. Während dort für die Berücksichtigungsfähigkeit von Aufwendungen darauf abgestellt wird, ob sie „willentlich und bewusst“ für das verbotene Geschäft getätigt wurden, stellt der Gesetzestext auf die Begehung der Tat ab. Diese beginnt mit dem „unmittelbaren Ansetzen“; Vorbereitungshandlungen wie das Knüpfen eines

Teppichs, um diesen irgendwann betrügerisch verkaufen zu können, können nicht als Aufwand für das Begehen der Tat angesehen werden.

Zudem muss man sich darüber im Klaren sein, dass durch diese Abzugsregelung faktisch eine Abkehr vom Bruttoprinzip erfolgt. Künftig wird sich vermehrt, auch in der Rechtsmittelinstanz, die Frage der abzugsfähigen Aufwendungen stellen. Das Risiko und die Folgen für den Straftäter werden durch diese Bestimmung jedenfalls minimiert.

Soweit sich der Referentenentwurf für die Bestimmung des Erlangten auf die einschränkende Rechtsprechung des BGH zu § 817 Satz 2 BGB im Zivilrecht (BGHZ 75, 299/306, Rn. 24) beruft, ist dies nicht nachvollziehbar. Die Rechtsprechung des BGH zu § 817 Satz 2 BGB in Zivilstreitigkeiten hat die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zwischen zwei Rechtsträgern im Blick, die beide gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben. Dieser Fall liegt aber bei der Vermögensabschöpfung nicht vor. Hier hat sich alleine der Täter außerhalb des Rechts gestellt, nicht aber der Staat, der die Vermögensabschöpfung betreibt. Es ist hier daher kein Ausgleich zwischen zwei Rechtsträgern zu finden, von denen beide gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben. Es geht bei einer konsequenten Vermögensabschöpfung allein darum, dem Täter das aus, für und durch die Straftat Erlangte zu entziehen.

Ob durch **§ 76 Abs. 4 StPO-RE** tatsächlich Abschöpfungslücken geschlossen werden können, daran bestehen erhebliche Zweifel. Voraussetzung hierfür ist, dass das Gericht zu der Überzeugung kommen muss, dass der sichergestellte Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat stammt. Damit wird § 76 Abs. 4 StPO-RE keine Praxisrelevanz erfahren, da regelmäßig bei der Auffindung erheblicher Bargeldbeträge, selbst wenn sie versteckt mit sich geführt werden, eine Überzeugungsbildung dahingehend, der Geldbetrag entstammt deliktischer Herkunft, nicht gelingt und auch künftig nicht gelingen wird.

Nach der Konzeption des Entwurfs soll die Opferentschädigung künftig im Wege der Vollstreckung von Einziehungsanordnungen unmittelbar durch die Staatsanwaltschaft – funktional durch den Rechtspfleger – erfolgen, **§ 459 h StPO-RE**. Der Referentenentwurf geht dabei von der zumeist unzutreffenden Annahme aus (Seite 102), aus dem Strafverfahren stünden verlässliche Erkenntnisquellen zum Grund und zur Höhe eines jeden Anspruchs zur Verfügung. Gerade die Feststellung der exakten Schadenshöhe, womöglich noch unter Berücksichtigung etwaiger im Nachgang zur Anzeigeerstattung oder Verhandlung bereits enthaltener Versicherungs- oder sonstiger Befrie-

digungsleistungen, wird nur mit erheblichem zusätzlichem Aufwand möglich sein. Solche exakten Feststellungen sind für die eigentliche Schuld- oder Straffrage oft nicht relevant, zumal wenn es um eine große Vielzahl Geschädigter geht. Die Erfahrung zeigt auch, dass in den Ermittlungsakten dokumentierte erste Schadensschätzungen von Geschädigten unter dem unmittelbaren Eindruck der Tat häufig von späteren, auf gründlicheren Nachforschungen, sachverständiger Bewertung oder Kostenvoranschlägen beruhenden Schadensfeststellungen erheblich abweichen. Sofern diese späteren Erkenntnisse z.B. erst im Rahmen einer Zeugenvernehmung in das Verfahren eingeführt und nicht protokolliert werden (Landgericht) und nicht explizit Eingang in die Urteilsgründe finden, sind sie im Vollstreckungsverfahren nicht erkennbar. Bei Betrugsstraftaten bereitet bereits die Anwendung des richtigen Schadensbegriffes erhebliche Schwierigkeiten.

Eine belastbare Feststellung der konkreten ersatzfähigen Schadenshöhe dürfte vor diesem Hintergrund nur in einfach gelagerten Fällen, aber keinesfalls in komplexen Verfahren mit zahlreichen Geschädigten möglich sein.

Es ist daher fraglich, ob der Vollstreckungsrechtspfleger bei der Staatsanwaltschaft die richtige Stelle ist, über Vermögensansprüche von Verletzten und die Verteilung eingezogener Vermögenswerte zu entscheiden. Jedenfalls muss hier unabdingbar sichergestellt werden, dass für seine Entscheidungen, die er ohne richterliche Grundentscheidung treffen muss („Die Vollstreckungsbehörde ist mithin ohne Weiteres in der Lage, Anspruchsgrund und Anspruchshöhe auf einer hinreichend sicheren Tatsachengrundlage zu prüfen“, Seite 102), eine persönliche Haftung weitgehend ausgeschlossen ist.

Sehr kritisch zu sehen ist auch die Regelung in **§ 111 i Abs. 2 StPO-RE** zum Antragsrecht der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Nach der Begründung (Seite 85) geht mit dieser Ermächtigung die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Antragstellung einher.

Mitnichten wird die Staatsanwaltschaft dieser Verpflichtung ohne zusätzlichen Aufwand genügen können. Beispielsweise sei hier nur genannt, dass ein Gläubigerantrag nach § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO glaubhaft zu machen ist. Soweit noch kein Titel vorliegt – was regelmäßig der Fall sein wird –, muss die Forderung nach Grund und Höhe so schlüssig dargelegt werden, dass das Insolvenzgericht notfalls selbst eine materiell-rechtliche Prüfung vornehmen kann. Die bloße Bezugnahme auf Anlagen genügt dabei diesem Erfordernis nicht (Uhlenbruck/ Wegener, Kommentar zur InsO, § 14 Rn. 25, beck-online). Die Glaubhaftmachung kann wiederum weder alleine mit dem Anklagesatz noch dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen geschehen (das im Übrigen nicht in jedem Verfahren zu verfassen ist), sondern bedingt dann eine eigens zu fertigende Darlegung des Tatvorwurfs, des Schadens

und des Tatnachweises. In komplexen Verfahren mit einer Vielzahl Geschädigter werden zudem regelmäßig einzelne Tatvorwürfe nach §§ 154, 154 a StPO behandelt, diese müssten jedoch für die Antragstellung gleichwohl ausermittelt und glaubhaft gemacht werden.

Das Insolvenzgericht seinerseits muss nun diese Darlegung überprüfen und ggf. eine eigene Würdigung der Beweismittel vornehmen und im Eröffnungsverfahren schwierige rechtliche und tatsächliche Fragen aus dem Bereich des Strafrechts klären.

Völlig jeder Grundlage entbehrt jedoch die Annahme (Seite 64), dass der entstehende Mehraufwand für Gerichte und Staatsanwaltschaften, aber auch der Polizei mit dem vorhandenen Personal ausgeglichen werden kann. Eine erfolgreiche und gerechte Opferentschädigung setzt neben der Aufklärung der Schuld- und Straffrage die eingehende Klärung zivilrechtlicher Positionen im Strafverfahren voraus. Dadurch ist zu besorgen, dass mit dieser zusätzlichen Belastung durch aufwendige Nebenentscheidungen die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege in ihrem Kernbereich Schaden erleidet, da die Straferichte schon heute angesichts knapper personeller Ressourcen an der Grenze der Belastbarkeit arbeiten.

Zudem ist es unumgänglich, im Hinblick auf §§ 73 STGB-RE, § 421 Abs. 1 StPO-RE und § 111 Abs. 2 StPO-RE klarzustellen, dass die Vermögensabschöpfung keine drittgerichtete Amtspflicht im Sinne des § 839 BGB darstellt, sondern alleine im allgemeinen Interesse erfolgt. Nur so kann sichergestellt werden, dass weder ein unterbliebener Antrag auf Vermögensabschöpfung oder Insolvenz noch die Stellung eines solchen Antrags zu Amtshaftungsansprüchen der Geschädigten führen können. Auch ist sicherzustellen, dass bei Amtshaftungsansprüchen gegenüber Beschuldigten ein Rückgriff auf Beamte der Staatsanwaltschaft oder Richter weitgehend ausgeschlossen ist.

Der Deutsche Richterbund ist mit mehr als 16.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.