

## (Ergänzende) Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (Gesetzesentwurf der Bundesregierung)

Berichterstatter: Rechtsanwalt Markus Meißner (München)  
Rechtsanwalt Dr. Matthias Schütrumpf (München)

Berlin/München, 21. September 2016

### 1. Einleitung

Die vorliegende Stellungnahme knüpft an die Stellungnahme der *Strafverteidigervereinigungen* vom 31. Mai 2016 zum (Referenten-)Entwurf eines Gesetzes zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (RefE des BMJV) an.

Das Gesetzgebungsverfahren hat mittlerweile seinen Fortgang gefunden und nunmehr liegt seit dem 8. Juli 2016 – aufbauend auf den vormaligen Referentenentwurf - ein Regierungsentwurf aus dem BMJV vor. Im Folgenden soll daher analysiert werden, inwieweit der Regierungsentwurf Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf enthält, aufgrund derer eine Modifizierung der Stellungnahme vom 31. Mai 2016 veranlasst ist.

### 2. Betrachtung von Unterschieden zwischen Referenten- und Regierungsentwurf

Soweit die im Regierungsentwurf (im Vergleich zum Referentenentwurf) vorgenommenen Änderungen nicht ausschließlich sprachlicher bzw. redaktioneller Natur sind, lassen sich diese im Wesentlichen auf die Kritik von Seiten der Justiz zurückführen.

So wurde erkennbar versucht, den von Justizvertretern vorgebrachten Befürchtungen zu begegnen, wonach angesichts der vorgesehenen Änderungen im Bereich der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung nicht nur erhebliche eigene Haftungsrisiken,<sup>1</sup> sondern auch eine fachliche<sup>2</sup> und zeitliche<sup>3</sup> Überforderung sowie eine erhebliche Mehrbelastung der mit diesem Rechtsinstitut zukünftig befassten Staatsanwälten, Rechtspflegern und Gerichten<sup>4</sup> zu erwarten sei.

<sup>1</sup> Vgl. Stellungnahme der *Staatsanwaltschaft Braunschweig* vom 11.05.2016, S. 1; Stellungnahme des *Deutschen Richterbundes* Nr. 9/16, S. 6.

<sup>2</sup> Vgl. *Staatsanwaltschaft Braunschweig*, a.a.O., S. 1; *Deutscher Richterbund*, a.a.O., S. 5.

<sup>3</sup> Stellungnahme des *Bundes Deutscher Rechtspfleger* vom 31.05.2016, S. 1.

<sup>4</sup> *Deutscher Richterbund*, a.a.O., S. 1, 5.

## Stellungnahme

fanny-zobel-str. 11  
d - 12435 berlin  
(0)30- 57701769

info@strafverteidigertag.de  
www.strafverteidigertag.de

geschäftsstelle:  
jasper von schlieffen  
thomas uwer

bankverbindung:  
strafverteidigervereinigungen /  
von schlieffen  
nr. 122 034 104  
blz: 100 100 10  
postbank berlin  
de87100100100122034104  
bic: PBNKDEFF

steuernummer:  
13/214/62074  
finanzamt charlottenburg

mitgliedsvereinigungen:

baden-württembergische  
strafverteidiger e.V.  
initiative bayerischer  
strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.V.  
vereinigung berliner  
strafverteidiger e.V.  
hamburger arbeitsgemeinschaft  
für strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.v.  
vereinigung hessischer  
strafverteidiger e.V.  
schleswig-holsteinische  
strafverteidigervereinigung e.V.  
strafrechtsausschuss des köln  
anwaltsverein e.V.  
strafverteidigerinnen- und  
strafverteidigerverein  
mecklenburg-vorpommern e.V.  
vereinigung niedersächsischer  
und bremer strafverteidigerinnen  
und strafverteidiger e.v.  
strafverteidigervereinigung  
NRW e.V.  
vereinigung rheinland-pfälzischer  
und saarländischer  
strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.V.  
strafverteidiger sachsen /  
sachsen-anhalt e.V.

Demgegenüber besteht die bereits in der Stellungnahme der *Strafverteidigervereinigungen* vom 31. Mai 2016 vorgebrachte Kritik auch angesichts des nunmehr vorliegenden Regierungsentwurfs unverändert fort. Dieser Kritik, die insbesondere die erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken betrifft, wurde im Rahmen der Überarbeitung zur Schaffung des Gesetzesentwurfs nicht Rechnung getragen.<sup>5</sup>

Hierzu im Einzelnen:

## a) Materielle Neuregelungen

### aa) Erweiterte Einziehung, § 73a StGB-E

In Bezug auf die geplante Neuregelung der erweiterten Einziehung (§ 73a StGB-E) erfordern europarechtliche Vorgaben lediglich eine – überschaubare – Ergänzung des abschließenden Katalogs an Straftaten, der bereits heute auf dieses Instrument verweist. Die – sowohl im Referentenentwurf wie nunmehr auch im Regierungsentwurf vorgesehene – Erstreckung des Anwendungsbereichs der erweiterten Einziehung von Taterträgen auf *alle* Straftatbestände begegnet unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Erforderlichkeit den bereits aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>6</sup> Im Übrigen sprechen auch die Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie<sup>7</sup> und des Beschleunigungsgrundsatzes angesichts des zu erwartenden Arbeitsaufwands gegen eine unbeschränkte Erweiterung des Anwendungsbereichs.

Der Regierungsentwurf hat gegenüber dem Referentenentwurf lediglich sprachliche Änderungen bei der Fassung des neuen § 73a StPO-E vorgenommen, der Sache nach ändert dies weder etwas an dem grundsätzlichen Ansatz des Referentenentwurfs noch an dem Anwendungsumfang, der hier neu geschaffen werden soll.

Es besteht insoweit kein Anlass, die ursprüngliche Stellungnahme zu modifizieren. Die vorgebrachten Einwände gelten vielmehr für den Gesetzesentwurf in gleichem Umfang fort.

### bb) Selbständige Einziehung, § 76a Abs. 1 StGB-E

Die vorgesehene Einbeziehung der Fallkonstellationen des »Strafklageverbrauchs« in den Anwendungsbereich der selbstständigen Einziehung (§ 76a Abs. 1 StGB-E) stellt einen Fremdkörper im Regelungskomplex der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung dar. Eine Erforderlichkeit i.S.d. verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird weder im Referentenentwurf noch im Regierungsentwurf dargelegt. Bedenken gegen die geplante Neuregelung ergeben sich vor allem aus dem Grundsatz der Verfahrensökonomie.<sup>8</sup>

Auch die nunmehr im Regierungsentwurf aufgenommene Einschränkung, wonach eine (nachträgliche) Einziehung dann ausscheiden soll, wenn »bereits rechtskräftig über sie entschieden worden ist«, vermag diese Problematik nicht zu lösen.

<sup>5</sup> Entsprechende Kritik wird auch von anderen Berufsverbänden in den mittlerweile vorliegenden Stellungnahmen zum RefE geteilt, vgl. u.a. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22.06.2016; Stellungnahme des DAV vom 15.06.2016

<sup>6</sup> vgl. hiesige Stellungnahme vom 31.05.2016, S. 8 ff.; Kritisch auch DAV, a.a.O., S. 13 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer, a.a.O., S. 4 f.; Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WiStEV), S. 16 f.; a. A. hingegen Bund Deutscher Rechtspfleger, a.a.O., S. 3.

<sup>7</sup> Vgl. auch WiStEV, a.a.O., S. 17.

<sup>8</sup> vgl. hiesige Stellungnahme vom 31.05.2016, S. 12 ff., Kritisch auch Bundesrechtsanwaltskammer, a.a.O., S. 6 im Hinblick auf den Grundsatz des Doppelbestrafungsverbots (*ne bis in idem*) wegen der Gefahr der doppelten Inanspruchnahme des Betroffenen; in der Stellungnahme der WiStEV, a.a.O., S. 18, wird die Unabhängigkeit der selbstständigen Einziehung von der Verjährung kritisiert.

Der Einschränkung, die der Regierungsentwurf nunmehr klarstellend vornimmt, hätte es von Rechtswegen ohnehin bedurft, weshalb bereits in hiesiger Stellungnahme vom 31. Mai 2016 diese Fallgruppe auch als »nicht erfasst« ausgesondert wurde. Die grundlegende Kritik setzt jedoch an einem Punkt an, der sich durch die Veränderung des Regierungsentwurfs gegenüber dem Referentenentwurf nicht geändert hat:

Nach dem Wortlaut der geplanten Vorschrift des § 76a Abs. 1 StGB-E werden zukünftig alle diejenigen Fälle aufzuarbeiten sein, in denen es das Strafgericht »konkludent oder ausdrücklich« unterlassen hat, eine Einziehungsentscheidung zu treffen (so der Gesetzesentwurf S. 83). In der Begründung des Regierungsentwurfs wird nunmehr das Rückwirkungsverbot angeführt und dabei suggeriert, dies führe automatisch zu einer Anwendungsbeschränkung auf »Neufälle«. Tatsächlich ist dies aber nicht richtig und wird – wenn man den Begründungstext genau analysiert – auch nicht behauptet (a.a.O., S. 75 und 85). Die Rechtsprechung, auf die hier verwiesen wird, betrifft die Schaffung der materiell-rechtlichen Ermächtigungsgrundlage für die Einziehung bzw. den Verfall. Soweit diese erst mit der vorliegenden Gesetzesänderung geschaffen wird, kommt eine selbstständige Einziehung auch erst ab dem Inkrafttreten des Gesetzes in Betracht. Soweit diese Einziehungsermächtigung jedoch schon zum Zeitpunkt der relevanten Anknüpfungs- bzw. »Erwerbstat« gesetzlich normiert war, ist die nachträgliche Einziehung verfassungsrechtlich möglich. Wurde beispielsweise im Jahr 2011 über den erweiterten Verfall des wirtschaftlichen Vorteils eines gewerbsmäßigen Bandenbetrugs, der 2010 begangen wurde, konkludent nicht entschieden, so wäre dies nun nachträglich selbständig möglich, da dieser erweiterte Verfall schon im Jahre 2011 sowie 2010 gem. § 263 Abs. 7 StGB möglich war.

#### cc) Verurteilungsunabhängige Einziehung, § 76a Abs. 4 StGB-E

Die vorgesehene Einführung der Möglichkeit einer verurteilungsunabhängigen Einziehung (§ 76a Abs. 4 StGB-E) ist angesichts der hiermit verbundenen faktischen Beweislastumkehr eindeutig abzulehnen.<sup>9</sup> Einem derartigen Instrumentarium stehen bereits das geltende Schuldprinzip, das Bestimmtheitsgebot sowie die Aussagefreiheit entgegen. Zudem wird die vorgesehene Regelung auch nicht dem Parlamentsvorbehalt gerecht.

Der Regierungsentwurf hält an diesem bereits im Referentenentwurf enthaltenen Instrumentarium umfassend und ohne inhaltliche Änderungen fest.

Bemerkenswert ist jedoch, dass sich in der Begründung des Gesetzesentwurfs nunmehr eine ergänzende Erläuterung des Verständnisses dieses neuen Instrumentariums findet. So wird in dem Gesetzesentwurf ausgeführt (a.a.O., S. 108):

»Das Verfahren der selbständigen Einziehung nach § 76a Absatz 4 StGB-E ist ein Verfahren gegen die Sache (,ad rem'); es richtet sich nicht gegen eine Person. Es hat damit keinen Strafcharakter. Die Rechtfertigung des Eingriffs ist verfassungsrechtlich allein an Artikel 14 GG zu messen (vgl. dazu Meyer, a.a.O., 256-263). In beweisrechtlicher Hinsicht folgt daraus ein Verfahren, das sich an den zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislastregeln orientiert. Legt die Staatsanwaltschaft mit ihrem Einziehungsantrag einen (beweisbaren) Tatsachenvortrag dar, der insbesondere mit Blick auf das ‚Missverhältnis‘-Kriterium (§ 437 Absatz 1 Satz 1 StPO-E) den Schluss auf die deliktische Herkunft des sichergestellten Gegenstandes zulässt, wird – falls die Beweisaufnahme den Tatsachenvortrag bestätigt – das Gericht in der Regel (,soll') die Einziehung anordnen, es sei denn der Betroffene bestreitet als Einziehungsbeteiligter substantiiert die deliktische Herkunft und bietet entsprechenden Beweis an. Besitzt der Antrag der Staatsanwaltschaft also die beschriebene Substanz und erweisen sich

<sup>9</sup>hiesige Stellungnahme vom 31.05.2016, S. 17 ff.; vgl. auch Bundesrechtsanwaltskammer, a.a.O., S. 6 f. (Verstoß gegen die Unschuldsumutung, Art. 6 Abs. 2 EMRK); DAV, a.a.O., S. 15 ff. (Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung).

die darin aufgeführten Tatsachen im gerichtlichen Verfahren als zutreffend, wird der Einziehungsbeteiligte die Anordnung der Einziehung mit bloßem Schweigen in aller Regel nicht abwenden können ...«

Diese Begründung macht einige ergänzende Hinweise notwendig. So soll nochmals verdeutlicht werden, warum dieses neu einzuführende Instrumentarium sich erheblicher verfassungsrechtlicher Kritik gegenüber sieht und diese Kritik insbesondere auch nicht durch den kryptischen Hinweis auf ein »Verfahren ad rem« abgetan werden kann.

Das »Verfahren ad rem« entstammt dem Common Law. Ursprünglich fand dieses Verfahren vor allem Anwendung, wenn der Eigentümer einer Sache nicht bekannt war. Mittlerweile wird die »in rem jurisdiction« auch in »asset forfeiture cases«, mithin Fallkonstellationen, in denen es um die Einziehung von Vermögen aus kriminellen Handlungen geht, relevant. Parteien des Prozesses sind bei »in rem jurisdiction« der Staat und die Sache selbst.<sup>10</sup> Es handelt sich also hier um ein verwaltungsrechtliches Verfahren, welches den Eigentumsübergang an einer Sache auf den Staat zum Gegenstand hat.

Der Regierungsentwurf sieht jedoch gerade kein eigenständiges »verwaltungsrechtliches« Verfahren vor, sondern möchte die selbstständige Einziehung in § 76a Abs. 4 StGB-E im Rahmen der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung regeln, also im sachlichen und rechtlichen Zusammenhang mit strafrechtlichen Beschuldigungen. Die vorgesehene selbstständige Einziehung gemäß § 76a Abs. 4 StGB-E ist also gerade kein Verfahren »ad rem« im eigentlichen Sinn. Der Regierungsentwurf weicht insoweit auch klar von der europarechtlichen Grundlage ab. Die Richtlinie über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union vom 03. April 2014 (2014/42/EU) folgt nach dem Kommissionsvorschlag nicht dem »ad rem«-Modell des Common Law, sondern dem Modell, wonach eine Einziehung ohne vorherige Verurteilung in einem selbstständigen Verfahren möglich sein soll, wenn die weitere Strafverfolgung wegen Krankheit oder Flucht des Beschuldigten ausgeschlossen ist. Das Verfahren befand sich lange in der Vermittlung, weil das Europäische Parlament eine weiterreichende Form der Konfiszierung wünschte als der Rat, sich jedoch im Ergebnis nicht durchsetzt.<sup>11</sup>

Der Hinweis auf ein Verfahren »ad rem« geht somit ins Leere, da es nach der Konzeption des deutschen Gesetzgebers gerade kein eigenständiges Verfahren gegen die Sache geben soll, sondern gegen den von der Einziehung Betroffenen, der zunächst Subjekt eines strafprozessualen Verfahrens war. Der Betroffene bleibt auch im Anschluss daran beim Verfahren über die verurteilungsunabhängige Einziehung Verfahrensobjekt. Dies ergibt sich schon aus den Vorschriften der §§ 424 ff. StPO-E, die den »Einziehungsbeteiligten« und seine Rechte regeln. Diese Regeln gelten auch für die selbstständige Einziehung, § 435 Abs. 3 StPO-E, wenn auch nur in entsprechender Anwendung.

Dieser Stellung als strafprozessual Betroffener steht die gesetzlich vorgesehene Beweislastumkehr diametral entgegen. Wird einem Eigentümer ein wirtschaftlicher Wert genommen, so unterscheidet sich dies von der Wirkung für den Betroffenen nicht substantiell von einer Geldstrafe. Ob rechtlich eine Maßnahme mit Strafcharakter vorliegt, hängt davon ab, wie und warum der einzuziehende Vermögenswert in das Eigentum des Betroffenen gekommen ist. Genau dies soll nun gerichtlich aufgeklärt werden, mit der prozessualen Besonderheit, dass der Betroffene seine Unschuld beweisen muss.

10 vgl. *United States v. One Tyrannosaurus Bataar Skeleton* (2013), *United States v. Approximately 64,695 Pounds of Shark Fins* (9th Cir., 2008)

11 vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje-Meyer, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Auflage 2015, Art. 82 AEUV Rn. 33

## b) Verfahrensrechtliche Neuregelungen

### aa) Vorläufige Sicherungsinstrumente der Beschlagnahme (§ 111b StPO-E) und des Vermögensarrestes (§ 111e StPO-E)

Soweit aufgrund der §§ 111b, 111e StPO-E zukünftig für die Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen ein Arrestgrund nicht mehr erforderlich sein soll und auch keine gesteigerten Anforderungen an den Verdachtsgrad mehr mit zunehmendem Zeitablauf zu stellen sein sollen, wurde dies bereits in der Stellungnahme der *Strafverteidigervereinigungen* vom 31. Mai 2016 unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten angesichts der Gefahr irreparabler Schäden infolge vorläufiger Sicherstellungen sowie im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot kritisiert.<sup>12</sup>

Im Unterschied zum Referentenentwurf, der in beiden Vorschriften eine »Soll«-Maßgabe enthielt, differenziert der Gesetzesentwurf nunmehr zwischen Fällen, in denen dringende Gründe für die Annahme existieren, dass die Voraussetzungen für eine Einziehung vorliegen und solchen, in denen dies nicht der Fall ist. In letzteren Fallkonstellationen »kann« zur Sicherung eine Beschlagnahme/ein Arrest ergehen, wohingegen in den Fällen, in denen dringende Gründe für die Annahme vorliegen, eine vorläufige Sicherung erfolgen »soll«.

Diese Differenzierung ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung – auch wenn damit wohl in erster Linie Bedenken Rechnung getragen werden soll, die in Richtung einer Überlastung der Justizbehörden zielten – vermag aber die Notwendigkeit eines Sicherungsgrundes nicht entbehrlich zu machen.

Die in unserer Stellungnahme dargestellte Kritik wird daher durch diese Veränderung zwischen Referentenentwurf und Gesetzesentwurf nicht entkräftet und gilt unvermindert fort.

### bb) Vorschriften der §§ 422, 423 Abs. 2 StPO-E

In § 422 StPO-E wurde gegenüber dem RefE eine Änderung dahingehend vorgesehen, dass die Abtrennung nunmehr unabhängig von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft durch das Gericht vorgenommen werden kann. Hinsichtlich der in unserer Stellungnahme geäußerten Kritik ergeben sich dadurch aber keinerlei Änderungen. Auch der Gesetzesentwurf sieht hinsichtlich der Entscheidungsfrist des § 423 Abs. 2 StPO-E nur eine »Soll«-Vorschrift vor.

## 3. Resümee

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass auch der vorliegende Regierungsentwurf die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen überschreitet und die insoweit in der Stellungnahme vom 31. Mai 2016 formulierten Einwände bislang ungehört geblieben sind.

Für die weitere Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens sollten weniger die fiskalischen Interessen, sondern vielmehr der verfassungsrechtliche gewährte Schutz der vom Verfahren Betroffenen sowie die Einhaltung der Grundprinzipien des Strafprozesses in den Vordergrund gerückt werden.

Die *Strafverteidigervereinigungen* lehnen den nunmehr vorliegenden Regierungsentwurf aus den angeführten Gründen in der derzeitigen Form ab.

<sup>12</sup> hiesige Stellungnahme vom 31.05.2016, S. 22 ff., Ablehnend auch Bundesrechtsanwaltskammer, a.a.O., S. 9 ff. (»Absenkung des Rechtsschutzniveaus«); DAV, a.a.O., S. 23 f.; kritisch WiStEV, a.a.O., S. 5 f.

Berlin, 31. Mai 2016

## Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Entwurf eines Gesetzes zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (RefE des BMJV)

Berichtersteller: Rechtsanwalt Markus Meißner (München),  
Rechtsanwalt Dr. Matthias Schütrumpf (München)

### Inhalt

#### I. Notwendigkeit einer umfassenden Reform des bestehenden Regelungswerks der Vermögensabschöpfung?

1. Reformbedürfnis aus der Strafrechtspraxis heraus?
2. Europarechtlicher Handlungsbedarf?
3. Zwischenfazit

#### II. Zielsetzung des vorliegenden Referentenentwurfs

#### III. Gerichtliche Kontrolle sowie verfassungsrechtliche Grenzen

#### IV. Kritik im Einzelnen

1. Einzelprobleme der materiellen Neuregelung
  - a. Erweiterte Einziehung § 73a StGB-E
    - i. Aktuelle Regelung
    - ii. Handlungsbedarf durch europarechtliche Vorgaben?
    - iii. Weg des vorliegenden Gesetzesentwurf
    - iv. Kritik
      - aa. Verdeutlichende Beispiele
      - bb. Betrachtung der Regelung des § 73a StGB-E unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit
      - cc. Betrachtung der Regelung des § 73a StGB-E unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie und des Beschleunigungsgrundsatzes
  - b. Selbständige Einziehung, § 76a Abs. 1 StGB-E
    - i. Aktuelle Regelung
    - ii. Handlungsbedarf aufgrund europarechtlicher Vorgaben
    - iii. Weg des vorliegenden Gesetzesentwurfs
    - iv. Kritik
      - aa. »Nachträgliche Vermögensabschöpfung« als »Fremdkörper« innerhalb der Vorschrift des § 76a Abs. 1 StGB-E
      - bb. Betrachtung der »nachträglichen Vermögensabschöpfung« unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit
      - cc. Betrachtung der »nachträglichen Vermögensabschöpfung« unter den Gesichtspunkten der Rückwirkung und des Rechtsfriedens
      - dd. Betrachtung der »nachträglichen Vermögensabschöpfung« unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie

## Stellungnahme

fanny-zobel-str. 11  
d- 12435 berlin  
(0)30- 57701769

info@strafverteidigertag.de  
www.strafverteidigertag.de

geschäftsstelle:  
jasper von schlieffen  
thomas uwer

bankverbindung:  
strafverteidigervereinigungen /  
von schlieffen  
nr. 122 034 104  
blz: 100 100 10  
postbank berlin

de87100100100122034104  
bic: PBNKDEFF

steuernummer:  
36/214/00976  
finanzamt treptow-köpenick

#### mitgliedsvereinigungen:

baden-württembergische  
strafverteidiger e.V.  
initiative bayerischer  
strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.V.  
vereinigung berliner  
strafverteidiger e.V.  
hamburger arbeitsgemeinschaft  
für strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.v.  
vereinigung hessischer  
strafverteidiger e.V.  
schleswig-holsteinische  
strafverteidigervereinigung e.V.  
strafrechtsausschuss des köln  
anwaltsverein e.V.  
strafverteidigerinnen- und  
strafverteidigerverein  
mecklenburg-vorpommern e.V.  
vereinigung niedersächsischer  
und bremer strafverteidigerinnen  
und strafverteidiger e.v.  
strafverteidigervereinigung  
NRW e.V.  
vereinigung rheinland-pfälzischer  
und saarländischer  
strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.V.  
strafverteidiger sachsen /  
sachsen-anhalt e.V.

- c. Verurteilungsunabhängige Einziehung § 76a Abs. 4 StGB-E
  - i. Aktuelle Regelung
  - ii. Handlungsbedarf durch europarechtliche Vorgaben?
  - iii. Grundzüge der vorgesehenen Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E
  - iv. Kritik
    - aa. Verdeutlichende Beispiele
    - bb. Verfassungsrechtliche Betrachtung der Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips
    - cc. Betrachtung der Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E unter den Gesichtspunkten der Bestimmtheit und des Parlamentsvorbehalts
    - dd. Betrachtung der Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E unter dem Gesichtspunkt der Aussagefreiheit
- 2. Kritische Würdigung der Verfahrensregelungen
  - a. Vorläufige Sicherungsinstrumente der Beschlagnahme (§ 111b StPO-E) und des Vermögensarrestes (§ 111 e StPO-E)
    - i. Änderung im Zusammenhang mit der Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen
      - aa. Aktuelle Regelung des § 111d StPO
      - bb. Regelung im Referentenentwurf
    - ii. Änderung im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen
      - aa. Aktuelle Regelung des § 111b Abs. 3 StPO
      - bb. Regelung im Referentenentwurf
    - iii. Kritik
      - aa. Verdeutlichendes Beispiel
      - bb. Betrachtung der »Verfahrenserleichterungen« unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit
      - cc. Betrachtung der »Verfahrenserleichterungen« unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit
  - b. Vorschriften der §§ 422, 423 Abs. 2 StPO-E
    - i. Aktuelle Regelung
    - ii. Grundzüge der vorgesehenen Regelung
    - iii. Kritik

## V. Konsequenzen für das Gesetzgebungsverfahren

- 1. Diskussionsbedarf
  - a. Erkennen, Diskussion und Ausübung gesetzgeberischer Spielräume
  - b. Regelungsumfang gem. verfassungsrechtlichen Auftrags an den Gesetzgeber (Parlamentsvorbehalt)
  - c. Eingriffsbegrenzung i.S.d. Erforderlichkeit
  - d. Rechtskontrolle und Rechtsschutz
- 2. Konkrete Alternativ-Vorschläge hinsichtlich einzelner Vorschriften
  - a. StGB-E:
  - b. StPO-E:

# I. Notwendigkeit einer umfassenden Reform des bestehenden Regelungswerks der Vermögensabschöpfung?

Der vorliegende Referentenentwurf sieht eine – über die Änderung einzelner Vorschriften hinausgehende – grundlegende Reform des aktuell geltenden Regelungswerks der Vermögensabschöpfung vor. Im Rahmen der Begründung wird in dem Entwurf ausdrücklich die Notwendigkeit eines solchen »umfassenden« Ansatzes des Reformwerks betont.<sup>1</sup> Die hierfür im Wesentlichen angeführten Gründe, aus denen sich ein vermeintlicher Handlungsbedarf für den Gesetzgeber ergebe, sollen zunächst einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

## 1. Reformbedürfnis aus der Strafrechtspraxis heraus?

Als Argument für die Erforderlichkeit einer grundlegenden Neuregelung des Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung macht der vorliegende Referentenentwurf zunächst ein entsprechendes Bedürfnis der Rechtsanwendung geltend. So würde es sich bei dem geltenden Regelungswerk zwar um ein prinzipiell »durchdachtes Abschöpfungsmodell«<sup>2</sup> handeln, jedoch würden insbesondere die Komplexität und Unübersichtlichkeit der aktuellen Vorschriften dazu führen, dass derzeit zum einen Verletzte einer Straftat oftmals davon Abstand nehmen, ihre Ansprüche anzumelden und zum anderen auf Ebene der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ein »Vollzugsdefizit« bei der Vermögensabschöpfung festzustellen sei.<sup>3</sup> Beides führe – so die Begründung des Gesetzesentwurfs – in der Konsequenz dazu, dass es in der Strafrechtspraxis derzeit häufig zu keiner vollständigen Vermögensabschöpfung komme – ein Umstand, der im Rahmen einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung vom Gesetzgeber nicht hingenommen werden könne.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass der vorliegende Entwurf einen Nachweis für diese vorgenommene Bestandsaufnahme nicht nur schuldig bleibt, sondern vielmehr selbst ausdrücklich darauf hinweist, dass sich ein vermeintliches »Vollzugsdefizit« anhand konkreter Zahlen gerade *nicht* belegen lässt, nachdem es an einer »belastbaren Datengrundlage« dazu,

- wie viele Bürgerinnen und Bürger ihre Entschädigungsansprüche bei den Strafverfolgungsbehörden geltend machen, und
- wie häufig nach geltendem Recht von der Anordnung des Verfalls (künftig: der Einziehung von Taterträgen) abgesehen wurde

fehlt.<sup>4</sup>

## 2. Europarechtlicher Handlungsbedarf?

Im Weiteren wird im vorliegenden Gesetzesentwurf darauf verwiesen, dass sich aus dem europäischen Recht eine quasi zwingende Notwendigkeit für den deutschen Gesetzgeber ergeben würde, die Vorschriften der Vermögensabschöpfung zu reformieren.<sup>5</sup>

Betrachtet man die insoweit konkret in den Blick genommene EU-Richtlinie 2014/42/EU vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union genauer, so vermag der Verweis auf Europarecht zwar einen Korrektur- bzw. Ergänzungsbedarf hinsichtlich einzelner materieller und prozessualer Vorschriften, nicht jedoch die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform des gesamten Regelungswerks zu begründen, wie der vorliegende Referentenentwurf dies vorschlägt.

Vielmehr ist festzustellen, dass das aktuelle Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in seiner Struktur sowie in dem überwiegenden Teil seiner einzelnen Vorschriften bereits heute europarechtskonform ausgestaltet ist.

1 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 2, lit. B

2 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 1

3 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 49.

4 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 3 f.



### 3. Zwischenfazit

Eine tatsächliche oder rechtliche Notwendigkeit einer grundlegenden Reform des geltenden Regelungswerks der Vermögensabschöpfung vermag der vorliegende Referentenentwurf weder durch den Verweis auf Europarecht noch durch den Verweis auf ein vermeintliches Nicht-Funktionieren des aktuellen Instrumentariums zu belegen.

## II. Zielsetzung des vorliegenden Referentenentwurfs

Bereits ein erster Blick auf die vorgesehenen Änderungen der prozessualen und materiellen Vorschriften macht deutlich, dass der vorliegende Referentenentwurf in erster Linie auf die *Ausweitung des Anwendungsbereichs* der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung abzielt.<sup>6</sup>

Zur Erreichung dieses Ziels sieht der Entwurf verschiedene Ansätze vor, insbesondere - die Vornahme struktureller Änderungen im Bereich der Vermögensabschöpfung (z.B. Wegfall des in § 73 Abs. 1 S. 2 StGB verankerten »Rückgewinnungshilfe«-Modells),

- die gesetzliche Klarstellung rechtlicher Zweifelsfragen (z.B. Bestimmung des Erlangten nach dem Bruttoprinzip),
- die Erweiterung des materiellen Anwendungsbereichs bereits bestehender Vorschriften (z.B. § 73a StGB-E, erweiterte Einziehung) sowie die Schaffung neuer Instrumente der Vermögensabschöpfung (z.B. § 76a Abs. 4 StGB-E, Möglichkeit einer »verurteilungsunabhängigen Einziehung«) sowie
- die Erleichterung und Stärkung des Instruments der vorläufigen Sicherstellung von Vermögenswerten.

Mit der geplanten Vereinfachung und Stärkung des Instrumentariums der Vermögensabschöpfung wird die Erwartung verbunden, dass das entsprechende Regelungswerk nach seiner Reformierung von Gerichten, Staatsanwaltschaft und Polizei zukünftig wesentlich häufiger und konsequenter angewandt und so im konkreten Einzelfall jeweils das kriminalpolitische Ziel einer *vollständigen* Vermögensabschöpfung erreicht wird.

## III. Gerichtliche Kontrolle sowie verfassungsrechtliche Grenzen

Die offensichtliche Zielsetzung einer Ausweitung der staatlichen Möglichkeiten auf vermeintlich inkriminiertes Vermögen zuzugreifen darf indes nicht den Blick darauf verstellen, dass jede Maßnahme der Vermögensabschöpfung ihrerseits jeweils mit einem Eingriff des Staates in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum verbunden ist.

Eine *Ermächtigungsgrundlage* für einen solchen Eingriff in den geschützten Grundrechtsbereich muss *verfassungsrechtlich* stets folgende *Mindestvoraussetzungen* erfüllen:

- Die jeweiligen Eingriffsvoraussetzungen sind in der materiellen Vorschrift durch den Gesetzgeber selbst aufzustellen. Der Gesetzgeber darf seine Verantwortung nicht auf die Gerichte verlagern und darauf vertrauen, dass problematische Fälle von der Rechtsprechung ohne Festbeschreibung konkreter gesetzgeberischer Maßgaben allein im Hinblick auf das Übermaßverbot sachgerecht gehandhabt werden (Bestimmtheitsgebot).
- Auch der Gesetzgeber hat den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren, so dass von gleich geeigneten Mitteln jeweils das mildeste zu wählen ist.
- Es ist sicherzustellen, dass diejenigen Personen, die von Maßnahmen der Vermögensabschöpfung betroffen sind, zur Rechtswahrung über einen wirksamen Rechtsbehelf verfügen und das faire Verfahren insgesamt gewährleistet wird.

5 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 1, 2; 52; 61.

6 : Der RefE spricht insoweit an verschiedenen Stellen von der Schließung erheblicher „Abschöpfungslücken“ (u.a. S. 2; 52; 60)

Das Bundesverfassungsgericht hat in Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normen, die zu einem Grundrechtseingriff ermächtigen, zuletzt nochmals in seiner jüngsten Entscheidung zum BKA-Gesetz ausgeführt:<sup>7</sup>

»Die Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse hängt von den sich aus diesen Grundrechten jeweils ergebenden Grenzen und den hierbei für die Befugnisse je einzeln zu ermittelnden Verhältnismäßigkeitsanforderungen ab. Dabei muss die Einräumung dieser Befugnisse aber in allen Fällen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einem legitimen Ziel dienen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein (vgl. BVerfGE 67, 157 <173>, 70, 278 <286>; 104, 337 <347 ff.>; 120, 274 <318 f.>; 125, 260 <316>; stRspr.).

Alle angegriffenen Befugnisse sind zudem am Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messen, der der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gericht dient (vgl. BVerfGE 113, 348 <375 ff.>; 120, 378 <407 f.>; 133, 277 <336 Rn. 140>; stRspr.).«

Diesen verfassungsgerichtlichen Anforderungen wird der vorliegende Gesetzesentwurf aus Sicht der Strafverteidigervereinigungen in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht.

## IV. Kritik im Einzelnen

### 1. Einzelprobleme der materiellen Neuregelung

#### a. Erweiterte Einziehung § 73a StGB-E

##### i. Aktuelle Regelung

Die aktuelle Regelung setzt voraus, dass eine bestimmte rechtswidrige Tat begangen wurde und im Rahmen der Strafnormen, die diese Tat unter Strafe stellen, auf die Vorschrift des erweiterten Verfalls verwiesen wird. Eingangsvoraussetzung ist somit die Verurteilung wegen ganz bestimmter Taten, in der Regel banden- oder gewerbsmäßig begangene Delikte.

Die derzeit geltende Vorschrift des § 73 d Abs. 1 S. 1 StGB lautet:

»Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, dass diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind.«

Der erweiterte Verfall, der im Gegensatz zur Einziehung oder dem Verfall Gegenstände betrifft, die nicht aus der verurteilungsgegenständlichen Tat stammen, soll ebenfalls der Gewinnabschöpfung dienen. Der Bundesgerichtshof legt die Vorschrift verfassungskonform dahingehend aus, dass die Anordnung nur in Betracht komme, wenn das Tatgericht nach erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die richterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft der betreffenden Gegenstände gewonnen habe.<sup>8</sup> Vernünftige, nicht fernliegende Zweifel an der deliktischen Herkunft schließen die Anordnung aus.<sup>9</sup> Hierbei könne an die Rechtsprechung zur rechtsfehlerfreien richterlichen Überzeugungsbildung angeknüpft werden.<sup>10</sup>

##### ii. Handlungsbedarf durch europarechtliche Vorgaben?

Die EU-Richtlinie 2014/42/EU vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union sieht für die Frage der sog. erweiterten Einziehung einen zweifach gestaffelten Katalog vor.

7 : BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 93 + 94

8 : St. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 22. November 1994 – 4 StR 516/94 –, BGHSt 40, 371-374 (Ls.); BGH, Urteil vom 07. Juli 2011 – 3 StR 144/11 –, juris = BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 3; jüngst BGH, Beschluss vom 11. Februar 2016 – 3 StR 486/15 –, juris.

9 : BGH, Beschluss vom 22. November 1994 – 4 StR 516/94 –, BGHSt 40, 371-374.

10 : BGH, Beschluss vom 22. November 1994 – 4 StR 516/94 –, BGHSt 40, 371-374.

Gem. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2014/42/EU sind Straftaten im Sinne der erweiterten Einziehung:

- folgende Straftaten:

- Korruptionsdelikte
- Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung
- Veranlassung eines Kindes zur Mitwirkung an pornografischen Darbietungen; Ausbeutung eines Kindes für derartige Zwecke; Vertrieb, Verbreitung oder Weitergabe von Kinderpornographie; Herstellen von Kinderpornographie.
- rechtswidrige System- und Dateneingriffe, wenn eine erhebliche Zahl von Informationssystemen beeinträchtigt wurde oder der Umgang mit einer Beschädigungssoftware oder Ausforschungsmethode betroffen ist und kein sog. leichter Fall vorliegt.

- sowie Straftaten, die *im Höchstmaß mit mindestens 4 Jahren bedroht* sind und zum *allgemeinen Anwendungskatalog des Art. 3* der Richtlinie gehören:

- Geldfälschung
- EC- und Kreditkartenfälschung/Betrug
- Geldwäsche
- Terrorismusbekämpfung
- Betäubungsmittelstraftaten
- Bekämpfung organisierter Kriminalität
- Menschenhandel

Hierbei ist eine erweiterte Einziehung nach den Vorgaben der Richtlinie - auch bei den aufgeführten Straftaten - *nur* insoweit notwendig, als diese direkt oder indirekt zu einem wirtschaftlichen Vorteil führen können (Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2014/42/EU).<sup>11</sup>

So fällt z.B. der Erwerb von Betäubungsmitteln i.S.d. § 29 BtMG unter den aufgeführten Katalog, da auch diese Tatvariante nach dem BtMG mit einer Freiheitsstrafe von mehr als 4 Jahren bedroht ist. Der Erwerb als solcher kann aber per se zu keinem wirtschaftlichen Vorteil führen. Entscheidend für einen wirtschaftlichen Vorteil wäre vielmehr eine auf den Absatz gerichtete weitere Tathandlung, also insbesondere das Handeltreiben.

In der Gesetzesbegründung wird der Änderungsbedarf, der sich aus dem vorstehend Dargelegten ergeben soll, wie folgt zusammengefasst:

»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.«<sup>12</sup>

Dabei ist die Aufzählung der Normen zwar 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 Ermöglichung einer erweiterten Einziehung ergibt.

So findet sich ein Bezug zum Betrugstatbestand beispielsweise lediglich aus der Bezugnahme des Art. 3 der dargestellten Richtlinie auf den Rahmenbeschluss des Rates vom 28. Mai 2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (2001/413/JI). Der Diebstahl und die Urkundenfälschung werden lediglich dadurch tangiert, dass die Richtlinie in Art. 3 auch auf den Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI) verweist. Nach diesem Rahmenbeschluss

11 : Hierauf weist auch die Gesetzesbegründung hin, RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 67.

12 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 70.

werden Straftaten als terroristische Straftaten eingestuft, wenn sie mit dem Ziel begangen werden, die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern oder öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation rechtswidrig zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu destabilisieren oder zu zerstören.

Das Kapern von Luft- und Wasserfahrzeugen oder von anderen öffentlichen Verkehrsmitteln oder Gütertransportmitteln stellt nach dem Beschluss vom 13. Juni 2002 (2002/475/JI) bei entsprechender Zielsetzung eine terroristische Straftat dar. In Deutschland kann sich hier eine Strafbarkeit u.U. (nur) nach §§ 242, 243 StGB ergeben.

Aus der EU-Richtlinie 2014/42/EU vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union ergibt sich ein Handlungsauftrag zur Ausweitung der Möglichkeiten der erweiterten Einziehung. Bei nicht wenigen der in der Gesetzesbegründung aufgeführten Normen betrifft die europarechtliche Notwendigkeit der Ausweitung aber wiederum nur eingeschränkte Bereiche.

**Zwischenfazit:** Die bisherige Struktur der gesetzlichen Regelung der erweiterten Einziehung entspricht dem grundsätzlichen Verständnis des europäischen Rechts insoweit, als die Anwendung der erweiterten Einziehung an Katalogtaten geknüpft wird. Eine Erweiterung des bisherigen gesetzlichen Straftatenkatalogs ist aber erforderlich. So verlangt die Richtlinie die Erstreckung auf z.B. sämtliche Korruptionsdelikte, während nach der aktuellen Gesetzeslage die Grundtatbestände der Korruptionsdelikte nicht erfasst sind.

### iii. Weg des vorliegenden Gesetzesentwurfs

Die zentrale Aussage in der Begründung des Gesetzesentwurfs ist:

»Die grundsätzliche bisherige Systematik, wonach der «erweiterte Verfall» nur bei den typischerweise im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität stehenden Straftaten eröffnet wird, kann durch die Aufnahme der in Umsetzung der Richtlinie 2014/42/EU erforderlichen Verweise nicht mehr aufrechterhalten werden. Vor dem Hintergrund der vermögensordnenden und normstabilisierenden Ziele der erweiterten Einziehung von Taterträgen ist es darüber hinaus folgerichtig, diese Systematik vollständig aufzubrechen und den Anwendungsbereich der erweiterten Einziehung von Taterträgen auf alle Straftatbestände zu erstrecken. Bereits nach geltender Rechtslage muss zwar die Anknüpfungstat für die Anordnung des «erweiterten Verfalls» aus einem Katalog von Straftatbeständen stammen, kann aber die »andere« Tat, bezüglich derer das Gericht zu der Überzeugung gelangt ist, dass aufgefundene Vermögensgegenstände aus ihr stammen, jede Straftat sein. Ein Rückgriff auf den Katalog der Verweissnormen ist an dieser Stelle nicht mehr erforderlich.«<sup>13</sup>

Die Vorschrift soll deshalb nunmehr als § 73a Abs. 1 StGB-E folgenden Wortlaut haben:

»Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und ist das Gericht aufgrund der Gesamtumstände davon überzeugt, dass Gegenstände des Täters oder Teilnehmers durch andere rechtswidrige Taten, aus ihnen oder für sie erlangt worden sind, so ordnet es die Einziehung auch dieser Gegenstände an.«

Die einzige Anwendungsvoraussetzung ist nach der Gesetzesbegründung daher nunmehr, dass das Gericht »nach erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung von der deliktischen Herkunft der betreffenden Gegenstände« gewinnt.<sup>14</sup>

Diese Anwendungsvoraussetzung knüpft an die zuvor dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur rechtsfehlerfreien richterlichen Überzeugungsbildung an und gewinnt aus dieser Rechtsprechung nunmehr den Gesetzeswortlaut.

13 RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 70.

14 RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 71.

#### iv. Kritik

##### aa. Verdeutlichende Beispiele

###### Beispiel 1:

*Der Angeklagte wird verurteilt, weil er am Bahnhof ein hochwertiges Herrenfahrrad gestohlen hat. Im Fahrradkeller des Angeklagten findet sich neben dem Herren auch ein Damenfahrrad, welches durch die Polizei im Zuge einer Hausdurchsuchung ebenfalls sichergestellt wird. Der Angeklagte ist verheiratet, er lässt sich dahingehend ein, dass das Damenfahrrad seiner Ehefrau gehöre.*

*Nach bisheriger Gesetzeslage musste sich ein Gericht mit dem Damenfahrrad nur dann beschäftigen, wenn diesbezüglich ein Tatvorwurf erhoben wurde. Eine erweiterte Einziehung (Verfall) des Damenfahrrads gem. § 73d StGB kam nicht in Betracht, da weder § 242 StGB noch § 243 StGB auf § 73d StGB verweist. Ein solcher Verweis findet sich lediglich in § 244 Abs. 4 StGB für den Bandendiebstahl.*

*Nach der nunmehr beabsichtigten Regelung muss sich das Gericht hingegen zukünftig mit einer erweiterten Einziehung des Damenfahrrads auseinandersetzen; denn kann sich das Gericht »nach erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung von der deliktischen Herkunft«<sup>15</sup> – auch – des Damenfahrrads verschaffen, so ist die Einziehung dieses Damenfahrrads anzuordnen.*

###### Beispiel 2:

*Eine Person wird dabei beobachtet, wie sie 50 g Marihuana bei einer anderen Person erwirbt. Die 50 g Marihuana werden genauso sichergestellt wie die 500 EUR, die die Person dafür bezahlt hat, sowie selbstverständlich auch die jeweiligen Mobiltelefone der beiden Personen. Bei beiden Personen wird eine Hausdurchsuchung durchgeführt. Bei dem Erwerber des Betäubungsmittels werden keine Betäubungsmittel, aber 5.000 EUR in bar aufgefunden und sichergestellt. Die weiteren Ermittlungen (Handyauswertung; Einholung von Bankauskünften) ergeben keinerlei weitergehende Anhaltspunkte dafür, dass der Erwerb der Betäubungsmittel dem Zweck des Handeltreibens gedient hat. Die durchgeführte Haaranalyse ergab, dass der Erwerber in den zurückliegenden 6 Monaten regelmäßig Marihuana konsumiert hat.*

*Die Staatsanwaltschaft erhebt gegen den Erwerber Anklage wegen Handeltreibens und kündigt an, die Einziehung der 5.000 EUR beantragen zu wollen. Die Wirkstoffkonzentration des sichgestellten Marihuanas beträgt 14%. Der Angeklagte ist selbständiger Handwerker, die Handyauswertung ergab einige Kundenkontakte. In der Hauptverhandlung lässt sich der Angeklagte dahingehend ein, er habe das Marihuana ausschließlich zur Deckung seines Eigenbedarfs erworben, wobei er durch die Abnahme der größeren Menge einen günstigeren Einkaufspreis erhalten hätte. Zur Herkunft der 5.000 EUR Bargeld schweigt der Angeklagte, möchte diese aber zurück haben.*

Nach der aktuellen Gesetzeslage hätte sich das Amtsgericht mit den 5.000 EUR nicht weiter zu befassen, da der Straftatbestand des § 29 BtMG (Erwerb von Betäubungsmitteln) nicht auf die Vorschrift des § 73d StGB verweist. Der Grenzwert der nicht geringen Menge war nicht erreicht, da dieser bei 7,5 g THC liegt und hier nur 7 g THC festgestellt wurden. Die Voraussetzungen für einen erweiterten Verfall liegen nicht vor – der Angeklagte ist wegen Erwerbs von Betäubungsmitteln zu verurteilen und mit dieser Straftat haben die 5.000 EUR erkennbar nichts zu tun.

Nach beabsichtigter Gesetzeslage, müsste sich das Amtsgericht zukünftig nun mit der Frage beschäftigen, woher denn die 5.000 EUR stammen, denn eine erweiterte Einziehung ist vorzunehmen, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass die 5.000 EUR insgesamt oder teilweise aus einer Straftat stammen. Hierzu könnte es z.B. die sich aus der Auswertung des Mobiltelefons ergebenden Kunden befragen – ist doch die Möglichkeit, dass es sich um »Schwarzgeld« des selbständig arbeitenden Handwerkers handelt, nicht völlig fernliegend.

15 : Vgl. RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 71.

*bb. Betrachtung der Regelung des § 73a StGB-E unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit*

Das im Gesetzesentwurf angewandte Prinzip der Vereinfachung – Anwendung der erweiterten Einziehung auf *sämtliche* Straftatbestände – mag dazu dienen, »die Anwendung in der Praxis einfacher zu machen«<sup>16</sup>, ändert aber nichts daran, dass § 73a StGB-E eine Eingriffsermächtigungsnorm darstellt. Verfassungsrechtlich ist an eine solche Eingriffsermächtigung der Maßstab der Verhältnismäßigkeit anzulegen.

Eine auf bestimmte Straftaten beschränkte Anwendbarkeit der erweiterten Einziehung beeinträchtigt die Eignung dieses Rechtsinstruments für die in Blick zu nehmenden Fälle in keiner Weise. Folglich stellt die Beibehaltung eines *Straftatenkatalogs* ein milderes, aber gleich geeignetes Mittel dar.

Der in dem Referentenentwurf gewählte Weg, auf eine Differenzierung zu verzichten, findet in den europarechtlichen Vorgaben keine Stütze, mag er auch die redaktionelle Arbeit des Gesetzgebers vereinfachen.

Eine unbegrenzte Anwendung – wie in den Beispielfällen gezeigt – ergibt sich weder aus der Natur der Sache noch aus den europarechtlichen Vorgaben. Vielmehr geht die Rechtsetzung der EU davon aus, dass das Rechtsinstrument der erweiterten Einziehung gerade nicht bei allen denkbaren Straftaten angewendet werden müsse.<sup>17</sup>

Durch die Aufstellung eines Anwendungskatalogs wäre der Gesetzgeber in der Lage, die Beschäftigung mit der erweiterten Einziehung von vorneherein auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen überhaupt eine signifikante Vermögensmehrung durch kriminelles Verhalten zu erwarten ist.

Der bisherige Ansatz des StGB, hierbei an bandenmäßiges oder gewerbsmäßiges Verhalten anzuknüpfen, ist durchaus sachgerecht. Wo diese Anknüpfung den europarechtlichen Vorgaben nicht gerecht wird, kann dem durch entsprechende Modifizierungen Rechnung getragen werden.

Das Ziel des Gesetzesentwurfs, eine Anreizschaffung zur Begehung gewinnorientierter Straftaten und die Reinvestition von Verbrechensgewinnen in kriminelle Unternehmungen zu verhindern, das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zu schützen und damit insgesamt eine Kriminalitätsbekämpfung durch eine wirksame strafrechtliche Vermögensabschöpfung sicherzustellen<sup>18</sup>, kann auch durch einen erweiterten Verfall erreicht werden, der 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. Ein erweiterter Verfall mit einem Straftatenkatalog, der den europarechtlichen Vorgaben genügt, ist also zur Erreichung des Ziels ausreichend und eine Regelung ohne einen solchen Straftatenkatalog dementsprechend nicht erforderlich.

*cc. Betrachtung der Regelung des § 73a StGB-E unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie und des Beschleunigungsgrundsatzes*

Darüber hinaus spricht gegen eine Regelung einer erweiterten Einziehung, wie sie in dem vorliegenden Referentenentwurf vorgeschlagen wird, auch der Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie und des in Art. 6 Abs. 1 EMRK wurzelnden Beschleunigungsgebots.

Durch die »Vereinfachung« der Rechtsanwendung wird die sachgerechte Handhabung umfassend in die Hand der Tatgerichte gelegt.

16 : Vgl. RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 70.

17 : Vgl. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2014/42/EU.

18 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 49.

Nun mag man beim obigen Beispiel 1 (Fahrraddiebstahl) noch der Auffassung sein, dass dies ja ein überschaubares Problem für ein Tatgericht sei. Wandelt man hingegen den Fall leicht ab und geht man von einer Familie mit zwei Erwachsenen und vier Kindern in unterschiedlichem Alter aus und einem Fahrradkeller, in dem sich zehn Fahrräder unterschiedlichster Größen befinden, so ist das schon deutlich schwerer in den Griff zu bekommen. Noch viel schwieriger wird es, betrifft es nicht Gegenstände, von denen eine Person regelmäßig nur einen gebraucht, sondern Gegenstände wie z.B. DVDs oder Mobiltelefone etc.

Es ist derzeit überhaupt nicht absehbar, in welchem Ausmaß der Verfahrensstoff in eigentlich einfach gelagerten Fällen durch derartige Problemstellungen völlig unökonomisch aufgebläht wird bzw. werden könnte.

Die Ermittlungsbehörden werden – dies liegt in der Natur der Sache – bei der Sicherstellung von Gegenständen keine Zurückhaltung walten lassen.

Das Gericht ist durch Aufklärungspflicht und obligatorische Einziehung nach § 73a StGB-E aber dazu verpflichtet, die Herkunft sämtlicher sichergestellter Gegenstände umfassend aufzuklären. Es drängt sich deshalb die Prognose auf, dass hierdurch die ohnehin knappen zeitlichen Ressourcen der Gerichte weiter verringert werden und der in der Menschenrechtskonvention verbürgte Beschleunigungsgrundsatz, Art. 6 Abs. 1 EMRK, insgesamt hierdurch verletzt wird.

## b. Selbständige Einziehung, § 76a Abs. 1 StGB-E

### i. Aktuelle Regelung

§ 76a Abs. 1 StGB in seiner jetzigen Form lautet:

»Kann wegen der Straftat aus tatsächlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so muss oder kann auf Verfall oder Einziehung des Gegenstandes oder des Wertersatzes oder auf Unbrauchbarmachung selbständig erkannt werden, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben oder zugelassen ist, im Übrigen vorliegen.«

Bereits die geltende Rechtslage sieht also mit § 76a Abs. 1 StGB für den Verfall (§§ 73, 73d StGB), den Verfall des Wertersatzes (§ 73a StGB, § 73d Abs. 2 i.V.m. § 73a StGB), für die Einziehung des primären Einziehungsgegenstandes (§§ 74, 74a StGB) und des Wertersatzes (§ 74c StGB) sowie für die Unbrauchbarmachung (§ 74d StGB) unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der *selbständigen* Anordnung dieser Maßnahmen vor, wenn wegen der Straftat ein Verfahren gegen eine bestimmte Person nicht durchgeführt werden kann (sog. objektives Verfahren).<sup>19</sup>

Voraussetzung ist nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift stets, dass zum Zeitpunkt der selbständigen Anordnung der Maßnahme eine rechtskräftige Verurteilung des potenziellen Tatbeteiligten *nicht* vorliegt.

Hinsichtlich der konkreten Anordnungsvoraussetzungen differenziert die geltende Vorschrift in den Absätzen 1 und 2 zwischen Maßnahmen *ohne* Sicherheitscharakter (insb. Verfall, Verfall des Wertersatzes) auf der einen Seite und solche *mit* Sicherheitscharakter (u.a. Sicherungseinziehung, Unbrauchbarmachung) auf der anderen Seite, wobei für letztere Fallgruppe die Voraussetzungen weniger streng ausgestaltet sind.

Nach aktueller Rechtslage kommt die selbständige Anordnung von Maßnahmen ohne Sicherungscharakter nur dann in Betracht, wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person wegen einer festgestellten rechtswidrigen und schuldhaften Tatbestandsverwirklichung »aus *tatsächlichen* Gründen« scheitert, § 76a Abs. 1 StGB. Demgegenüber scheidet eine Anordnung – anders als in den Fällen der Einziehung mit Sicherheitscharakter – stets dann aus, wenn ausschließlich rechtliche Gründe der Strafverfolgung entgegenstehen (so etwa für das Verfahrenshindernis der »dauernden Verhandlungsfähigkeit«).<sup>20</sup>

19 : Vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 76a Rn. 1.

20 : Vgl. OLG Celle, NStZ-RR 1996, 209.

Beispiel:

*Bei der Einstellung eines Verfahrens gem. § 206a StPO wegen (dauernder) Verhandlungsunfähigkeit des potentiellen Täters kommt im Wege der selbständigen Anordnung gem. § 76a Abs. 1 StPO zwar die Einziehung des bei einem Raub verwendeten und sichergestellten Messers (als Einziehungsgegenstand gem. § 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB) in Betracht, nicht jedoch die Einziehung des durch die Tatbegehung erbeuteten und ebenfalls sichergestellten Geldes (als Verfallsgegenstand).*

Hier knüpft nunmehr der vorliegende Gesetzesentwurf an.

## *ii. Handlungsbedarf aufgrund europarechtlicher Vorgaben*

Der vorliegende Gesetzesentwurf führt für die vorgesehene Änderung der Regelung der selbständigen Anordnung vermögensabschöpfender Maßnahmen die Notwendigkeit der Umsetzung europarechtlicher Vorschriften, konkret der Richtlinie 2014/42/EU ins Feld, welche – ausweislich deren Art. 1 Abs. 1 – »Mindestvorschriften für die Einziehung von Vermögensgegenständen in Strafsachen« und »für die Sicherstellung solcher Vermögensgegenstände im Hinblick auf deren etwaige spätere Einziehung« festlegt.

Der die »Einziehung« regelnde Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/42/EU fordert die Mitgliedsstaaten auf, durch die Ausgestaltung ihres jeweiligen nationalen Rechts sicherzustellen, dass eine Einziehung von »Tatwerkzeugen und Erträgen oder Vermögensgegenständen, deren Wert diesen Tatwerkzeugen oder Erträgen entspricht« auch ohne die Möglichkeit einer rechtskräftigen Verurteilung wegen der Straftat jedenfalls auch dann erfolgen kann, wenn die Unmöglichkeit einer strafrechtlichen Verurteilung »auf Krankheit oder Flucht der verdächtigen oder beschuldigten Person beruht«.

Während die »Flucht« unter das Tatbestandsmerkmal des *tatsächlichen* Hindernisses fällt, welches der Durchführung eines Verfahrens gegen eine bestimmte Person entgegensteht, und so in diesem Fall auch bereits nach aktueller Rechtslage die selbständige Anordnung der Einziehung von Taterträgen möglich wäre,<sup>21</sup> wäre dies – wie oben aufgezeigt – bei einer auf »Krankheit« zurückzuführenden dauernden Verhandlungsunfähigkeit nicht der Fall.

Weitere denkbare Fallkonstellationen, die nicht bereits von der geltenden Vorschrift des § 76a StGB erfasst sind und der Durchführung eines subjektiven Verfahrens gegen eine bestimmte Person entgegenstehen könnten, ergeben sich aus der europarechtlichen Richtlinie nicht.

## *iii. Weg des vorliegenden Gesetzesentwurfs*

Nachdem sich der europarechtliche Regelungsbedarf damit auf die Fälle des Verfahrenshindernisses der (dauernden) Verhandlungsunfähigkeit beschränkt, würde es auf Ebene der gesetzestechnischen Umsetzung naheliegen, in den Tatbestand des § 76a Abs. 1 StGB die Fallkonstellation der dauernden Verhandlungsunfähigkeit als weitere Variante zu implementieren: »Kann wegen der Straftat aus tatsächlichen Gründen oder wegen *dauernder Verhandlungsunfähigkeit* keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, ...«).

Der vorliegende Gesetzesentwurf geht jedoch mit der Aufhebung der Beschränkung auf »tatsächliche Gründe« einen anderen Weg: »Kann wegen der Straftat keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, ...« (§ 76a Abs. 1 StGB-E).

Die Frage nach der damit verbundenen Zielsetzung findet sich unmittelbar in der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 76a StGB-E [Hervorhebung durch den Verfasser]:

»Zu Absatz 1

Absatz 1 Satz 1 streicht die Beschränkung auf »tatsächliche Gründe«. Damit sieht der Entwurf die selbständige Anordnung der Einziehung von Taterträgen künftig auch bei rechtlichen Hinderungsgründen zwingend vor. Gleiches gilt für Schriften mit strafbarem Inhalt und die Unbrauchbarmachung der Vorrichtungen, die zu deren Herstellung einge-

21 : Vgl. LG Bayreuth, NJW 1979, 574.



setzt worden sind. Die Neufassung der Vorschrift ermöglicht die Einziehung bei dauernder Verhandlungsunfähigkeit des Tatbeteiligten und setzt damit Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2014/42/EU um.

*Rechtlich zulässig ist die selbständige Einziehung künftig auch, wenn der Verfolgung oder der Verurteilung des Einziehungsadressaten wegen der Anknüpfungstat das rechtliche Hindernis des Strafklageverbrauchs entgegensteht. § 76a Absatz 1 Satz 1 StGB-E ermöglicht damit eine nachträgliche Vermögensabschöpfung [...]»<sup>22</sup>*

Eine derartige »nachträgliche Vermögensabschöpfung« im Wege der selbständigen Anordnung gem. § 76a Abs. 1 StGB-E soll zukünftig regelmäßig in all denjenigen Fällen möglich sein, in denen bereits eine rechtskräftige Verurteilung existiert, jedoch eine Einziehungsanordnung bei der Verurteilung der Straftat unterlassen worden war.<sup>23</sup>

#### iv. Kritik

Die durch die vorgesehene Einbeziehung der Fallkonstellationen des »Strafklageverbrauchs« in den Anwendungsbereich des § 76a Abs. 1 StGB-E geschaffene Möglichkeit einer »nachträglichen Vermögensabschöpfung« begegnet – wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird – aus verschiedenen Gründen erheblicher Kritik.

##### aa. »Nachträgliche Vermögensabschöpfung« als »Fremdkörper« innerhalb der Vorschrift des § 76a Abs. 1 StGB-E

Bereits auf den ersten Blick fällt auf, dass sich die Sachverhaltsvariante des »Strafklageverbrauchs« ganz offensichtlich von sämtlichen anderen Fallkonstellationen unterscheidet, die bislang, aber auch im Falle des Inkrafttretens der vorgesehenen Regelung des § 76a Abs. 1 StGB-E in den Anwendungsbereich der selbständigen Anordnung fallen.

So sind die Fälle der selbständigen Anordnung gerade dadurch gekennzeichnet, dass zum Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme eine rechtskräftige Verurteilung nicht vorliegt und die Möglichkeit einer zukünftigen Verurteilung entweder ausgeschlossen werden kann (z.B. wegen dauernder Verhandlungsunfähigkeit) oder jedenfalls nicht absehbar ist, ob es jemals zu einer solchen kommen wird (z.B. wegen Flucht ins Ausland, Unermittelbarkeit des Täters). Es gibt in diesen Fällen kein Urteil, anlässlich dessen ein Gericht die Voraussetzungen vermögensabschöpfender Maßnahmen prüfen und solche ggf. anordnen konnte.

Anders in den Fällen des Strafklageverbrauchs: Hier gibt es bereits ein rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren, im Rahmen dessen die Möglichkeit bestand, die Einziehung anzuordnen oder hiervon abzusehen.

##### bb. Betrachtung der »nachträglichen Vermögensabschöpfung« unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit

Nicht zuletzt mit Blick insbesondere auf die in vorliegendem Gesetzesentwurf vorgesehenen Änderungen von Verfahrensvorschriften (§§ 421 ff. StPO-E) ergibt sich jedenfalls in Bezug auf zukünftige Fälle bereits die Frage, warum eine rechtliche Verankerung der Möglichkeit einer »nachträglichen Vermögensabschöpfung« in § 76a Abs. 1 StGB-E erforderlich sein soll.

So sieht der vorliegende Gesetzesentwurf mit § 421 StPO-E, der den bisherigen § 430 StPO ersetzen soll, als zukünftigen *Regelfall* vor, dass das Gericht bereits im Strafverfahren die Voraussetzungen vermögensabschöpfender Maßnahmen prüft und diese – bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen – im Rahmen seines Urteils dann anordnet. Insoweit heißt es in der Begründung des Gesetzesentwurfs (a.a.O., S. 92):

»Absatz 1 [Anm.: des § 421 StPO-E] regelt die Fälle der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 bis 73c, 76a StGB-E). Danach »darf nur« noch von der Einziehung abgesehen werden, wenn sie einen »unangemessenen Aufwand« erfordern würde. Dies schränkt das weite Ermessen (»kann«) ein, das die bisher entsprechend anwendbare Regelung des § 430 Absatz 1 StPO im Hauptverfahren dem Gericht und im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft (§ 430 Absatz 2 StPO) einräumt.«

22 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 77.

23 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 61, lit. b.

Sollte »die Herbeiführung einer Entscheidung über die Einziehung nach den §§ 73 bis 73c des Strafgesetzbuches die Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat unangemessen erschweren oder verzögern«, so sehen die §§ 422, 423 StPO-E – insoweit als Ausnahme von der Regel – die Möglichkeit vor, die Entscheidung über die Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages von der Hauptsache (Schuld- und Straffrage) abzutrennen und hierüber in einem getrennten Verfahren zu entscheiden.

Insoweit kann festgehalten werden, dass – unterstellt die in dem Entwurf vorgesehenen Neufassungen der verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 421 ff. StPO-E werden Gesetz – *zukünftig* keine Sachverhaltskonstellationen denkbar erscheinen, in denen zwar eine rechtskräftige Verurteilung vorliegt, das Gericht aber weder im Rahmen des Strafverfahrens selbst oder aber in dem in §§ 422, 423 StPO-E vorgesehenen eigenständigen Verfahren über die Einziehung entschieden hat.

Damit entfällt aber nicht nur das Erfordernis der Verankerung einer »nachträglichen Vermögensabschöpfung« in § 76a StGB-E, sondern vielmehr würde eine solche Möglichkeit das sich aus dem vorliegenden Entwurf ergebende Anliegen des Gesetzgebers, im Regelfall bereits mit dem Urteil Strafverfahren auch über die Einziehung zu entscheiden, konterkarieren.

### *cc. Betrachtung der »nachträglichen Vermögensabschöpfung« unter den Gesichtspunkten der Rückwirkung und des Rechtsfriedens*

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen verbleiben für den Anwendungsbereich der nachträglichen Vermögensabschöpfung im Sinne des § 76a Abs. 1 StGB-E lediglich noch die »Altfälle«, mithin Fallkonstellationen, in denen vor der Gesetzesänderung zwar eine rechtskräftige Verurteilung, jedoch keine positive Einziehungsentscheidung getroffen wurde.

Aus dieser Fallgruppe sind jedoch in einem ersten Schritt diejenigen Fälle auszuschneiden, in denen sich aus der Verfahrensakte (z.B. aus dem vorliegenden rechtskräftigen Urteil) ergibt, dass das Gericht zum Zeitpunkt der Aburteilung von dem Ermessen, das die bisher geltende Regelung ihm eingeräumt hat, Gebrauch gemacht und *bewusst von einer Einziehungsanordnung abgesehen* hat. So ist in dieser Konstellation – anders als in der im Gesetzesentwurf angesprochenen Fallkonstellationen<sup>24</sup> – eine Entscheidung über die Einziehung gerade nicht unterlassen worden, sondern es wurde vielmehr die Entscheidung getroffen, von der Einziehung im Rahmen des damaligen Strafverfahrens abzusehen. In einem derartigen Fall des ausgeübten Ermessens gibt es keinen Raum, im Nachhinein nunmehr – selbständig – gem. § 76a Abs. 1 StGB-E vermögensabschöpfende Maßnahmen anzuordnen.

In den verbleibenden Fällen, in denen sich aus den Verfahrensakten Hinweise darauf, ob das Gericht zum Zeitpunkt seines Urteils das ihm zustehende Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat, nicht finden, ist wie folgt zu differenzieren.

Lagen die materiellen Voraussetzungen für die vermögensabschöpfende Maßnahme zum Zeitpunkt des damaligen Urteils *nicht* vor, so steht das Rückwirkungsverbot aus § 2 Abs. 1 i.V.m. 5 StGB der nachträglichen – selbständigen – Anordnung entgegen.

Beispiel:

*Im Jahr 2013 erfolgte eine rechtskräftige Verurteilung wegen Diebstahls. Bei der Durchsuchung wurde Bargeld sichergestellt, welches nicht aus dem Diebstahl stammt. Eine Einziehungsanordnung wurde im Zusammenhang mit der damaligen Verurteilung nicht getroffen.*

Auch wenn die Voraussetzung des »Strafklageverbrauchs« als rechtliches Hindernis i.S.d. § 76a Abs. 1 StGB-E hier vorliegen würde, scheidet die selbständige Einziehungsanordnung dennoch aus, da zum Zeitpunkt der Aburteilung im Jahr 2013 der Diebstahlstatbestand nicht auf die geltende Vorschrift des erweiterten Verfalls (§ 73d StGB) verwies und damit zum Zeitpunkt des Urteils die materiellen Voraussetzungen für die erweiterte Einziehung

24 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 61 lit. b.

nicht vorlagen. An diesem Ergebnis ändert insbesondere auch der Umstand nichts, dass nach der geplanten Änderung der Vorschrift für den erweiterten Verfall (§ 73a StGB-E) zukünftig aufgrund des Wegfalls des Katalogs die erweiterte Einziehung auch für den Fall des einfachen Diebstahls anwendbar wäre.

Für sämtliche verbleibenden Fälle, in denen bereits zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Verurteilung die materiellen Voraussetzungen für eine vermögensabschöpfende Maßnahme vorlagen, könnte eine solche Maßnahme, die damals nicht vorgenommen wurde, nunmehr nach der geplanten neuen Regelung des § 76a Abs. 1 StGB-E selbständig angeordnet werden. Insbesondere würde der Anwendung des § 76a Abs. 1 StGB-E auf diese »Altfälle« das strafrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG *nicht* entgegenstehen.

So bestimmen die in der derzeit geltenden Regelung des § 76a Abs. 1 StGB vorgenommenen Änderungen nicht über Bestrafungsvoraussetzungen und Strafrechtsfolgen, so dass Rechtssicherheit, Vertrauensschutz und Täuschungsfreiheit, wie sie dem Rückwirkungsverbot als Prinzipien zugrunde liegen, nicht berührt werden.

Davon, dass in der letztgenannten Fallkonstellation durch die geplante Vorschrift des § 76a Abs. 1 StGB eine Vermögensabschöpfung rückwirkend *ohne zeitliche Schranke* (!) möglich sein soll, geht ganz offensichtlich auch der Gesetzesentwurf aus, wo insoweit ausgeführt wird:

»Dies unterscheidet die Fälle der Verjährung von den Fällen, in denen der Verfolgung der (Anknüpfungs-) Straftat für die selbständige Anordnung von Taterträgen der Strafklageverbrauch entgegensteht. In diesen Fällen ist die betreffende (nicht verjährte) Straftat bereits abgeurteilt. Es steht lediglich noch die Entscheidung über die Einziehung des Tatertrages aus, die im ursprünglichen Strafverfahren unterlassen worden war.«<sup>25</sup>

#### *dd. Betrachtung der »nachträglichen Vermögensabschöpfung« unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie*

Angesichts des aufgezeigten Umstandes, dass die geschaffene Möglichkeit der »nachträglichen Vermögensabschöpfung« zeitlich unbegrenzt in die Vergangenheit reichen soll, stellt sich die Frage nach dem Personal- wie auch nach dem Zeitaufwand, der benötigt wird, um diese »Altfälle« – neben den aktuell laufenden Strafverfahren – abzuarbeiten.

Zugespitzt wird diese Problematik hierbei noch durch den Umstand, dass die geplante Neuregelung den Justizbehörden jedenfalls für die Fälle der Einziehung des Tatertrages oder des Werts des Tatertrages sowie der Unbrauchbarmachung *kein* Ermessen einräumt, sondern sie vielmehr als Ist-Vorschrift ausgestaltet werden soll (»Kann wegen der Straftat keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, *so ordnet das Gericht ... an*«).

Es liegt auf der Hand, dass durch die prüfende Bearbeitung einer Vielzahl von zurückliegenden Verurteilungen, bei denen eine Einziehungsentscheidung nicht getroffen wurde, Personal- und Zeitkapazitäten gebunden werden, die für die Bearbeitung aktueller Strafsachen nicht zur Verfügung stehen.

### **c. Verurteilungsunabhängige Einziehung § 76a Abs. 4 StGB-E**

#### *i. Aktuelle Regelung*

Ein derartiges Rechtsinstrument kennt das deutsche Recht bislang nicht.

#### *ii. Handlungsbedarf durch europarechtliche Vorgaben?*

In Italien gibt es beispielsweise eine 1993 eingefügte, vergleichbare Regelung in Art. 2 des Gesetzes Nr. 575 vom 31. Mai 1965, das sich zur Aufgabe gesetzt hat, mafiöse Strukturen zu bekämpfen. Als Präventionsmaßnahme (»misure di prevenzione«) können von Tatverdächtigen Gelder eingezogen werden, wenn der Betrag disproportional (»sproporzionato«) zum erklärten Einkommen oder zur wirtschaftlichen Tätigkeit ist oder wenn man aufgrund hinreichender Anhaltspunkte Grund hat anzunehmen, die Gelder stammen aus illegaler Tätigkeit oder werden für illegale Tätigkeiten verwendet.

25 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 78.

Der Umstand, dass es dieses Rechtsinstrument in anderen europäischen Staaten gibt, hat nicht dazu geführt, dass es zum Gegenstand der EU-Richtlinie 2014/42/EU vom 03. April 2014 gemacht worden wäre.

Die Einführung dieses Rechtsinstruments ist somit nicht durch europäische Vorgaben geboten.

### iii. Grundzüge der vorgesehenen Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E

Die Regelung des § 76a Abs. 4 S. 1 StGB-E soll folgenden Wortlaut haben:

»Gewinnt das Gericht aufgrund der Gesamtumstände die Überzeugung, dass ein Gegenstand, der in einem Verfahren wegen des Verdachts einer in Satz 4 genannten Straftat sichergestellt worden ist, aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, so soll dieser Gegenstand auch dann selbständig eingezogen werden, wenn der von der Sicherstellung Betroffene nicht wegen der Straftat verfolgt oder verurteilt werden kann.«

Der Gesetzesentwurf orientiert sich an der gerichtlichen Praxis zur erweiterten Einziehung, insbesondere an den Vorgaben und Möglichkeiten, die der Bundesgerichtshof zur richterlichen Überzeugungsbildung aufgestellt hat.

Die Möglichkeit der Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB-E soll sich auf Gegenstände beziehen, die wegen des Verdachts einer der Straftaten, die in einem Straftatenkatalog aufgeführt werden, sichergestellt werden. Der vorgesehene Straftatenkatalog des § 76a Abs. 4 S. 4 StGB-E enthält hierbei Straftaten aus dem Bereich des Terrorismus, der Kinderpornografie, des Menschenhandels, der Geldwäsche, des Schleusens von Ausländern, des Betäubungsmittelstrafrechts, des Waffenstrafrechts sowie Tatbestände aus dem AWG.

Die genannten Straftaten sind solche, die typischerweise dem Bereich der organisierten Kriminalität zugeordnet werden können.

Während für die erweiterte Einziehung das Vorliegen einer rechtswidrigen und schuldhaften Tat Anordnungsvoraussetzung ist, soll die verurteilungsunabhängige Einziehung losgelöst von jeglicher Tatsachen- und Schuldfeststellung angeordnet werden können. Ausreichend ist die Überzeugung des Gerichts, dass irgendwer irgendeine (nicht feststellbare) Tat begangen hat.

Dabei ist aber auch diese verurteilungsunabhängige Einziehung Teil des strafrechtlichen Verfahrens. Die Notwendigkeit für ein derartiges Instrumentarium wird offensichtlich darin gesehen, dass trotz des Umstandes, dass sich ein Gericht keine Überzeugung von einer Schuld eines Beschuldigten bilden kann – oder es erst gar nicht zur Anklageerhebung gegen diesen Beschuldigten kommt – bei dem Beschuldigten sichergestellte Gegenstände nicht wieder herausgegeben werden sollen, sondern eingezogen werden können.

Dies soll dann möglich sein, wenn sich das Gericht von der deliktischen Herkunft des sichergestellten Gegenstands eine entsprechende Überzeugung bilden kann, auch wenn es sich von der Täterschaft desjenigen, bei dem der Gegenstand sichergestellt wurde, nicht überzeugen konnte.

§ 76a Abs. 4 StGB-E regelt als einzige Eingriffsvoraussetzung, dass das Gericht überzeugt sein muss, dass der sichergestellte Gegenstand aus einer Straftat des niedergelegten Straftatenkatalogs *herrührt*.

Zur Auslegung dieser Eingriffsvoraussetzung heißt es in der Begründung des Gesetzesentwurfs:

»Für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals »Herrühren« kann die Strafrechtspraxis auf die Rechtsprechung zu § 261 StGB zurückgreifen. Der Begriff ist danach weit auszulegen. Es genügt, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zwischen dem Gegenstand und der Vortat ein Kausalzusammenhang besteht, wenn also der Gegenstand seine Ursache in der rechtswidrigen Tat hat (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 – 1 StR 4/09 – BGHSt 53, 205-210, Rn. 12 ff.; Leipziger Kommentar-Schmidt/Krause, StGB, 12. Auflage 2010, § 261, Rn. 11f.). Gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass nur ein Teil des sichergestellten Gegenstandes aus einer Straftat »herrührt«, kann es den Einziehungsgegenstand nach

den Grundsätzen bestimmen, die für den Geldwäschetatbestand bei »Teilkontamination« entwickelt worden sind (dazu Münchener Kommentar-Neuheuser, StGB, 2. Auflage 2012, § 261, Rn. 47 ff.).«<sup>26</sup>

Die Einziehung wird in das Ermessen des Strafgerichts gestellt, wobei dieses Ermessen nur ausnahmsweise zur Nichtanordnung der Einziehung führen soll.

In der Gesetzesbegründung heißt es:

Die Ausgestaltung als »Soll«-Vorschrift vermeidet im Einzelfall unverhältnismäßige Einziehungsanordnungen. Sie greift Anforderungen auf, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit solcher Einziehungsmaßnahmen aus Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) abgeleitet hat. [...] Zur Abgrenzung des Regelfalls (»soll«) von einem Ausnahmefall kann ferner auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unterscheidung des »Verschiebungs«- vom »Erfüllungsfall« bei der Vermögensabschöpfung nach § 73 Absatz 3 StGB (§ 73b StGB-E) zurückgegriffen werden. [...] Verfahrensrechtlich wird der Schutz gutgläubiger Dritter zudem durch die Regelung des § 437 StPO-E verwirklicht.«<sup>27</sup>

An dieser Stelle muss auch die korrespondierende Verfahrensregelung des § 437 StPO-E in den Blick genommen werden. Die Verfahrensregelung lautet:

»§ 437

Besondere Regelungen für das selbständige Einziehungsverfahren

(1) Bei der Entscheidung über die selbständige Einziehung nach § 76a Absatz 4 des Strafgesetzbuches kann das Gericht seine Überzeugung insbesondere auf ein grobes Missverhältnis zwischen dem Wert des Gegenstandes und den rechtmäßigen Einkünften des Betroffenen stützen. Darüber hinaus berücksichtigt es bei seiner Entscheidung

insbesondere auch

1. das Ergebnis der Ermittlungen zu der Tat, die Anlass für das Verfahren war,
2. die Umstände, unter denen der Gegenstand aufgefunden und sichergestellt worden ist, sowie
3. die sonstigen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen.

(2) § 261 bleibt unberührt.«

In der Begründung des Entwurfs heißt es hierzu:

»§ 437 Absatz 1 Satz 1 StPO-E regelt einen »Beweis des ersten Anscheins«. Besteht ein »grobes Missverhältnis zwischen dem Wert des sichergestellten Gegenstandes und den rechtmäßigen Einkünften des Betroffenen«, spricht der »erste Anschein« dafür, dass der Gegenstand aus einer Straftat herrührt. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird dadurch allerdings nicht eingeschränkt (§ 437 Absatz 2 StPO-E). Dem »Missverhältnis«-Kriterium kommt auch bei den vergleichbaren Abschöpfungsinstrumenten in anderen Rechtsordnungen (z. B. im italienischen Recht) hohe beweisrechtliche Bedeutung zu (Hein, Grenzüberschreitungen - Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, 1995, 149, 158; Überblick bei Meyer, ZStW 2015, 241, 268 f.). Satz 2 zählt weitere Kriterien auf, die bei der Überzeugungsbildung zu berücksichtigen sind. Durch das Wort »insbesondere« stellt die Regelung klar, dass die Aufzählung nicht abschließend ist.«<sup>28</sup>

Hierbei handelt es sich somit nicht um die Benennung von tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahme, sondern um verfahrensrechtliche Anwendungshinweise verbunden mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, dass hierdurch die richterliche Würdigungsfreiheit nicht beschränkt werden soll (§ 437 Abs. 2 StPO-E).

26 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 78.

27 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 79.

28 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 98.

#### iv. Kritik

##### aa. Verdeutlichende Beispiele

###### Beispiel 1:

*Bei einer Fahrzeugkontrolle finden sich in einem, im Kofferraum befindlichen Koffer 40.000 EUR. Der Kofferbesitzer schweigt. Das Geld wird sichergestellt und gegen den Kofferbesitzer ein Verfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche eingeleitet. Die Ermittlungen führen zu keinem Ergebnis. Die Herkunft des Geldes bleibt ungeklärt, der Grund, warum der Beschuldigte das Geld mit sich führte, ebenfalls. Der Besitzer ist kein deutscher Staatsangehöriger, so dass über ihn weder in Erfahrung gebracht werden kann, welchen Beruf er ausübt noch in welchen wirtschaftlichen Verhältnissen er lebt. Das Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten wird eingestellt.*

###### Beispiel 2:

*Der Kofferbesitzer ist zwar kein deutscher Staatsangehöriger und sowohl über seinen familiären Hintergrund als auch über seine wirtschaftliche Situation im Ausland ist nichts bekannt, jedoch ergeben die Ermittlungen, dass der Kofferbesitzer in Deutschland als Pizzabäcker in einer »Edelpizzeria« arbeitet. Die Pizzen sind zwar ziemlich teuer, die Pizzabäcker werden aber gleichwohl eher schlecht vergütet. Deutsches Bankvermögen konnte nicht festgestellt werden. Eine Einkommensteuererklärung hat der Kofferbesitzer nicht abgegeben – musste er aber nach den vorliegenden Erkenntnissen auch nicht, da nach dem EStG die Grenzen für die Verpflichtung zur Abgabe einer Einkommensteuererklärung nicht überschritten wurden und andere Einkunftsarten als die Einkunft aus nichtselbständiger Arbeit nicht bekannt sind.*

###### Beispiel 3:

*Ein der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung verdächtiger Mann wird festgenommen. Die Lebensgefährtin, gegen die – jedenfalls formal – (noch) kein Ermittlungsverfahren läuft, wird von Ermittlern dabei beobachtet, wie sie in einem in der Nähe der JVA gelegenen Café einem den Ermittlern unbekanntem Mann ein Kuvert übergibt. Die Ermittler stürmen das Café, beschlagnahmen das Kuvert und nehmen die Freundin und den unbekanntem Mann vorläufig fest. Auf der Polizeiwache stellt sich heraus, dass in dem Kuvert 2.000 EUR in bar sind und der unbekanntem Mann einen Anwaltsausweis vorzeigen kann und angibt, von der Familie des Inhaftierten mit dessen Verteidigung beauftragt worden zu sein. Zur Herkunft des Geldes macht die Lebensgefährtin keine Angaben, es wird ein Verfahren wegen Verdachts der Geldwäsche gegen die Lebensgefährtin und zunächst auch gegen den Anwalt eingeleitet und das beim Anwalt sichergestellte Geld beschlagnahmt. Der Staatsanwalt stellt das Ermittlungsverfahren gegen den Anwalt sofort ein, da er sich hierzu aufgrund der verfassungsgerichtlich geschaffenen Gesetzeslage verpflichtet sieht. Das Geld wird dem Anwalt hingegen nicht zurückgegeben, da eine Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB-E in Betracht komme.*

Der grundsätzliche Anwendungsbereich ist in allen drei Beispielen eröffnet – die Ermittlungsbehörden werden in derartigen Fällen regelmäßig wegen des Verdachts der Geldwäsche ermitteln. § 76 a Abs. 4 S. 4 e) StGB-E sieht die Erfassung der Geldwäsche als Katalogtat vor.

##### bb. Verfassungsrechtliche Betrachtung der Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips

Schon die dem erweiterten Verfall zugrundeliegende Erweiterung des Anwendungsbereichs der Einziehung auf Gegenstände, die nicht aus der verurteilungsgegenständlichen Tat stammen oder für diese verwandt wurden, ist problematisch.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> : Fischer Rz. 4 und 6 zu § 73d StGB.

Bei der verurteilungsunabhängigen Einziehung leiden die Fallgestaltungen nunmehr von vornherein an einem nicht aufzulösenden Widerspruch: Eine gesicherte Überzeugungsbildung im Sinne einer tatgerichtlichen Verurteilung ist nicht möglich; eine ausreichend gesicherte Überzeugungsbildung hinsichtlich der konkreten Herkunft der sichergestellten Gegenstände soll – im Gegensatz hierzu – trotzdem möglich sein.

Auch wenn man – im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht<sup>30</sup> – die Einziehung von Vermögenswerten nicht als Strafe ansieht, erfolgt die Maßnahme dennoch im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens.

Handelt es sich um Gegenstände des Betroffenen, so wird er die Einziehungsmaßnahme subjektiv gleichwohl als (Geld- bzw. Vermögens-) Strafe empfinden, unterscheidet sie sich hier von in ihrer Wirkung nicht.

An dieser Stelle sei daher daran erinnert, dass dafür, was als Strafe im Sinne der EMRK anzusehen ist, nicht maßgebend ist, wie das nationale Recht eine Maßnahme dogmatisch einordnet. In der Entscheidung des EGMR zum Fall M gegen Deutschland (zur Sicherungsverwahrung) heißt es wörtlich:

»Wie jedoch vorstehend erneut ausgeführt wurde (Rdnr. 120), ist der Begriff der »Strafe« in Artikel 7 in seiner Reichweite autonom; es liegt deshalb beim Gerichtshof, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Maßnahme als Strafe einzustufen ist, ohne dabei an die Einstufung der Maßnahme nach innerstaatlichen Recht gebunden zu sein. Er stellt in diesem Zusammenhang fest, dass es vorkommen kann und auch schon vorgekommen ist, dass dieselbe Art von Maßnahme in einem Staat als Strafe eingestuft wird und in einem anderen als Präventionsmaßnahme, auf die der Grundsatz *nulla poena sine lege* nicht anwendbar ist.«<sup>31</sup>

Im Beispiel 1 ist für die Frage der Einziehung ausschließlich maßgeblich, ob ein Gericht sich eine Überzeugung dahingehend bilden kann, dass die 40.000 EUR aus einer Straftat stammen – egal aus welcher Straftat, egal durch wen diese Straftat begangen wurde, egal ob Ermittlungen zu dieser Straftat jemals das Stadium eines hinreichenden Tatverdachts gem. § 170 Abs. 2 StPO, mithin eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit, erreicht haben.

Geht man davon aus, dass diese gerichtliche Gesamtwürdigung einer validen Tatsachengrundlage bedarf, so wird im Beispiel 1 keine Einziehung erfolgen dürfen.

Wie ist hinsichtlich der 40.000 EUR aber im Beispiel 2 zu entscheiden? Auch hier schweigt der Besitzer des Geldes. Das Ermittlungsverfahren wird eingestellt. »Soll« das Gericht nun die Einziehung anordnen, da nach den bekannten »Gesamtumständen« nicht ersichtlich ist, wie der Pizzabäcker zu 40.000 EUR Bargeld gekommen sein kann?

Der vorliegende Referentenentwurf lässt diese Frage unbeantwortet.

#### *cc. Betrachtung der Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E unter den Gesichtspunkten der Bestimmtheit und des Parlamentsvorbehalts*

Das Bundesverfassungsgericht stellt insoweit in ständiger Rechtsprechung an die Bestimmtheit, mit der der Gesetzgeber Eingriffsnormen formulieren muss, folgende Maßgaben:

»Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann (vgl. BVerfGE 110, 33 <52 ff.>; 113, 348 <375 ff.>). Der Gesetzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen (vgl. BVerfGE 100, 313 <359 f., 372>; 110, 33 <53>; 113, 348 <375>; BVerfG, NJW 2007, S. 2464 <2466>).

30 : BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 –, BVerfGE 110, 1-33 bzgl. des erweiterten Verfalls gemäß § 73d StGB.

31 : Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 17. Dezember 2009 – 19359/04 –, juris

Das Bestimmtheitsgebot steht in enger Beziehung zum Parlamentsvorbehalt (vgl. BVerfGE 56, 1 <13>; 83, 130 <152>). Dieser soll sicherstellen, dass Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären (vgl. BVerfGE 85, 386 <403 f.>; 108, 282 <312>). Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs (vgl. BVerfGE 110, 33 <55>).«<sup>32</sup>

§ 76a Abs. 4 StGB-E regelt demgegenüber als *einzig*e Eingriffsvoraussetzung, dass das Gericht überzeugt sein muss, dass der sichergestellte Gegenstand aus einer Straftat des niedergelegten Straftatenkatalogs *herrührt*. Die Anwendungsvoraussetzungen werden im Übrigen nicht normativ festgelegt, sondern weitestgehend dem Richter bzw. dem Richterrecht überlassen.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum nicht bereits der Gesetzgeber diejenigen Fälle eingrenzt, an die an dieser Stelle gedacht sein soll. Innerhalb des vorgegebenen Katalogs ist der Anwendungsbereich für diese Ermächtigungsgrundlage in keiner Weise absehbar, da der Eingriff nicht mehr als ein »weit auszulegendes« Verständnis des Herrührens aus einer Straftat voraussetzt.

Der Beweis eines ersten Anscheins ist dem Strafverfahren genauso fremd wie die Vorstellung, dass der Betroffene seine Unschuld positiv beweisen müsse.

Es ist nicht ersichtlich, warum die Bösgläubigkeit des Betroffenen bzw. dessen erforderliches Maß an Bösgläubigkeit in der Ermächtigungsgrundlage für den enteignenden Eingriff nicht als Voraussetzung festgehalten wird.

Der Gesetzgeber hat zudem die Aufgabe, die gerichtliche Behandlung erkannter Problemfälle, wie diejenigen des in der Gesetzesbegründung dargestellten Erfüllungsfalls, durch materielle Eingriffsvoraussetzungen vorzugeben und nicht durch Verfahrensregelungen in der StPO in das freie richterliche Ermessen zu stellen.

Liegt im Beispiel 3 ein Ausnahmefall vor, in dem die Einziehung unterbleiben muss?

Den Vorgaben der nach dem Referentenentwurf geplanten Regelung ist hierzu nichts zu entnehmen. Die Katalogvoraussetzung liegt vor. Das Geld wurde im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen Verdachts der Geldwäsche sichergestellt. Wenn es sich nun nach der Überzeugung des Gerichts um illegal durch den Inhaftierten beschafftes Geld handelt, soll dieses nach dem Referentenentwurf eingezogen werden, obgleich das Verfahren gegen den Anwalt wegen fehlender Kenntnis von der Herkunft des Geldes einzustellen war. Dies ist mit den durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen zur Strafverteidigervergütung nicht vereinbar.<sup>33</sup>

Woraus kann der Richter nun ersehen, in welchen Fallgestaltungen eine Einziehung erfolgen soll und in welchen nicht? Gesetzliche Vorgaben sucht er vergeblich.

*dd. Betrachtung der Regelung des § 76a Abs. 4 StGB-E unter dem Gesichtspunkt der Aussagefreiheit*

Einer der tragenden Grundsätze des Strafverfahrens ist der von der Achtung der Menschenwürde geprägte rechtsstaatliche Grundsatz der *Aussagefreiheit* bzw. das Recht des Beschuldigten/Angeklagten, zu schweigen (*nemo tenetur se ipsum accusare*).<sup>34</sup>

Das Recht zu schweigen besteht auch für denjenigen, der sich gar nichts hat zuschulden kommen lassen – eine vermeintliche Selbstverständlichkeit. Der von der verurteilungsunabhängigen Einziehung Betroffene kann daher nicht darauf verwiesen werden, er solle sich eben erklären und die Herkunft der Vermögenswerte angeben.

32 : BVerfGE 120, 378 ff., Rn. 94-95.

33 : BVerfG 110, 226 = NJW 2004, 1305

34 : Vgl. nur KK-Diemer, § 136 Rn. 10 ff.



Werden geringe Anforderungen an die Voraussetzungen für eine verurteilungsunabhängige Einziehung gestellt, führt dies dazu, dass der von der Einziehung Betroffene quasi »gezwungen« wird, auszusagen, will er den Verlust seines Eigentums verhindern. Dies führt dann aber gleichzeitig dazu, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz faktisch ausgehebelt wird. Dass es sich hierbei nicht lediglich um ein rein theoretisches Szenario handelt, zeigt der Umstand, dass die deutsche Polizeigewerkschaft den vorliegenden Referentenentwurf bereits zum Anlass genommen hat, ganz offensiv die »Umkehr der Beweislast« zu fordern.<sup>35</sup> Auch von Seiten des BMJV wird bestätigt, dass im Rahmen der Neustrukturierung des Rechts der Vermögensabschöpfung auch von einer »Beweislastumkehr« die Rede ist.<sup>36</sup>

Im Fall der verurteilungsunabhängigen Einziehung ist dem Beschuldigten gerade keine Handlung nachzuweisen, die es rechtfertigen würde, ihn zu bestrafen.

Im Beispiel 3 wird man vom Verteidiger nicht verlangen können und dürfen, dass er sich äußert. Jedoch wäre es nach der vorgesehenen Vorschrift des § 76a Abs. 4 StGB-E möglich, ihm die Vorschusszahlung, die mit der Übergabe sein Eigentum geworden war, wieder zu nehmen. So kann die Staatsanwaltschaft unter Anwendung der im Entwurf vorgesehenen Regelungen zunächst das Geld in jedem Falle sicherstellen, eine Ermessensausübung findet dann erst später durch das Tatgericht statt. Es gibt auch keine Tatbestandsmerkmale, die man insoweit verfassungskonform auslegen kann.

## 2. Kritische Würdigung der Verfahrensregelungen

### a. Vorläufige Sicherungsinstrumente der Beschlagnahme (§ 111b StPO-E) und des Vermögensarrestes (§ 111 e StPO-E)

#### i. Änderung im Zusammenhang mit der Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen

##### aa. Aktuelle Regelung des § 111d StPO

Die aktuelle Fassung des § 111d StPO hat folgende Regelung:

»(1) Wegen des Verfalls oder der Einziehung von Wertersatz, wegen einer Geldstrafe oder der voraussichtlich entstehenden Kosten des Strafverfahrens kann der dingliche Arrest angeordnet werden. Wegen einer Geldstrafe und der voraussichtlich entstehenden Kosten darf der Arrest erst angeordnet werden, wenn gegen den Beschuldigten ein auf Strafe lautendes Urteil ergangen ist. Zur Sicherung der Vollstreckungskosten sowie geringfügiger Beträge ergeht kein Arrest.

(2) Die §§ 917 und 920 Abs. 1 sowie die §§ 923, 928, 930 bis 932 und 934 Abs. 1 der Zivilprozessordnung gelten sinngemäß.

(3) Ist der Arrest wegen einer Geldstrafe oder der voraussichtlich entstehenden Kosten angeordnet worden, so ist eine Vollziehungsmaßnahme auf Antrag des Beschuldigten aufzuheben, soweit der Beschuldigte den Pfandgegenstand zur Aufbringung der Kosten seiner Verteidigung, seines Unterhalts oder des Unterhalts seiner Familie benötigt.«

Die Anordnung eines dinglichen Arrestes ist somit nach bestehender Gesetzeslage *nur* möglich, wenn ein sog. *Arrestgrund* vorliegt. Insoweit verweist § 111d Abs. 2 StPO auf die Regelungen der ZPO, insbesondere die Regelung 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 danach vor, wenn zu besorgen ist, dass ohne die Anordnung des Arrestes die künftige Vollstreckung »vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde«. Dies wird von der Rechtsprechung unter anderem dann bejaht, wenn zu befürchten ist, der Betroffene werde sein Vermögen ins Ausland verbringen, es verbergen, es verschleiern oder es verschleiern.

35 : Mitteilung der DPoIG vom 13.04.2016, [www.dpolg/aktuelles/news](http://www.dpolg/aktuelles/news)

36 : Regierungspressekonferenz vom 13.04.2016, [www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen)

Die Anordnung eines dinglichen Arrestes setzt hinsichtlich der Straftat zunächst einen einfachen Verdacht voraus. Außerdem muss die gerichtliche Anordnung einer Einziehung zu erwarten sein. Weiter müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Arrestgrundes vorliegen. Eine Glaubhaftmachung im Sinne des Zivilprozesses ist hingegen nicht erforderlich. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zu beachten und führt insbesondere dann zu einer Pflicht besonders sorgfältiger Prüfung, wenn mit einem Arrest praktisch das ganze Vermögen eines Betroffenen entzogen wird.

Der Arrestanspruch im Sinne des Zivilrechts wird ersetzt durch den Verdacht einer Straftat sowie dadurch, dass Gründe für die Annahme vorhanden sein müssen, dass die Voraussetzungen des Verfalls von Wertersatz oder der Einziehung von Wertersatz vorliegen.

#### *bb. Regelung im Referentenentwurf*

Der Verweis auf die Zivilprozessordnung und damit das Erfordernis eines Arrestgrundes soll nach Ansicht des vorliegenden Gesetzesentwurfes zukünftig entfallen:

»Das im geltenden Recht für die Fälle des Vermögensarrestes ausdrücklich geregelte Erfordernis eines Sicherungsbedürfnisses («Arrestgrund» gemäß § 111d Absatz 2 StPO i.V.m. § 917 ZPO) sowie die inkonsequente und wenig verständliche Vorschrift zur Dauer der Sicherungsmaßnahme (§ 111b Absatz 3 StPO) entfallen. Beide Regelungen sind Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Das Übermaßverbot 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 (...).«<sup>37</sup>

#### *ii. Änderung im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen*

##### *aa. Aktuelle Regelung des § 111b Abs. 3 StPO*

Nach der Regelung des geltenden § 111b Abs. 3 StPO nehmen mit zunehmendem Zeitablauf die Anforderungen an den Verdachtsgrad für die Aufrechterhaltung sowohl einer Beschlagnahme gem. § 111c StPO als auch eines dinglichen Arrests gem. § 111d StPO zu:

»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.«

Bei einem Arrest handelt es sich um einen Grundrechtseingriff, der durchaus sehr intensiv sein kann. Diesem Umstand wird durch die geltende gesetzliche Regelung Rechnung getragen, die hinsichtlich des »Arrestanspruchs« des Staates ein gestuftes System vorsieht: Bei einem Arrest von einer Dauer bis zu 6 Monaten reicht der einfache Tatverdacht sowie die begründete Annahme, dass es zur Einziehung/Verfall kommen wird. Nach 6 Monaten müssen grundsätzlich dringende Gründe für den Tatverdacht sowie die spätere Anordnung der Einziehung bzw. des Verfalls vorliegen, es sei denn, der besondere Umfang oder andere wichtige Gründe lassen eine Verlängerung trotz fehlender dringender Gründe geboten erscheinen. Soll der Arrest länger als 12 Monate aufrechterhalten werden, bedarf es ausnahmslos des Vorliegens dringender Gründe.

37 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 54.

### *bb. Regelung im Referentenentwurf*

Sowohl in Bezug auf die Beschlagnahme, zukünftig § 111b StPO-E, wie auch beim dinglichen Arrest, § 111e StPO-E, sollen nach der Vorstellung des vorliegenden Referentenentwurfs *keine* gesteigerten Anforderungen mehr an den Verdachtsgrad mit zunehmendem Zeitablauf gestellt werden. Die bisherige Vorschrift des § 111b Abs.3 StPO wird ersatzlos gestrichen.

Mit dem Verweis darauf, dass die bisherige Vorschrift des § 111b Abs. 3 StPO »schwer verständlich« und inkonsequent gewesen sei, wird diese gestrichen und darauf verwiesen, dass sich die »Dauer der Sicherungsmaßnahme [...] künftig alleine nach dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz« richten solle.<sup>38</sup>

### *iii. Kritik*

#### *aa. Verdeutlichendes Beispiel*

*Eine Firma stellt Maschinenteile her. Anlässlich einer Messe stellen die Verantwortlichen dieser Firma fest, dass eine neu am Markt eingeführte Konkurrenzfirma ein Konkurrenzteil anbietet, welches einem eigenen Produkt sehr ähnelt.*

*Nachdem sehr rasch empfindliche Umsatzrückgänge zu verzeichnen sind, die die Verantwortlichen der Firma darauf zurückführen, dass das Konkurrenzprodukt deutlich günstiger angeboten wird, werden umfassende »Gegenmaßnahmen« ergriffen.*

*Die Firma gibt Recherchen in Auftrag und es wird festgestellt, dass der Geschäftsführer der neuen Konkurrenzfirma eine Person ist, die bis zu ihrem Ausscheiden vor einem Jahr an maßgeblicher Stelle in der Entwicklungsabteilung im eigenen Unternehmen angestellt war.*

*Diese Person gilt als sehr innovativ und hat fundierte Kenntnisse über alle Produkteigenschaften.*

*Die Firma lässt das Konkurrenzprodukt durch ein Prüflabor untersuchen und das Labor kommt zu dem Ergebnis, dass das Konkurrenzprodukt zwar nicht baugleich, aber doch in bestimmten Punkten mehr als ähnlich aufgebaut ist. Nach der Einschätzung einer eingeschalteten Patentanwaltskanzlei liegt eine Patentverletzung vor.*

*Die Firma lässt eine Zivilklage einreichen und parallel durch eine spezialisierte Kanzlei Strafanzeige wegen des Verdachts einer Straftat gem. § 142 PatG sowie gem. § 17 UWG erstatten. Im Rahmen der Strafanzeige macht die Anzeigerstellerin geltend, dass ihr durch das Verhalten ein Schaden in Höhe von mindestens 500.000 EUR bereits entstanden und binnen eines Jahres mit einem Schaden nicht unter 1,5 Mio. EUR zu rechnen sei.*

#### *bb. Betrachtung der »Verfahrenserleichterungen« unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit*

Bei bisheriger Gesetzeslage musste der zuständige Staatsanwalt keinen dinglichen Arrest in das Vermögen der Firma des Beschuldigten beantragen, solange keine konkreten Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Arrestgrunds bestehen.<sup>39</sup>

Unter Anwendung der Regelungen des Entwurfs wäre dies hingegen ganz anders.<sup>40</sup> Hier wird sich daher der Verzicht auf das Erfordernis eines Arrestgrundes praktisch auswirken.

So rechtfertigt im Beispiel der Verdacht einer Patentverletzung, aus der ein Vermögensverteil von 500.000 EUR stammen soll, einen Vermögensarrest in das Firmenvermögen in dieser Höhe.

38 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 54, 81.

39 : Außerdem war bisher im Hinblick auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB ein Tätigwerden der Staatsanwaltschaft zumal bei bereits anhängigem Zivilverfahren keinesfalls veranlasst.

40 : § 73 Abs. 1 S. 2 StGB soll zukünftig gestrichen und damit das Modell der Rückgewinnungshilfe hinfällig werden, RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 2.

Der Verzicht auf eine Erhöhung der Anforderungen an den Verdachtsgrad mit zunehmenden Zeitablauf wird dann zusätzlich als Katalysator wirken, da eine solche Maßnahme ohne jegliche zeitliche Begrenzung und ohne Erhöhung des Verdachtsgrades aufrechterhalten werden kann. Gerade in komplexeren Wirtschaftsstrafverfahren, in denen u.a. auch Sachverständigengutachten einzuholen sind, ist ein erheblicher, meist mehrere Jahre andauernder Verfahrensverlauf nicht selten.

Ergeht ein Vermögensarrest in Höhe von z.B. 500.000 EUR, so kann als Maßnahme des Vollzugs das Geschäftskonto entsprechend gepfändet werden. Gelingt es der Firma nicht, eine Sicherheitsleistung in entsprechender Höhe aufzubringen, um die Pfändung abzuwenden, so wird es ihr nicht möglich sein, ihr Geschäft fortzuführen, da sie weder Lieferanten noch eigenes Personal weiter bezahlen können. Die Verantwortlichen sind gezwungen, einen Insolvenzantrag zu stellen, da die Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Wird nach zwei Jahren das Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, so ändert dies an dem wirtschaftlichen Untergang der Firma nichts mehr.

In Fällen wie dem vorliegenden ist kein Grund dafür ersichtlich, warum bereits zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens Maßnahmen ergriffen werden müssen, die irreparable Schäden verursachen können.

Ein hoheitlicher Eingriff darf aber nur getätigt werden, wenn er auch erforderlich ist. Die Rechtsanwendung bedarf daher der Vorgabe eines Arrestgrundes. Auch darf eine Sicherstellungsentscheidung nur solange in Kraft bleiben, wie dies zur Erhaltung der Vermögensgegenstände im Hinblick auf ihre etwaige Einziehung erforderlich ist.<sup>41</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert mit zunehmender Dauer höhere Anforderungen an die Aufrechterhaltung.

Diese limitierenden Anforderungen schützen nicht nur die Betroffenen vor nicht erforderlichen und damit von vornherein verfassungswidrigen Eingriffen, sondern schützen auch den Staat und seine Beamten vor dem Vorwurf, pflichtwidrig Schäden verursacht zu haben. Das dargestellte Fallbeispiel zeigt, dass man es als zuständiger Staatsanwalt leicht »falsch« machen kann: Beantragt er einen Arrest und stellt sich später heraus, dass eine Patentverletzung nicht vorliegt, so sieht er sich der Vorwürfe der durch die Arrestmaßnahme geschädigten Firma ausgesetzt – verzichtet er auf den Arrest und stellt sich später heraus, dass eine Patentverletzung vorliegt, was zur Insolvenz der betroffenen Firma führt, so sieht er sich den Vorwürfen der Anzeigerstatterin ausgesetzt, die argumentieren wird, dass durch eine frühzeitige Arrestmaßnahme verhindert hätte werden können, dass sie nunmehr einen Schaden von mehr als 2 Mio. EUR erlitten habe, von dem sie nur einen Bruchteil im durchzuführenden Insolvenzverfahren realisieren können. Natürlich gibt es auch zwei Konstellationen, in denen sich das Verhalten des Staatsanwaltes als nachträglich richtig herausstellt. Das Fehlerisiko liegt aber immerhin insoweit bei 50 Prozent.

*cc. Betrachtung der »Verfahrenserleichterungen« unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit*

Es mag durchaus sein, dass es des Verweises auf die ZPO nicht bedarf und dass man die bestehende Regelung vereinfachen kann. Dass eine derartige Vereinfachung aber durch einen vollständigen Wegfall des Erfordernisses des Arrestgrundes unter schlichtem Hinweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geschehen soll, wird dem Bestimmtheitsgebot nicht gerecht.

Die Rechtsanwendung bedarf gesetzlicher Vorgaben und der Gesetzgeber kann bei Grundrechtseingriffen nicht darauf verweisen, dass sich eine Einzelfallrechtsprechung herausbilden werde.

Aufgrund der bisherigen Anwendungsschranken liegt für eine Vielzahl der nun in Betracht zu ziehenden Fallkonstellationen bislang gerade keine Rechtsprechung zur Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor. Der Gesetzgeber hat daher diese Konkretisierung bei Schaffung einer neuen Gesetzeslage selbst vorzunehmen.

41 : EU-Richtlinie 2014/42/EU Art. 8 Abs. 3.

## b. Vorschriften der §§ 422, 423 Abs. 2 StPO-E

### i. Aktuelle Regelung

Nach geltendem Recht kennt die Strafprozessordnung gem. § 430 StPO die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen vermögensabschöpfende Maßnahmen auszuschneiden, ansonsten muss hierüber im Erkenntnisverfahren eine Entscheidung im Rahmen des Urteilspruchs getroffen werden.

Eine Abtrennung der Entscheidung über die Vermögenseinziehung von der Hauptsache (Schuld- und Strafrage) und die Vornahme der Vermögensabschöpfung in einem späteren bzw. nachträglichen Verfahren kennt die Strafprozessordnung nicht.

### ii. Grundzüge der vorgesehenen Regelung

»§ 422

Abtrennung der Einziehung

Würde die Herbeiführung einer Entscheidung über die Einziehung nach den §§ 73 – 73 c des Strafgesetzbuches die Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat unangemessen erschweren oder verzögern, kann das Gericht das Verfahren über die Einziehung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft abtrennen. Das Gericht kann die Verbindung in jeder Lage des Verfahrens wieder anordnen.«

Grundsätzlich ist die Entscheidung im Beschlusswege zu treffen. Anders ist dies aber dann, wenn es das Gericht anordnet. Das Gericht muss die Verhandlung anordnen, wenn die Staatsanwaltschaft oder der Einziehungsbetroffene dies beantragen:

»§ 423

Einziehung nach Abtrennung

(1) Trennt das Gericht das Verfahren nach § 422 ab, trifft es die Entscheidung über die Einziehung nach der Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache, soweit es die Einziehung betrifft. Das Gericht ist an die Entscheidung in der Hauptsache und die tatsächlichen Feststellungen, auf denen diese beruht, gebunden.

(2) Die Entscheidung über die Einziehung soll spätestens sechs Monate nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache getroffen werden.

(3) Das Gericht entscheidet durch Beschluss. Die Entscheidung ist mit sofortiger Beschwerde anfechtbar.

(4) Abweichend von Absatz 3 kann das Gericht anordnen, dass die Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil ergeht. Das Gericht muss die Anordnung nach Satz 1 treffen, wenn die Staatsanwaltschaft oder derjenige, gegen den sich die Einziehung richtet, dies beantragt. Die §§ 202, 202a, 243 Absatz 1, § 324 und die §§ 427 bis 431 gelten entsprechend.«

Nach § 423 StPO-E ist ein Gericht also gehalten, im Fall einer Abtrennung der Einziehungsentscheidung diese selbständige Einziehungsentscheidung innerhalb einer Frist von *sechs Monaten* zu treffen.

### iii. Kritik

Die neue Verfahrensregelung soll einerseits dem Umstand Rechnung tragen, dass Strafverfahren dem Beschleunigungsgrundsatz besonders verpflichtet sind. Andererseits soll jedoch auch der Beschleunigungsgrundsatz nicht faktisch dazu führen, dass von einer – schwierigen, jedoch tatsächlich möglichen – Vermögensabschöpfung abgesehen wird.

Hinsichtlich der zu treffenden Entscheidung liegt auch durchaus ein ausgewogenes Rechtssystem vor.

So sieht die Regelung grundsätzlich ein schriftliches Verfahren vor, was zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen kann und wird. Das Gericht ist an die Feststellungen der Hauptsacheentscheidung gebunden, so dass mit der Entscheidung im schriftlichen Verfahren kein allzu großer Rechtsverlust zu befürchten ist. Gleichwohl kann durch die Beteiligten auch

eine mündliche Verhandlung erzwungen werden. Mit der sofortigen Beschwerde ist auch eine Rechtskontrolle der Entscheidung gewährleistet.

Kein effektiver Rechtsschutz des Betroffenen ist hingegen im Hinblick auf die »zeitliche Schranke« gegeben.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in aller Regel um Gegenstände geht, die schon längere Zeit sichergestellt sind bzw. Vermögenswerte, die entsprechend arretiert wurden. Ein Betroffener hat einen Anspruch darauf, dass ein Gericht die Entscheidung, die ja als solche erst den Rechtsschutz ermöglicht, auch innerhalb vorgegebener Frist trifft.

Nach dem Gesetzesentwurf schreibt § 423 Abs. 2 StPO-E dem Gericht »einen zügigen Verfahrensbeginn« vor.<sup>42</sup> Der Staatsanwaltschaft komme als »Wächterin der Gesetze« ... »die Aufgabe zu, auf eine zeitnahe Entscheidung hinzuwirken«.

Insbesondere im Falle, dass jemand im Strafverfahren rechtskräftig freigesprochen wurde, nunmehr jedoch noch die Entscheidung über die Einziehung beschlagnahmter Gegenstände bzw. arretierten Vermögens aussteht, erscheint die Formulierung in § 423 Abs.2 StPO-E zu unverbindlich. Eine Entscheidung kann hier nicht erzwungen werden, etwa wenn das Gericht überlastet ist. Auch die »Wächterin der Gesetze« kann in einem solchen Falle erkennbar nichts unternehmen.

Die Soll-Vorschrift, die § 423 Abs. 2 StPO-E hier vorsieht, wird dem Anspruch des Betroffenen gem. Art. 8 Abs. 1 der EU-Richtlinie 2014/42/EU nicht gerecht. Danach haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass alle Personen, die von den in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen betroffen sind, zur Wahrung ihrer Rechte über das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein faires Verfahren verfügen.

## V. Konsequenzen für das Gesetzgebungsverfahren

### 1. Diskussionsbedarf

#### a. Erkennen, Diskussion und Ausübung gesetzgeberischer Spielräume

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum EU-Haftbefehlsgesetz vom 18.07.2005 deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung von europarechtlichen Maßnahmen Spielräume, die das Gemeinschaftsrecht dem Gesetzgeber lässt, erkennen muss und eine parlamentarische Diskussion über die Ausübung dieser Spielräume zu führen ist:

»Diese Bestimmungen lassen eine Begrenzung der Auslieferung durch innerstaatliches Recht zu. Der Gesetzgeber war beim Erlass des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss verpflichtet, das Ziel des Rahmenbeschlusses so umzusetzen, dass die dabei unumgängliche Einschränkung des Grundrechts auf Auslieferungsfreiheit verhältnismäßig ist. Insbesondere hat der Gesetzgeber über die Beachtung der Wesensgehaltsgarantie hinaus dafür Sorge zu tragen, dass der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG schonend erfolgt. Dabei muss er beachten, dass mit dem Auslieferungsverbot gerade auch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für den von einer Auslieferung betroffenen Deutschen gewahrt werden sollen. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist wesentliche Voraussetzung für Freiheit, das heißt für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seine Umsetzung. In dieser Hinsicht verlangt bereits das Rechtsstaatsprinzip, dass der Grundrechtsberechtigte sich darauf verlassen können, dass sein dem jeweils geltenden Recht entsprechendes Verhalten nicht nachträglich als rechtswidrig qualifiziert wird.«<sup>43</sup>

42 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 93.

43 : BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2005 – 2 BvR 2236/04 –, BVerfGE 113, 273-348, Rn. 83

Soweit sich auch der vorliegende Referentenentwurf an verschiedenen Stellen auf »europarechtlichen Handlungsbedarf« beruft<sup>44</sup>, wurde aufgezeigt, dass der Gesetzentwurf in mehrfacher Hinsicht über den nach EU-Recht erforderlichen Eingriffsumfang hinausgeht. Vor dem Hintergrund, dass vermögensabschöpfende Maßnahmen stets mit einem Grundrechtseingriff verbunden sind, ist im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine kontroverse Diskussion darüber wünschenswert, in welchem Umfang und in welcher Intensität ein derartiger Eingriff erfolgen soll.

#### **b. Regelungsumfang gem. verfassungsrechtlichen Auftrags an den Gesetzgeber (Parlamentsvorbehalt)**

Der Gesetzgeber muss die wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen im Gesetz selbst regeln. Die Justizbehörden und insbesondere die Rechtsprechung sollen Recht anwenden und nicht schaffen. Ein Gesetzesentwurf, der geltende gesetzliche Vorgaben mit dem Hinweis abschafft, dass die Justizbehörden den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ohnehin zu beachten hätten, wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Zwar muss die Rechtsprechung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten, jedoch enthebt dies den Gesetzgeber nicht von seiner Verpflichtung, diesen Grundsatz im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bereits so gut wie möglich zu konkretisieren und somit die Vorhersehbarkeit und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zu sichern. Der Gesetzgeber kann daher weder auf die gesetzliche Regelung eines Arrestgrundes noch auf eine gesetzliche Regelung zum Verhältnis zwischen der Verdachtsintensität und dem Zeitablauf verzichten. Die zumindest in ihrer Rechtswirkung als strafähnlich zu qualifizierende Maßnahme der verurteilungsunabhängigen Einziehung hat nach den Vorgaben des Entwurfs praktisch keinerlei gesetzliche Voraussetzungen. Dieses Instrumentarium wird der Rechtsprechung zur Rechtsetzung überlassen, was einen evidenten Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt darstellt.

Für die Auslegung der einzigen tatbestandlichen Voraussetzung soll nach der Begründung des Gesetzesentwurfs ein objektives Tatbestandsmerkmal des Geldwäschestraftatbestands herangezogen werden, wobei dort seitens der Rechtsprechung eine weite Auslegung angenommen werde. Dieser Hinweis verkennt, dass die Korrektur objektiv weit auszulegender Tatbestandsmerkmale bei der Schuldfeststellung regelmäßig im Rahmen der subjektiven Tatbestandsmerkmale erfolgt. Ein solches subjektives Tatbestandsmerkmal wird hier aber nicht formuliert, sondern es wird lediglich darauf verwiesen, dass durch das den Gerichten eingeräumte Ermessen Korrekturen möglich seien.

#### **c. Eingriffsbegrenzung i.S.d. Erforderlichkeit**

Die beiden vorstehenden Erwägungen (a. und b.) machen deutlich, dass hier gesetzgeberischer Diskussionsbedarf gegeben ist. Diese Diskussion sollte aus Sicht der Strafverteidigervereinigungen im Wesentlichen auch anhand der Frage der Erforderlichkeit der mit den Maßnahmen verbundenen Grundrechtseingriffe geführt werden.

Aus den aufgezeigten Gründen drängt sich insoweit auf:

- Diskussion eines abgeschlossenen Straftatenkatalogs für die Fälle der erweiterten Einziehung
- Verzicht auf das Instrument einer »nachträglichen Einziehung«
- Verzicht auf das Instrument einer »verurteilungs-unabhängigen Einziehung«

#### **d. Rechtskontrolle und Rechtsschutz**

Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtskontrolle und des Rechtsschutzes halten es die Strafverteidigervereinigungen für notwendig, dass entsprechend der Ausführungen gem. a. und b. durch den Gesetzgeber die Rechtsanwendungsvoraussetzungen selbst vorgegeben werden.

Die Rechtskontrolle findet nach dem Entwurf im Ermittlungsverfahren – so wie im geltenden Recht auch – durch Überprüfung der Arrestentscheidung im Beschwerdeverfahren statt. Die weitere Beschwerde gem. § 310 StPO ist zulässig, wenn es um einen Betrag von mehr als 20.000 EUR geht.

40 : RefE zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 1, 2; 52; 61.

Das Beschwerdegericht kann im Rahmen seiner Prüfung eine eigene Sachentscheidung treffen und ist nicht auf eine Rechtsprüfung beschränkt.

Im Hauptverfahren richtet sich der Rechtsschutz grundsätzlich nach dem normalen Rechtsmittelsystem, so dass bei Entscheidung durch das Landgericht als erstinstanzliches Tatgericht die Überprüfung durch das Revisionsgericht stattfindet und damit naturgemäß auf eine Rechtskontrolle beschränkt ist.

Im selbständigen Einziehungsverfahren ist das Rechtsmittel davon abhängig, ob durch Beschluss oder Urteil entschieden wird. Bei der als Regelfall vorgesehenen Entscheidung im Beschlusswege ist das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zulässig, bei der Entscheidung durch Urteil Berufung oder Revision.

Während bei der sofortigen Beschwerde oder der Berufung nicht nur die Unrechtmäßigkeit, sondern auch die Unangemessenheit der angegriffenen Entscheidung geltend gemacht und durch das Rechtsmittelgericht geprüft werden kann, erscheint dies bei einer Prüfung durch das Revisionsgericht nach den allgemeinen Grundsätzen fraglich.

Kein ausreichender Rechtsschutz ist nach dem Entwurf für den Fall gegeben, dass die Entscheidung über die Einziehung abgetrennt wurde und das Verfahren zur Entscheidung über die Einziehung nicht in dem in § 423 Abs. 2 StPO-E vorgegebenen zeitlichen Rahmen bearbeitet wird.

## 2. Konkrete Alternativ-Vorschläge hinsichtlich einzelner Vorschriften

### a. StGB-E:

#### § 76a Abs.1 StGB-E:

*»Kann wegen der Straftat aus tatsächlichen Gründen oder wegen dauernder Verhandlungsunfähigkeit keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so ordnet das Gericht die Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages nach den §§ 73 bis 73c oder die Unbrauchbarmachung eines Gegenstandes nach § 74d selbständig an, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben ist, im Übrigen vorliegen. Unter den Voraussetzungen des Satzes 1 kann die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten nach den §§ 74 bis 74c selbständig angeordnet werden.«*

### b. StPO-E:

#### § 111b StPO-E:

*»(1) Ist die Annahme begründet, dass die Voraussetzungen der Einziehung oder Unbrauchbarmachung eines Gegenstandes vorliegen, so soll er zur Sicherung der Vollstreckung beschlagnahmt werden. § 94 Absatz 3 bleibt unberührt.*

*(2) Liegen dringende Gründe nicht vor, so hebt das Gericht die Anordnung der in Absatz 1 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.*

*(3) Die §§ 102 bis 110 gelten entsprechend.«*



## § 111e StPO-E:

»(1) Ist die Annahme begründet, dass die Voraussetzungen der Einziehung von Wertersatz vorliegen, so soll zur Sicherung der Vollstreckung der Vermögensarrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Betroffenen angeordnet werden, wenn ein Arrestgrund besteht. Ein Arrestgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen festgestellt wird, dass die Gefahr besteht, dass Bestandteile des Vermögens beiseite geschafft, verheimlicht oder in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise zerstört, beschädigt, unbrauchbar gemacht oder verringert werden.

(2) Liegen dringende Gründe nicht vor, so hebt das Gericht die Anordnung der in Absatz 1 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.

(3) Der Vermögensarrest kann auch zur Sicherung der Vollstreckung einer Geldstrafe und der voraussichtlichen Kosten des Strafverfahrens angeordnet werden, wenn gegen den Beschuldigten ein auf Strafe lautendes Urteil ergangen ist.

(4) Zur Sicherung der Vollstreckungskosten und geringfügiger Beträge ergeht kein Arrest.

(5) In der Anordnung ist der zu sichernde Anspruch unter Angabe des Geldbetrages zu bezeichnen. Zudem ist in der Anordnung ein Geldbetrag festzusetzen, durch dessen Hinterlegung der Betroffene die Vollziehung des Arrestes abwenden und die Aufhebung des vollzogenen Arrestes verlangen kann. Der Hinterlegung von Geld stehen die weiteren in § 108 Absatz 1 Satz 2 der Zivilprozessordnung genannten Sicherheitsleistungen gleich.

(6) Die §§ 102 bis 110 gelten entsprechend.«

## § 423 Abs.2 StPO-E:

»Die Entscheidung über die Einziehung ist spätestens sechs Monate nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache zu treffen.«