



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
die Ausschüsse Strafrecht, Zivilrecht, Insolvenzrecht
und Bank- und Kapitalmarktrecht

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

Stellungnahme Nr.: 30/2016

Berlin, im Juni 2016

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- RA Prof. Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)
- RA Dr. Rainer Spatscheck, München
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht

- RA Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Vorsitzender, Berichterstatter)
- RA Dr. Markus Beaumart, Köln (Berichterstatter)
- RA Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- RA Dr. Christian Bereska, Celle
- RA Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin
- RAin Dr. Friederike Gräfin von Brühl, M.A., Berlin
- RA Dr. Axel Funk, Stuttgart
- RAin Petra Heinicke, München
- RA Dr. Roland Hoffmann-Theinert, Berlin
- RAin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

- RA Jörn H. Linnertz, Bremen
- RAin Dr. Barbara Mayer, Freiburg (Berichterstatteerin)
- RA Dr. Michael Schultz, Karlsruhe BGH
- RAin Jutta Wittler, Köln

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Christine Martin, DAV-Berlin

Mitglieder des Ausschusses Insolvenzrecht

- RA Prof. Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender und Berichterstatte)
- RA Kolja von Bismarck, Frankfurt/Main
- RAin Claudia Diem, Stuttgart
- RA Wolfgang Hauser, Stuttgart
- RA Kai Henning, Dortmund
- RA Thomas Oberle, Mannheim
- RA Dr. Manfred Obermüller, Bad Camberg
- RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
- RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
- RA Prof. Rolf Rattunde, Berlin
- RAin Dr. Ruth Rigol, Köln (Berichterstatteerin)
- RA Dr. Andreas Ringstmeier, Köln

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RA Udo Henke, Berlin

Mitglieder des Ausschusses Bank- und Kapitalmarktrecht

- RA Dr. Andreas Fandrich, Stuttgart (Vorsitzender)
- RAin Daniela Bergdolt, München
- RA Dr. Stephan Heinze, LL.M.oec., Magdeburg
- RA Klaus Rotter, Grünwald (Berichterstatte)
- RA Hartmut Strube, Düsseldorf
- RA Andreas Werner Tilp, Kirchentellinsfurt

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Christine Martin, DAV-Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium der Finanzen
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundeskanzleramt
- Fraktionen der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Rechts- und Verbraucherschutzsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzsausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgeabschätzung des Deutschen Bundestages
- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Ausschuss für Innere Angelegenheiten im Bundesrat
- Rechtsausschuss im Bundesrat
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV
- Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins
- Europagruppe der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und –initiativen
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.

- Bundesverband der Freien Berufe
 - Bundesnotarkammer
 - Deutscher Notarverein e.V.
 - Deutscher Steuerberaterverband e.V.
 - Deutscher Richterbund
 - Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
 - Deutscher Journalisten-Verband e.V.
 - Bund Deutscher Kriminalbeamter
 - Gravenbrucher Kreis
 - Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
 - Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V./BAKinso
 - Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
 - ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
 - Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
 - Prof. Dr. Schöch, LMU München
 - Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
 - Deutscher Juristinnenbund
 - Frauen in die Aufsichtsräte e.V. (FidAR)
 - Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
 - Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
 - Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
 - Bundesverband Deutscher Banken
 - Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –
-
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
 - Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl
 - Redaktion Juristenzeitung / JZ
 - Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR
 - Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW
 - Redaktion Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen/BRAK-Mitteilungen
 - Redaktion Legal Tribune Online
 - Redaktion Juve Rechtsmarkt
 - Frankfurter Allgemeine Zeitung
 - Süddeutsche Zeitung
 - Die Welt
 - Verlag C.H. Beck
 - Strafverteidiger-Forum (StraFo)
 - Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
 - Strafverteidiger
 - Juris
 - KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift
 - Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
 - Redaktion InDat-Report, Köln
 - Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin

- Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
- Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Köln
- Redaktion (Print) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln
- Redaktion (Internet) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln
- Die Aktiengesellschaft
- GmbH-Rundschau
- NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- WM Wertpapiermitteilungen
- ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- Börsenzeitung
- Betriebs-Berater
- Handelsblatt

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Einleitung

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat einen umfangreichen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vorgelegt. Der Entwurf umfasst 45 Seiten Gesetzesänderungen und 70 Seiten hierauf bezogene Erläuterungen.

Motivation für diesen Referentenentwurf ist die Einschätzung, das geltende Recht werde der hohen kriminalpolitischen Bedeutung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung nicht gerecht (Referentenentwurf, S. 1). Das geltende Recht wird zutreffend als „äußerst komplex und unübersichtlich“ bezeichnet. Strafgerichtliche Entscheidungen „auf dem Gebiet der Vermögensabschöpfung [seien] in hohem Maße fehleranfällig“ (Referentenentwurf, ebenda).

Vor diesem Hintergrund verfolgt der Referentenentwurf das Ziel, „das Recht der Vermögensabschöpfung durch eine grundlegende Reform zu vereinfachen und nicht vertretbare Abschöpfungslücken zu schließen“ (Referentenentwurf, S. 1).

B. Die wichtigsten Reformpunkte

Das Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung soll komplett neu gefasst werden. Die wichtigsten Änderungen sind:

- In Anlehnung an die im internationalen Strafrecht gebräuchliche Begrifflichkeit wird die bisherige Differenzierung zwischen „Verfall“ und „Einziehung“ durch einen einheitlichen Begriff der „Einziehung“ (confiscation) ersetzt.

- Als „Kernstück des Reformvorhabens“ wird die grundlegende Neuregelung der Opferentschädigung durch Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB bezeichnet. Das bisherige Regelungsmodell der „Rückgewinnungshilfe“ wird daher obsolet. Das neue Recht sieht die – in neuer Terminologie – Einziehung auch bei individuellen Verletzten vor.
- Das Brutto-Prinzip wird beibehalten, es wird jedoch stärker anlasstatbezogen und damit „rechtsgutsnäher“ konturiert.
- Das Institut der erweiterten Einziehung soll aufgrund jedweder Straftat möglich sein.
- Das Institut der selbständigen Einziehung soll bei Erträgen (vermeintlich) aus Straftaten im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität und Terrorismus anwendbar sein, unabhängig von der Erforderlichkeit einer individuell nachweisbaren Tat. Bei einem Verfahren wegen des Verdachts einer Katalogtat sollen Gegenstände, die aus einer rechtswidrigen Tat aufgrund der Gesamtumstände zur Überzeugung des Gerichts herrühren auch dann selbständig eingezogen werden, wenn der Betroffene nicht wegen der Straftat, die nicht Katalogtat sein muss, verfolgt oder verurteilt werden kann.
- Im Strafverfahren wird die spätere Vollstreckung durch eine Soll-Regelung in Bezug auf die Sicherstellung von Gegenständen im Sinne gebundenen Ermessens, in der Wirkung also verpflichtend, geregelt.
- Letztgenannter Punkt führt zu einer Reform des Verteilungs-/Auskehrungsverfahrens. Im Vollstreckungsverfahren nimmt die Staatsanwaltschaft eine Auskehrung der Vermögenswerte nur dann vor, wenn diese ausreichen, um alle Verletzten aus der Straftat/den Straftaten vollständig zu befriedigen. Sonst findet eine Verteilung im Insolvenzverfahren nach den dortigen Maßstäben statt.

Im Einzelnen:

Zu den Regelungen im Einzelnen

I. Materielles Recht

1. Opferentschädigung

Kernvorschrift des materiellen Rechts bleibt § 73 StGB. Weil jedoch die bisherige Regelung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB (geltendes Recht), wonach die Anordnung des Verfalls dann nicht in Betracht kommt, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde, was den Ausschluss des Verfalls für den Kernbereich der Vermögensdelikte bedeutet (freilich aber ermöglichte, Vermögenswerte des Tatverdächtigen oder eines durch die Tat bereicherten Dritten (Drittbegünstigter) vorläufig für die Verletzten zu sichern („Rückgewinnungshilfe“)), erfolgt insoweit eine Neuordnung.

§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB soll gestrichen werden mit der Folge, dass Ansprüche von Verletzten der Einziehung im Strafverfahren nicht mehr entgegen stehen. Das „bestehende Regelungskonzept“ der „Rückgewinnungshilfe“ [werde] von einem „gerechten und opferfreundlichen Entschädigungsmodell abgelöst“ (Referentenentwurf, S. 66). Nunmehr soll ein Verteilungs-/Auskehrungsverfahren im Strafverfahren stattfinden, ggf. in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Betroffenen (je nach Verfahrensstand: Beschuldigter oder Täter), mit der Folge, dass die Verletzten nicht mehr darauf angewiesen sind, für die Durchsetzung ihrer Ansprüche selbst zu sorgen, namentlich durch Erlangung eines zivilrechtlichen Titels und der anschließenden Durchführung der Zwangsvollstreckung.

Dieser maßgebliche Bestandteil des Reformvorhabens ist aus Sicht des DAV zu begrüßen. Notwendig und damit zusammenhängend ist aber, dass die im Referentenentwurf ebenfalls vorgesehene Konkretisierung im Sinne einer

straftatenbezogenen Konturierung des Brutto-Prinzips (§ 73e StGB-E, vgl. dazu sogleich) Gesetz wird.

Darüber hinaus ist bereits an dieser Stelle zu fordern, dass in der Begründung zum Referentenentwurf, ggf. auch an geeigneter Stelle im jeweiligen Normtext, etwa bei § 111b StPO-E oder auch bei § 73 StGB-E, ein klarstellender Hinweis dahingehend erfolgt, dass die Einziehung und spätere Verteilung/Auskehrung an den Verletzten hinsichtlich der normativen Wertung wirkt wie eine (Schadens-)Wiedergutmachungsleistung durch den Beschuldigten, also ebenfalls geeignet ist, strafmildernde Wirkung zu entfalten.

Diese Klarstellung ist deshalb erforderlich, weil die strafprozessuale Vorschrift des § 111b StPO-E (vgl. dazu näher unten) zu einer häufigeren Anordnung der Einziehung führen wird als dies nach dem bisherigen Recht der Fall ist. Freiwillige Wiedergutmachungsleistungen seitens des Betroffenen an die Verletzten von Straftaten sind dann in ebenso starkem Maße nicht mehr möglich, obwohl die Wirkung bei den Verletzten – und dies ist entscheidend – dieselbe ist. Mit Blick auf die strafmildernde Wirkung und den dadurch hergestellten Rechtsfrieden ist naheliegend, eine Wiedergutmachungsleistung durch den Betroffenen einerseits und eine Arretierung und spätere Auskehrung an den Verletzten andererseits hinsichtlich der strafmildernden Wirkung einer derartigen Restoration gleich zu behandeln.

2. Konturierung des Brutto-Prinzips

§ 73 StGB-E hält an dem seit 1992 geltenden Brutto-Prinzip fest. Nach der seinerzeitigen gesetzgeberischen Entscheidung sind die aus der Tat erlangten Vermögenswerte insgesamt abzuschöpfen (in Abkehr vom bis dato geltenden Nettoprinzip). Seither war die dogmatische Einordnung der Vermögensabschöpfung umstritten. Anders als die Rechtsprechung, die in der Vermögensabschöpfung einen präventiven Zweck erblickte und – bereits terminologisch wenig überzeugend und in der Sache fehlgehend – einen quasi-konditionellen Charakter des Brutto-Prinzips erblickt hat, nimmt das überwiegende Schrifttum zutreffend einen strafähnlichen Charakter an. Der Streitstand muss hier nicht weiter vertieft werden, hervorzuheben ist aber, dass aus Sicht der Betroffenen die Wirkungen der Vermögensabschöpfung, namentlich deren

vorbereitende strafprozessualen Maßnahmen (Zusammenspiel zwischen Anfangsverdacht und Brutto-Prinzip), als strafrechtliche Maßnahme mit punitivem Charakter empfunden werden müssen.

Die Hauptschwierigkeit der Anwendung des Brutto-Prinzips nach geltendem Recht liegt darin begründet, dass über die „Bezugsgröße“ der Vermögensabschöpfung keine Einigkeit, auch nicht zwischen den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, besteht. Richtigerweise folgt aus dem Brutto-Prinzip erst auf einer zweiten Stufe, nachdem festgestellt wurde (erste Stufe), worin der erlangte Vorteil des Täters besteht, dass dieser erlangte wirtschaftliche Wert „brutto“, also ohne (mitunter schwer feststellbare) gewinnmindernden Abzüge, anzusetzen ist (vgl. dazu auch BGHSt 47, 260, 269; 50, 299, 310; 57, 79, 85). Für die auf erster Stufe erfolgende Bestimmung desjenigen, was der Täter in diesem Sinne aus einer Tat oder für sie erlangte hat, ist das Brutto-Prinzip hingegen nach geltendem Recht (nach zutreffender Auffassung und gegen die Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH) unerheblich. Dies bedeutet namentlich, dass in Konstellationen eines versuchten Deliktes aber etwa auch bei einer Verletzung von § 16 UWG durch den Täter nichts „erlangt“ ist. Eine Einziehungsanordnung entfällt hier zwingend. Die Bestimmung des erlangten Etwas ist der Bestimmung seines Umfangs (und nur hier gilt das Brutto-Prinzip) logisch vorgelagert (vgl. dazu auch *Trüg*, NZG 2016, 459). Bei der Bestimmung des erlangten Etwas ist daher nach dem Normzweck der verletzten Vorschrift zu differenzieren: Maßgeblich ist zunächst die Bestimmung des wirtschaftlichen Werts des Vorteils, der dem Täter aus der Tat zugeflossen ist und der spiegelbildlich der Abschöpfung unterliegt. Unmittelbar aus der Tat hat der Betreffende jedoch nur das erlangt, was den Unwertgehalt seiner Tat ausmacht, nämlich den jeweils realisierten Sondervorteil. Daher werden nur „solche Vorteile erfasst, die der Tatteilnehmer oder Dritte nach dem Schutzzweck der Strafnorm nicht erlangen und behalten dürfen soll, weil sie von der Rechtsordnung – einschließlich der verletzten Strafvorschrift – als Ergebnis einer rechtswidrigen Vermögensverschiebung bewertet werden soll“ (BGHSt 57, 79 (83)).

Konkret bedeutet dies:

Soweit das betreffende Rechtsgeschäft *an sich* verboten ist, unterliegt regelmäßig der gesamte hieraus erlöste Wert dem Verfall (BGH NStZ 200, 480; BGHSt 47, 369). Ist

dagegen strafrechtlich nur die *Art und Weise* bemakelt, in der das Rechtsgeschäft ausgeführt wird, ist nur der hierauf entfallenden Sondervorteil erlangt i.S.d. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB nach geltendem Recht. Es kommt also entscheidend auf das jeweilige strafbewehrte Verbot, d.h. auf die Verbotsnorm, an.

Hier knüpft der Referentenentwurf an und legt den aktuellen Streitstand zunächst offen (Referentenentwurf, S. 72 ff.). Die Anwendung und Konturierung des Brutto-Prinzips erfolgt aus dem Zusammenspiel zweier geplanter Vorschriften: § 73 StGB-E sowie § 73e StGB-E. Danach soll die Vermögensabschöpfung nach dem Brutto-Prinzip und deren straftatenbezogene Konturierung in zwei Schritten erfolgen. Der Referentenentwurf formuliert dies wie folgt (S. 72 f.):

„Im ersten Schritt ist das Erlangte nach § 73 Absatz 1 StGB-E auf der Grundlage einer rein gegenständlichen Betrachtungsweise zu bestimmen. Erlangt sind danach alle Vermögenswerte in ihrer Gesamtheit, die einem Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind, ohne dass es auf eine „unmittelbare“ Kausalbeziehung zwischen Tat und Bereicherung ankommt. Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen werden erst im zweiten Schritt berücksichtigt, wenn und soweit dies nach der Wertung des § 73e Absatz 1 StGB-E gerechtfertigt ist.“

§ 73e StGB-E lautet:

„Bestimmung des Wertes des Erlangten; Schätzung

(1) Bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten sind die Aufwendungen des Täters oder Teilnehmers abzuziehen. Außer Betracht bleibt jedoch das, was er für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt hat.

(2) Umfang und Wert des Erlangten sowie die Höhe des Anspruchs, der dem Verletzten aus der Tat erwachsen ist, können geschätzt werden.“

Den weiteren Ausführungen der Konturierung des Brutto-Prinzips im Referentenentwurf (namentlich S. 73 – 74) mangelt es jedoch noch an notwendiger Klarheit. Insbesondere wird nicht vollständig klar, *wie die* – in der Wirkung unversöhnlichen – Positionen des 1. *Strafsenats* und des 5. *Strafsenats* des BGH konkret durch § 73e Abs. 1 StGB-E aufgelöst werden sollen. Geht man zunächst vom Wortlaut des § 73e Abs. 1 StGB-E aus, so ist eine Anlehnung an die Rechtsprechung des 5. *Strafsenats* und auch des 3. *Strafsenats* des BGH naheliegend, weil die Regelung zwischen abziehbaren Aufwendungen (in Satz 1) und Aufwendungen, die der Vorbereitung oder Begehung der Tat dienen und deshalb nicht abziehbar sind (Satz 2), folgt. Dies legt nahe, dass der Referentenentwurf nur solche Aufwendungen erfassen möchte, die einen Bezug „zum verletzten Rechtsgut aufweisen“ (so zutreffend *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131, 133). Diese Sichtweise geht konform mit dem zustimmenden Hinweis im Referentenentwurf auf die Entscheidung BGHSt 50, 299 (vgl. dazu Referentenentwurf, S. 74). Ferner lässt sie sich mühelos in Übereinstimmung bringen mit den obigen Ausführungen in dieser Stellungnahme zur Differenzierung legales Grundgeschäft (dann nur Abschöpfung des Sondervorteils) vs. verbotenes Geschäft insgesamt (dann volle Abschöpfung).

Im Übrigen ist zu sehen, dass eine deutlich extensivere Anwendung der Einziehung dazu führen würde, dass die Rechtsfolge der Einziehung dann unzweifelhaft Strafcharakter hat, also materielle Strafe wäre.

Hier sind sicherlich noch Klarstellungen erforderlich. Ist die Konturierung des Brutto-Prinzips durch den Referentenentwurf – wovon bis auf Weiteres auszugehen ist – so wie im Rahmen dieser Stellungnahme dargelegt zu verstehen, fände er seine Zustimmung durch den DAV und wäre er – regelungssystematisch – konsequent hinsichtlich der Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB. Denn gerade mit Blick auf die verletzten Interessen kann eine Auskehrung nur sachgerecht sein hinsichtlich solcher Vermögenswerte, die Bezug zu Straftaten haben, nicht jedoch hinsichtlich solcher Vermögenswerte, die der Betreffende sonst, durch legale (ggf. Teil-)Rechtsgeschäfte, erlangt hat.

3. Ausbau der erweiterten Einziehung

§ 73a StGB-E soll lauten:

„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.“

Nicht akzeptabel ist jedoch die Erstreckung des erweiterten Verfalls (§ 73a StGB-E) auf *jede* Straftat. Zwar ist dem Referentenentwurf im Ausgangspunkt Recht zu geben, dass die Richtlinie 2014/42/EU einen gewissen Konvergenzdruck entfaltet, weil sich aus dem dortigen Art. 5 Abs. 1 ergibt, dass der Anwendungsbereich für eine erweiterte Vermögenseinziehung bei Delikten möglich sein soll, die direkt oder indirekt zu einem wirtschaftlichen Vorteil führen können. Zu Recht weist jedoch der Referentenentwurf selbst (S. 67) daraufhin, dass den Mitgliedsstaaten, schon durch Erwägungsgrund 20, Spielräume belassen sind, etwa dahingehend, die Begehungsweise der Betroffenen zu berücksichtigen, bspw. in Form einer Beschränkung auf bandenmäßige oder gewerbsmäßige Begehungsweisen. Über den zwingenden Konvergenzdruck hinaus (vgl. zu diesem Referentenentwurf S. 67 ff.), der eine Erweiterung des geltenden Rechts (§ 73d StGB) erforderlich macht, lehnt der DAV die vollständige Öffnung des Instituts des erweiterten Verfalls jedoch ab.

Der Referentenentwurf möchte in dieser vollständigen Öffnung des erweiterten Verfalls „vermögensordnende oder normstabilisierende Ziele“ erblicken (Referentenentwurf, S. 70).

Nur scheinbar zur Beruhigung tragen die weiteren Ausführungen in der Begründung bei (Referentenentwurf, S. 71):

„Das Gericht muss nach erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung von der deliktischen Herkunft der betreffenden Gegenstände gewinnen. Damit stellt das Gesetz an eine erweiterte Einziehung weiterhin hohe Hürden.“

Auffällig ist insoweit auch, dass Normtext und Begründung des Entwurfs in diesem Punkt voneinander abweichen. Die Begründung des Regierungsentwurfs (S. 71)

verweist beispielsweise auf die (verfassungskonforme) Auslegung durch den BGH (BGH, Urteil vom 7. Juli 2011 – 3 StR 144/11 – NStZ-RR 2012, 212 ff.) zu § 73 d Abs. 1 Satz 1 StGB. Dort heißt es auszugsweise wie folgt:

„Im Lichte der hier berührten Grundrechte sind deshalb erhöhte Anforderungen an den Nachweis der Herkunft von deliktsverdächtigen Vermögensgegenständen zu stellen. Für die den Schuldspruch tragenden Feststellungen ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass selbst ein sehr hohes Maß an Wahrscheinlichkeit die notwendige tatrichterliche Überzeugung nicht ersetzen kann (vgl. BGHSt 10, 208, 210 = NJW 1957, 1039; BGH, Urteil vom 30.7.1981 – 4 StR 348/81). Nichts anderes kann für die Feststellungen gelten, die die Anordnung des erweiterten Verfalls tragen. Das normativ wertende Element „wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen“ in § 73 d Abs. 1 Satz 1 StGB... ist deshalb verfassungskonform einengend auszulegen: Die Anordnung des erweiterten Verfalls kommt nur in Betracht, wenn der Tatrichter aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung (vgl. Lackner, StGB 20. Auflage § 73 d Rn. 8) die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, dass der Angeklagte die von der Anordnung erfassten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat, ohne dass diese selbst im Einzelnen festgestellt werden müssten. (vgl. auch BGH, Beschluss vom 6.7.1994 – 3 StR 668/93)“

Der Verweis auf „Gesamtumstände“ im Normtext suggeriert eine niedrigere Schwelle. Dies sollte – auch aufgrund des verfassungsrechtlichen Bezugs – korrigiert werden.

Unabhängig von dieser materiellen Kritik vermengt die Vorschrift materiell-rechtliche mit verfahrensrechtlichen Aspekten. Bislang war materiell-rechtlich das Vorliegen bestimmter Tatbestandselemente Voraussetzung für eine Rechtsfolge. Das Verfahrensrecht regelte, unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Dabei wurden zum Teil - für ein Strafgesetz nicht unbedenklich - die Tatbestandselemente auch so gefasst, dass "die Umstände die Annahme rechtfertigen" (§ 73d Abs. 1 Satz 1 StGB). Auch bei dieser Fassung ist aber materiell-rechtlich zu beurteilen, welche Umstände vorliegen müssen, um die Annahme zu rechtfertigen, während verfahrensrechtlich geregelt war, welches Beweismaß für die Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen solcher Umstände erforderlich war. Nunmehr soll die Überzeugung des Gerichts den Tatbestand ersetzen.

Damit entfallen die sonst maßgeblichen verfahrensrechtlichen Vorschriften für die Überzeugungsbildung des Gerichts.

Zu fordern ist daher die Beschränkung des Instituts des erweiterten Verfalls im Sinne eines in den Normtext aufzunehmenden Katalogs, der dem europäischen Konvergenzdruck Rechnung trägt, jedoch nicht darüber hinausgeht.

4. Selbständige Einziehung, namentlich § 76a Abs. 4 StGB-E

Ein Novum im deutschen Strafrecht stellt die geplante Vorschrift des § 76a Abs. 4 StGB-E dar, wonach eine Vermögensabschöpfung sogar dann zulässig sein soll, wenn eine bestimmte Straftat nicht im Einzelnen festgestellt wird/werden kann. Hier soll der Referentenentwurf wohl eine Forderung des Koalitionsvertrags der derzeitigen Großen Koalition umsetzen. Freilich ist zu beachten, dass (auch) der Koalitionsvertrag selbst an die Grenzen der Verfassung gebunden ist und ferner nicht mit ehernen Traditionen des deutschen Strafrechts und Strafverfahrensrechts, welche aus gutem Grunde etabliert wurden und bis heute fortgelten, brechen sollte. Die Vorschrift lautet:

„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 Betroffenen nicht wegen der Straftat verfolgt oder verurteilt werden kann.“

Nach der Vorstellung des Referentenentwurfs soll die Vorschrift ein Abschöpfungsinstrument einführen, „das mit dem im anglo-amerikanischen Rechtskreis bekannten Institut der „non-conviction-based confiscation“ und den „misure di prevenzione“ des italienischen Rechts vergleichbar ist“ (Referentenentwurf, S. 78). Die Voraussetzungen dieser Rechtsinstitute ausländischer Rechtsordnungen werden nicht mitgeteilt. Im Referentenentwurf wird weiter ausgeführt (ebenfalls S. 78):

„Die Regelung ermöglicht es, Vermögen unklarer Herkunft unabhängig vom Nachweis einer konkreten rechtswidrigen Tat (selbständig) einzuziehen, wenn das

Gericht davon überzeugt ist, dass der sichergestellte Gegenstand aus (irgend-)einer rechtswidrigen Tat herrührt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Tat im Einzelnen festgestellt wird; an die Überzeugung dürfen insoweit keine überspannten Anforderungen gestellt werden [es folgen Nachweise].“

Es ist in einem rechtsstaatlich geordneten Strafrechtssystem schlechterdings nicht vorstellbar die dem Brutto-Prinzip folgende Vermögensabschöpfung auch dann anzuordnen, wenn eine bestimmte Straftat, welche ihrerseits keine Katalogtat sein muss, nicht im Einzelnen festgestellt ist. Wie schon bei der geplanten Neuregelung der erweiterten Einziehung (§ 73a StGB-E, vgl. oben) soll auch im Fall des § 76a Abs. 4 StGB-E ausreichend sein, dass das Gericht seine Überzeugung „aufgrund der Gesamtumstände“ gewinnt. Bereits dies stellt eine Einschränkung des § 261 StPO und damit eines der Säulen des deutschen Strafverfahrensrechts dar. Verstärkt wird dieser Befund der Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung, nimmt man zusätzlich zum geplanten Normtext des § 76a Abs. 4 StGB-E die geplante flankierende strafprozessuale Vorschrift des § 437 StPO-E in den Blick. Diese Vorschrift soll lauten:

„Besondere Regelung für das selbständige Einziehungsverfahren

(1) Bei der Entscheidung über die selbständige Einziehung nach § 76a Absatz 4 des Strafgesetzbuchs 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.“

Die Formulierung in § 437 Abs. 1 Satz 2 StPO-E

„Darüber hinaus berücksichtigt es bei seiner Entscheidung insbesondere auch [...]“

stellt ganz ausdrücklich eine Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung dar, soll das Gericht durch einfaches Bundesgesetz doch verpflichtet werden, bei der Entscheidung über eine Rechtsfolge (selbständige Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB-E) bestimmte Kriterien zwingend heranzuziehen. Dies ist im deutschen Strafprozessrecht beispiellos und kann in seiner Wirkung nur als Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung und damit eines Konstituens des deutschen Strafverfahrensrechts verstanden werden.

Der Referentenentwurf geht dabei einigermaßen offen mit der Problematik um, indem ausgeführt wird, § 437 Abs. 1 S. 1 StPO-E regle einen „Beweis des ersten Anscheins“ (Referentenentwurf, S. 99). Auch wenn dort (Referentenentwurf, ebenda) betont wird, der Grundsatz der freien Beweiswürdigung werde „dadurch allerdings nicht eingeschränkt“, ist dies ebenso wenig überzeugend, wie der viel diskutierte Hinweis in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO, wonach im Falle einer Verfahrensverständigung die richterliche Amtsaufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO unberührt bleibe. Denn § 437 Abs. 1 StPO-E regelt mit Blick auf § 261 StPO gerade das Gegenteil.

Zu § 437 StPO-E führt der Referentenentwurf (S. 99) weiter aus:

„Dem Ergebnis der Ermittlungen zur Anlasstat (Nr. 1) wird regelmäßig besondere Bedeutung zukommen. Durch dieses Kriterium wird der Einziehung bei bewiesener Unschuld [sic!, Anm. des Unterzeichners] des Betroffenen vorgebeugt.“

Und weiter:

„Die selbständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB-E wird deshalb vor allem in Betracht kommen, wenn eine Verurteilung lediglich daran scheitert, dass der erforderliche Vorsatz nicht festgestellt werden kann oder der Betroffene zwar in kriminelle Aktivitäten verstrickt ist, ihm jedoch die Beteiligung an einer konkreten Straftat nicht nachzuweisen ist.“

Die Sprache des Referentenentwurfs („bewiesene Unschuld“) sowie Rechtsfolgen im Kontext fehlender Feststellung eines erforderlichen Vorsatzes machen deutlich, dass dieses Instrument ein Novum wäre und nach dem Verständnis des DAV nicht Gesetz werden darf.

Im Übrigen ist zu beachten, dass ausweislich § 76a Abs. 4 Nr. 1 lit. e StGB-E auch die Geldwäsche (§ 261 StGB) Katalogtat sein soll. Dies zeigt, dass es bei dem Abschöpfungsinstrument des § 76a Abs. 4 StGB-E keineswegs lediglich um eine Rechtsfolge zur Bekämpfung von Organisierter Kriminalität und Terrorismus gehen soll, sondern die Geldwäsche als Katalogtat, namentlich mit Blick auf den dortigen Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB, als „Türöffner“ zu verstehen ist, auch das Wirtschaftsstrafrecht als Teilrechtsgebiet des Strafrechts fernab von Organisierter Kriminalität und Terrorismus mit einzubeziehen. Dies ist nicht zu akzeptieren und sollte dadurch verhindert werden, dass selbst dann, wenn man mit Blick auf politische Zwänge der Großen Koalition der hiesigen Forderung einer Streichung von § 76a Abs. 4 StGB-E nicht folgen möchte, nicht die Geldwäsche insgesamt Katalogtat des § 76a Abs. 4 Nr. 1 lit. e StGB-E sein darf, sondern eine Beschränkung dahingehend erfolgen muss, dass § 261 StGB nur dann taugliche Katalogtat für § 76a Abs. 4 StGB-E ist, wenn einige wenige der dort normierten Katalogtaten als Vortat in Betracht kommt, etwa die in § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB geregelten Verbrechen.

5. Verschiebungsfälle, § 73b StGB-E

Der Entwurf zielt offensichtlich darauf ab, in Abs. 1 drei Fallgruppen zu erfassen: Vertretung (Nr. 1), Verschiebung (Nr. 2) und „Erbfall“ (Nr. 3). Dies ist nur zum Teil gelungen. Der Entwurf differenziert zwischen „zuwenden“ (Nr. 2), „übergehen“ und „übertragen“ (Nr. 3). Da es auf die Verpflichtungsebene nur sekundär, primär aber auf die Verfügungsebene ankommt, ist der Terminus „übertragen“ vorzugswürdig. Lediglich für den Erbfall empfiehlt sich wegen der Besonderheit des Vonselbsterwerbs „übergehen“. Sämtliche sonstigen „erbrechtlichen“ Tatbestände wie Pflichtteilsanspruch, Vermächtnis, Erfüllung einer Auflage oder Schenkung auf den Todesfall werden durch einen Dritten aufgrund einer erbrechtlichen Anordnung erfüllt; auch hier sollte das Gesetz daher von einer „Übertragung“ sprechen.

Vorzugswürdig wäre daher aus zivilrechtlicher Sicht folgende Regelung:

§ 73b StGB-E

„(1) Hat ein anderer, der nicht Täter oder Teilnehmer ist, durch eine rechtswidrige Tat, aus ihr oder für sie etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung der Einziehung nach den §§ 73 und 73a gegen den anderen, wenn

1. der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat,

2. der Täter oder Teilnehmer

*a) ihm das Erlangte **übertragen** hat und dieser erkannt hat oder hätte erkennen können, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, oder*

*b) ihm das Erlangte unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund **übertragen** hat, oder*

3. das Erlangte auf ihn

a) als Erben des Täters oder Teilnehmers übergegangen ist oder

*b) **aufgrund eines gesetzlichen Pflichtteilsanspruchs, eines Vermächnisses oder einer sonstigen Verfügung von Todes wegen** des Täters oder Teilnehmers auf ihn übertragen worden ist.*

(2) ...

(3) ... "

Da der Pflichtteilsanspruch ein Geldanspruch ist, kann es sich bzgl. des unmittelbar Erlangten immer nur um eine Leistung an Erfüllung statt handeln. In anderen Fällen (Vermächtnis, Auflage) mag die Verfügung den erlangten Gegenstand oder eine Geldleistung zum Gegenstand gehabt haben, die ggfs. auch durch Leistung an Erfüllung statt erfüllt worden ist.

Der Deutsche Anwaltverein schlägt vor zu prüfen, ob bezüglich des Wertersatzes im Zusammenhang mit Pflichtteilsansprüchen eine weitere Konkretisierung erforderlich ist. Insofern erfordert die Rechtsanwendung eine zweistufige Prüfung:

- Soweit der Täter oder Teilnehmer (bzw. deren Nachlass) Herausgabe oder Wertersatz schuldet, mindert dies den Wert des Nachlasses und damit auch den Pflichtteilsanspruch.
- Der Pflichtteilsanspruch beläuft sich auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils an dem (unter Berücksichtigung der Einziehungspflicht bewerteten) Nachlass. Wenn der Pflichtteilsanspruch in Geld erfüllt worden ist, müsste also konkretisiert werden, wie sich die Einziehung des Wertes gegen den Pflichtteilsberechtigten im Einzelnen gestalten soll.

Zweifelsfragen können sich nicht nur in erbrechtlichen Fällen, sondern auch in Fällen sonstiger Vermögensübertragungen stellen, etwa wenn der Täter einen durch eine Straftat erlangten Gegenstand veräußert und aus dem Erlös oder seinem sonstigen Vermögen eine Geldzuwendung an den Dritten tätigt. Die Tatbestandsvoraussetzung "aus ihr oder für sie etwas erlangt" lässt weithin offen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Zuwendung gerade als eine solche aus dem, was der Täter erlangt hat, gilt.

6. Einziehung des Wertersatzes, § 73c StGB-E

Diese Vorschrift knüpft an die Vorschrift des bestehenden Rechts in § 74c StGB an. Nach bisherigem Recht wie nach dem Regelungsvorschlag kommt die Anordnung der Einziehung eines „Geldbetrages“ in Betracht, wenn die Einziehung eines Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von der Einziehung nach § 73 Abs. 3 StGB-E abgesehen wird.

Der Entwurf verwendet den Begriff "Einziehung" einheitlich sowohl für die Einziehung des aus der Straftat erlangten Gegenstandes als auch für die Einziehung von Geldbeträgen (einschließlich gezogener Nutzungen), obwohl es dabei um grundlegend Verschiedenes geht. Die Einziehung des durch die Straftat erlangten Gegenstands erfolgt durch Wegnahme. Die Einziehung von Geld durch Wegnahme ist nur bezüglich (beispielsweise gestohlener) Geldscheine möglich oder, wenn der erlangte Gegenstand eine Forderung ist, könnte diese (durch Pfändung oder Beschlagnahme) „weggenommen“ werden. Im Übrigen geht es aber um einen Zahlungsanspruch, der (durch Vermögensarrest) befriedigt wird. Bei der Abgrenzung der Einziehung eines

Gegenstandes von der Einziehung eines Geldbetrages stellen sich Fragen, die präzisiert werden könnten. Wenn der Täter etwa durch die Straftat (beispielsweise einen Betrug) einen Gegenstand für eine Gegenleistung weit unter Wert erworben hat, wäre nach dem Bruttoprinzip die strafwürdig gezahlte Gegenleistung nicht abzugsfähig. Dann dürfte der erworbene Gegenstand das Erlangte sein. In anderen Fällen mögen Aufwendungen des Täters zur Erlangung eines Gegenstandes rechtmäßig getätigt worden und damit abzugsfähig sein. Das „Erlangte“ dürfte dann die Wertdifferenz sein. Soll dann der Gegenstand gegen Erstattung des gezahlten Preises eingezogen werden? Oder wäre dieser Fall unter die Alternative "wenn die Einziehung eines Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Gründen nicht möglich ist" zu subsumieren?

7. Ausschluss der Einziehung, § 73d StGB-E

Diese Norm regelt, dass die Einziehung nach den §§ 73 ff StGB-E ausgeschlossen ist, soweit der Anspruch des Verletzten bereits erfüllt worden ist. Das ist im Sinne der Opferentschädigung sinnvoll und konsequent.

Zu klären ist noch, ob die Konstellation des § 73d StGB-E in einem späteren Insolvenzverfahren, d. h. in einem „Mangelfall“ des § 100i Abs. 2 StPO-E, nach allgemeinen Grundsätzen der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter unterliegen oder nicht. Die weitere Regelung des Referentenentwurfs des § 111d Abs. 1 S. 2 StPO-E legt die Vorstellung der Entwurfsverfasser nahe, dass eine – aus strafrechtlicher Perspektive begrüßenswerte – Privilegierung der Verletzten von Straftaten angestrebt wird (vgl. dazu, unten). Freilich ist aber auch zu sehen, dass das Reformziel einer gleichmäßigen Befriedigung aller durch die Tat verletzten Gläubiger und der Vermeidung eines „Windhundrennens“ vor dem Hintergrund des § 73d StGB-E in Gefahr geraten kann, wenn während eines möglicherweise mehrere Jahre dauernden Strafverfahrens „gut informierte und rechtsanwaltlich vertretene Geschädigte“ Befriedigung i.S. des § 73d StGB-E erlangen können, bevor anschließend ein Mangelfall eintritt.

Hier ist eine Klarstellung erforderlich, ob dies tatsächlich gewünscht wird.

Da zivilrechtlich Schadensersatzansprüche durch die Neuregelung nicht gesperrt oder gar ausgeschlossen werden sollen, muss der Entwurf auch eine Lösung zur Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme des Schädigers vorsehen. Dies ist in § 459 I StPO-E Abs. 2 geschehen. Soweit der Schädiger den Schadensersatzanspruch nach Einziehung gegen den Verletzten befriedigt, steht ihm ein entsprechender Ausgleichsanspruch gegen den Staat zu.

8. Einziehung von Tatprodukten etc. bei anderen, § 74a StGB-E

Nach dieser Vorschrift können Tatprodukte, Tatmittel und Tatobjekte auch bei Dritten eingezogen werden. Die zweite Alternative („sie in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hatte“) greift auf den unbestimmten Rechtsbegriff „in verwerflicher Weise“ zurück. Dieser Begriff muss jedenfalls – wie beispielsweise beim Tatbestand der Nötigung – verhältnismäßig ausgelegt werden und soll wohl im Ergebnis eine Einschränkung der Einziehung beim Dritten bedeuten. Griffig ist die Formulierung aber nicht.

II. Strafverfahrensrecht

Auch das Strafverfahrensrecht soll signifikante Änderungen erfahren.

1. Ausgangspunkt – Zwei Sicherungsinstrumente, §§ 111b und 111e StPO-E

Im Ausgangspunkt unterscheidet der Referentenentwurf – wie das geltende Recht – zwischen zwei Sicherungsinstrumenten. Dient die Beschlagnahme der Sicherung der Einziehung (§§ 111b – 111d StPO-E), wird die Einziehung des Wertersatzes durch Vermögensarrest (terminologisch nach geltendem Recht: dinglicher Arrest) gesichert (§§ 111e – 111g StPO-E; Referentenentwurf, S. 81).

Die Ausgangsnorm zur Anordnung der Beschlagnahme, § 111b StPO-E, lässt den Anfangsverdacht als schwächsten strafprozessualen Verdachtsgrad nach wie vor ausreichen, was gerade im Kontext des Brutto-Prinzips in der Rechtspraxis zu gravierenden Problemen führt, sodass die Konturierung des Brutto-Prinzips (vgl. dazu §

73e StGB-E, dazu oben) gerade mit Blick auf die strafprozessualen Sicherungsmaßnahmen besonderer Hervorhebung bedarf.

Problematisch an der geplanten Neuregelung ist, dass die bislang in § 111b Abs. 3 S. 1 StPO (geltendes Recht) normierte Stufenregelung, wonach die Anordnung der Beschlagnahme spätestens nach sechs Monaten aufzuheben ist, wenn nicht dringende Gründe, also ein erhöhter Verdachtsgrad, gegeben waren, ersatzlos gestrichen werden soll. Schon die bisherige Ausdehnung der 6-Monatsfrist durch § 111b Abs. 3 S. 2 StPO hatte zur Folge, dass allein aufgrund eines einfachen Verdachtsgrads schwerwiegende Eingriffe in Rechte Beschuldigter und Dritter für insgesamt 12 Monate ermöglicht werden. Aus Sicht des DAV stellte bereits diese Erweiterung des einfachen Tatverdachts auf 12 Monate eine unangemessene Beeinträchtigung des Betroffenen dar, die allein aufgrund eines bloßen Verdachts der deliktischen Herkunft des Vermögens über einen erheblich langen Zeitraum ihre Verfügungsbefugnis verlieren. Der vollstreckungssichernde Zugriff nach den §§ 111b ff. StPO (geltendes Recht) stellt ein Eingriff in die Rechte von Beschuldigten und Dritten i.S. des § 73 Abs. 3 StGB bezüglich eines möglicherweise deliktisch erlangten Vermögens dar. Ein solcher Eingriff wiegt zudem erheblich schwerer als die Beschlagnahme von Beweisgegenständen nach den §§ 94 ff. StPO, für die jedoch derselbe Verdachtsgrad gilt. Der Hinweis im Referentenentwurf (S. 81), die Dauer der Sicherungsmaßnahme richte sich damit künftig allein nach dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, macht deutlich, dass die Rechtsposition des Betroffenen erheblich geschwächt wird. Für eine Verletzung bzw. Nichteinhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes müssen in der praktischen Anwendung regelmäßig Gründe durch den Betroffenen dargelegt werden (faktische Darlegungslast), die bisherige Stufenregelung des § 111b Abs. 3 StPO hingegen auferlegt das Begründungserfordernis zu Recht der Strafjustiz.

Weiter soll die Beschlagnahme des § 111b der Regelfall werden (Soll-Regelung), welche die bisherige Kann-Regelung ablösen soll.

Auch die Anordnung des Vermögensarrestes (§ 111e StPO-E) erfährt insofern eine Neuerung, als die nach geltendem Recht erforderliche sinngemäße Anwendung der §§ 917, 920 Abs. 1 und 923 ZPO nicht mehr erforderlich ist, mit der Folge, dass es nunmehr eines Arrestgrundes – im zivilprozessualen Sinne – nicht mehr bedarf

(Referentenentwurf, S. 83). Dies hat zur Folge, dass ein Begründungsaufwand insoweit nicht mehr erforderlich ist. Auch dies reduziert den Schutz des Betroffenen. Soweit die Formulierung in § 111b Abs. 1 StPO-E „zur Sicherung der Vollstreckung“ aus Sicht der Verfasser des Referentenentwurfs das Erfordernis eines Arrestgrundes darstellen sollte, so bedürfte es insoweit einer Klarstellung dahingehend, dass dieses Kriterium („zur Sicherung der Vollstreckung“) einen echten Arrestgrund darstellt, der den bisherigen Verweis in § 111d Abs. 2 StPO auf § 970 ZPO deshalb entbehrlich macht, weil dasselbe nunmehr durch § 111b Abs. 1 StPO-E geregelt werden soll.

Jedenfalls ist im Falle des Vermögensarrests der Beschuldigte schlechter gestellt als der Schuldner im Zivilrecht. Da Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes nach den §§ 916 ff. ZPO nur eine vorläufige Befriedigung ist – vergleichbar mit der strafprozessualen vorläufigen Sicherstellung –, werden im Zivilrecht an den Nachweis des Verfügungsgrundes, die Schlüssigkeit und Glaubhaftmachung hohe Anforderungen gestellt. Die Rechtsverfolgung des Antragstellers muss aufgrund der glaubhaft zu machenden Tatsachen eine hinreichende Aussicht auf Erfolg in der Hauptsache bieten. Dies ist in der Regel der Fall, wenn ein Obsiegen des Antragstellers im Hauptprozess wahrscheinlich gemacht ist; andernfalls wären die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht zu rechtfertigen. Nachdem schon bislang die strafprozessuale Arrestanordnung weder eine Glaubhaftmachung von Anspruch und Arrestgrund noch eine Sicherheitsleistung des Gläubigers erforderlich machte (§ 111d Abs. 2 StPO), soll es nunmehr nach hiesigem Verständnis (vgl. oben) eines Arrestgrundes überhaupt nicht mehr bedürfen. Diese Eingriffsschwellen sind aus Sicht des DAV signifikant zu niedrig und die diesbezügliche Regelung im Referentenentwurf (§ 111e StPO-E) ist daher abzulehnen.

Um das kommende Strafverfahren mit Blick auf die Sicherungsinstrumente, insbesondere mit Blick auf das Sicherungsinstrument des Vermögensarrests zur Sicherung der Wertersatzentziehung (§ 111e StPO-E) hinreichend rechtstaatlich auszugestalten, fordert der DAV, dass der Vermögensarrest als Sicherungsinstrument nur in Betracht kommt bei dringendem Tatverdacht, nicht schon bei Vorliegen eines Anfangsverdachts. Soweit dies durch einige Staatsanwaltschaften auch in Ansehung des geltenden Rechts so gehandhabt wurde, ist diese Handhabung einer einschränkenden Gesetzesauslegung mit Blick auf die gravierende

Grundrechtsbeeinträchtigung durch einen Vermögensarrest (dinglichen Arrest) zu begrüßen. Der Gesetzgeber sollte gerade wegen der gravierenden Grundrechtsbetroffenheit hier eine Klarstellung und eine Limitierung auf Konstellationen des dringenden Tatverdachts vornehmen. Dann wäre eine Parallele zum Recht der Untersuchungshaft (§§ 112 ff. StPO) hergestellt. In diesem Kontext bietet sich weiter an, eine Parallele auch insoweit herzustellen, als der Vermögensarrest in Konstellationen, in denen kein entsprechendes Urteil ergangen ist, wegen derselben Tat nur dann über sechs Monate hinaus vollzogen werden kann, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer des Vermögensarrests rechtfertigen (Parallele zu § 121 Abs. 1 StPO).

2. Spannungsverhältnis zwischen Straf- und Insolvenzverfahren

Eine wichtige und begrüßenswerte Novellierung betrifft das Bestreben, das Verhältnis zwischen strafprozessualer Sicherung und Insolvenzverfahren zu harmonisieren. Freilich zeigt der Referentenentwurf, dass dieses Bestreben schwierig zu bewirken ist. Nach geltendem Recht ist die Frage, ob ein (strafprozessuales) Arrestpfandrecht nach Insolvenzeröffnung noch Bestand hat oder aufzuheben ist, zwischen Oberlandesgerichten umstritten (vgl. dazu nur *Rönnau*, ZInsO 2012, 509 ff.).

Der Referentenentwurf trifft im Ausgangspunkt folgende Regelungen:

Das durch die Vollziehung eines Vermögensarrestes entstandene Sicherungsrecht bleibt trotz Insolvenzeröffnung wirksam (§ 111h Abs. 1 StPO-E i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 2 InsO).

Darüber hinaus im Einzelnen:

a. Beschlagnahme Gegenstände im Insolvenzfall, § 111d Abs. 1 S. 2 StPO-E

In den Blick zu nehmen ist weiter die Regelung des § 111d Abs. 1 S. 2 StPO-E, wonach die Wirkung der Beschlagnahme von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das

Vermögen des Betroffenen nicht berührt werden soll. Die Regelungen zum Bestand der Beschlagnahme und der Ausschluss ihrer Anfechtbarkeit im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sollen verhindern, dass der dem Verletzten durch die Straftat entzogene Gegenstand in die Insolvenzmasse fällt und für den Verletzten dauerhaft verloren ist; zugleich soll der Insolvenzverwalter mit seinem Pflichtenkreis vor einer Nähe zum Geldwäschestraftatbestand geschützt werden (Referentenentwurf, S. 55, 82).

Durch den Bestand der Beschlagnahme im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Täters und den Ausschluss der Anfechtbarkeit kommt es zu einer faktischen Trennung zwischen dem beschlagnahmten Vermögen (und den hieran Berechtigten) und dem übrigen Vermögen des Täters (und den sonstigen Gläubigern). Aus *insolvenzrechtlicher Perspektive* erscheint dies richtig, soweit den dinglich am Beschlagnahmegut Berechtigten im Insolvenzverfahren ohnehin ein Aussonderungsrecht zustehen würde. Auch den nicht dinglich am Beschlagnahmegut Berechtigten unter Ausschluss der Anfechtbarkeit der Beschlagnahme eine solche Rechtsstellung zu verschaffen, stellt – aus *insolvenzrechtlicher Perspektive* – einen Systembruch gegenüber den allgemeinen insolvenzrechtlichen Wertungen der Aus- und Absonderungsrechte dar, weil dies im Insolvenzfall zu einer Privilegierung des nicht dinglich berechtigten Tatverletzten gegenüber sonstigen Gläubigern des Täters führt. Würde man insolvenzrechtlichen Regelungen folgen, so müssten auch Beschlagnahmegegenstände in ein Insolvenzverfahren einbezogen und die hieran Berechtigten durch entsprechende Mitteilung an den Insolvenzverwalter verwiesen werden. Aussonderungsrechte dinglich Berechtigter könnten nach dem Abschluss des Strafverfahrens auch durch den bestellten Insolvenzverwalter bedient werden. Durch die Privilegierung würden insolvenzrechtliche Vorrechte geschaffen, die der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger zuwiderlaufen.

Aus *insolvenzrechtlicher Perspektive* wäre es wünschenswert vor dem Hintergrund der im Referentenentwurf skizzierten Nähe zum Geldwäschetatbestand (S. 82 Ref-E) und dem Tatbestand der Hehlerei den Insolvenzverwalter im Sinne der Rechtssicherheit effektiv durch dahingehende tatbestandsausschließende Sonderregelungen zu schützen. Die fehlende Tatbestandsmäßigkeit des Verwalterhandelns im Rahmen seiner Verwertungsaufgaben sollte in Ergänzung der Regelungen zu §§ 257 ff. StGB

grundsätzlich klargestellt werden (einschließlich der Möglichkeit zur Verwertung von Gegenständen bei fehlender Anmeldung von Aussonderungsrechten).

Aus *strafrechtlicher Perspektive* verhalten sich die Dinge hinsichtlich einer Privilegierung der Straftatverletzten anders. Denn insoweit ist die Regelung des § 111d Abs. 1 S. 2 StPO-E konsequent und richtig. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Verletzten von Straftaten gegenüber sonstigen Gläubigern des Beschuldigten rechtfertigt sich dadurch, dass die Verletzten von Straftaten – namentlich hinsichtlich von Vermögensdelikten – regelmäßig entweder durch Willensbeugung, durch Täuschung oder durch die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht, also in deliktischer Hinsicht willensbeeinträchtigend, einen Vermögensschaden erlitten haben. Dies ist jedoch – im Regelfall – eine andere Konstellation als die Situation eines sonstigen Gläubigers, der etwa aufgrund eines synallagmatischen Austauschverhältnisses in einem Insolvenzverfahren auf die Masse verwiesen ist. Aus *strafrechtlicher Perspektive* ist die Regelung des § 111d Abs. 1 S. 2 StPO-E daher konsequent.

Wünschenswert wäre indes jedenfalls, diese Differenzierung – soweit sie dem gesetzgeberischen Willen entspricht – im Referentenentwurf zu thematisieren und die Position des Gesetzgebers klarzustellen.

b. Durch Arrestvollziehung entstandene Sicherungsrechte im Insolvenzfall, §§ 111h Abs. 1, 111i Abs. 1 StPO-E

Zentral ist des Weiteren die geplante Regelung des § 111i StPO-E.

Die für das Verhältnis zum Insolvenzrecht zentrale Vorschrift des § 111i StPO-E regelt in Abs. 1 die Konstellation, dass das Insolvenzverfahren durch Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers eröffnet wird. Nachdem diese Konstellation bislang nicht geregelt war (vgl. oben), wird nunmehr für dieses Spannungsverhältnis der Grundsatz der „Gläubigergleichbehandlung“ (Referentenentwurf, S. 85) eingeführt. Gem. Abs. 1 erlischt das Sicherungsrecht an den sichergestellten Vermögensgegenständen, wobei der Vermögensarrest selbst bestehen bleibt, mit der insolvenzrechtlichen Folge der gleichmäßigen Auskehrung an die einzelnen Gläubiger (quotal) im Insolvenzverfahren.

Abs. 2 des § 111i StGB-E normiert den nicht seltenen Fall, dass der Wert der sichergestellten Gegenstände insgesamt bzw. des arretierten Wertersatzes nicht ausreicht, um die Ansprüche, die dem Verletzten aus der Tat erwachsen sind und ernsthaft eingefordert sind, vollständig zu befriedigen (Mangelfälle). Für diese Konstellation ermächtigt § 111i Abs. 2 S. 1 StPO-E eine Fiktion, wonach die Staatsanwaltschaft als für den Verletzten ermächtigt „gilt“, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arrestschuldners zu stellen. Diese Ermächtigung soll zugleich eine korrespondierende Pflicht der Staatsanwaltschaft begründen (Referentenentwurf, S. 85).

Ausweislich S. 85 des Referentenentwurfs gilt für § 111i Abs. 1 StPO-E:

*„Absatz 1 regelt den Fall, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen des (Arrest-)Schuldners aufgrund des Antrags des Schuldners oder eines Gläubigers eröffnet wird. In dieser Fallkonstellation erlischt das Sicherungsrecht an den sichergestellten Vermögensgegenständen; die Vermögenswerte werden damit für die gesetzlich vorgesehene Befriedigung **der Tatgeschädigten nach der Insolvenzordnung frei** [Hervorhebung der Verfasser].“*

Auch an dieser Stelle also folgt der Referentenentwurf der Vorstellung der – aus *strafrechtlicher Perspektive* begrüßenswerten, aus *insolvenzrechtlicher Perspektive* jedoch abzulehnenden – Privilegierung der Straftatverletzten gegenüber sonstigen Gläubigern (vgl. dazu, oben).

Hier gilt ebenso, dass der Entwurf bzw. dass der Gesetzgeber klarstellen sollte, ob dies, und bejahendenfalls aus welchen Gründen, gewünscht ist oder nicht. Denn aus dem Gesetzestext wird diese Privilegierung des Tatgeschädigten nicht deutlich. Wenn das durch die Arrestvollziehung entstandene Sicherungsrecht (= Pfändungspfandrecht) erlischt, erschließt sich nicht, wie sich dies zu § 111h Abs. 1 StPO-E verhält und worauf sich dann eine Privilegierung des Tatgeschädigten ergeben sollte. Die Lage entspräche dann derjenigen eines noch nicht vollzogenen Arrests.

Da der Vermögensarrest auch der Vollstreckung einer Geldstrafe und der Beteiligung von Verfahrenskosten dienen soll (§ 111e Abs. 2 StPO-E wäre *zivilrechtlich* konsequent, mit dem Gedanken des Opferschutzes durch eine Klarstellung dahingehend ernst zu machen, dass die Tatgeschädigten Vorrang vor der Vollstreckung der Geldstrafe und der Verfahrenskosten haben. *Strafrechtlich* betrachtet hätte dies aber zumindest die Implikation, dass eine verhängte Geldstrafe ggf. nicht bezahlt werden könnte und deshalb in eine Ersatzfreiheitsstrafe umzuwandeln wäre. Diese Wechselwirkung muss der Gesetzgeber bedenken und mit ihr muss er sich auseinandersetzen. Schließlich sollte erwogen werden, ob der Vorrang der Tatgeschädigten auf den Betrag beschränkt wird, um den die Insolvenzmasse als Folge der Tat erhöht ist. Soweit nämlich der Vermögensarrest wegen eines Geldbetrages in Höhe des Wertes des ursprünglich Erlangten erfolgt (§ 73c StGB-E) und dieser Wert bei dem Täter/Teilnehmer noch vorhandene Vorteile (z.B. Erlös aus einer Veräußerung) übersteigt, geht der Arrest zulasten der übrigen Gläubiger des Täters/Teilnehmer. Der Vorrang der Tatgeschädigten würde diese insoweit zum Nachteil der übrigen Gläubiger ohne sachliche Rechtfertigung bevorzugen.

Aus *insolvenzrechtlicher Perspektive* sollte hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Insolvenzverwalter und Staatsanwaltschaft klargestellt werden, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen (Beschuldigten oder Täters) die Verantwortlichkeit für die Verwaltung der in Vollziehung des Arrests gesicherten Vermögenswerte und die Zuständigkeit für die Befriedigung von Ansprüchen Tatverletzter bis zum Abschluss der Schlussverteilung allein dem bestellten Insolvenzverwalter obliegt.

Im Zuge dessen ist zu klären oder jedenfalls im Rahmen des Gesetzesvorhabens zu bedenken, welche Auskunfts- bzw. Einsichts-Möglichkeiten der Insolvenzverwalter hinsichtlich der Straftakte hat und haben soll. An dieser Stelle kann – je nach konkretem Ermittlungsverfahren – ein manifester Widerspruch zwischen den Interessen des Beschuldigten und den Interessen des (gegebenenfalls vorläufigen) Insolvenzverwalters bestehen. *Insolvenzrechtlich* ist der Wunsch des Insolvenzverwalters verständlich, im Interesse der Insolvenzgläubiger (einschließlich der tatgeschädigten Gläubiger) ein umfassendes Auskunftsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft eingeräumt zu bekommen und ferner alle für die Verwaltung

erforderlichen Unterlagen und Dokumente seitens der Staatsanwaltschaft herausverlangen zu können, insbesondere die Rückmeldung der Geschädigten auf die Mitteilung nach § 111I Abs. 3 StPO-E. Der Insolvenzverwalter ist daher aus insolvenzrechtlicher Perspektive ganz wesentlich auf die Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft angewiesen. Es ist daher von erheblicher Bedeutung, dem Insolvenzverwalter ein umfassendes Auskunftsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft einzuräumen.

Insolvenzrechtlich betrachtet würde ein solches Akteneinsichtsrecht auch die rechtliche und tatsächliche Diskussion, die häufig geführt wird, um das Recht der Akteneinsicht beenden. Das *OLG Braunschweig* musste in seinem Beschluss vom 10.3. 2016 (1 Ws 56/16, ZInsO 2016, 1011) kürzlich über das Akteneinsichtsrecht eines Sachverständigen entscheide und hat ihm ein umfassendes gewährt. Hier zeigt sich eine zum Teil sehr unterschiedliche Handhabung des Akteneinsichtsrechts gem. § 475 StPO durch Staatsanwaltschaften.

Freilich ist *strafrechtlich* betrachtet zu sehen, dass ein solches „umfassendes Auskunftsrecht“ eine Besserstellung des Insolvenzverwalters gegenüber der geltenden Rechtslage bedeutete, weil der Insolvenzverwalter derzeit auf die (allgemeinen) Akteneinsichtsmöglichkeiten des § 475 StPO verwiesen ist (wobei zu sehen ist, dass entsprechenden Akteneinsichtersuchen seitens Insolvenzverwaltern durch die zuständigen Staatsanwaltschaften bzw. Strafgerichte ganz regelmäßig entsprochen werden). Dass § 97 Abs. 1 S. 3 InsO den Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des „Schuldners“ vor dem Hintergrund einer Stellung als Beschuldigter in einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren schon wegen des verfassungsrechtlich abgesicherten nemo-tenetur-Prinzips notwendige Grenzen setzt, vermag aus strafrechtlicher Perspektive eine – durch den Referentenentwurf nicht intendierte – Besserstellung des Insolvenzverwalters gegenüber sonstigen Personen, die ein Interesse an Akteneinsicht haben, nicht zu begründen.

Insoweit ist zu klären, ob der Insolvenzverwalter wie ein sonstiger Außenstehender zu behandeln ist, d. h. ob er auf die in der StPO normierten Akteneinsichtsrechte zu verweisen ist, namentlich auf § 475 StPO.

Wünschenswert ist daher, das Kompetenzverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Insolvenzverwalter, namentlich die einzelnen Kompetenzen des Insolvenzverwalters, vor dem Hintergrund des § 111i StPO-E noch klarer zu regeln.

Dies betrifft insbesondere auch die in § 111i Abs. 2 S. 1 StPO-E geplante Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft. Insoweit ist zu besorgen, ob der Staatsanwaltschaft diese Prüfung in komplexen Fällen aufgrund eigener Sachkunde möglich ist. Zu verweisen ist auf zahlreiche Konstellationen aus der Praxis, in denen Staatsanwaltschaften das Tatbestandsmerkmal der „Zahlungsunfähigkeit“ in § 283 StGB wie auch in § 15a InsO bejahen und öffentliche Klage erheben, Strafgerichte jedoch nach erfolgter Beweisaufnahme hierüber keine diesbezüglichen Feststellungen treffen können. Würde, was der Referentenentwurf fordert, die Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft regelmäßig mit Anklageerhebung erfolgen, so lägen Konstellationen vor, in denen vorschnell und unzutreffend Insolvenzantrag, noch dazu durch eine staatliche Behörde, die Staatsanwaltschaft, gestellt ist. Es liegt hierbei auf der Hand, dass eine (vorschnelle und in der Sache nicht gerechtfertigte) Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft den hiervon Betroffenen in erheblicher Weise schädigt. Weit über die Beeinträchtigung der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens hinaus würde etwa ein Unternehmer, dessen Wettbewerber Kenntnis von der Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft erlangen, irreparabel und damit dauerhaft geschädigt, wenn in der Branche bekannt wird, dass die Staatsanwaltschaft in einem Strafverfahren Insolvenzantrag gestellt hat.

Mit Blick auf die Rechtssphäre von Beschuldigten ist daher zu fordern, von einer Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft abzusehen. Stattdessen könnte in den MiStra oder alternativ auch in § 111I StPO-E geregelt werden, dass die Staatsanwaltschaft den durch die Tat Verletzten Mitteilung macht, dass Hinweise für eine Zahlungsunfähigkeit und damit für einen Insolvenzgrund des beschuldigten Schuldners vorliegen. Dadurch mag sich der potentielle Straftatverletzte aufgerufen fühlen, einen Dritt-Insolvenzantrag zu stellen. Damit wäre das derzeitige System des Insolvenzrechts beibehalten, wonach die Prüfung des Vorliegens eines Insolvenzeröffnungsgrundes Aufgabe der vorläufigen Insolvenzverwaltung ist (ohne staatsanwaltschaftliches Präjudiz).

Insolvenzrechtlich betrachtet, erscheint jedoch eine frühe Insolvenzantragstellung sinnvoll. Denn wegen der zeitlichen Anknüpfung der in der InsO definierten Anfechtungszeiträume an die Stellung des Insolvenzantrags (vgl. S. 86 Ref-E, dort Abs. 6: „Dies wird regelmäßig bei Anklageerhebung der Fall sein.“) kann der Zeitpunkt der Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft für die Gläubigergesamtheit von Bedeutung sein. Mit der Anklageerhebung wird eine vermehrte Inanspruchnahme des Angeklagten und Befriedigung einzelner durch die Tat verletzter Personen einhergehen, weshalb im „Mangelfall“ eine zügige Antragstellung nach Anklageerhebung geboten ist, um berechtigte Anfechtungen nicht durch Zeitablauf zu erschweren oder unmöglich zu machen. Alternativ könnte für die Anfechtung einer Befriedigung einzelner Verletztenansprüche durch den Täter in zeitlicher Hinsicht an die Anklageerhebung oder die Information der Gläubiger statt den Insolvenzantrag angeknüpft werden.

Jedenfalls aber – ungeachtet der Frage, ob eine Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft tatsächlich geregelt wird – steht die Verurteilung des Täters zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die im Regelfall kurz nach der Anklageerhebung erfolgen soll, noch nicht fest. Dementsprechend kann auch das Bestehen der diesbezüglichen Ansprüche weder durch das Insolvenzgericht noch durch den Insolvenzverwalter mit Sicherheit beurteilt werden (vgl. auch *Köllner/Cyrus/Mück*, NZI 2016, 329, 333). Eine Abschlags- oder gar eine Schlussverteilung i.S. des § 111i Abs. 3 StPO-E wird somit erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens möglich sein. Vor diesem Hintergrund erscheint sachgerecht, nach frühzeitiger Insolvenzantragstellung dem Insolvenzgericht nach bereits erfolgter Sicherung des Schuldnervermögens durch Beschlagnahme und Arrest der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit zu einer Aussetzung des Eröffnungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens einzuräumen, schon auch um eine Amtshaftung des Insolvenzrichters zu verhindern.

c. Mitteilungen der Staatsanwaltschaft und Forderungsanmeldung; Veröffentlichung, § 111i Abs. 3, 4 StPO-E

Weiter bietet sich an, die Rückmeldung der Geschädigten auf Mitteilung nach § 111i Abs. 3 StPO-E gegebenenfalls durch Verweis vorsorglich an die Erfordernisse einer Forderungsanmeldung gemäß Insolvenzordnung anzugleichen, um im Fall des § 111i

Abs. 2 StPO-E eine erneute Forderungsanmeldung der Verletzten gegenüber den Insolvenzverwalter entbehrlich zu machen. Umgesetzt werden könnte dies sinnvollerweise in den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (etwa in Form eines Musterschreibens).

3. Erkenntnisverfahren

Das Erkenntnisverfahren bei Einziehungen und Vermögensbeschlagnahme regeln die §§ 421 ff. StPO-E. Gem. § 421 StPO-E darf das Gericht nur dann von der Einziehung absehen, wenn die Einziehung einen unangemessenen Aufwand erfordern würde und die Staatsanwaltschaft zustimmt. Diese Regelung dürfte bestenfalls zu einer stark eingeschränkten Revisibilität des Nebenklägers führen und in der Sache auf eine Beschränkung auf Willkürfälle reduziert sein (so *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131, 135, allerdings mit Blick auf Revisionen des Angeklagten).

Eine Abtrennungsmöglichkeit des Verfahrens über die Einziehung kommt nur in Betracht, wenn die Staatsanwaltschaft zustimmt und die Herbeiführung einer Entscheidung über die Einziehung die Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat „unangemessen erschweren oder verzögern“ würde (§ 422 S. 1 StPO-E). Das weitere Verfahren nach Abtrennung regelt sodann § 423 StPO-E (Referentenentwurf, S. 94, S. 58).

Hervorzuheben ist auch § 433 StPO-E. Nach dieser Vorschrift kann ein Einziehungsbeteiligter, der glaubhaft macht, dass er seine Rechte als Einziehungsbeteiligter ohne sein Verschulden weder im Verfahren des ersten Rechtszugs noch im Berufungsverfahren wahrnehmen konnte, im Nachverfahren geltend machen, dass die Einziehung ihm gegenüber nicht gerechtfertigt sei.

Auf die im Zusammenhang mit der selbständigen Einziehung gem. § 76a StGB-E zu sehende Regelung des § 437 StPO-E, der die besonderen Regelungen für das selbständige Einziehungsverfahren normiert, wurden oben bereits hingewiesen.

4. Vollstreckungsverfahren

Zentral für das Strafverfahren ist die strafvollstreckungsrechtliche Ausgestaltung der Vermögensbeschlagnahme. In Folge des Wegfalls des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB nach geltendem Recht und damit einhergehend des Modells der Rückgewinnungshilfe (vgl. oben), erlangen die §§ 459g ff. StPO-E zentrale Bedeutung.

Gem. § 459h StPO-E findet die Opferentschädigung grundsätzlich im strafrechtlichen Vollstreckungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde statt (vgl. auch Referentenentwurf, S. 101). Je nachdem, ob der Verletzte in Folge der Straftat Eigentum verloren hat oder nicht, findet eine Rückübereignung bzw. eine Herausgabe an ihn statt (§ 459h S. 1 und 2 auf der einen bzw. § 459h Abs. 1 S. 3 StPO-E auf der anderen Seite). Die Befriedigung der Entschädigungsansprüche der Verletzten in Fällen der Einziehung des Wertersatzes in § 459h Abs. 2 StPO-E geregelt.

Die Schlüsselnorm hierzu ist

§ 459 h StPO-E:

„(1) Ein nach den §§ 73 bis 73b des Strafgesetzbuches eingezogener Gegenstand wird dem Verletzten zurückübertragen. Gleiches gilt, wenn der Gegenstand nach § 76a Abs. 1 des Strafgesetzbuches, auch in Verbindung mit § 76a Abs. 3 des Strafgesetzbuches, eingezogen worden ist. In den Fällen des § 75a Abs. 1 Satz 2 des Strafgesetzbuches wird der eingezogene Gegenstand dem Verletzten nach § 111n Abs. 2 herausgegeben, wenn dieser sein Recht fristgerecht bei der Vollstreckungsbehörde angemeldet hat.

(2) Hat das Gericht die Einziehung des Wertersatzes nach den §§ 73c und 76a Abs. 1 Satz 1 des Strafgesetzbuches, angeordnet, wird der Erlös aus der Verwertung der aufgrund des Vermögensarrestes gepfändeten Gegenstände an der Verletzten, dem ein Anspruch aus der Tat erwachsen ist, ausgekehrt; aus dem Verwertungserlös sind die Kosten der Verwertung vorweg zu entnehmen. § 111i Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.“

Das Verfahren für die Alternativen der beiden Absätze wird in §§ 459j und 459k StPO-E niedergelegt. Entscheidend ist jeweils eine Anmeldung des jeweiligen Anspruchs "binnen sechs Monaten nach der Mitteilung der Rechtskraft der Einziehungsanordnung". Beide Vorschriften sehen zur Begründung des Anspruchs in ihrem jeweiligen Abs. 1 gleichlautend Folgendes vor:

"Dabei hat er (der Verletzte, Anm. eingefügt) die Tatsachen anzugeben, die den Anspruch nach seiner Einschätzung begründen. Der Anmeldung sollen Urkunden, aus denen sich der Anspruch ergibt, in Kopie beigefügt werden."

Das sind geringere Anforderungen als die, die dem Verletzten im Hinblick auf die Darlegungslast in einem alternativ gegen den Schädiger zu führenden Zivilprozess abverlangt würde.

Alternativ kann der Verletzte seine Ansprüche auch auf dem Zivilrechtsweg verfolgen und einen sonstigen Vollstreckungstitel (sei es ein Endurteil oder ein anderer Titel gemäß § 794 ZPO) vorlegen, der den geltend gemachten Anspruch feststellt. In dem Falle des zivilrechtlich erzielten Titels ist im Falle des Zugriff auf eingezogene Gegenstände bzw. eingezogenen Wertersatz in nach §§ 459j Abs. 4 und 459k Abs. 4 StPO-E jeweils glaubhaft zu machen, dass der Anspruch aus der Straftat erwachsen ist. Eine mögliche doppelte Belastung des Betroffenen wird durch § 459l Abs. 2 StPO-E dadurch ausgeschlossen, dass der Betroffene, der einen Anspruch des Verletzten befriedigt, einen Ausgleichsanspruch gegen den Staat erhält. Dadurch hat die Konkurrenz zwischen strafrechtlichem und zivilrechtlichem Entschädigungsweg jedenfalls ein geschlossenes System erhalten.

Offen gelassen hat der Entwurf allerdings Fragen der Anrechnung der Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände oder der Auskehrung eingezogener Geldbeträge auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten. Das mag schadensrechtlich unter dem Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs selbstverständlich und nicht regelungsbedürftig sein. Die schadensrechtliche Konstruktion gerät aber an ihre Grenzen, wenn ein Anspruch abgetreten ist oder etwa kraft *cessio legis* auf einen Versicherer

übergegangen ist. Der Deutsche Anwaltverein regt an, den Regelungsbedarf für solche Abtretungsfälle zu überprüfen. Sinnvoll erscheint

- eine Regelung, die sicherstellt, dass Gegenstände trotz Abtretung des Schadensersatzanspruchs an den Verletzten herauszugeben sind;
- eine Klarstellung dahingehend, dass Ansprüche des Verletzten auf Herausgabe von eingezogenen Gegenständen oder Auskehrung von Wertersatz abtretbar sind. Dies würde jedenfalls die Abwicklung von Versicherungsfällen erleichtern und dem Verletzten gegebenenfalls auch die Beleihung solcher Ansprüche ermöglichen. Aus Gründen der Praktikabilität sollte die Wirksamkeit der Abtretung von einer Anzeige bei der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde abhängig gemacht werden.

C. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Referentenentwurf „Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“ ein im Grundsatz aus Sicht des DAV zustimmendes Reformvorhaben betrifft und eine in mehrerlei Hinsicht stringente Regelung darstellt.

Die als „Kernstück des Reformvorhabens“ vorgesehene Neuregelung der Opferentschädigung durch Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB ist konsistent und interessengerecht.

Erforderlich ist, stärker zu betonen, dass die Konturierung des Brutto-Prinzips (§ 73e StGB-E) in Fällen legaler Grundgeschäfte sich lediglich auf die straftatenbezogenen Sondervorteile bezieht und erstreckt. Der Referentenentwurf deutet dies in der Begründung an, ebenso im Normtext des § 73e StGB-E, lässt jedoch auch gegenteilige Interpretationsmöglichkeiten offen. Hier empfiehlt sich eine ausdrückliche Klarstellung.

Der Ausbau des Instituts des erweiterten Verfalls auch über europäischen Konvergenzdruck hinaus ist hingegen abzulehnen.

Der stärkste Diskussionsbedarf besteht hinsichtlich des Instituts der selbständigen Einziehung (§ 76a StGB-E, § 437 StPO-E), insbesondere, weil die Geldwäsche als Katalogtat (§ 261 StGB) als „Einfallstor“ zu sehen ist, dieses Institut der selbständigen Einziehung weiter über den Bereich der organisierten Kriminalität bzw. Terrorismusbekämpfung hinaus anzuwenden.

Der DAV begrüßt es, an der weiteren Diskussion – wie bisher auch – eingebunden zu sein.