

MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI DEMNÄCHST AUCH IN DEUTSCHLAND?

*Darstellung der geplanten non-conviction-based-confiscation-Vorschrift
§ 76a Abs. 4 StGB des Entwurfs zur Reform
der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in Deutschland*

von Till Bettels

Abstract. Il Parlamento tedesco sta per approvare, in sede di trasposizione della direttiva 2014/42/UE, una riforma organica della confisca che – accanto a numerose altre novità, tra le quali l'estensione alla generalità dei reati della confisca allargata, la regolamentazione dei rapporti tra confisca e pretese risarcitorie del danneggiato, la precisazione dei confini del c.d. principio del lordo, la possibilità di riservare il contraddittorio e la decisione finale sulla confisca a una fase processuale successiva al dibattimento, l'introduzione di una confisca a carico degli eredi – prevede per la prima volta nell'ordinamento tedesco una confisca non basata sulla condanna, che si ispira dichiaratamente tanto alle civil forfeitures angloamericane quanto alla confisca di prevenzione italiana. Tale misura potrà essere disposta a carico di beni già sequestrati nel corso di un procedimento penale aperto nei confronti di persone sospettate di aver commesso taluni gravi reati riconducibili, in particolare, al crimine organizzato e al terrorismo, laddove l'azione penale non sia esercitata o non sia possibile giungere a una condanna, allorché il giudice raggiunga comunque il convincimento che i beni in questione "derivino" da un qualsiasi reato (anche diverso, dunque, da quello per il quale è stato aperto il procedimento penale nel cui ambito è stato disposto il sequestro). Tale convincimento potrà basarsi, per esplicita indicazione del legislatore, su una pluralità di indicatori, tra le quali spicca la "crassa sproporzione tra il valore del bene e i redditi legali dell'interessato". Competente a pronunciare la misura sarà lo stesso giudice procedente ovvero, in caso di mancato esercizio dell'azione penale, il giudice (penale) che sarebbe stato competente ove l'azione fosse stata esercitata. Secondo la relazione accompagnatoria, infine, a tale misura non dovrà essere attribuita natura di sanzione penale, bensì di mera misura ripristinatoria dell'ordine economico turbato dall'arricchimento senza causa rappresentato dal reato dal quale il bene proviene; con conseguente inapplicabilità dei principi e delle garanzie costituzionali e convenzionali proprie della materia penale.

Il contributo analizza questa riforma in fieri, dando conto delle prime contrapposte reazioni critiche e fornendone altresì una primissima valutazione, evidenziando come i suoi effetti potrebbero riverberarsi anche sul terreno dell'esecuzione in Germania di misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria italiana.

INHALT: 1. Überblick über den Gesamtentwurf. – 2. Die geplante *non-conviction-based-confiscation*-Vorschrift § 76a Abs. 4 StGB. – 2.1. Tatbestandsvoraussetzungen. – 2.2. Prozessuale „Flankierung“. – 2.3. Rechtsnatur. – 2.4. Bisherige Stellungnahmen. – 3. Fazit.

1. Überblick über den Gesamtentwurf.

Das aktuelle Gesetzesvorhaben zur Reformierung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung¹ sieht eine weitgehende und umfassende Umgestaltung des deutschen Einziehungsrechts vor. Der diesbezügliche Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz wurde im Juli 2016 vom Bundeskabinett als Gesetzesentwurf beschlossen und Ende September 2016 in erster Lesung im Bundestag beraten. Das Gesetz soll Anfang 2017 in Kraft treten. Der Entwurf dient der Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/42/EU „über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten“, geht aber in weiten Teilen über die auf Grund der Richtlinie erforderlichen Änderungen hinaus. Dies gilt insbesondere für die Ausweitung der Möglichkeiten zur *non-conviction-based confiscation*, also zur Einziehung ohne vorangegangenen Nachweis einer konkreten Straftat.²

Weitere Kernpunkte des insgesamt auf Vereinfachung und Effektivierung abzielenden Gesetzgebungsvorhabens sind:

- Die terminologische Vereinheitlichung der bislang in Deutschland gebräuchlichen Begriffe des Verfalls (von Taterträgen) und der Einziehung (von Tatwerkzeugen und durch die Tat hervorgebrachten Gegenständen). Zukünftig soll, in Übereinstimmung mit dem geltenden EU-Recht,³ nur noch der einheitliche Begriff der Einziehung (*confiscation*) verwandt werden.⁴
- Die grundlegende Umgestaltung der Opferentschädigung durch Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 Strafgesetzbuch (StGB). Dadurch würde die Einziehung auch in Fällen ermöglicht, in denen Ansprüche von Verletzten der Straftat bestehen. Die Schadenswiedergutmachung soll danach im Strafvollstreckungsverfahren durch Auskehrung an die Tatgeschädigten erfolgen.⁵

¹ Vgl. [Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung](#) (im Folgenden abgekürzt als Reg-E) sowie [Bundestagsdrucksache 18/9525](#).

² Näher dazu unter 2. Die Möglichkeit der „selbstständigen“ Einziehung ist in § 76a StGB bereits nach geltendem Recht vorgesehen. Sie ist allerdings auf Fälle beschränkt, in denen, beispielsweise wegen der Flucht des Täters, ein tatsächliches Verfolgungshindernis besteht, ansonsten aber alle materiellen Einziehungsvoraussetzungen vorliegen (Näher dazu: Eser § 76a Rn. 3ff in Schönke/Schröder StGB, 29. Auflage 2014).

³ Vgl. zuletzt Art. 1 und 2 Richtlinie 2014/42/EU.

⁴ Vgl. S. 2 des Reg-E.

⁵ Vgl. Reg-E, S. 2.

- Die Ausweitung der Anwendungsfälle der erweiterten Einziehung (bisher erweiterter Verfall gemäß § 73d StGB) auf alle Delikte und nicht mehr, wie bisher, nur auf bestimmte, schwere Taten in Zusammenhang mit Organisierter Kriminalität.⁶ Beibehalten werden soll allerdings auch künftig der bisher geltende Beweismaßstab der gerichtlichen Überzeugung von der deliktischen Herkunft, ohne dass dazu konkrete Erwerbstaten im Einzelnen festgestellt werden müssen.⁷
- Die gesetzliche Konkretisierung der Grenzen des sogenannten „Bruttoprinzips“.⁸
- Die Verbesserung der Abschöpfungsmöglichkeiten bezüglich nachträglich entdeckten Einziehungsgegenständen sowie die Einführung einer strafprozessualen Möglichkeit zur Abtrennung der Entscheidung über die Vermögensabschöpfung von der (in besonderem Maße) dem Beschleunigungsgebot unterliegenden Hauptverhandlung.⁹
- Neuschaffung einer Einziehungsmöglichkeit gegenüber Erben, Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmern durch den geplanten § 73b Abs. 1 Nr. 3 StGB.¹⁰
- Die Effektivierung, Systematisierung und Vereinfachung der Vorschriften zur vorläufigen Sicherstellung von Vermögenswerten gemäß §§ 111b ff. der Strafprozessordnung (StPO).¹¹

2. Die geplante *non-conviction-based-confiscation*-Vorschrift § 76a Abs. 4 StGB.

2.1. Tatbestandsvoraussetzungen.

Nach der Intention des Gesetzesentwurfs soll mit § 76a Abs. 4 StGB ein Abschöpfungsinstrument eingeführt werden, „das mit dem im angloamerikanischen Rechtskreis bekannten Institut der „non-conviction-based confiscation/forfeiture“ und den „misure di prevenzione“ des italienischen Rechts vergleichbar ist.“¹² Die geplante Vorschrift soll es ermöglichen, „aus Straftaten herrührendes Vermögen unklarer Herkunft“ unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung des letzten Besitzers

⁶ Vgl. Reg-E, S. 2, 65: „Künftig kommt jede rechtswidrige Tat als Anknüpfungstat in Betracht“.

⁷ Vgl. Reg-E, S. 75 unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH und des BVerfG.

⁸ Vgl. Reg-E, S. 52f., 62f. Zum sogenannten Brutto-Prinzip vgl. Eser § 73 Rn. 17 in Schönke/Schröder StGB, 29. Auflage 2014.

⁹ Vgl. Reg-E, S. 62, 65.

¹⁰ Vgl. Reg-E, S. 76.

¹¹ Vgl. Reg-E, S. 54f.

¹² So explizit Reg-E, S. 84. Zu den *misure di prevenzione* vgl. ausführlich MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, 2001, S. 345ff., MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, 2012, S. 15ff. sowie in deutscher Sprache Bettels, *Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens*, 2016, S. 176ff.

einziehen zu können.¹³ Der persönliche Anwendungsbereich ist beschränkt auf Personen, gegen die ein Strafverfahren wegen des Verdachts einer besonders schweren Straftat anhängig ist oder war. Die in Frage kommenden Delikte ergeben sich aus dem Tatbestand im geplanten § 76a Abs. 4 S. 3 StGB. Die dort aufgeführten Delikte lassen sich allesamt den Bereichen schwerer Organisierter Kriminalität und des Terrorismus zuordnen. Exemplarisch können insoweit die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen, Menschenhandel, Drogenhandel, Waffenhandel und Geldwäsche genannt werden.

Hinsichtlich dieser Gruppen von Verdächtigen sieht der geplante Tatbestand folgendes vor:

„Ein aus einer rechtswidrigen Tat herrührender Gegenstand, der in einem Verfahren wegen des Verdachts einer in Satz 3 genannten Straftat sichergestellt worden ist, soll auch dann selbständig eingezogen werden, wenn der von der Sicherstellung Betroffene nicht wegen der Straftat verfolgt oder verurteilt werden kann.“¹⁴

Für diese sogenannte „selbstständige“ Einziehung müssen die fraglichen Gegenstände demnach zunächst strafprozessual in einem Verfahren wegen der oben genannten Anknüpfungsdelikte sichergestellt worden sein.

Der Begriff des Herrührens aus einer Straftat ist weit auszulegen und soll sich an der für den Geldwäschetatbestand § 261 StGB geprägten Auslegung orientieren.¹⁵ Maßgeblich ist danach, ob sich nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Kausalzusammenhang zwischen Gegenstand und Vortat herleiten lässt. Dem Begriff unterfallen deshalb nicht nur unmittelbar aus einer Straftat erlangte Gegenstände, sondern auch solche, die durch Verwertungshandlungen den ursprünglichen Gegenstand ersetzt haben.¹⁶ Gesetzlich nicht näher präzisiert sind die Straftaten aus denen der illegale Vermögenswert herrühren muss. Infolgedessen kommen dafür neben den oben genannten Anknüpfungstaten auch alle sonstigen Straftatbestände in Betracht. Nicht erforderlich ist des Weiteren, dass eine konkrete Herkunftstat im Einzelnen festgestellt werden muss.¹⁷ An die Überzeugung des Gerichts von der illegalen Herkunft sollen nach dem Gesetzesentwurf „keine überspannten Anforderungen“ gestellt werden.¹⁸ Bezeichnenderweise stammt diese Formulierung aber aus jenem Urteil des Bundesgerichtshofs, das aus verfassungsrechtlichen Gründen die Reichweite des erweiterten Verfalls gemäß § 73d StGB massiv eingeschränkt hat.¹⁹ Der BGH hatte in dieser Leitentscheidung den Gesetzeswortlaut der Norm („wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, dass diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind“) dergestalt eingeschränkt, dass nur die

¹³ Reg-E, S. 66.

¹⁴ So Reg-E, S. 14.

¹⁵ Reg-E, S. 84.

¹⁶ Näher dazu: Stree/Hecker § 261 Rn. 9 in Schönke/Schröder StGB, 29. Auflage 2014.

¹⁷ Vgl. Reg-E, S. 84 bezugnehmend auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum erweiterten Verfall gemäß § 73d StGB (BGHSt 40, 371ff. = BGH NJW 1995, 470 und BGH NStZ-RR 2010, 385).

¹⁸ Vgl. Reg-E, S. 84 bezugnehmend auf BGHSt 40, 371ff. und BGH NStZ-RR 2010, 385.

¹⁹ BGHSt 40, 371ff. = BGH NJW 1995, 470ff.

„uneingeschränkte Überzeugung“ von der illegalen Herkunft zur Anordnung des erweiterten Verfalls führen darf.²⁰ „Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln an einer deliktischen Herkunft von Tätervermögen Anlaß geben“, stehen nach der Entscheidung der Anordnung der Maßnahme entgegen.²¹ Legt man für die Auslegung des geplanten § 76a Abs. 4 StGB diese strenge Sichtweise zu Grunde, ist fraglich, ob die Vorschrift in der Praxis den gewünschten Erfolg erzielen wird.

2.2. Prozessuale „Flankierung“.

Innovativ und für die italienische Perspektive von besonderem Interesse ist die verfahrensrechtliche „Flankierung“²² der Norm durch den ebenfalls neugeplanten § 437 Strafprozessordnung. Darin findet, für das deutsche Recht erstmalig, der sogenannte „Missverhältnis-Ansatz“ Erwähnung.²³ Absatz 1 Satz 1 der geplanten Norm sieht folgendes vor:

„Bei der Entscheidung über die selbstständige Einziehung nach § 76a Absatz 4 des Strafgesetzbuchs kann das Gericht seine Überzeugung davon, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, insbesondere auf ein grobes Missverhältnis zwischen dem Wert des Gegenstandes und den rechtmäßigen Einkünften des Betroffenen stützen.“²⁴

Als weitere Anhaltspunkte für die Bildung der Überzeugung von der illegalen Herkunft nennt Satz 2:

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

Nach den Erläuterungen des Entwurfs soll die Norm „ergänzende Verfahrensregelungen“ für die selbstständige Einziehung vorsehen, die den Besonderheiten des geplanten Abschöpfungsinstrumentes Rechnung tragen.²⁵ An dieser Stelle wird das geplante selbstständige Einziehungsverfahren explizit als „Verfahren gegen die Sache („*ad rem*“) bezeichnet, welches sich „nicht gegen eine Person“ richte.²⁶

In beweisrechtlicher Hinsicht leitet der Entwurf aus § 437 StPO ab, dass sich das selbstständige Einziehungsverfahren trotz seiner strafprozessualen Einbindung „an

²⁰ Vgl. Rn. 8 der Entscheidung.

²¹ Vgl. Rn. 9 der Entscheidung.

²² So Reg-E, S. 84.

²³ In der Praxis hat dieser Ansatz aber auch bisher eine wichtige Rolle gespielt. Vgl. hierzu beispielhaft die BVerfG-Entscheidung zu § 73d StGB (BVerfG NJW 2004, 2073, 2078). Darin hatten Landgericht und BGH die Annahme der illegalen Herkunft bestimmter Vermögensgegenstände im Kern auf die Diskrepanz zwischen tatsächlich verfügbarem Vermögen und dauerhaftem Durchschnittseinkommen des Verurteilten abzüglich seiner Lebenshaltungskosten gestützt.

²⁴ Vgl. Reg-E, S. 31.

²⁵ Vgl. Reg-E, S. 108ff.

²⁶ So Reg-E, S. 108.

den zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislastregeln“ orientieren soll.²⁷ Erforderlich sei demnach ein belastbarer Beweisvortrag der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der illegalen Herkunft beziehungsweise des „Missverhältnisses“ der Güter. Dieser könne sodann vom Betroffenen substantiiert widerlegt werden, um die Einziehung abzuwenden. Als ausreichendes Kernelement des staatsanwaltlichen Beweisvortrages sieht der Entwurf somit die Darlegung des „Missverhältnisses“ vor, von dem als alleiniges Merkmal der Schluss auf die deliktische Herkunft des sichergestellten Gegenstandes gezogen werden darf.

Hinsichtlich der Widerlegungsmöglichkeit des Betroffenen wird ausgeführt, dass ein bloßes „Bestreiten“ der illegalen Vermögensherkunft „mit Nichtwissen“²⁸ die Einziehung „in aller Regel nicht abwenden“ könne. Auch an Hand der Kommentierung zu § 427 StPO des Entwurfs („Befugnisse des Einziehungsbeteiligten im Hauptverfahren“) wird deutlich, dass die Entwurfsverfasser das *Nemo-tenetur*-Prinzip und andere strafprozessuale Grundprinzipien im selbstständigen Einziehungsverfahren nur eingeschränkt für anwendbar halten.²⁹ Sinngemäß heißt es dort: Da der Einziehungsbeteiligte nur einer quasi-bereicherungsrechtlichen Maßnahme ausgesetzt wird, die keinen Strafcharakter aufweist, soll für ihn das *Nemo-tenetur*-Prinzip nicht in gleichem Umfang gelten, wie für einen Angeklagten.

In gewisser Weise widersprüchlich steht dieser Einschränkung der geplante § 437 Abs. 2 StPO gegenüber, der festlegt, dass § 261 StPO (Grundsatz der freien strafrichterlichen Beweiswürdigung) im selbstständigen Einziehungsverfahren uneingeschränkt anwendbar bleiben soll.³⁰ § 261 StPO gilt als „bestimmende Grundsatznorm“ des deutschen Strafprozesses.³¹ Über ihn werden unter anderem die Regeln strafrichterlicher Beweiswürdigung und die Entscheidungsregel *in dubio pro reo* der revisionsrechtlichen Überprüfung zugänglich gemacht.³²

Ausscheiden soll die selbstständige Einziehung nach dem Entwurf, wenn die Unschuld des Betroffenen wegen der Tat, welche der Sicherstellung zu Grunde liegt, bewiesen wurde.³³ Dies wird aus den in § 437 Abs. 1 S. 2 StPO genannten weiteren Anhaltspunkten zur Entscheidung über die illegale Herkunft abgeleitet.³⁴ Diese sollen im Übrigen den Anwendungsbereich der Norm auf Fälle präzisieren, in denen die Verstrickung des Angeklagten in kriminelle Aktivitäten nach dem Ergebnis der Ermittlungen zwar auf der Hand liegt, ein Nachweis konkreter Einzeltaten den Strafverfolgungsbehörden aber nicht möglich ist.

²⁷ So Reg-E, S. 108.

²⁸ Zur zivilrechtlichen Bedeutung des Begriffs vgl. Fritsche § 138, Rn. 27ff. in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Auflage 2016.

²⁹ Vgl. Reg-E, S. 104f.

³⁰ Vgl. Reg-E, S. 32, 108.

³¹ So Miebach § 261 Rn. 1 in Münchener Kommentar zur StPO (MüKo StPO), 1. Auflage 2016.

³² Vgl. dazu Miebach § 261 Rn. 91ff., 342ff. und 401ff. in MüKo StPO 2016.

³³ Vgl. Reg-E, S. 108 bezugnehmend auf die in der Rechtsprechung des EGMR hervorgehobene „innocent owner defense“, vgl. EGMR, 24.7.2012, Nowakowski vs. Polen, Nr. 55167/11, Rn. 46ff sowie EGMR, 24.10.1986, AGOSI vs. Großbritannien, Nr. 9118/80 Rn. 52-56.

³⁴ Vgl. Reg-E, S. 108.

Zuständig für die Entscheidung über die selbstständige Einziehung gemäß § 76a Abs. 4 StGB soll nach dem Entwurf grundsätzlich das Strafgericht sein, das im Fall der Strafverfolgung des Einziehungsadressaten zuständig wäre (vgl. § 436 Abs. 1 S. 1 StPO).³⁵

2.3. Rechtsnatur.

Wie nicht zuletzt aus rechtsvergleichender Perspektive deutlich wird, spielt die Bestimmung der Rechtsnatur erweiterter Einziehungsvorschriften eine entscheidende Rolle für die Bewertung ihrer grund- und menschenrechtlichen Zulässigkeit.³⁶ Dabei führt die Einordnung als Strafsanktion prinzipiell zu unüberwindbaren Problemen hinsichtlich des Schuldgrundsatzes und anderer strafrechtlicher Garantien (vgl. insbesondere Art. 6 Abs. 2 und 3 sowie Art. 7 EMRK und Art. 4, 7. Zusatzprotokoll zur EMRK). Die Einordnung als präventive Maßnahme führt hingegen zur Nichtanwendbarkeit strafrechtlicher Garantien.³⁷

Vor diesem Hintergrund setzt sich auch der deutsche Entwurf mit der dogmatischen Einordnung der geplanten „selbstständigen“ Einziehungsvorschrift auseinander und führt diesbezüglich folgendes aus:

„Das Instrument zielt nicht auf die Verhängung einer Sanktion gegen den Betroffenen. Es soll vielmehr strafrechtswidrige Vermögenslagen beseitigen, um die Nutznießung von Verbrechenngewinnen oder deren Reinvestition in kriminelle Aktivitäten zu verhindern. Das Ziel der Maßnahme ist es also, eine Störung der Vermögensordnung zu beseitigen und so der materiellen Rechtsordnung Geltung zu verschaffen. Es handelt sich damit um eine in die Zukunft gerichtete Maßnahme der Vermögensabschöpfung, die nicht dem Schuldgrundsatz unterliegt. Das Instrument steht damit im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsnatur und zum Zweck der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 – BVerfGE 110, 1-33, Rn. 102 f. zum „erweiterten Verfall“).“³⁸

³⁵ Damit wird für die neugeschaffene Möglichkeit der *non-conviction-based-confiscation* die auch bisher für das selbstständige Einziehungsverfahren geltende Zuständigkeitsregelung gemäß § 441 StPO übernommen.

³⁶ Vgl. dazu überblicksweise Meyer, "Reformiert die Rückgewinnungshilfe!", Denkanstöße für eine Generalüberholung der Vermögensabschöpfung, ZStW 2015, S. 258.

³⁷ Als eindruckliches Beispiel hierfür sind die italienischen *misure di prevenzione patrimoniali* sowie die diesbezügliche EGMR-Rechtsprechung anzuführen. Vgl. dazu ua EGMR, 15.4.1991, *Marandino v. Italy*, Nr. 12386/86; EGMR, 22.4.1994, *Raimondo v. Italy*, Nr. 12954/87; EGMR, 15.6.1999, *Prisco v. Italy*, Nr. 38662/97; EGMR, 4.9.2001, *Riela v. Italy*, Nr. 52439/99; EGMR, 17.5.2011, *Capitani and Campanella v. Italy*, Nr. 24920/07. Kritisch dazu ua Maugeri, La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"? in Dir. Pen. Cont. (Riv. trim.) 2013, S. 361ff.; Panzavolta/Flor, A Necessary Evil?, The Italian "Non-Criminal System" of Asset Forfeiture in Rui/Sieber (Hrsg.), Non-conviction-based confiscation in Europe, Possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction, 2015, S. 142f. In deutscher Sprache vgl. dazu Bettels, Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens, 2016, S. 283ff.

³⁸ So Reg-E, S. 66.

2.4. Bisherige Stellungnahmen zur geplanten Regelung.

Die bisherigen Stellungnahmen der Interessenverbände zur geplanten selbstständigen Einziehungsvorschrift sind überwiegend negativ.

Von Seiten des Deutschen Richterbundes wird die praktische Anwendbarkeit der Vorschrift angezweifelt, da auch im selbstständigen Verfahren der bisher geltende, hohe Standard der richterlichen Überzeugung von der illegalen Herkunft bestimmter Gegenstände erreicht werden müsse.³⁹ Zudem wurde darauf hingewiesen, dass die bloße Feststellung eines Missverhältnisses nicht zwingend zu der Überzeugung von der illegalen Herkunft „ohne vernünftige Zweifel“ führen müsse.⁴⁰

Des Weiteren wird – auch durch den Entwurf allgemein – eine erhebliche Mehrbelastung für Staatsanwälte und Gerichte befürchtet, durch welche die „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege in ihrem Kernbereich Schaden erleidet, da die Strafgerichte schon heute angesichts knapper personeller Ressourcen an der Grenze der Belastbarkeit arbeiten.“⁴¹

Von Seiten der Anwaltschaft wurden vor allem verfassungs- und menschenrechtliche Bedenken vorgebracht. So befürchten die Strafverteidigervereinigungen⁴² eine Verletzung des Schuld-, Bestimmtheits- und *Nemo-tenetur*-Grundsatzes und ordnen die geplante Einziehungsvorschrift somit den Kriminalstrafmaßnahmen zu. Auch der Deutsche Anwaltverein äußerte sich kritisch und benannte insoweit vor allem einen Eingriff in den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO). Des Weiteren hält er es für bedenklich, dass durch die Einbeziehung der Geldwäsche (§ 261 StGB) in den Tatbestand des § 76a Abs. 4 S. 3 StGB auch Teilbereiche der Wirtschaftskriminalität von der Regelung getroffen werden könnten.⁴³ Die Bundesrechtsanwaltskammer erkennt ebenfalls einen Eingriff in den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) und erblickt im geplanten § 437 StPO zudem eine „faktische Beweislastumkehr“, die mit der Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK inkompatibel und verfassungswidrig sei.⁴⁴

Die Nichtregierungsorganisation *Transparency International* begrüßt hingegen die geplante Einführung des Instituts und fordert sogar die Ausweitung des Tatbestands auf den Bereich der Korruptionsdelikte.⁴⁵ Zu erwähnen ist aus dieser Perspektive auch, dass von Vertretern der Kriminalpolizei seit langem eine Erweiterung der strafprozessualen Abschöpfungsmöglichkeiten im Sinne der in Rede

³⁹ Vgl. [Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom 3.6.2016](#), S. 4.

⁴⁰ So Löffelmann, [Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung](#) in *Recht+Politik*, 6/2016, S. 5.

⁴¹ Vgl. [Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom 3.6.2016](#), S. 6. Dem ist insbesondere bezüglich der kompletten Auflösung des Adressatenkatalogs der erweiterten Einziehung (bisher § 73d StGB) zuzustimmen.

⁴² [Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31.5.2016](#), S. 17ff. Ähnlich auch Habetha, [Verbrechen soll sich nicht mehr lohnen](#) in *Legal Tribune Online* vom 26.9.2016.

⁴³ [Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins vom 15.6.2016](#), S. 15ff.

⁴⁴ [Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22.6.2016](#), S. 6f.

⁴⁵ [Stellungnahme von Transparency International vom 30.5.2016](#), S. 2f.

stehenden Vorschrift gefordert wird. In einer Pressemitteilung des Bundeskriminalamtes von 2013 heißt es beispielsweise:

„Zur spürbaren Effektivitätssteigerung bei der Vermögensabschöpfung sind ebenfalls rechtliche Anpassungen im Straf- und Strafprozessrecht erforderlich. BKA-Präsident Jörg Ziercke: „Der Vergleich mit Italien zeigt, wie effektiv Vermögensabschöpfung sein kann. Gerade das Entziehen der finanziellen Basis – gewissermaßen der Früchte der Tat – hat sich als eines der wirksamsten Mittel zur nachhaltigen Kriminalitätsbekämpfung erwiesen.“⁴⁶

Auch in der öffentlichen Diskussion wird überwiegend die kriminalpolitische Notwendigkeit einer verbesserten Abschöpfung von Straftatgewinnen anerkannt.⁴⁷

Tendenziell positiv ist auch eine Stellungnahme des Bundesrates zu der geplanten Vorschrift. Hierin wird sogar die Prüfung „weitergehender Beweiserleichterungen“ gefordert und darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht die Grenzen für derartige Vorschriften in seiner bisherigen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt habe.⁴⁸

3. Fazit.

Die geplanten §§ 76a Abs. 4 StGB und 437 StPO stellen eine signifikante Erweiterung des deutschen Einziehungsrechts dar. Durch den Wegfall des Erfordernisses eines vorangegangenen Straftatnachweises würde die Einziehung aus Straftaten herrührender Gegenstände bei den erfassten Adressatengruppen prinzipiell erheblich vereinfacht. Die geplanten Normen lassen sich somit tatsächlich als *non-conviction-based-confiscation* kategorisieren.⁴⁹ Insoweit weisen sie deutliche Parallelen zu den italienischen *misure di prevenzione patrimoniali* auf. Dies gilt auch hinsichtlich der Adressatengruppen, die, genau wie im italienischen *codice antimafia*, vorwiegend Tatverdächtige aus den Bereichen „Organisierter Kriminalität“ und „Terrorismus“ umfassen.⁵⁰

Unterschiede ergeben sich jedoch hinsichtlich der systematischen Einordnung der Normen. Während die italienischen *misure di prevenzione patrimoniali* formell eindeutig im außerstrafrechtlichen Bereich verortet sind, ist der deutsche Gesetzgebungsentwurf sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht im

⁴⁶ So die [Pressemitteilung des Bundeskriminalamtes zum Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2013](#). Ähnlich auch S. 4 des [Positionspapiers des Bundes Deutscher Kriminalbeamter zur Inneren Sicherheit](#) von 2013.

⁴⁷ Vgl. unter vielen Diehl/Meyer-Heuer, [Verbrechen lohnt sich – Bald nicht mehr?](#) vom 16.10.2016 in *Spiegel Online*.

⁴⁸ Vgl. [Bundesrats-Drucksache 418/16](#), S. 1f.

⁴⁹ Da Deutschland während des Gesetzgebungsvorhabens zur Richtlinie 2014/42/EU die Einführung einer *non-conviction-based*-Einziehungsvorschrift noch abgelehnt hat (So ARCIFA, [The new EU directive on confiscation](#) in *I quaderni europei*, 2014, S. 10), könnte dieses Ergebnis aus europäischer Perspektive verwundern.

⁵⁰ Vgl. hierzu § 76a Abs. 4 S. 3 StGB sowie Art. 16 Abs. 1 a) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 a), b), d), g) und h) *codice antimafia*.

Strafrecht verankert. In systematischer Hinsicht lassen sich deshalb auch Parallelen zur italienischen Einziehungsvorschrift Art. 12-sexies Abs. 1 Gesetz Nr. 365/1992 erkennen.⁵¹

Nicht zuletzt wegen der vollständigen strafrechtlichen Einbettung der geplanten deutschen Normen ist eine strenge Auslegung ihrer Tatbestandsmerkmale zu erwarten.⁵² Der praktische Erfolg der Vorschriften könnte dadurch erheblich gemindert werden. Fraglich ist insbesondere, ob die in der Entwurfskommentierung beschriebene Erleichterung der richterlichen Überzeugungsbildung von der illegalen Herkunft, von der Rechtsprechung tatsächlich angewandt werden wird. Im Gesetzeswortlaut selbst ist die Funktionsweise des „Missverhältnis-Ansatzes“ als Beweiserleichterung jedenfalls nur andeutungsweise beschrieben. Dies könnte, wie in einigen Stellungnahmen ausgeführt,⁵³ zu Zweifeln an der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit der Norm führen.⁵⁴ Auch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsanforderungen des Grundrechts auf Eigentum (Art. 14 Grundgesetz) sind verfassungsrechtliche Bedenken nicht gänzlich von der Hand zu weisen.

Bei der präventiven Einordnung der geplanten Vorschriften haben die Entwurfsverfasser jedoch augenscheinlich sowohl das Bundesverfassungsgericht,⁵⁵ als auch den EGMR auf ihrer Seite. In Bezug auf ähnlich gelagerte Vorschriften - insbesondere auch die italienischen *misure di prevenzione patrimoniali* - gelangt der EGMR regelmäßig zu einer präventiven Einordnung.⁵⁶ Eine Verletzung strafrechtlicher Garantien ist deshalb, entgegen anderslautender Stellungnahmen,⁵⁷ mangels Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Normen abzulehnen. Die abschließende Bewertung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der geplanten Vorschriften wird

⁵¹ Die strafrechtliche Verortung dieser Norm ergibt sich daraus, dass ihre Anwendung, ähnlich wie § 73d StGB, eine Verurteilung wegen bestimmter schwerer Straftaten voraussetzt (Näher dazu MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, 2012, S. 655f.).

⁵² Vgl. dazu BGHSt 40, 371ff. = BGH NJW 1995, 470ff.

⁵³ Vgl. dazu oben unter 2.5.

⁵⁴ Wegen eines Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz wurde bereits die Vermögensstrafe gemäß § 43a StGB vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt (Vgl. Urteil des BVerfG vom 20.3.2002 (2 BvR 794/95), NJW 2002, 1779ff.).

⁵⁵ Vgl. hierzu die Entscheidung des BVerfG zum erweiterten Verfall gemäß § 73d StGB vom 14.1.2004, BVerfGE 110, 1-33 = NJW 2004, 2073-2079, Rn. 70: „Die vermögensordnende Zielsetzung der Vorschrift ist aber klar zukunftsbezogen und präventiv“; Rn. 68: „Die Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung der Vermögensordnung setzt zwar vergangenheitsbezogene Feststellungen voraus und ist insoweit retrospektiv. Der korrigierende Eingriff aber, mit dem der Staat auf eine deliktisch entstandene Vermögenslage reagiert, ist nicht notwendig repressiv.“

⁵⁶ Vgl. hierzu Reg-E, S. 66 bezugnehmend auf EGMR, 12.5.2015, *Gogitidze v. Georgia*, Nr. 36862/05. Vgl. dazu auch die umfassende EGMR-Rechtsprechung bzgl. der *misure di prevenzione patrimoniali*: EGMR, 15.4.1991, *Marandino v. Italy*, Nr. 12386/86; EGMR, 22.4.1994, *Raimondo v. Italy*, Nr. 12954/87; EGMR, 15.6.1999, *Prisco v. Italy*, Nr. 38662/97; EGMR, 5.7.2001, *Arcuri v. Italy*, Nr. 52024/99; EGMR, 4.9.2001, *Riela v. Italy*, Nr. 52439/99; EGMR, 17.5.2011, *Capitani and Campanella v. Italy*, Nr. 24920/07. Vgl. auch Fußnote 36.

⁵⁷ Vgl. dazu oben unter 2.5.

jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit noch das Bundesverfassungsgericht beschäftigen.⁵⁸

Gestärkt werden könnte durch den Entwurf auch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit bei der Gewinnabschöpfung auf Grundlage von *non-conviction-based-confiscation*-Vorschriften. Die diesbezügliche Vollstreckungshilfe ist auf deutscher Seite bisher vor allem deshalb unzulässig, weil eine vergleichbare Vorschrift im deutschen Einziehungsrecht nicht existiert und das Rechtshilferecht das Erfordernis der „beiderseitigen Einziehbarkeit“ vorsieht.⁵⁹ Durch die geplante Einführung einer *non-conviction-based-confiscation*-Vorschrift ins deutsche Recht würde zumindest dieses Kompatibilitätsproblem behoben.

Speziell für die deutsch-italienische Einziehungszusammenarbeit könnte der vorliegende Entwurf somit die Möglichkeit eröffnen, von deutscher Seite Vollstreckungshilfe für italienische Präventiveinziehungsanordnungen (*misura di prevenzione patrimoniali*) zu leisten.⁶⁰ Da den *misura di prevenzione patrimoniali* in Italien eine immense praktische Bedeutung bei der Mafiabekämpfung zukommt und die italienischen Mafiaorganisationen nach Ansicht von Experten auch in Deutschland erhebliche Geldwäscheaktivitäten entfalten,⁶¹ könnte die justizielle Zusammenarbeit in diesem Bereich in Zukunft deutlich verbessert werden.⁶²

⁵⁸ Zuzustimmen ist diesbezüglich allerdings den Ausführungen der Bundesrats-Drucksache 418/16, S. 1f. Diese weist darauf hin, dass das BVerfG die Zulässigkeitsgrenzen für Beweiserleichterungen bei der Vermögensabschöpfung in seiner Entscheidung zu § 73d StGB (BVerfG NJW 2004, 2073ff.) noch nicht abschließend geklärt habe.

⁵⁹ Siehe § 88a Abs. 1 Nr. 2 IRG und § 49 Abs. 1 Nr. 3 IRG. Vgl. dazu auch *Schomburg/Hackner* § 49, Rn. 8f., 13c. in *Schomburg/Lagodny ua* (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5. Aufl. 2012.

⁶⁰ Allerdings bestehen bereits *de lege lata* Möglichkeiten, um von deutscher Seite italienische Präventiveinziehungsverfahren im Wege der „sonstigen Rechtshilfe“ zu unterstützen. Diese ergeben sich aus den einschlägigen Vorschriften zur Beschlagnahme und Herausgabe von Straftaterträgen vor dem Erlass einer endgültigen Einziehungsentscheidung (vgl. §§ 66f. IRG sowie Art. 3 des Rechtshilfeübereinkommens des Europarats bilateralen vom 20. April 1959 in Verbindung mit Art. 3 des diesbezüglichen Zusatzvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Italienischen Republik vom 24. Oktober 1979). Näher dazu Bettels, *Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens*, 2016, S. 336ff.

⁶¹ Vgl. unter vielen Blees, [Wie Italiens Mafia Deutschland unterwandert](#) vom 10.3.2015 in *Deutschlandradio Kultur* sowie Bettels, Fußnote 59, S. 67f. mit weiteren Nachweisen.

⁶² Zur hohen praktischen Bedeutung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit bei der Abschöpfung von Straftatgewinnen allgemein vgl. Meyer, *ZStW* 2015, S. 275ff.