

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann, Köln

Richtiges Näschen – Zwischenbericht der WisteV-ad-hoc-AG Vermögensabschöpfung

Hinweis zu dem Beitrag

Am 1.7.2017 trat das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in Kraft. Es erweiterte den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Einziehung von Taterträgen wesentlich. Dies führte zu einer Fülle neuer Rechtsfragen, um deren Beantwortung die Praxis seitdem ringt. Davon zeugt die nicht enden wollende Flut gerichtlicher Entscheidungen der letzten Jahre. Entgegen den Erwartungen des Gesetzgebers erwies sich das neue Recht nicht als einfacher handhabbar. Viele Rechtsprobleme sind noch nicht gelöst, Widersprüche treten auf. Erste gesetzgeberische Änderungen brachte das am 1.7.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Fortentwicklung der StPO mit sich. Dabei wurde auch auf den weiteren Bedarf an Nachjustierungen hingewiesen. WisteV bildete zu diesem komplexen Themenbereich eine ad-hoc-Arbeitsgruppe, die Ihnen in diesem Beitrag von ihrer weiteren Zusammenarbeit berichtet.

1. Anfänge und Ansätze

Die Grundlagen der WisteV-ad-hoc-AG „Vermögensabschöpfung“ wurden bereits im Jahr 2020 geschaffen. Sie mündeten in einer umfassenden Bestandsaufnahme: Im WiJ 2022, 3 ff., sind zahlreiche der vorhandenen Inkonsistenzen des Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung nachzulesen. Ursprünglich war das Ziel der ad-hoc-AG, das geltende Recht intensiv durchdringen und diese Analyse zur Lösung umstrittener Sachverhalte fruchtbar machen zu wollen. Die aufgelisteten heiklen Punkte des materiellen wie des Verfahrensrechts gliederten sich in Oberthemen mit zahlreichen Facetten.

Nach der Veröffentlichung im WiJ und dem Aufruf auf der WisteV-Homepage an die Mitglieder zum Mitmachen fand sich eine erstaunlich hohe Anzahl Interessierter. Aufgrund der dienenden Rolle des Prozessrechts wurde entschieden, zunächst die materiellrechtlichen Zusammenhänge zu beleuchten. Nach Vorarbeiten auf ausschließlich elektronischer Ebene fand Anfang März 2023 in den Räumen der Bucerius Law School, Hamburg, ein Präsenztreffen statt, auf dem sich zwei Unter-Arbeitsgruppen bildeten. Die eine hatte die §§ 73 ff. StGB zum Gegenstand und damit nach Kriterien zu forschen, die konstituieren, was eigentlich als Tatertrag gegenständiglich oder wertmäßig einzuziehen ist. Die zweite Unter-AG befasste sich mit den drei Einziehungstatbeständen des § 74 StGB.

2. Die Reife des Themas

In der Phase zwischen der Einladung zum Präsenztreffen und dessen Durchführung wurde bekannt, dass das Thema

„strafrechtliche Vermögensabschöpfung“ auch politische Gremien zu beschäftigen begonnen hatte: die EU arbeitet an einer Neufassung der einschlägigen Richtlinie aus dem Jahr 2014 und aus Anlass des Vorlagebeschlusses des 3. Strafsenats des BGH (Anfragebeschl. v. 10.8.2021 und Vorlagebeschluss an den Großen Senat v. 12.1.2023 – 3 StR 474/19; inzwischen dem 3. Senat folgend: BGH, Beschl. v. 23.5.2023 – GSSt 1/23) zur Frage des Übergangs vom subjektiven in das selbstständige Einziehungsverfahren in den Fällen des § 260 StPO hatte sich auf Initiative des Bundesjustizministeriums eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe konstituiert, die auch ausgewählte andere Fragen des Abschöpfungsrechts behandeln sollte. Wie sich schnell herausgestellt hatte, war dort aber eine Begrenzung auf nur bestimmte Aspekte angesichts der Verknüpfung der einschlägigen Vorschriften untereinander nicht möglich.

Nachdem sich bereits in der das WisteV-Präsenztreffen vorbereitenden Korrespondenz gezeigt hatte, dass sich nicht sämtliche Fehlentwicklungen allein mittels Auslegung würden beseitigen lassen können, und sich dies in der Diskussion in Hamburg bestätigte, wurde der Zweck der WisteV-ad-hoc-AG um die Perspektive de lege ferenda erweitert. Damit wird kein von Grund auf neues Rechte der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung angestrebt. Ausgangspunkt der Überlegungen ist vielmehr weiterhin das Reformgesetz 2017. Es gilt daher herauszufinden, inwieweit sich die gesetzgeberischen Ziele im Gesetz widerspiegeln und ob sie ein adäquates Echo in der forensischen Praxis, namentlich der höchstrichterlichen Rechtsprechung, gefunden haben.

3. Parallelentwicklungen in der Rechtsprechung

Die innerhalb der ad-hoc-AG und beider Untergruppen angestellten Überlegungen bekamen aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mehrmals einen bemerkenswerten Schub: In drei Entscheidungen aus dem Sommer 2022 (BGH, Urt. v. 15.6.2022 – 3 StR 295/21; Beschl. v. 28.6.2022 – 3 StR 403/20 und Urt. v. 20.7.2022 – 3 StR 390/21) entwickelte der 3. Strafsenat Kriterien zur tatbestandlichen Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 73 StGB von dem des § 74 StGB. Auch wenn die dogmatische Klarheit noch fehlte, ging von diesen Entscheidungen das Signal aus, nicht jede tatbedingte Verfügungsgewalt über Gegenstände als Taterträge zu klassifizieren. Der 1. Senat des BGH (Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 281/22) nahm diesen Impuls auf und entwickelte ihn weiter: Tatertrag sei rechtsgutsnah zu verstehen und setze das Einverleiben in das eigene Vermögen voraus. Damit bestätigten beide Senate Tendenzen von Überlegungen, die in der WisteV-ad-hoc-AG bereits angestellt worden waren.

4. Dynamisierung der Diskussion

Die strukturierenden Erwägungen beider Senate des BGH stießen, wie nicht anders zu erwarten war, auf Widerstand und der 2. Senat des BGH (Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22) befürwortete bei einem fortgesetzten Insiderhandel, der sich in Höhe von ca. 9 Millionen € gelohnt hatte, die Einziehung über ca. 43 Millionen €. In der Literatur wurde das Zurücktreten des § 73 StGB hinter § 74 StGB kritisiert. Dafür gibt

es in der Tat keine überzeugende Begründung. Das Problem liegt allerdings nicht auf der Konkurrenzebene, sondern in der nahezu unendlichen Weite der in der Rechtsprechung verwendeten Formel für den Tatertrag als messbarem Zufluss zu irgendeinem Zeitpunkt des Tatablaufs. Mangels Konturen lassen sich darunter, wenn nicht alle, so doch die meisten Fälle des § 74 StGB subsumieren, der dadurch allerdings seinen Anwendungsbereich zu verlieren droht. Die richtige Lösung ist nicht erst im Verhältnis der verschiedenen Einziehungstatbestände untereinander zu suchen, sondern bedarf einer operationalisierungsfähigen Definition insbesondere des Begriffs des Tatertrags.

Inzwischen erkennen allerdings auch Vertreter der Rechtsprechungs-Formel die Notwendigkeit, die überbordenden Einziehungsentscheidungen, die damit möglich sind, einzugrenzen: Während es Fleckenstein im Februar 2023 bei Kritik beließ, veröffentlichte er ein halbes Jahr später gemeinsam mit seinem Doktorvater, Prof. Dr. Altenhain, Überlegungen, zu weitgehende Einziehungsvorstellungen auf der Ebene erweiterter Anerkennung von Aufwendungen zu korrigieren (wistra 2023, 309 ff.).

Jedenfalls zeigt sich: Es ist etwas in Bewegung geraten! Fehlentwicklungen erst bei den Aufwendungen einfangen zu wollen, kann bestenfalls teilweise gelingen, setzt dogmatisch zu spät an und vermag das Defizit an systematischer Klarheit nicht zu beseitigen, es nicht einmal zu mindern. Das zeigt sich unmissverständlich bereits an einem der Lösungsvorschläge: Der BGH (Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 281/22) befürwortete im Fall eines Verstoßes gegen das KWG die Einziehung nur insoweit, wie die Anleger betrügerisch geschädigt worden waren. Soweit die Gelder angelegt und die Werte damit diesen Anlegern trotz Verstoßes gegen das KWG zur Verfügung standen, betrachtete sie der 1. Senat nicht als Taterträge: Ein sehr überzeugendes Ergebnis, denn in diesen Fällen waren weder die Anleger geschädigt noch der Angeklagte bereichert. Die Vermögenszuordnung entsprach demgemäß – trotz Verstoßes gegen das KWG – dem bürgerlichen Recht. Die Kritik von Altenhain/Fleckenstein (wistra 2023, 309, 316), es sei nicht einzusehen, warum es sich insoweit nicht um Taterträge handeln solle, obwohl doch der Angeklagte sie für sich verwandt habe, findet demgemäß im entschiedenen Sachverhalt keine Grundlage und geht deshalb ins Leere.

5. Basiserkenntnisse der WisteV-ad-hoc-AG zu den Einziehungstatbeständen

Die WisteV-ad-hoc-AG setzt demgegenüber auf ein, wie es der 1. Senat des BGH formulierte, rechtsgutsnahes Verständnis des Begriffs Tatertrag. Die Überlegungen sind zwar mittlerweile weit gediehen, bedürfen aber noch der Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Entwurf für die neue Richtlinie der EU und der Abstimmung in verschiedenen Einzelheiten. Nach dem allerdings nur vagen Eindruck, den Nicht-Insider von der Tätigkeit der Bund-Länder-Arbeitsgruppe lediglich haben können, trachtet diese v.a. nach Effektivierung der Abschöpfung. Zahlreiche Detailregelungen, die zügigen Einziehungsentscheidungen entgegenstehen, stehen dabei auf dem Prüfstand. Ganz unabhängig von der Frage nach inhaltlicher Berechtigung derartigen Strebens verspricht ein sol-

ches Vorgehen keine Regelung aus einem Guss, sondern ein eher noch komplizierteres neues Recht mit mangels systematischer Klarheit beinahe unvermeidlich neuen Widersprüchen. Um der drohenden weiteren Zerfaserung des Abschöpfungsrechts Überlegungen entgegenzusetzen, sich der Leitgedanken und damit dem roten Faden bewusst zu werden als Basis zur Entwicklung inhaltlich stimmiger Vorschriften, entschloss sich die WisteV-ad-hoc-AG, nicht erst mit ihren fertigen Ergebnissen an die Öffentlichkeit zu treten, sondern beauftragte vier ihrer Mitglieder, einen Problemaufriss zu den verschiedenen Einziehungstatbeständen zu erstellen und dabei schon auf mögliche Lösungsansätze aufmerksam zu machen. Dankenswerterweise konnte dieser Beitrag bereits im September-Heft der NZWiSt erscheinen (2023, 321 ff.).

6. Ausblick

Das Echo bleibt natürlich abzuwarten. Erfreulich ist allerdings, dass die Diskussion auch bei den Befürwortern der in

der Rechtsprechung für den Tatertrag verwendeten Formel differenzierter als noch vor wenigen Monaten verläuft. Dies nährt die Hoffnung, dass die Überlegungen der WisteV-ad-hoc-AG nicht ungehört verhallen, sondern auch als Aufgriff und Fortentwicklung der sachbezogenen Erwägungen des 1. und des 3. Strafsenats des BGH angesehen und als Versuch der – bislang fehlenden – Systematisierung des Abschöpfungsrechts mit Neugier aufgenommen werden.

Nach der Finalisierung der Überlegungen zu den Einziehungstatbeständen wird zu überlegen sein, ob und wie weit es angesichts der Aktivitäten auf den verschiedenen Ebenen der Gesetzgebung sachgerecht ist, sich mit den weiteren materiellrechtlichen wie prozessualen Aspekten des strafrechtlichen Vermögensabschöpfungsrechts zu befassen. Die Entscheidung wird wesentlich davon beeinflusst werden, ob, wann und wenn ja, welche Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe bekannt werden. Soweit sie vorliegen, müssen Sie selbstverständlich in die weiteren Erwägungen der WisteV-ad-hoc-AG einfließen.