



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

**zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur
Fortentwicklung der Strafprozessordnung und
zur Änderung weiterer Vorschriften**

Stellungnahme Nr.: 80/2020

Berlin, im November 2020

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender und
Berichterstatter)
- RA Stefan Conen, Berlin (Berichterstatter)
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RAin Dr. Jenny Lederer, Essen (Berichterstatterin)
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Dr. Anna Oehmichen, Mainz (Berichterstatterin)
- RAin Gül Pinar, Hamburg (Berichterstatterin)
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

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, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse 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

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NSTZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Allgemeines

Der nun vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften gibt Anlass zu einigen allgemeinen Bemerkungen:

Der Referentenentwurf gibt als Ziel vor, „das Strafverfahren weiter an die sich ständig wandelnden gesellschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen anzupassen“. Damit suggeriert er aktuellen Handlungsbedarf. Doch ist gerade die Strafprozessordnung in den letzten Jahren Gegenstand zweier größerer Reformgesetze gewesen, die sich nach dem titelgebenden politischen „Framing“ die „effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung“¹ bzw. „Modernisierung“² des Strafverfahrens auf die Fahnen geschrieben haben³. Gerade im grundrechtsinvasiven Strafprozessrecht dürfen aber Reformen nicht im Jahresrhythmus erfolgen. Das gilt auch und gerade für das eingriffsintensive Ermittlungsverfahren, dem sich der Entwurf in Teilen zuwendet. Die Rechtspolitik entfernt sich damit abermals von der ausstehenden Gesamtreform des Strafverfahrens und behilft sich stattdessen mit der Veränderung von Detailthemen, ohne ein stimmiges Gesamtkonzept anzubieten. Die einzige Tendenz, die erkennbar bleibt, ist die ständige Ausweitung von Eingriffsbefugnissen unter Beschränkung von Beschuldigtenrechten (warum die geplante Ausweitung der Belehrungspflicht über die Kostenfolge einer Pflichtverteidigerbestellung aus Sicht der Rechtsstellung des Beschuldigten ein Danaergeschenk ist, wird sogleich unter II. 1. dargelegt).

Dass das Gesetz zudem nach einem, salopp gesprochen, „Pizza-mit-allem-Prinzip“ konzipiert zu sein scheint, wird daran deutlich, dass nicht nur, wie der Titel suggeriert, das Strafverfahrensrecht „fortentwickelt“ werden soll, sondern auch das erst kürzlich reformierte und derzeit verfassungsrechtlich hinterfragte Recht der

¹ G. v. 17. August 2017, BGBl. I S. 3202.

² G. v. 10. Dezember 2019, BGBl. I S. 2121.

³ s. kritisch dazu DAV-Stellungnahme Nr. 35/2019.

strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Dies mit dem Ziel, Entwicklungstendenzen der Rechtsprechung vorzeitig zu neutralisieren, die in Randbereichen zu einer restriktiveren Handhabung der mitunter existenzvernichtenden Vermögensabschöpfung beitragen können (dazu II. 4.).

Alles in allem bleibt der Eindruck haften, mit dem Referentenentwurf zum Ende der Legislaturperiode noch rasch die kriminalpolitische Wunschliste der Strafverfolgungsseite abarbeiten zu wollen. Es wäre besser, der Gesetzgeber würde im Sinne einer „evidenzbasierten Kriminalpolitik“, wie sie im Koalitionsvertrag vereinbart worden ist, zunächst abwarten, wie sich bislang getroffene Änderungen in der Praxis bewähren. Das wäre weniger Aktionismus für mehr Rechtssicherheit.

Die nachfolgende Stellungnahme geht nur auf einzelne Änderungsvorschläge ein.

II. Zu einzelnen Änderungsvorschlägen

1. Zur Änderung der § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und 4a StPO (Anpassung der Belehrungsvorschriften)

Durch die Änderung wird § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4a ergänzt, der die Belehrung des verhafteten Beschuldigten in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO betrifft. Nach § 141 Abs. 1 S. 1 StPO ist dem Beschuldigten in den Fällen der notwendigen Verteidigung unverzüglich ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn er dies nach seiner Belehrung beantragt. Der Beschuldigte hat danach ein Recht auf Verteidigerbeistand schon für die erste polizeiliche Vernehmung. Einem mittellosen Beschuldigten ist ein Verteidiger vom Staat zu stellen.⁴

Durch den zwingenden Hinweis auf die mögliche Kostenfolge des § 465 StPO wird bei dem Beschuldigten der Eindruck erweckt, er könne durch den Verzicht auf einen Pflichtverteidiger Geld sparen. Diese Belehrung ist irreführend. Dies ergibt sich schon deshalb, weil dem Beschuldigten etwa bei einer Vorführung im Anschluss an eine Vernehmung ohnehin gem. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO – auch gegen seinen Willen – ein Verteidiger bestellt wird⁵. Es ist nicht vom Antrag des Beschuldigten abhängig, ob ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist, dies entscheidet sich vielmehr an objektiven Kriterien. Der eigene Antrag des Beschuldigten hat daher lediglich

⁴ MüKoStPO/Gaede, 1. Aufl. 2018, EMRK Art. 6 Rn. 203.

⁵ BeckOK StPO/Krawczyk, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 141 Rn. 9.

Bedeutung für den Zeitpunkt der Beiordnung. Einen Unterschied macht der Antrag weder hinsichtlich des Betrages noch hinsichtlich der Person des Kostenschuldners.

Indem § 141 Abs. 1 S. 1 StPO auch in den Fällen der notwendigen Verteidigung ein Antragserfordernis statuiert, bleibt § 141 StPO auf bedenkliche Weise hinter den Vorgaben der RL (EU) 2016/1919 zurück⁶. Der zusätzliche Verweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO in § 114b StPO ist ein weiterer Schritt in die falsche Richtung und lässt befürchten, dass verhaftete Beschuldigte zukünftig regelhaft irreführend und somit falsch belehrt werden. Ein infolgedessen unwirksamer Verzicht auf die Bestellung eines Verteidigers führt dann zur Unverwertbarkeit der Vernehmung. Die Ergänzung des § 114b StPO um einen zwingenden Hinweis auf mögliche Kosten verschärft zudem weiter die europarechtswidrige Ausgestaltung des § 141 StPO und steht mit dem Recht auf effektive Verteidigung gem. Artikel 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK nicht im Einklang⁷.

Der DAV geht daher davon aus, dass die vorgesehene Belehrung nur die Konsequenz haben kann, bei dem Beschuldigten die Fehlvorstellung hervorzurufen, er könne diese Kosten vermeiden, wenn er den Antrag nicht stellt. Es wird also kein Missverständnis vermieden, sondern ein Missverständnis erweckt.

2. Zur Änderung der §§ 136 Abs. 5, 163a Abs. 4 S. 2 StPO (Reform der Vernehmungsvorschriften)

Durch die vorgeschlagenen Änderungen würde, über einen Verweis in § 136 Abs. 5 StPO auf § 58b StPO, der die Vernehmung eines Zeugen außerhalb der Hauptverhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung regelt, für Richter im Ermittlungsverfahren und zudem über die Verweiskette §§ 163a Abs. 4 S. 2, 136 Abs. 5, 58b StPO auch für Staatsanwaltschaft und Polizei die Befugnis geschaffen, Beschuldigte außerhalb der Hauptverhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung zu vernehmen.

Diese Möglichkeit bestand bereits vom 01. November 2013 bis 31. Dezember 2019 für Vernehmungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei, durch einen Verweis auf § 58b StPO in § 163a Abs. 1 S. 2 StPO. Der Verweis sollte 2017 von § 163a in § 136 Abs. 4 StPO verschoben werden, findet sich jedoch ausschließlich im Referentenentwurf des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens

⁶ BeckOK StPO/Krawczyk, 37. Ed. 1.7.2020, § 141 Rn. 5.

⁷ vgl. BeckOK StPO/Krawczyk, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 141 Rn. 10.

vom 27. Mai 2016 (dort auf S. 6) und wurde in der Folge vergessen, sodass er seit 01. Januar 2020 wieder aus der Strafprozessordnung verschwunden ist.

Die Bundesregierung und der parlamentarische Staatssekretär der Bundesministerin der Justiz haben 2010 bei der erstmaligen Einführung des Verweises auf § 58b StPO in § 163a Abs. 1 S. 2 StPO die Auffassung vertreten, der Grundsatz der Unmittelbarkeit gelte ohnehin nicht für die Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei – sodass auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung Beschuldigte und Zeugen per Videokonferenztechnik vernommen werden dürften, der Verweis auf § 58b StPO habe nur klarstellende Bedeutung.⁸ Nach dieser Auffassung hat sich weder am 01.11.2013 mit der Einfügung des Verweises in § 163a StPO, noch am 01.01.2020 mit der Streichung dieses Verweises etwas an der bestehenden Rechtslage verändert. Die 2017 im Referentenentwurf vorgesehene, aber im Gesetzgebungsverfahren untergegangene und nun erneut vorgeschlagene Einfügung des Verweises in § 136 StPO würde jedoch erstmalig den Einsatz von Videokonferenztechnik auch dem Richter im Ermittlungsverfahren gestatten.

Die bereits in der Vergangenheit vorgebrachten Bedenken⁹ gegen den Einsatz von Videokonferenztechnik durch Polizei und Staatsanwaltschaft gelten für Vernehmungen durch den Richter umso mehr. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung muss als fundamentales Recht um jeden Preis erhalten bleiben. Er ist auch bei Vernehmungen durch den Richter außerhalb der Hauptverhandlung, also nach § 136 StPO, als Maßstab heranzuziehen, da der Beschuldigte dort ebenso schutzbedürftig ist.

Auch die rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und des rechtlichen Gehörs können mit dem Einsatz von Ton- und Bildtechniken kollidieren. Sowohl für die Vernehmung durch Staatsanwaltschaft und Polizei, besonders aber für die Beurteilung des Richters ist es wichtig, dass der Beschuldigte sich persönlich und unmittelbar äußern kann und Aspekte wie sein Verhalten, Erscheinungsbild, seine Stimme und Körpersprache durch den Richter ungehindert wahrgenommen werden können. Die Befragung ist dabei notwendigerweise ein wechselseitiger Austausch, in der nicht nur der Richter den Beschuldigten, sondern

⁸ BT-Drucksache 17/1224 vom 24.03.2010, S. 17, 18; Stellungnahme Max Stadler, Parl. Staatssekretär beim Bundesministerin der Justiz, Plenarprotokoll BT-PIPr 17/96, S. 11055A - 11060C, S. 11059.

⁹ Vgl. Stellungnahmen der BT-Abgeordneten Christine Lambrecht (SPD), Jens Petermann (DIE LINKE) und Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) im Plenarprotokoll BT-PIPr 17/96, S. 11055A - 11060C, S. 11056f.

auch der Beschuldigte den Richter unmittelbar wahrnehmen und mit diesem interagieren können muss, damit dieser die Reaktionen des Beschuldigten auf seine Vernehmungsfragen bestmöglich einschätzen und würdigen kann.

Deshalb sollten Bild- und Tontechniken nur als Ausnahme zum Einsatz kommen, etwa dann, wenn sie im Einzelfall vorrangige Rechte von Verfahrensbeteiligten schützen. Die zunehmende Verlegung des Strafprozesses in die virtuelle Welt ist abzulehnen.

Der aktuelle Referentenentwurf bezieht sich auf S. 63 ausdrücklich auf die COVID-19-Epidemie und sieht in der Änderung des § 136 StPO die Möglichkeit, den durch die Epidemie aus Gründen des Infektionsschutzes auftretenden Einschränkungen im Wege der Videokonferenztechnik zu begegnen. Der Einsatz der Videotechnik darf jedoch nicht von einer Ausnahme zu einer Regel mutieren. Die aktuelle Situation darf nicht zum Anlass genommen werden, in bestehende Beschuldigtenrechte regelhaft einzugreifen und diese nachhaltig zu verschlechtern. Hier müssen andere, weniger einschneidende Maßnahmen, wie Trennscheiben etc. zum Einsatz kommen.

Der beste Schutz vor nachteilhaften Auswirkungen für den Beschuldigten durch den Einsatz von Videokonferenztechnik ist es, den Einsatz von der Zustimmung des Beschuldigten abhängig zu machen. Es reicht nicht, wenn Gericht, Staatsanwaltschaft oder Polizei allein die Entscheidung für den Einsatz von Videokonferenztechnik treffen. Die Videokonferenz in der Vernehmung sollte nur mit dem Einverständnis des Beschuldigten und in Rücksprache mit seinem Verteidiger erfolgen.

3. Zur Legaldefinition des Verletzten in die StPO (§ 373b StPO) und daran anknüpfende Folgeänderungen

Der Referentenentwurf sieht vor, einen neuen § 373b StPO an den Anfang des 5. Buches (Beteiligung des Verletzten am Verfahren) einzufügen, welcher eine allgemeine Legaldefinition des „Verletzten“ einführt. Verletzter soll demnach derjenige sein, der „durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in seinen Rechtsgütern beeinträchtigt worden ist oder unmittelbar einen Schaden erlitten hat“. Dem Verletzten gleichgestellt sollen sein:

1. Ehegatte bzw. Lebenspartner,
2. im gemeinsamen Haushalt lebender Lebensgefährte,
3. Verwandte in gerader Linie,

4. Geschwister und
5. Unterhaltsberechtigte

einer Person, deren Tod eine direkte Folge der Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, ist.

Die Regelung soll damit der Umsetzung von Art. 2 der Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI (Opferschutzrichtlinie) dienen.

a) Änderung der Systematik

Die Verletztendefinition an den Anfang des Fünften Buches der StPO, „Beteiligung des Verletzten am Verfahren“ zu stellen, erscheint zunächst sinnvoll und anwenderfreundlich. Sie hebt allerdings die bisherige gesetzgeberische funktionale Differenzierung zwischen den verschiedenen Betroffenen je nach prozessualer Stellung auf.

aa) Bisherige Systematik

Das Fünfte Buch regelt bislang Privatklage, Nebenklage, Entschädigung sowie weitere Befugnisse (Information, Akteneinsicht) und damit letztlich „Verletzte“ in verschiedenen Prozesskonstellationen, ohne dass es eine generelle Legaldefinition des Verletzten vorsieht. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber mit der Regelung der §§ 395 ff, 403ff StPO der abgestuften Schutzbedürftigkeit von Verletzten Rechnung getragen hat. So ist das Recht zum Anschluss als Nebenkläger nach der bestehenden Regelung – unabhängig von ihrer Schutzwürdigkeit – Personen verwehrt, die lediglich Opfer einer Untreue oder eines Betrugs geworden sind.¹⁰

Die Reichweite ist nach der bisherigen gesetzgeberischen Intention anhand der Funktion des Rechtsbegriffes im Kontext seiner jeweiligen Verwendung zu bestimmen.¹¹

¹⁰ OLG München v. 05. Dezember 2018 – 2 Ws 1160/18 –, Rn. 20, juris.

¹¹ BT-Drs. 10/5305, 16.

- Funktionen des Verletztenbegriffes in § 374 (Privatklage) sind der Ausschluss von Popularklagen sowie die Anerkennung des Genugtuungsinteresses des Verletzten.¹² Verletzter in diesem Sinne ist derjenige, dessen Rechtsgut (das dem Schutzgut der materiell-rechtlichen Norm entspricht) durch die Straftat unmittelbar beeinträchtigt wurde.¹³
- Im Rahmen der Nebenklage iSd § 395 StPO ist Verletzter nur die durch die in der Vorschrift genannte jeweilige Straftat in ihrem Rechtsgut unmittelbar beeinträchtigte Person¹⁴. Die Anschlussberechtigung geht im Todesfalle nicht auf die Erben über.¹⁵
- Verletzter iSd § 403 StPO (Adhäsionsverfahren) ist nach allgemeiner Meinung, wer unmittelbar aus der Straftat einen vermögensrechtlichen Anspruch erworben hat, sowie nach hM darüber hinaus der mittelbar Verletzte, also zB Ehegatten¹⁶, jedenfalls, soweit sein Anspruch unmittelbar aus der Straftat erwachsen ist¹⁷. Über den Wortlaut der Vorschrift hinaus soll nach allgemeiner Auffassung auch der Erbe antragsberechtigt sein.¹⁸
- Im Vierten Abschnitt des Fünften Buches (sonstige Befugnisse des Verletzten, §§ 406d ff StPO) schließlich sind die für alle Verletzten geltenden Vorschriften zusammengefasst. Wer Verletzter im Sinne der §§ 406d ff. ist, hat der Gesetzgeber bewusst nicht bestimmt, weil es einen einheitlichen Verletztenbegriff im Strafverfahrensrecht nicht gibt, der Begriff jeweils aus dem Funktionszusammenhang zu bestimmen ist und die Auslotung der Grenzbereiche der Rechtsprechung vorbehalten bleiben soll.¹⁹

bb) Kritik der Neuregelung

Mit der nunmehr einheitlichen Definition eines Verletzten wird diese, vom Gesetzgeber intendierte funktionelle Unterscheidung zwischen den in verschiedenen Schweregraden Verletzten aufgehoben und die für bestimmte Bereiche wie die Privatklage bewusst eng gehaltene Definition sogar auf nur

¹² SK-StPO/Velten Rn. 10; MüKoStPO/Daimagüler, 1. Aufl. 2019, StPO § 374 Rn. 8.

¹³ MüKoStPO/Daimagüler, 1. Aufl. 2019, StPO § 374 Rn. 8.

¹⁴ RGSt 69, 108; KK-StPO/Walther, 8. Aufl. 2019, § 395 Rn. 3.

¹⁵ BGH NJW 1998, 3069.

¹⁶ Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, 62. Aufl. 2020, § 404 Rn. 2.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 05. September 2019 – 4 StR 178/19 –, Rn. 4, juris.

¹⁸ Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, 62. Aufl. 2020, § 404 Rn. 3; BeckOK StPO/Ferber, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 403 Rn. 1..

¹⁹ BT-Drs. 10/5305, 16.

noch äußerst entfernt Betroffene ausgedehnt. Darüber hinaus soll dieser neue Verletzten-Begriff laut Referentenentwurf nicht nur dem Fünften Buch, sondern der gesamten StPO zu Grunde gelegt werden, insbesondere damit auch dem § 48 Abs. 3 StPO, der für Zeugen, die zugleich Verletzte sind, die Feststellung einer besonderen Schutzbedürftigkeit vorsieht.

Während die weite Legaldefinition für bestimmte Kriminalitätsbereiche der schweren Kriminalität angemessen sein mag, schießt sie jedenfalls im Bereich der Privatklagedelikte weit über das Ziel hinaus. Fast alle in § 374 StPO bezeichneten Delikte sind Antragsdelikte, bei denen in aller Regel kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht und der Betroffene daher auf den Privatklageweg verwiesen wird. Es erscheint schwer vorstellbar, dass die von Vergehen wie Beleidigung „verletzte“ Person „eine körperliche, geistige oder seelische Schädigung oder einen wirtschaftlichen Verlust, der direkte Folge einer Straftat war, erlitten hat“, wie es Art. 2 Abs. 1 a) der Opferschutzrichtlinie, um dessen Umsetzung es den Autoren des Referentenentwurfes ging, vorsieht. Insoweit der Referentenentwurf jegliche Beeinträchtigung von Rechtsgütern zur Begründung der Verletzteneigenschaft genügen lässt, geht er daher zu weit.

b) Ausweitung auf Angehörige und Unterhaltsberechtigten von Personen, deren Tod eine direkte Folge der unterstellten oder rechtskräftig festgestellt begangenen Tat waren

Die Erweiterung des Verletztenbegriffes auf alle Personen, die nur insoweit betroffen sind, als sie verwandt mit einer Person sind, dessen Tod direkte Folge der in Rede stehenden Straftat sind, geht ebenfalls erneut über die Vorgaben der Opferschutzrichtlinie hinaus.

In der Opferschutzrichtlinie ist zu Recht die Einschränkung vorgenommen, dass „nur“ mittelbar betroffene Familienangehörige einer getöteten Person als „Opfer“ (im Referentenentwurf: „Verletzte“) anzusehen sind, wenn sie „durch den Tod dieser Person eine Schädigung erlitten haben“.

Dies ist insofern richtig, als sie nicht direkt geschädigt sein müssen. So heißt es in der Begründung der Opferschutzrichtlinie: „Auch die Familienangehörigen der Opfer *können* durch die Straftat einen Schaden erleiden. Insbesondere *können* Familienangehörige einer Person, deren Tod direkte Folge einer Straftat ist, durch

die Straftat einen Schaden erleiden. Daher sollten die Schutzmaßnahmen dieser Richtlinie auch diesen Familienangehörigen, die indirekte Opfer der Straftat sind, zugutekommen. Allerdings sollten die Mitgliedstaaten Verfahren einrichten können, um die Zahl der Familienangehörigen, denen die in dieser Richtlinie festgelegten Rechte zugutekommen können, zu begrenzen."

Der Referentenentwurf stellt zwar klar, dass die Ausweitung nichts am Anwendungsbereich des § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO ändern soll und damit der weitere Angehörigenkreis nicht zugleich auch nebenklagebefugt wird. Dennoch erscheint eine Ausweitung des allgemein geltenden Verletztenbegriffes auf Personen, die mit einem Verstorbenen verwandt sind, ohne das Erfordernis einer Schädigung des Betroffenen problematisch. Zum einen ist die mit der Ausdehnung der für Verletzte vorgesehenen Informationsrechte der §§ 406 ff StPO aus datenschutzrechtlichen Gründen problematisch und insbesondere auch aus Zeugenschutzgesichtspunkten gefährlich. Die Gefahr, dass sensible, schutzwürdige Informationen an die Öffentlichkeit gelangen, steigt mit der Anzahl der am Verfahren Beteiligten. Ein Informationsinteresse aller Verwandter in gerader Linie liegt demgegenüber nicht auf der Hand. Jedenfalls in Bezug auf §§ 406 ff erscheint daher eine Einschränkung auf tatsächlich Geschädigte, wie es die Richtlinie vorsieht, sinnvoll.

Soweit befürchtet wird, dass die Prüfung, ob die Person durch den Tod eine Schädigung erlitten hat, als „unangemessen und taktlos“ empfunden werden könnte, ist dem entgegen zu halten, dass jedenfalls die besondere Schutzbedürftigkeit doch spätestens im Rahmen der Auslegung (zB bei § 48 Abs. 3 StPO) eruiert werden müsste.

c) Ausweitung auf TOA kontraproduktiv

Jedenfalls die Ausweitung des Verletztenbegriffes für Zwecke des Täter-Opfer-Ausgleiches (TOA) nach § 155a S. 3 StPO ist kontraproduktiv, da hierdurch die fehlende Einwilligung eines einzigen, auch nur entfernten Angehörigen des zu Tode gekommenen die Einigung scheitern lässt und damit der mit dem TOA intendierte Rechtsfrieden noch schwer zu erreichen sein wird. Insbesondere wird es dem Beschuldigten ungleich erschwert, einen Ausgleich herbeizuführen, wenn er zunächst den Kreis der Verletzten klären und dann mit allen eine Einigung herbeiführen muss, zumal nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Interessen aller so definierter „Verletzter“ gleichgerichtet sind. Damit wird die

Anwendung des TOA jedenfalls im Falle von Tötungsdelikten entgegen der gesetzgeberischen Intention einer friedensstiftenden Wirkung²⁰ praktisch unmöglich gemacht. Auch der im Referentenentwurf wahrgenommene, durch die weitergehende Definition entstandene Wertungswiderspruch zu § 46a StGB widerspricht der gesetzgeberischen Intention, §§ 155a StPO und 46a StGB nach den gleichen Grundsätzen auszulegen²¹.

Um dennoch dem europarechtlichen Erfordernis einer Verletztendefinition Rechnung zu tragen, würde es ausreichen, in §§ 155a StPO, 46a StGB den Begriff des Verletzten durch „Geschädigten“ zu ersetzen.

4. Änderungen im Einziehungsrecht

Es überrascht, dass sich der Gesetzgeber nach erst vor Kurzem vorgenommenen grundsätzlichen Änderungen²², einer noch nicht entschiedenen Vorlage des Bundesgerichtshofs an das Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkungsklausel in § 316h EGStGB durch den Bundesgerichtshof²³ und mehreren Revisionsentscheidungen, die dem neuen Recht Konturen für die Praxis verleihen²⁴, nun schon wieder an eine Änderung machen möchte. Man hätte vermuten können, dass es sich um eine Vereinfachung oder Entschärfung der Regelung handelt. Das Gegenteil ist der Fall.

a) Gegenstand der Neuregelung

§ 375a AO, der gerade am 1. Juli 2020 ins Gesetz gekommen ist²⁵, wird durch Art. 15 aufgehoben. Parallel wird eine nicht nur auf das Steuerrecht beschränkte, im Übrigen inhaltlich identische Regelung in § 73e Abs. 1 StGB aufgenommen, nach welcher auch verjährte Ansprüche – aller Art – nunmehr Gegenstand der Einziehung sein können. In den Erläuterungen des Entwurfs (Seite 108 f.) wird klargestellt, dass man davon ausgeht, dass weniger zivilrechtliche Ansprüche einen Anwendungsfall bilden werden, da die Verjährung insofern nur ein „Leistungsverweigerungsrecht“, verfahrensrechtlich als Einrede geltend gemacht,

²⁰ BT-Drs. 14/1928, 6.

²¹ vgl. BT-Drs. 14/2258, 10.

²² G. v. 29. Juni 2020, BGBl. I, S. 1512; dazu krit. DAV-Stellungnahme Nr. 41/2020.

²³ BGH v. 7. März 2019 – 3 StR 192/18; dazu DAV-Stellungnahme Nr.: 44/2019.

²⁴ s. etwa BGH v. 19. Oktober 2019 – 1 StR 173/19; v. 19. September 2018 – 1 StR 183/18; v. 27. Mai 2020 – 5 StR 433/19.

²⁵ dazu krit. DAV-Stellungnahme Nr. 41/2020.

begründe. Man rechne vielmehr damit, dass die Norm vor allem auf hinterzogene Steuern und Zölle Anwendung finde, da diese nach § 47 AO und Art. 124 Abs. 1a UZK im Falle der Festsetzungsverjährung per Gesetz erlöschen. Da bei ersparten Steueraufwendungen die Einziehung des Erlangten insofern nicht möglich sei, finde nach § 73c Satz 1 StGB die Einziehung des Wertersatzes statt. Weil Steueransprüche mit der steuerlichen Verjährung automatisch „erlöschen“, sieht man eine „Abschöpfungslücke“, die geschlossen werden müsse.

Art. 12 des Entwurfs ändert Art. 316h EGStGB dergestalt, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung über eine Straftat durch das Gericht immer die aktuelle Version des § 73e Abs. 1 Satz 2 StGB anwendbar ist, nach welcher Ansprüche, die nur aufgrund der Verjährung erlöschen, dennoch Gegenstand der Einziehung sein können. Der Gesetzgeber ist sich bewusst, dass er insofern von dem Meistbegünstigungsgebot des § 2 Abs. 1 und 5 StGB, das auch für die Einziehung als Nebenfolge gilt, abweicht. Folglich kann – und muss – das Strafgericht, das ab Geltung des StPO-Fortentwicklungsgesetzes über einen Steuerhinterziehungsfall entscheidet, auch in Altjahre zurückgehen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des StPO-Fortentwicklungsgesetzes bereits steuerlich verjährt waren. Der Entwurf sieht darin keinen Fall der unzulässigen Rückwirkung nach Art. 103 Abs. 2 GG, da die Vorschriften der Vermögensabschöpfung angeblich keinen Strafcharakter besitzen sollen (Seite 111 f.). Der Verstoß gegen die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in Art. 20 Abs. 3 GG wird mit überwiegenden Allgemeinwohlinteressen begründet. Die fortwirkende Störung der Vermögensordnung müsse beseitigt werden.

b) System- und Verfassungswidrigkeit der geplanten Neuregelung

aa) Systemwidrigkeit

Die geplante Ausdehnung der Einziehungsmöglichkeit auch auf steuerlich bereits verjäherte Ansprüche beruht auf einem Missverständnis des Gesetzgebers. Der Staat tritt dem Steuerbürger in zweifacher Weise entgegen:

- Auf dem Gebiet des Steuerrechts legt er fest, welche Steuern zu bezahlen sind und wie genau das hierfür anzuwendende Verfahren auszusehen hat. Zu den insofern anwendbaren Vorschriften gehören auch die Regeln über die steuerliche Festsetzungsverjährung in § 169 AO. Der Gesetzgeber hat in §

169 Abs. 2 Satz 2 AO die Möglichkeit, für hinterzogene Steuern die Festsetzungsverjährung von derzeit zehn Jahren auf zwanzig oder dreißig Jahre zu ändern. Dann bliebe er als Staat im Rahmen der Systematik, nach der das Steuer- und Steuerverfahrensrecht einen in sich geschlossenen Bereich bilden. Zuständig ist hierfür die fachlich vorgebildete Finanzverwaltung.

- Soweit der Staat dem Bürger im Bereich des Strafrechts mit entsprechenden Nebenfolgen wie zB der Einziehung gegenübertritt, geschieht dies als maximale Eingriffsverwaltung, die wiederum ihren geschlossenen Bereich des Strafens vor dem Hintergrund von General- und Spezialprävention hat. Die Zuständigkeit liegt insofern bei den Strafgerichten.

Wenn man mit dem Referentenentwurf des BMJV den Zweck der Einziehung darin sieht, die Störung in der Vermögensordnung zu beseitigen, so kann es sinnvoll sein, wenn das staatliche Strafgericht Privatpersonen dabei unterstützt, zu ihrem Recht und damit zu einem Ausgleich der inkriminierten Vermögensverschiebung zu kommen. Das ist jedoch weder erforderlich noch systemgerecht, wenn der Staat selbst Geschädigter ist und es in der Hand hat, die ungewollte Vermögensverschiebung wieder rückgängig zu machen. Das ist der Fall im Bereich des Steuer- und Zollrechts, für den im Referentenentwurf die eigentliche Anwendung der Gesetzesänderung gesehen wird. Wenn der Staat insofern Änderungen vornehmen möchte, etwa weil die Festsetzungsverjährung bei Hinterziehungsfällen für zu kurz angesehen wird, muss diese im Bereich der Steuergesetze vorgenommen werden – allein schon, um zu verhindern, dass es zu gesetzlichen Widersprüchen kommt. Solche lägen bei Umsetzung des Referentenentwurfs vor. Während im Steuerrecht die Festsetzungsverjährung bei zehn Jahren liegt, würde diese Beschränkung durch die Einziehungsregeln „unterlaufen“, die letztlich zu einer dreißigjährigen Verjährung führen.

Auch wenn man auf die sich im jeweiligen Bereich ergebenden Zuständigkeiten blickt, wird klar, dass die beiden Sphären Steuer- und Strafgesetzgebung voneinander getrennt bleiben müssen. Die Finanzverwaltung verfügt über alle Besteuerungsunterlagen und die Fachkompetenz. So ist es kein Zufall, dass der Entwurf aus dem BMJV und nicht aus dem BMF kommt. Letzteres ist sich darüber im Klaren, dass es gar nicht möglich ist, mehr als zehn Jahre steuerlich zurückzugehen. Aktenvernichtungsvorschriften etc. sorgen dafür, dass schon gar

keine Unterlagen mehr vorhanden sind, aus denen sich für die letzten dreißig Jahre zurück hinterzogene Steuern schätzen oder gar berechnen lassen. Wenn nicht einmal die steuerlichen Experten in der Lage sind, diese Aufgabe zu lösen, wie sollen dann erst die Strafgerichte eine Bemessung des Einziehungsbetrags vornehmen können?

Der Umstand, dass die Forderung nach einer gesetzlichen Verschärfung gerade jetzt kommt, ist mit großer Wahrscheinlichkeit auf die Cum/Ex-Verfahren zurückzuführen, deren Abwicklung sich verzögert. So wurde die Forderung der zeitlich fast uneingeschränkten Einziehung nicht einmal während der sog. Auslandsanleger-Verfahren erhoben, bei denen deutsche Steuerpflichtige ihre Kapitalerträge aus der Schweiz, Österreich, Liechtenstein etc. in Deutschland der Besteuerung nicht unterworfen haben. Die finale Aufarbeitung dieser Verfahren lief 2008 an und ist inzwischen weitestgehend abgeschlossen. Im Gegensatz zu den Cum/Ex-Verfahren hätten sich bei den Auslandsanlegerverfahren die Steuerbeträge deutlich besser beziffern lassen. Die unter Verjährungsdrohung stehende und offensichtlich tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten ausgesetzte Steuerfestsetzung in Cum/Ex-Verfahren durch eine strafrechtliche Einziehung umgehen zu wollen, stellt keine verfassungsgemäße Lösung des Problems dar.

bb) Verfassungswidrige Rückwirkung

Soweit in der Übergangsregelung des Art. 316h EGStGB angeordnet wird, dass – entgegen der vorangegangenen Gesetzeslage – bei der Anordnung der Einziehung auch bereits steuerlich verjährte Steuerforderungen Gegenstand der Einziehung sein können, stellt dies eine verfassungswidrige Rückwirkung dar. Diese Situation ist derjenigen vergleichbar, die im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs in Bezug auf Art. 316h EGStGB besteht²⁶. Sowohl auf die Begründung des Bundesgerichtshofs als auch auf die insofern eingereichte Stellungnahme des DAV kann in vollem Umfang Bezug genommen werden.

Der Bundesgerichtshof stützt seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit im Wesentlichen darauf, dass die im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und

²⁶ BGH v. 7. März 2019 –3 StR 192/18; dazu DAV-SN. Nr.: 44/2019.

in den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verletzt sind.

Zusätzlich wird in der DAV-Stellungnahme zu Art. 316h EGStGB ausführlich die europarechtliche Auslegungsnotwendigkeit des Begriffs der „Strafe“ dargestellt. So ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes die EMRK, konkret in ihrer Auslegung durch den EGMR, trotz des Umstands, dass sie in der deutschen Normenhierarchie nur im Rang eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz Geltung beansprucht, bei der Auslegung des Grundgesetzes zu beachten. Dabei erachtet das Bundesverfassungsgericht allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der EMRK für erforderlich, sondern lediglich ein Aufnehmen der Wertungen der EMRK in die Grundgesetzinterpretation, soweit dies methodisch vertretbar erscheint und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist.²⁷ Nach der Rechtsprechung des EGMR ist auch im Rahmen der konventionskonformen Verfassungsauslegung der Grundsatz der autonomen Auslegung nationaler Rechtsbegriffe im Lichte der EMRK zu beachten. Der EGMR hat bereits mehrfach auch Vermögensentziehungen, die nach nationalem Rechtsverständnis nicht als Strafen angesehen worden waren, nach diesem Grundsatz als Strafen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK bewertet und auch eine Verletzung dieses Konventionsrechts angenommen.²⁸ Die Übergangsregelung ist folglich jedenfalls rechts- und verfassungswidrig.

²⁷ BVerfGE 128, 326 (366 ff.).

²⁸ EGMR v. 9. Februar 1995 – 17440/90 – Welch ./I. Vereinigtes Königreich u.a..