



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 68/2020 November 2020

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften

Mitglieder des Ausschusses Strafprozessrecht:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitza (Berichterstatter)
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer (Vorsitzender)
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg
Rechtsanwalt Franz-Josef Schillo
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin Stefanie Schott
Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Patentanwaltskammer
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Wirtschaftsprüferkammer
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion
Expertenbriefing, Juris Nachrichten, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Das BMJV hat mit Stand vom 6. Oktober 2020 einen Entwurf für ein „Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften“ veröffentlicht (nachfolgend „**Ref-E**“). Mit diesem Entwurf sollen „*Regelungslücken im Bereich der strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse behoben werden*“. Diese Regelungslücken werden beim Einsatz von sogenannten automatisierten Kennzeichenlesesystemen (AKLS) im öffentlichen Verkehrsraum zu Fahndungszwecken gesehen, aber auch im Recht der Postbeschlagnahme. Daneben soll nach Auffassung der Entwurfsverfasser¹ der Bedarf bestehen, „*eine Reihe von Korrekturen und Anpassungen in verschiedenen weiteren Bereichen der StPO, anderer Verfahrensordnungen, des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) sowie in sonstigen Gesetzen vorzunehmen*“. Weitere Änderungen betreffen den Opferschutz; der Entwurf enthält insoweit eine gesetzliche Definition des Verletztenbegriffs innerhalb der StPO und die Aufnahme der sexuellen Selbstbestimmung in den Schutzbereich des Gewaltschutzgesetzes.

Die Bundesrechtsanwaltskammer („**BRAK**“) nimmt zu den Vorschlägen wie folgt Stellung:

I.

Vorbemerkung

Der Ref-E definiert als „*wesentliche verfassungsrechtliche Aufgaben*“ der Strafrechtspflege wie folgt: „*die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung wie auch de[r] Freispruch des Unschuldigen*“. Die BRAK sieht sich veranlasst, darauf hinzuweisen, dass zum einen neben der „Bestrafung“ auch ein wohlausgewogenes Instrumentarium anderer gesetzlicher Rechtsfolgen existiert und zum anderen in einem justizförmigen Verfahren all diejenigen freizusprechen sind, denen eine Schuld nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden kann. Zudem sieht sich die BRAK veranlasst, darauf hinzuweisen, dass es auch aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Aufgabe der Strafrechtspflege ist, Beschuldigtenrecht zu wahren und den Beschuldigten nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens zu degradieren. Der Freispruch ist die ultimative, aber nicht einzige Folge dieser Verpflichtung.

Nach der „*Effektivierung*“ (2017) und der „*Modernisierung*“ (Dezember 2019) nun also die „*Fortentwicklung*“ der Strafprozessordnung. Bereits das noch nicht einmal ein Jahr alte Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 enthält insgesamt zwölf Maßnahmen mit punktuellen Änderungen des Strafverfahrensrechts, welche die am 15. Mai 2019 von der Bundesregierung beschlossenen und „*bereits sehr kleinteilig formulierten Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens umsetzen*“.² Es fragt sich ganz grundsätzlich, ob tatsächlich jede (vermeintliche) „Regelungslücke“ neue Gesetze in dieser raschen Folge notwendig macht.

Daneben führte bekanntlich auch der „Opferschutz“ bereits zu hoher gesetzgeberischer Aktivität: In den letzten 16 Jahren gab es drei Opferrechtsreformgesetze (2004, 2009 und 2015) und ein Gesetz zur

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

² Claus, NSZ 2020, S. 57.

Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG, 2013). Dennoch sieht auch in diesem Bereich der Ref-E weiteren Handlungsbedarf.

Aus diesem Reformeifer folgt ein erster Kritikpunkt: Gesetze können nur dann „praxistauglich“, „effektiv“ und „modern“ sein, wenn sie umgesetzt werden. Wenn die Rechtsanwender auf Seiten der Gerichte, Staatsanwaltschaften und Anwaltschaft aber Schwierigkeiten bekommen, den Überblick zu behalten, wird nicht effektiviert, sondern eine ernstzunehmende Gefahr geschaffen. Die allseits beklagte Überlastung der Justiz lässt sich in der Wahrnehmung der BRAK nur zum Teil mit Personalknappheit und nur ganz selten mit ineffektiven Gesetzen begründen, aber eben durchaus auch mit von der Sache überfordertem Justizpersonal. Jede Reform erhöht die Anforderungen und greift in ein System ein, das eine gewisse Balance gefunden hat. Jede Reform muss sich daran messen lassen, ob der durch sie geschaffene Aufwand durch ihren Ertrag gerechtfertigt wird.

Vor diesem Hintergrund überzeugt der vorgelegte Gesetzentwurf nicht. Er bleibt eine Rechtfertigung dafür, mit der StPO eine der für den bundesrepublikanischen Rechtsstaat wesentlichen Verfahrensordnungen nach kurzer Zeit erneut an vielen Stellen ändern zu wollen, schuldig. Auch die nachvollziehbaren Korrekturerfordernisse erscheinen nicht derart dringlich, dass sie nicht bis zur nächsten größeren Novellierung hätten zurückgestellt werden können. Andere Änderungen sind mit Beschneidungen von Beschuldigtenrechten verbunden, ohne dass eine überzeugende Begründung für deren Notwendigkeit erfolgt.

II.

Im Einzelnen:

Besondere Beachtung und Kritik verdient zunächst die in dem Entwurf enthaltene *Reform der Reform* der Vermögensabschöpfung: die im Ref-E sog. „*Nachsteuerungen*“ (§ 73e des StGB, §§ 111k, 111o, 413, 421, 435, 459g StPO, § 31 RPfG) und daran anknüpfende Folgeänderungen im EGStGB, in der AO und im Einführungsgesetz zur AO.

1. Zunächst einmal soll mit der Änderung von § 459g Abs. 5 StPO der Schutz des „entreicherten“ Betroffenen im Rahmen der Vollstreckung von Wertersatzentziehungen beseitigt werden. Derzeit

„unterbleibt auf Anordnung des Gerichts die Vollstreckung, soweit er Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre“ (§ 459g Abs. 5 StPO).

In der Begründung des Entwurfs heißt es auf S. 33 zwar zunächst, das „*Absehen von der Vollstreckung ... aus Gründen der Verhältnismäßigkeit*“ solle demgegenüber mit der neu gefassten Regelung lediglich

„offener formuliert werden, indem der Fall, dass der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist, als gesetzlicher Unterfall des Absehens von der Vollstreckung der Einziehungsentscheidung gestrichen wird“,

so dass „*die Ausbildung von Fallgruppen der unverhältnismäßigen Vollstreckung ... der Rechtsprechung überlassen werden*“ solle. Im „*Besonderen Teil*“ der Begründung des Gesetzesentwurfs wird dann allerdings (auf S. 94 f.) nicht allein die mit der Neuregelung verfolgte gesetzgeberische Absicht, sondern auch die damit verbundene Reichweite deutlich: Die bisherige „*pauschale*“ Anordnung gehe zu weit, weil sie dem Grundsatz „*Verbrechen darf sich nicht lohnen*“ widerspreche und denjenigen „*privilegiert, der die Tatbeute schnell verbraucht*“. „*Nur unter besonderen Umständen*“ – etwa bei Verlust „*infolge schwerer Krankheit*“ oder sonstigen nicht vom Betroffenen zu vertretenden „*schicksalhaften*“

Entwicklungen – könne eine Vollstreckungsanordnung der Wertersatzeinziehung künftig noch als unverhältnismäßig angesehen werden.

Die BRAK hält es für äußerst bedenklich, dass in Fällen der Entreicherung nunmehr allein noch auf die letzte Auffangposition des „*zivilprozessualen Pfändungsschutzes*“ (S. 94) verwiesen werden soll, nachdem vor Inkrafttreten des „*Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*“ am 1. Juli 2017 sogar die Anordnung der Einziehung („Verfall“ nach damaliger Terminologie) selbst unterbleiben konnte (§ 73c Abs. 1 S. 2 aF StGB).

Die mit der beabsichtigten Änderung verbundenen Friktionen etwa auch mit dem Diktum, es handele sich bei der Wertersatzeinziehung nicht um eine Strafe (vgl. Ref-E S. 91, nur „vermögensordnend“), werden in all den Fällen überdeutlich, in denen nur *vorübergehend* „etwas“ im Rahmen der Straftatbegehung „erlangt“ wird. Da die auf Tatbestandsebene anerkannte Einschränkung des nur transitorischen Besitzes³ nur in eng umgrenzten Fallkonstellationen greift, sehen sich zahllose Beschuldigte hohen Einziehungsforderungen gegenüber, obwohl sie schon zum Zeitpunkt des Urteils über gar keinen Vermögensvorteil mehr verfügen. Dies mochte man mit Blick auf die Vollstreckungslösung in § 459 Abs. 5 StPO noch für vertretbar halten, die Neuerung im Ref-E gerät in diesen Fällen aber in einen Konflikt mit dem Schuldprinzip.

Dies gilt umso mehr, als die mit dem Reformgesetz aus 2017 erfolgte Verschiebung vom materiellen Strafrecht in den Bereich der Vollstreckung eine Rückwirkung von Gesetzesänderungen deutlich erleichtert hat, indem die Regelung so dem Anwendungsbereich jedenfalls des § 2 StGB entzogen wurde. Vom BGH⁴ wurde danach das Eingreifen des Rückwirkungsverbots erwogen, jedoch mit der Erwägung verworfen, dass das *obligatorisch*⁵ ausgestaltete Vollstreckungshindernis gegenüber der zuvor mit § 73c Abw. 1 S. 2 aF StGB geltenden Rechtslage als milderes Gesetz anzusehen sei. Dieses Argument würde mit der im Ref-E beabsichtigte Gesetzesänderung nicht mehr greifen. Das bedeutet: Die Gerichte würden nunmehr für „Altfälle“ aus der Zeit vor dem 1. Juli 2017 *erneut* die Frage verbotener Rückwirkung zu prüfen haben. Und alle seither entstandenen Fälle wären wohl, dann systemwidrig, dieser Frage entzogen. Es muss auch insoweit bei der grundsätzlichen Kritik an der immer weitergehenden „Abschöpfung“ von überhaupt nicht mehr vorhandenen Vorteilen verbleiben.

2. Nicht weniger bedenklich erscheint (insbesondere auch wieder unter dem Aspekt der Rückwirkung) eine in dem Entwurf enthaltene *lex cum-ex II*. Bekanntlich hatte der Gesetzgeber gerade erst im sogenannten Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz vom 29. Juni dieses Jahres (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 31) den heutigen § 375a in die Abgabenordnung aufgenommen, der Folgendes anordnet:

„Das Erlöschen eines Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis durch Verjährung nach § 47 steht einer Einziehung rechtswidrig erlangter Taterträge nach den §§ 73 bis 73c des Strafgesetzbuches nicht entgegen.“

Zur Begründung hieß es seinerzeit im Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Bundesrat Drucksache 329/20, S. 27):

³ Zum Begriff: MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl. 2020, StGB § 73 Rn. 25.

⁴ In den Beschlüssen vom 22.03.2018, 3 StR 577/17 und vom 15.5.2018, 1 StR 651/17.

⁵ Entsprechend dem eindeutigen Wortlaut von § 459g Abs. 5 S. 1.

„Durch die Neuregelung wird eine Ungleichbehandlung behoben und steuerrechtliche Ansprüche werden künftig im strafrechtlichen Einziehungsverfahren genauso behandelt wie zivilrechtliche.“

Wenig Beachtung hatte dabei zunächst die (zeitgleich mit Art. 7 des Zweiten Corona-Steuerhilfegesetzes) als § 34 in das Einführungsgesetz zur Abgabenordnung eingefügte Übergangsregelung gefunden, mit welcher eine Rückwirkung auf Fälle mit bereits eingetretener Verjährung ausgeschlossen worden war. Offenbar hat dies nach Bekanntwerden öffentlichen Widerspruch auf sich gezogen (vgl. die Artikel in der Süddeutschen Zeitung vom 16. Juli 2020: *„Cum-Ex-Skandal – Sie dürfen die Beute behalten“*,⁶ und vom 26. Oktober 2020: *„Cum-Ex-Fälle verjähren doch nicht“*⁷), so dass nun innerhalb kürzester Zeit die Weichen anders gestellt werden sollen.

Ohne Bezugnahme auf die bisherige (gerade einmal ein Vierteljahr alte) Regelung wird das Problem unter Verweis auf eine bis auf die fehlende Rückwirkung gar nicht bestehende (bzw. sich erst durch gleichzeitige Streichung des § 375a AO wieder ergebende) *„Abschöpfungslücke“* (S. 109) mit Art. 11 Nr. 1 (Neufassung von § 73e Abs. 1 S. 2 StGB) schlicht noch einmal gelöst. Es fehlt dabei aber auch jeder Hinweis auf die nunmehr (mit Art. 12) angeordnete Rückwirkung in Art. 316 EGStGB, nach welcher für Altfälle nunmehr *„abweichend von § 2 Abs. 5 des Strafgesetzbuches § 73e Absatz 1 Satz in der [neuen Gesetzesfassung] anzuwenden“* sein sollen.

Dabei steht nach wie vor die Vorlage des Bundesgerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht⁸ im Raum, nach welcher die Anordnung der Rückwirkung des Reformgesetzes aus 2017 hinsichtlich der in § 76 a Abs. 2 S. 1 in Verbindung mit § 78 Abs. 1 S. 2 StGB sowie § 76 b Abs. 1 StGB getroffenen Regelungen für nicht mit den im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und in den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes vereinbar erachtet wird. Im Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz hatte der Gesetzgeber dem noch Rechnung getragen, indem er nicht eine weitere problematische Rückwirkungsanordnung treffen wollte. Jetzt wird diese angemessene Zurückhaltung umstandslos aufgegeben.⁹

Die BRAK findet nicht nur diese widersprüchliche und klandestine Vorgehensweise problematisch, sondern insbesondere auch die hier einmal mehr zu beobachtende Tendenz, bei politisch populären Anliegen (hier: Aufarbeitung des *„cum-ex“*-Skandals) weit über den jeweiligen Anlass hinausreichende Abweichungen rechtsstaatlicher Garantien (hier: das Verbot echter Rückwirkung) vorzunehmen.

So wie auch hinsichtlich der Verfolgungsverjährung (etwa wiederholt für Missbrauchsdelikte mit § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB) lediglich *noch laufende* Verjährungsfristen verlängert werden (unbeschadet der Frage, inwieweit dies sich jeweils rechtspolitisch als sinnvoll darstellt), *nicht* jedoch *bereits abgelaufene* Verjährungsfristen neu in Gang gesetzt werden können, sollten auch hinsichtlich der Wertersatzeinziehung für Betroffene bereits eingetretene Rechtsfolgen Bestand haben. Die hinsichtlich der zeitlichen Geltung von Strafgesetzen in § 2 StGB getroffene Differenzierung zwischen Maßregeln der Besserung und Sicherung einerseits (Abs. 6: Rückwirkung erlaubt wegen des rein präventiven Charakters) und der Einziehung andererseits (Abs. 5: Rückwirkungsverbot des materiellen Strafrechts erstreckt sich auch

⁶ <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cum-ex-steuern-1.4969137> - zuletzt abgerufen am 28.10.2020.

⁷ <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/steuerskandal-cum-ex-faelle-verjaehren-doch-nicht-1.5094653> - zuletzt abgerufen am 28.10.2020.

⁸ siehe NJW 2019, S. 1891.

⁹ Dies obwohl an *anderer Stelle* der Entwurfsbegründung (auf S. 33, zur Anwendbarkeit der Regelungen zur Vermögensabschöpfung im Jugendstrafrecht) gerade erklärt wird, *„einer höchstrichterlichen Klärung nicht vorgreifen“* zu wollen.

hierauf) duldet angesichts des sogenannten Bruttoprinzips,¹⁰ mit dem die Einziehung prinzipiell über die bloße Rückführung unerlaubt erlangter Vorteile hinausgreifen soll, keine Aufweichung.

3. Auch die vorgeschlagene Ergänzung des § 421 StPO ist abzulehnen. Der Ref-E bleibt eine nachvollziehbare Begründung dafür, dass ein Absehen von der Einziehung unter dem Gesichtspunkt, dass sie neben der zu erwartenden Strafe oder Maßregel nicht ins Gewicht fällt, in Fällen der rein vermögensordnenden Einziehung nach Maßgabe der §§ 73 ff. StGB nicht in Betracht kommt, schuldig. Wenn nach § 154 StPO von der Verfolgung einer *Tat* und damit einer möglichen *Bestrafung* abgesehen werden kann und insoweit nicht einmal *Verbrechen*¹¹ von dieser Möglichkeit ausgenommen sind, überzeugt es nicht, der Praxis ohne ausführliche Begründung diese Möglichkeit ökonomischer Verfahrensgestaltung im Bereich einer bloßen strafrechtlichen *Maßnahme* zu nehmen.

III.

Die BRAK hat keine Bedenken gegen die Stärkung des Schutzes von Zeugenadressen in der StPO (§§ 68 Abs. 1, 68 Abs. 4 StPO-E und § 200 Abs. 1 S. 3 StPO-E); das Gleiche gilt für die Aufnahme der sexuellen Selbstbestimmung in den Rechtsgutsschutz des GewSchG und den Schutz der Schöffendressen im GVG (§ 36 Abs. 2 S. 2 GVG).

IV.

Klärung der bisherigen Streitfrage zu § 99 StPO

Die mit der Einfügung eines neuen Absatzes 2 zu schaffende Klarheit darüber, dass Postdienstleister Auskünfte auch über Sendungen, die sich nicht mehr in ihrem Gewahrsam befinden, erteilen müssen, wird von der BRAK grundsätzlich begrüßt. Es ist aber anzumerken, dass gesetzliche Regelungen, die zu Eingriffen in Grundrechte ermächtigen, Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs präzise festlegen müssen. Es ist zu bezweifeln, ob die Begründung im Ref-E, es solle eine Lücke geschlossen werden, „um eine effektive Strafverfolgung auch in Zeiten des vermehrten Online-Versandhandels zu gewährleisten, der immer öfter auch den Versand von inkriminierten Gegenständen über das besonders abgeschottete sogenannte Darknet umfasst“, diesen Anforderungen gerecht wird. Mit „effektiverer Strafverfolgung“ lässt sich letztlich jede Verschärfung bestehender Normen umstandslos rechtfertigen.

V.

Vereinheitlichung des Begriffes der Nachtzeit im Recht der Wohnungsdurchsuchung (§ 104 Abs. 3 StPO)

Die BRAK begrüßt die jahreseinheitliche Fassung der „Nachtzeit“ in § 104 StPO auf den Zeitraum von neun Uhr abends bis sechs Uhr morgens und die damit verbundene Verlängerung derselben in den Monaten April bis September.

¹⁰ § 73d Abs. 1 S. 2 StGB

¹¹ Oder auch das Absehen von lebenslanger Freiheitsstrafe bei bereits vorliegender entsprechender Verurteilung im Einzelfall gerechtfertigt sein kann, vgl. KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, StPO § 154 Rn. 8.

VI.**Anpassung der Belehrungsvorschriften in § 114b StPO**

Auch die Änderungen in § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und S. 3 werden von der BRAK begrüßt.

Die in § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO beabsichtigte Neuregelung begegnet dagegen Bedenken. Der Hinweis auf eine mögliche Kostenfolge im Falle der späteren Verurteilung ist insofern irreführend, als dass (mindestens zu einem erheblichen Teil) Kosten in den seit der oben genannten Gesetzesänderung nicht eben seltenen Fällen der Pflichtverteidigung ohnehin entstehen. Damit wird die Gefahr geschaffen, dass Verhaftete zunächst aus Furcht vor Kosten im Rahmen polizeilichen Zugriffs auf anwaltlichen Beistand und damit entscheidende Rechte verzichten, und später, weil vor Gericht ein Fall des § 141 Abs. 2 StPO gegeben ist, das Risiko der Kostentragung (jedenfalls der Pflichtverteidigervergütung) doch tragen müssen.

VII.**Reform der Vernehmungsvorschriften (§§ 136, 163a StPO)**

Dass der Beschuldigte im Fall mehrerer Vernehmungen im Ermittlungsverfahren vor jeder erneuten Vernehmung auf die in § 136 Abs. 1 genannten Gesichtspunkte hingewiesen und über die dort genannten Rechte belehrt wird, wird von der BRAK uneingeschränkt begrüßt.¹²

Das Gleiche gilt für die Möglichkeit, einen Beschuldigten in geeigneten Fällen auch im Wege der Bild- und Tonübertragung (§ 58b StPO) zu vernehmen. Wünschenswert wäre, mindestens in Fällen erheblicher Vorwürfe (etwa Verbrechen), diese Möglichkeit als Regelfall, dessen Ausnahme einer Begründung bedarf, auszugestalten.

Ebenfalls wird begrüßt, dass hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten das Recht zusteht, auch im Rahmen ihrer staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren die in § 186 GVG vorgesehenen Kommunikationshilfen in Anspruch zu nehmen.

VIII.**Regelung des Fahndungseinsatzes von Automatischen Kennzeichenlesesystemen (AKLS), § 163g Ref-E**

Die Begründung im Ref-E für die vorgesehene spezialgesetzliche Befugnis der Strafverfolgungsbehörden zur automatischen Kennzeichenerfassung im öffentlichen Verkehrsraum zu Fahndungszwecken ist besonders ausführlich. Die Entwurfsverfasser verweisen zu Recht auf die verfassungsgerichtlichen Anforderungen¹³ an eine verhältnismäßige Ermächtigungsgrundlage und stellen diese auch ausführlich und zutreffend dar. Vor diesem Hintergrund überrascht die nicht weiter erklärte oder gar rechtlich abgeleitete Behauptung, „ein Richtervorbehalt“ sei „aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich“ (Ref-E S. 67).

¹² Diese Notwendigkeit war angesichts des bisherigen Gesetzeswortlauts bestritten, vergleiche nur KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, StPO § 136 Rn. 5: „Bei erneuter Vernehmung durch den Richter im selben Verfahren braucht die Belehrung nach Abs. 1 nicht erneut erteilt zu werden (Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt Rn. 1; aA Rogall in SK-StPO Rn. 3, 4)“.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 18. Dezember 2018, 1 BvR 142/15.

Unerwähnt bleibt auch die Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder¹⁴ vom 6. November 2019:

„Die DSK lehnt Vorschläge ab, die auf die Schaffung einer neuen Rechtsgrundlage für derartige strafprozessuale Maßnahmen abzielen. Nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung stellen bereits die automatisierten Kfz-Kennzeichen-Kontrollen zur Fahndung nach Personen oder Sachen einen Eingriff von erheblichem Gewicht dar, selbst wenn die Kfz-Kennzeichen unverzüglich spurlos gelöscht werden. Eine längerfristige Aufzeichnung sämtlicher Kennzeichen begründet demgegenüber einen deutlich schwerwiegenderen Grundrechtseingriff.“

Dem ist aus Sicht der BRAK nichts hinzuzufügen. Wenn sich aber über dieses gewichtige Votum schon hinweggesetzt wird, ist der Einsatz dieser technischen Mittel jedenfalls zwingend einem Richtervorbehalt zu unterwerfen.

IX.

Einführung einer Definition des Verletzten in die StPO (§ 373b StPO)

Insoweit begrüßt die BRAK, dass der Ref-E den vielerorts geäußerten Bedenken, vor rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens stehe noch gar nicht fest, ob jene/r „Verletzte“ tatsächlich verletzt wurde, und wenn ja: wodurch und ggf. von wem (ganz abgesehen von den Fragen der materiellen Strafbarkeit),¹⁵ Rechnung getragen hat: *„Im Sinne dieses Gesetzes sind Verletzte diejenigen, die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben“.*

* * *

¹⁴ Online abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/20191106_ent-schlie%C3%9Fung_keine_autom_kennzeichenerfassung_dsk.pdf – zuletzt abgerufen am 28.10.2020.

¹⁵ Vgl. nur Pollähne, MAH Strafverteidigung, Teil K. Zeugen und Verletztenbeteiligung § 56 Verteidigung bei Beteiligung von Verletzten Rn. 8.



Stellungnahme Nr. 19 Februar 2021

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften

Mitglieder des Ausschusses Strafprozessrecht:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitza (Berichterstatter)
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer, Vorsitzender (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. jur. Andreas Minkoff
Rechtsanwalt Jürgen Pauly
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg
Rechtsanwalt Franz-Josef Schillo
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin Stefanie Schott
Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat
Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestag
Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE
Rechtspolitischen Sprecher der Fraktionen CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN,
DIE LINKE
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder
Bundesgerichtshof
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Patentanwaltskammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Deutscher Juristentag e.V.
Redaktionen der NJW, NStZ, NZWiSt, Beck Verlag, ZAP, AnwBI, DRiZ, FamRZ, FAZ,
Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag
Online Recht, LTO, Beck aktuell, Jurion, Juris Nachrichten, Juve, LexisNexis Rechtsnews,
Otto Schmidt Verlag, Kriminalpolitische Zeitschrift, Strafverteidiger Forum, Zeitschrift
HRR Strafrecht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Änderung des § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO

Die BRAK spricht sich erneut² entschieden gegen die Beseitigung des Schutzes des enteicherten Betroffenen vor der Vollstreckung einer Wertersatzentziehung aus. Für die Änderung des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO besteht bereits kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Die Änderung begegnet darüber hinaus durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot und das Schuldprinzip.

1. Vorgeschlagene Regelung

Im Rahmen der Vollstreckung von Wertersatzentziehungen soll mit dem Regierungsentwurf der Schutz des enteicherten Betroffenen beseitigt werden. Derzeit unterbleibt nach § 459g Abs. 5 S. 1 StPO

„auf Anordnung des Gerichts die Vollstreckung, soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre.“

Entgegen der geäußerten Kritik soll die Neuregelung lauten:

„In den Fällen des Absatzes 2 unterbleibt auf Anordnung des Gerichts die Vollstreckung, soweit sie unverhältnismäßig wäre.“³

In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es zwar, das „Absehen von der Vollstreckung ... aus Gründen der Verhältnismäßigkeit“ solle lediglich

„offener formuliert werden, indem der Fall, dass der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist, als gesetzlicher Unterfall des Absehens von der Vollstreckung der Einziehungsentscheidung gestrichen wird“,

sodass

„die Ausbildung von Fallgruppen der unverhältnismäßigen Vollstreckung ... der Rechtsprechung überlassen werden“

solle.⁴

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

² Hierzu bereits ausführlich die Stellungnahme der BRAK Nr. 68 aus November 2020, abrufbar unter <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/november/stellungnahme-der-brak-2020-68.pdf>.

³ Art. 1 Nr.- 55 RegE, S. 20.

⁴ BegrRegE, S. 42.

Im „*Besonderen Teil*“ der Begründung des Regierungsentwurfs wird dann allerdings die Reichweite der Änderung deutlich: Die bisherige „*pauschale*“ Einordnung der Entreichering als Fall der Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung sei „*zu weitgehend*“, weil sie dem Grundsatz „*Verbrechen darf sich nicht lohnen*“ widerspreche und denjenigen „*privilegiert, der die Tatbeute schnell verbraucht*“. „*Nur unter besonderen Umständen*“, etwa bei Verlust „*infolge schwerer Krankheit*“ oder sonstigen nicht vom Betroffenen zu vertretenden „*schicksalhaften*“ Entwicklungen, könne eine Vollstreckungsanordnung der Wertersatzentziehung künftig noch als unverhältnismäßig angesehen werden.⁵

Die BRAK hält es für äußerst bedenklich, dass der Vollstreckungsschutz nunmehr allein noch wenige, schicksalhafte Sonderfälle betrifft und die letzte Auffangposition für die Mehrzahl der entreicherten Betroffenen der „*zivilprozessuale Pfändungsschutz*“ sein soll.⁶ Für die Praxis bedeutet das zudem, dass gegen einen Täter, Teilnehmer oder Dritten, unter Umständen Jahre nach der Tat oder auch weitere Jahre nach Erlangung des Vermögensgegenstandes eine Einziehungsentscheidung noch vollstreckt werden kann. Die beabsichtigte Neuregelung entfernt sich in bedenklicher Weise von einem nachvollziehbaren rechtstaatlichen Ansatz, rechtswidrige Vermögensvorteile abzuschöpfen.

2. Kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Vor Inkrafttreten des „*Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*“ am 1. Juli 2017 konnte **auf Tatbestandsebene** sogar die **Anordnung** der Einziehung („Verfall“ nach damaliger Terminologie) nach der damaligen Härteklausel des § 73c Abs. 1 S. 2 aF StGB **unterbleiben** (und eben nicht erst in der Vollstreckung). Diese Begrenzung wurde erst 2017 auf die Vollstreckungsebene verschoben. Mit dem Regierungsentwurf soll nun, nicht einmal vier Jahre nach der äußerst umfassenden Reformierung der Vermögensabschöpfung, auch die letzte Möglichkeit eines Entreicheringseinwands nahezu gänzlich beseitigt werden. Dabei wurde von Seiten der Entwurfsverfasser ganz offensichtlich nicht einmal abgewartet und evaluiert, ob es insoweit überhaupt einen weitergehenden Regelungsbedarf gibt. Die BRAK hat hieran mehr als erhebliche Zweifel und lehnt auch schon aus diesem Grund den gesetzgeberischen Aktionismus in diesem Bereich ab.

3. Bedenken im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot

Die BRAK hält die Änderung auch deshalb für äußerst bedenklich, weil die bisherige Fassung des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO und dessen Verhältnismäßigkeitsprüfung von der Rechtsprechung als Voraussetzung dafür angesehen wird, dass die materielle Regelung der Wertersatzentziehung nicht gegen Verfassungsrecht verstößt.⁷

Bereits mit dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 wurde die Entreichering durch die Einfügung von § 14 EGStPO und Art. 316h EGStGB auf eine Vielzahl von Altfällen ausgeweitet.⁸

Das **Problem** eines **Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot** lag bereits damals auf der Hand. Der 1. Strafsenat des BGH hat dieses Problem „gelöst“, indem er darauf verwies, dass die Einziehung mangels Straf- bzw. strafähnlichem Charakter nicht dem Rückwirkungsverbot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG unterfällt.⁹ Ein Verstoß gegen das im allgemeinen Rechtsstaatsprinzip verankerte Rückwirkungsverbot

⁵ BegrRegE, S. 129 f.

⁶ BegrRegE S. 130.

⁷ BGH, Urt. v. 15.5.2018 – 1 StR 651/17, NStZ-RR 2018, 241; BGH, Beschl. v. 22.03.2018 - 3 StR 577/17, BeckRS 2018, 7862.

⁸ BGBl. 2017 Teil I Nr. 22. Art. 2 Nr. 2 und Art. 4 des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 13.04.2017, BGBl. 2017 Teil I Nr. 22, S. 878, 888.

⁹ BGH, Urt. v. 15.5.2018 – 1 StR 651/17, NStZ-RR 2018, 241.

läge ebenfalls nicht vor, denn § 459g Abs. 5 S. 1 StPO gewährleiste in ausreichendem Maße, dass jedenfalls mit der Wertersatzentziehung nicht in unverhältnismäßiger Weise in das Eigentumsrecht (Art. 14 GG) und in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) eingegriffen wird.¹⁰

Der 3. Strafsenat des BGH verwies zur Begründung ebenfalls darauf, dass die Rechte der Betroffenen durch eine entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Vollstreckungsverfahren gewahrt werden.¹¹

Wird die Unverhältnismäßigkeit auf „schicksalhafte“ Abläufe¹² beschränkt, wird dieser Argumentation der Boden entzogen. Eine ausgleichende Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie von der Rechtsprechung als Argument gegen einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot zugrunde gelegt wurde, erfolgt nach der Neuregelung nicht mehr. Vielmehr beschränkt sich die Unverhältnismäßigkeit auf wenige Ausnahmen.

Die Gerichte würden also nunmehr für „Altfälle“ aus der Zeit vor dem 1. Juli 2017 *erneut* die Frage verbotener Rückwirkung zu prüfen haben. Und alle seither entstandenen Fälle wären wohl dieser Frage entzogen (weil sich die erneute Änderung nur im Rahmen des vom Rückwirkungsverbot nach verbreiteter Auffassung¹³ nicht erfassten Verfahrensrechts abspielt).

Die Kombination mit der insoweit nicht geänderten **Wiederaufnahmemöglichkeit** des § 459g Abs. 5 S. 2 StPO, wonach die Vollstreckung auf Anordnung des Gerichts¹⁴ wieder aufgenommen wird, wenn nachträglich Umstände bekannt werden oder eintreten, die der Anordnung nach S. 1 entgegenstehen, führt letztlich zu einer noch erheblicheren Ausweitung der Vollstreckung.

Aufgrund der weiten Fassung der Wiederaufnahmeregelung bestehen bereits derzeit Unsicherheiten bei der praktischen Anwendung der Norm. Jedenfalls wird man eine Gesetzesänderung (des Prozessrechts) wohl als nachträglich eingetretenen Umstand ansehen können, mit der Folge der Wiederaufnahme der Vollstreckung der Einziehung. Sind dann vor weiteren Vollstreckungsversuchen nicht einmal diejenigen sicher, die sich schon erfolgreich auf die Entreicherung berufen hatten?¹⁵ **Müssen** vielleicht gerade solche Fälle wiederaufgenommen werden?

4. Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip

Die für § 459 Abs. 5 StPO beabsichtigte Neuregelung bedeutet, dass sich zahllose Täter, Teilnehmer, aber auch Dritte (dann über § 73b StGB) noch Jahre nach der Tat hohen Einziehungsforderungen gegenübersehen, obwohl sie den Gegenstand nur eine verhältnismäßig kurze Zeit im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB erlangten oder jedenfalls zum Zeitpunkt des Urteils über keinen Vermögensvorteil mehr verfügen. Denn ein Gegenstand gilt nach der Rechtsprechung bereits dann als erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB, wenn man ihn über eine nicht unerhebliche Zeit unter Ausschluss der anderen Tatbeteiligten in seiner faktischen Verfügungsgewalt hält, was etwa bei einer längeren Fahrtstrecke eines Kuriers der Fall sei.¹⁶ Ob die Verfügungsgewalt später aufgegeben wurde, soll bei der gebotenen gegenständlichen (tatsächlichen) Betrachtungsweise unerheblich sein.¹⁷ Das bedeutet nicht weniger,

¹⁰ BGH, Urt. v. 15.5.2018 – 1 StR 651/17, NStZ-RR 2018, 241.

¹¹ BGH, Beschl. v. 22.03.2018 - 3 StR 577/17, BeckRS 2018, 7862.

¹² BegrRegE, S. 130.

¹³ Siehe etwa BVerfG, Urteil vom 5. 2. 2004 - 2 BvR 2029/01.

¹⁴ Ergänzung durch Art. 1 Nr. 55 b) des RegE, S. 21.

¹⁵ Siehe etwa OLG Schleswig, Beschluss vom 30.01.2020 - 2 Ws 69/19, StraFo 2020, 158; OLG Jena, Beschluss vom 07.11.2019 - 1 Ws 341/19, StraFo 2020, 394 ff.; OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.02.2020 - Ws 2/20, StraFo 2020, 393 f.

¹⁶ BGH Urt. v. 9.10.2019 – 1 StR 170/19, BeckRS 2019, 32802.

¹⁷ BGH Urt. v. 13.11.2019 – 5 StR 343/19, BeckRS 2019, 31922

als dass etwa ein Drogenkurier, der nur während einer längeren Fahrt alleine im Auto faktische Zugriffsmöglichkeit auf das Drogengeld hatte, für **den gesamten Verkaufserlös** haftet.

Die Entwurfsbegründung rechtfertigt diese Ausweitung der Vollstreckung der Wertersatzeinziehung in einer Vielzahl von Fällen nicht. Das Nichtvorliegen der Unverhältnismäßigkeit bei Entreichung des Betroffenen wird nämlich damit begründet, dass „demjenigen, der sich durch die vorsätzliche Begehung einer Vermögensstraftat zulasten des Verletzten bereichert, bewusst ist, dass ihm der erlangte Vermögenswert nicht zusteht und der Verbrauch des Vermögenswerts daran nichts ändert“.¹⁸ Für den Kurier im obigen Beispiel gilt dies nicht. Er hat sich bereits nicht um den Verkaufserlös bereichert; dieser sollte nie in seinem Vermögen verbleiben. Darüber hinaus verbraucht er den Gegenstand nicht, denn Verbrauch im Sinne einer Zueignungshandlung liegt vor, wenn die wirtschaftliche Brauchbarkeit ganz oder wesentlich verändert wird.¹⁹ Dies ist mit bloßer Ablieferung der Sache nicht der Fall. Trotz allem kann die Einziehung des gesamten Verkaufserlöses gegen ihn vollstreckt werden.

Erst recht unbillig wird die Erweiterung der Vollstreckung bei der Dritteinziehung gegenüber Unternehmen. Der vom Entwurfsverfasser behauptete Schutz des Drittbegünstigten durch die höheren Voraussetzungen für die Anordnung der Einziehung gemäß § 73b StGB²⁰, greift vor allem bei Unternehmen nicht, wenn von dessen Leitungspersonen oder sonstigen Mitarbeitern eine Straftat begangen wird. Denn das Unternehmen hat den Gegenstand dann regelmäßig erlangt, indem der Täter oder Teilnehmer der Straftat gemäß § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB für das Unternehmen gehandelt hat, mit der Folge der Anordnung der Einziehung. Ein Ausgleich für die nach der Neuregelung des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO-E im Rahmen der Vollstreckung nur noch eingeschränkte Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt bei der Anordnung der Einziehung gegenüber Dritten entgegen der Entwurfsbegründung²¹ nicht.

Letztlich sollen sich künftig zahllose Täter, Teilnehmer und Dritte, insbesondere auch Unternehmen, noch Jahre nach der Tat hohen Einziehungsforderungen gegenübersehen, ohne dass es hierfür eine tragfähige Begründung gibt und obwohl sie den Gegenstand nur eine verhältnismäßig kurze Zeit im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB erlangten oder jedenfalls zum Zeitpunkt des Urteils über keinen Vermögensvorteil mehr verfügen.

Dies ist nicht nur unter Resozialisierungsaspekten rechtsstaatlich inakzeptabel, sondern verstößt auch gegen das Schuldprinzip und hat mit der auch im Regierungsentwurf wiederholten Floskel „Verbrechen darf sich nicht lohnen“²² nichts mehr zu tun. Der Kurier hatte auf seiner Habenseite stets nur das Entdeckungsrisiko und einen zumeist kärglichen Lohn. Dem konnte bis 2017 durch § 73c Abs. 1 S. 2 StGB und bis jetzt durch § 459 g Abs. 5 StPO Rechnung getragen werden – nach dem Regierungsentwurf ist ein Korrektiv nicht mehr möglich, die Einschätzung als „schicksalhaft“ durch Tatgerichte wohl kaum zu erwarten.

Es sind viele weitere Konstellationen denkbar, in denen die Belastung mit der Einziehungssumme unvertretbar erscheint, etwa auch, wenn Dritte Einziehungsbeteiligte (unter den Voraussetzungen des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) StGB) wurden und unentgeltlich Wertersatz erlangt hatten, über diesen aber mittlerweile nicht mehr verfügen.

¹⁸ BegrRegE, S. 129.

¹⁹ Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB § 246 Rn. 14.

²⁰ BegrRegE, S. 130.

²¹ BegrRegE, S. 130.

²² BegrRegE, S. 129.

Wird das Korrektiv, das bislang noch Härten zumindest zu reduzieren half, ersatzlos aus der StPO gestrichen, steht auch konkret zu befürchten, dass die Hauptverhandlung mit den neuen Fragestellungen belastet wird. Welcher Strafverteidiger wird nicht alles tun, um Inanspruchnahmen, die in Widerspruch zum Schuldprinzip stehen, in dem Verfahrensteil, in dem dies alleine rechtlich möglich ist, zu verhindern? Die Definition des Umfangs des Erlangten würde erneut zu hinterfragen sein.

Auch für Unternehmen als Einziehungsbeteiligte, für die bekanntlich nicht einmal eine Pfändungsgrenze gilt, drohen unabsehbare Folgen.

5. Fazit

Der Änderungsvorschlag im Regierungsentwurf geriete nach alledem in einen unüberbrückbaren Konflikt mit dem Schuldprinzip und mit dem Rückwirkungsverbot. Eine Rechtfertigung durch die Zielsetzung der weitergehenden Effektivierung ist nicht gegeben. Es wird auch durch die Gesetzesbegründung weder deutlich, ob insoweit nach den grundlegenden Reformen von 1992 und 2017 überhaupt Defizite zu beklagen waren, noch ob die oben dargestellten Konsequenzen von den Entwurfsverfassern sehenden Auges in Kauf genommen werden sollen.

Die BRAK tritt einer Neuregelung daher entschieden entgegen.

II. Verlängerung der Revisionsbegründungsfristen gemäß § 345 Abs. 1 S. 2 StPO

Die BRAK begrüßt, dass durch den Gesetzentwurf der langjährigen Forderung der Anwaltschaft²³nach einer Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist Rechnung getragen wird. Allerdings wird die Staffelung der Frist gerade nicht wirklich, wie vom Entwurf bezweckt²⁴, an die Staffelung der Urteilsabsetzungsfrist angepasst. Die Staffelung der Revisionsbegründungsfrist in zwei Stufen steht in keinem Verhältnis zu der dynamischen und „nach oben“ unbegrenzten Staffelung der Urteilsabsetzungsfrist gemäß § 275 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StPO.

Die Fristverlängerung bei der Urteilsabsetzungsfrist ist ungleich großzügiger ausgestaltet und enthält deutlich mehr „Staffelschritte“, wie der folgende Vergleich zeigt:

- Die Urteilsverkündungsfrist muss sich **sieben Mal** von ursprünglich 5 Wochen auf 21 Wochen verlängern, damit sich die Revisionsbegründungsfrist **ein Mal** auf zwei Monate verlängert.
- Die Urteilsabsetzungsfrist muss sich **weitere sieben Mal** (insgesamt 14 Mal) auf 35 Wochen verlängert haben, damit sich die Revisionsbegründungsfrist **ein zweites Mal** auf drei Monate verlängert.

Sollte sich die Urteilsabsetzungsfrist aufgrund der Dauer der Hauptverhandlung weiter verlängern, wirkt sich dies auf die Dauer der Revisionsbegründungsfrist gar nicht mehr aus.

²³ Hierzu etwa ausführlich die Stellungnahme der BRAK Nr. 17 aus April 2020, abrufbar unter ²³ <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/april/stellungnahme-der-brak-2020-17.pdf>.

²⁴ BegrRegE, S. 113.

Während eine weitergehende Angleichung der Revisionsbegründungsfrist an die Urteilsabsetzungsfrist mit einem Verweis auf das Gebot der Verfahrensbeschleunigung abgelehnt wird²⁵, wird bei der Bestimmung der Urteilsverkündungsfrist, mit der die Urteilsabsetzungsfrist beginnt, sogar auf organisatorische Abläufe des Gerichts Rücksicht genommen. Durch Art. 1 Nr. 34 des Regierungsentwurfs wird die Frist zur Verkündung eines Urteils, das ausnahmsweise nicht am Schluss des letzten regulären Hauptverhandlungstages ergeht, von zehn Tagen auf zwei Wochen verlängert (§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO-E), damit das Gericht das Urteil an dem regulären Sitzungstag verkünden kann.²⁶

Die lapidare Feststellung des Entwurfs, „die Aufgabe des Gerichts, das Urteil abzusetzen, und diejenige der Revisionsführer, eine Revisionsbegründung anzufertigen“, wären „nicht vergleichbar“²⁷, überzeugt nicht. Zwar ist es richtig, dass sich die Revisionsbegründung regelmäßig nur mit Teilen der angegriffenen Entscheidung beschäftigt. Dies entbindet den Revisionsführer jedoch nicht von einer umfassenden Prüfung der Urteilsgründe und der zugrundeliegenden Verfahrenstatsachen, regelmäßig aufgrund des Protokolls. Hinzu kommt, dass auch das Protokoll mit zunehmenden Hauptverhandlungstagen umfangreicher wird. Es liegt dem Verteidiger aber in der Praxis regelmäßig erst nach der Zustellung des Urteils und Beginn der Revisionsbegründungsfrist vor, weshalb die Kürze der Begründungsfrist die Tätigkeit des Revisionsverteidigers zusätzlich erschwert und oftmals dazu führt, dass innerhalb der Frist zunächst nur die Verfahrensrüge ausgeführt werden kann und die rechtliche Begründung für die Sachrüge nachgeschoben werden muss.²⁸

Insbesondere in Fällen des Verteidigerwechsels in der Revisionsinstanz greift auch das oftmals bemühte Argument, man könne die Revision bereits während der Hauptverhandlung vorbereiten, nicht. Im Übrigen kann die Revision eben nur mit Protokoll und Urteil begründet werden, so dass sich eine mögliche Vorbereitung in Grenzen hielte.

Die BRAK schlägt deshalb vor, die Urteilsabsetzungsfrist nach oben auf eine auch umfangreichen Verfahren angemessene Frist zu begrenzen und die Revisionsbegründungsfrist gleichzeitig weiter an die Urteilsabsetzungsfrist anzugleichen. Die Begrenzung der Urteilsabsetzungsfrist würde ebenfalls dem Beschleunigungsgrundsatz Rechnung tragen, ohne dass der Aspekt der Verfahrensbeschleunigung allein zulasten des Revisionsführers angeführt wird.²⁹ Die Revisionsbegründungsfrist muss sich nach Ansicht der BRAK zwar nicht mit der Staffelung der Urteilsabsetzungsfrist decken, die Staffellungen sollten aber in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden. Dies gewährleistet der Regierungsentwurf nicht.

* * *

²⁵ Begr. RegE, S. 114.

²⁶ Begr. RegE, S. 111 (112).

²⁷ Begr. RegE, S. 114.

²⁸ MüKo-StPO/Knauer/Kudlich, Vorbem zu §§ 333 Rn. 6 und § 345 Rn. 6.

²⁹ Ausführlich hierzu bereits StN der BRAK aus April 2020, abrufbar unter: <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/april/stellungnahme-der-brak-2020-17.pdf>.



Stellungnahme Nr. 30
März 2021

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften

- Änderung von § 104 Abs. 1 und § 131 Abs. 1 StPO

Mitglieder des Ausschusses Strafprozessrecht:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitza
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer, Vorsitzender
Rechtsanwalt Dr. jur. Andreas Minkoff
Rechtsanwalt Jürgen Pauly
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg
Rechtsanwalt Franz-Josef Schillo
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin Stefanie Schott (Berichterstatlerin)
Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat
Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestag
Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE
Rechtspolitischen Sprecher der Fraktionen CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN,
DIE LINKE
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder
Bundesgerichtshof
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Patentanwaltskammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Deutscher Juristentag e.V.
Redaktionen der NJW, NStZ, NZWiSt, Beck Verlag, ZAP, AnwBI, DRiZ, FamRZ, FAZ,
Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag
Online Recht, LTO, Beck aktuell, Jurion, Juris Nachrichten, Juve, LexisNexis Rechtsnews,
Otto Schmidt Verlag, Kriminalpolitische Zeitschrift, Strafverteidiger Forum, Zeitschrift
HRR Strafrecht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Im Rahmen der Beteiligung zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften, wurde von den Koalitionsfraktionen gegenüber dem BMJV nachträglich der Wunsch geäußert, Änderungen an zwei weiteren Vorschriften der Strafprozessordnung (§§ 104 Abs. 1 und 131 Abs. 1 StPO) aufzunehmen.

Das BMJV hat der Bundesrechtsanwaltskammer die Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen. Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für diese Möglichkeit und nimmt die eingeräumte Gelegenheit wahr.

1. Möglicher Regelungsbedarf in § 104 StPO zur Durchsuchung zur Nachtzeit

Der erste Vorschlag betrifft die Durchsuchung von Räumen zur Nachtzeit gem. § 104 StPO. Insoweit ist im Gesetzesentwurf bislang eine Definition des Begriffs der Nachtzeit vorgesehen (Abs. 3: „Die Nachtzeit umfasst den Zeitraum von 21 bis 6 Uhr.“). Diese Klarstellung hält die Bundesrechtsanwaltskammer für sinnvoll. Zusätzlich wurde nun das Anliegen geäußert, „die Möglichkeiten der Durchsuchung zur Nachtzeit moderat zu erweitern oder jedenfalls zu präzisieren.“

Hintergrund der vorgeschlagenen Änderung sei der Umstand, dass die Ermittlungsbehörden bei der Ermittlung von Straftaten, die vorwiegend durch die Nutzung von Computern begangen werden, vermehrt vor dem Problem stünden, dass die Täter ihre Datenträger durch den Einsatz von Verschlüsselungstechnologien vor dem Zugriff durch die Strafverfolgungsbehörden schützen würden. Gelänge die Entschlüsselung nicht und zeige sich der Beschuldigte auch nicht kooperativ, so könne eine digitalforensische Auswertung nicht erfolgen. Es erscheine daher wünschenswert, den Strafverfolgungsbehörden durch Durchsuchungen zur Nachtzeit zu ermöglichen, Datenträger möglichst dann zu beschlagnehmen, wenn sie sich in unverschlüsseltem Zustand befinden, weil sie zum Zeitpunkt der Durchsuchung durch den Beschuldigten genutzt werden. Eine Präzisierung der Vorschrift erscheint dem BMJV auch deswegen sinnvoll, weil die Ermittlungsrichter bei der Anwendung des geltenden Rechts stark abweichende Einschätzungen zur Zulässigkeit entsprechender Durchsuchungsbeschlüsse geäußert hätten.

Der Vorschlag lautet, § 104 Abs. 1 StPO wie folgt zu fassen:

„(1) Zur Nachtzeit dürfen die Wohnung, die Geschäftsräume und das befriedete Besitztum nur durchsucht werden,

1. bei Verfolgung auf frischer Tat,

2. bei Gefahr im Verzug,

3. wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten oder auf dem zu durchsuchenden befriedeten Besitztum zur Nachtzeit eine Straftat begangen wird, und wenn die Erlangung von Beweismitteln ohne eine

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

***Durchsuchung zur Nachtzeit aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre oder
4. zur Wiederergriffung eines entwichenen Gefangenen.***

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht keinen Bedarf für die vorgeschlagene Änderung.

Es handelt sich nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer um keine „moderate Erweiterung“ der bereits in der aktuellen Gesetzesfassung für Gefahr im Verzug vorgesehenen Ausnahme vom Verbot der Hausdurchsuchung zur Nachtzeit, sondern um eine gegenüber der Gefahr im Verzug einschränkende Präzisierung.

„Gefahr im Verzug“ liegt nach strafprozessrechtlichem Verständnis insbesondere dann vor, wenn der Aufschub der Durchsuchung bis zum Tagesbeginn ihren Erfolg wahrscheinlich gefährden würde, „beispielsweise weil in der Zwischenzeit Beweismittel vernichtet werden könnten“.² Ebendies setzt die vorgeschlagene Ziffer 4 voraus: „*wenn die Erlangung von Beweismitteln ohne eine Durchsuchung zur Nachtzeit aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre*“. Da zusätzlich vorausgesetzt wird, dass „*bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten oder auf dem zu durchsuchenden befriedeten Besitztum zur Nachtzeit eine Straftat begangen wird*“, führt der Vorschlag zu einer Beschränkung gegenüber der „Gefahr im Verzug“.

Ist danach aber die Konstellation des drohenden Verlusts von Beweismitteln in Abs. 1 schon durch den Begriff der „Gefahr im Verzug“ erfasst, bleibt unklar, welcher Anwendungsbereich dem neuen Abs. 1 Nr. 3 daneben zukommen soll und in welchem systematischen Verhältnis die beiden Regelungen stehen sollen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält es deshalb nicht für sinnvoll, eine solche Regelung in das Gesetz aufzunehmen. Allein die Befürchtung, Gerichte könnten die aktuelle Vorschrift unterschiedlich auslegen, bildet hierfür keinen ausreichenden Grund. Gerade der Begriff der „Gefahr im Verzug“ wird in diversen Normen verwendet und ist u.a. durch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 13 Abs. 2 GG, die Rechtsprechung der Strafgerichte zu den §§ 104, 105 StPO und die Literatur hinlänglich präzisiert worden. Welches Auslegungsproblem Anlass für die Aufnahme eines neuen Ausnahmetatbestandes in den Katalog des § 104 Abs. 1 StPO sein soll, wird nicht deutlich.

Soweit als Grund für die Gesetzesänderung angeführt wird, bei Durchsuchungen zur Nachtzeit könnten danach Datenträger in unverschlüsseltem Zustand effektiver beschlagnahmt werden als bisher, wird dies nicht mit Tatsachen belegt. Die nächtliche Nutzung müsste zudem auch nach der vorgeschlagenen Gesetzesfassung durch konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall belegt werden. Dann ist aber eine Durchsuchung zur Nachtzeit schon nach der aktuellen Fassung des Gesetzes möglich. In Betracht käme – neben der Gefahr im Verzug – auch die Verfolgung auf frischer Tat.³

Vorsorglich teilt die Bundesrechtsanwaltskammer darüber hinaus mit, dass sie gegen den an das BMJV herangetragenen Wunsch, die Möglichkeiten der Durchsuchung zur Nachtzeit moderat zu erweitern, generelle Bedenken hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind nächtliche Durchsuchungen nur ausnahmsweise zulässig, weil eine Wohnungsdurchsuchung während dieser Zeit ungleich stärker in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreift als zur Tageszeit.⁴ Dem hat der

² So BVerfGE 151, 67, 90 unter Hinweis auf MüKoStPO-Hauschild, 1. Aufl., § 104 Rn. 7 und Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl., § 104 Rn. 4.

³ Auf frischer Tat wird der Täter verfolgt, wenn unmittelbar nach Entdeckung der kurz zuvor verübten Tat Maßnahmen getroffen werden, die auf seine Ergreifung gerichtet sind oder der Sicherstellung der Beute oder dem Auffinden sonstiger Beweismittel dienen (vgl. z.B. Hegmann, BeckOK StPO § 104, Rn. 6).

⁴ BVerfGE 151, 67, 89.

Gesetzgeber – so auch das BVerfG – grundsätzlich durch den schon bisher in § 104 Abs. 1 StPO enthaltenen Katalog von Ausnahmeregelungen Rechnung getragen.

2. Möglicher Regelungsbedarf in § 131 Abs. 1 StPO zum Europäischen Haftbefehl

Das zweite nachträglich an das BMJV herangetragene Anliegen betrifft § 131 Abs. 1 StPO. Demnach soll eine Sollvorschrift für eine europaweite Fahndung geschaffen werden, wenn die Voraussetzungen eines Europäischen Haftbefehls (EuHb) vorliegen.

Dadurch soll nach der dazu gegebenen Begründung erreicht werden, dass in einer größeren Anzahl von Verfahren neben einem nationalen Haftbefehl auch ein EuHb beantragt und erlassen wird. Derzeit würden in Deutschland nach Angaben des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat nur knapp 4 % der nationalen Ausschreibungen zur Festnahme auch schengenweit ausgeschrieben. Der Anteil sei auch im Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten gering.

Deutschland habe sich unter seiner EU-Ratspräsidentschaft dafür eingesetzt, die bestehenden Instrumente des europäischen Rechts umfassend zu nutzen. Der EuHb sei nach Wegfall der Binnengrenzen als Ausgleichsinstrument eingeführt worden, um die Sicherheit im Schengenraum weiterhin zu gewährleisten. Der selbstverständlichen innereuropäischen Freizügigkeit sollte eine effektive innereuropäische Fahndungsstruktur gegenüberstehen, daher müsse im Schengenraum eine schengenweite Ausschreibung der Regelfall sein. Dies würden auch Fälle belegen, in denen einschlägig in anderen Schengenstaaten vorbestrafte Täter, zu denen keine SIS-Ausschreibung bestand, in Deutschland schwere Straftaten begehen konnten.

Die vom BMJV in diesem Zusammenhang vorgeschlagene Änderung von Nummer 41 Absatz 2 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), erscheine nicht ebenso effektiv wie eine gesetzliche Ausgestaltung.

Das BMJV schlägt vor, § 131 Absatz 1 StPO um den – bislang noch nicht rechtsförmlich geprüften – folgenden Satz oder eine ähnliche Formulierung zu ergänzen:

„Liegen die Voraussetzungen eines Europäischen Haftbefehls vor, soll dieser erlassen und gleichzeitig mit Einleitung der nationalen Fahndung zur Festnahme einer Person auch in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und den Schengen-assoziierten Staaten gefahndet werden, es sei denn, eine entsprechende Fahndung ist unverhältnismäßig.“

Die Bundesrechtsanwaltskammer tritt diesem Vorschlag entgegen, da er weder sinnvoll, noch verhältnismäßig erscheint.

Es ist schon keine praktische Notwendigkeit für eine solche Gesetzesänderung zu erkennen. Selbst wenn man unterstellte, der Anteil von EuHb in Deutschland sei auch im Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten gering, so wäre dies nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer kein tragfähiger Grund dafür, den Erlass in Form einer Sollvorschrift zu forcieren.

Der Erlass von EuHb bedeutet gegenüber der deutschlandweiten Ausschreibung zur Fahndung nicht nur zusätzlichen organisatorischen Aufwand,⁵ sondern insbesondere auch einen weitergehenden Eingriff in Grundrechte des davon Betroffenen. Er umfasst zugleich Ersuchen um Fahndung, Festnahme und Überstellung des Verfolgten und geht damit über die mit einem nationalen Haftbefehl verbundene Freiheitsbeschränkung hinaus.⁶

Begründet werden muss daher der mit dem Erlass des EuHb verbundene Eingriff⁷ und nicht, wie es die Umsetzung des Vorschlags nach sich ziehen würde, das Unterlassen dieses Eingriffs. Nur in Fällen, in denen Anhaltspunkte für eine Flucht des Beschuldigten ins Ausland bestehen, ist eine europaweite Ausschreibung verhältnismäßig.

Abgesehen davon, dass der Erlass von EuHb aufgrund der dargelegten Grundrechtsrelevanz ohnehin nicht zu einer bloßen statistischen Aufgabe verkommen darf, bestehen auch erhebliche Zweifel an der Behauptung, Deutschland mache auch im Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten nur geringen Gebrauch von EuHb. Kein anderes europäisches Land stellt so viele EuHb aus, wie Deutschland.

Zudem wird den Ermittlungsbehörden und Ermittlungsrichtern mit dem Vorschlag abgesprochen, selbst im Einzelfall sachgerecht abwägen zu können, wann der Erlass eines EuHb sinnvoll bzw. erforderlich ist. Tatsachen, die diese Annahme rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

* * *

⁵ Aufgrund der vom EuGH mit Urteil vom 27. Mai 2019 in den verbundenen Rs. C-508/17 und C-82/19 PPU festgestellten fehlenden Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in Deutschland werden EuHb aktuell durch Ermittlungsrichter erlassen.

⁶ Siehe dazu auch Stellungnahme des DAV Nr. 19/2021.

⁷ Vgl. EuGH, 27. Mai 2019 – C-508/17, C-82/19 PPU, Rn. 71: „Die (...) zweite Stufe des Schutzes der Rechte des Betroffenen impliziert, dass die nach nationalem Recht für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige Justizbehörde insbesondere überprüft, ob die für seine Ausstellung erforderlichen Voraussetzungen eingehalten wurden und ob seine Ausstellung in Anbetracht der Besonderheiten des Einzelfalls verhältnismäßig war“.