

Sud Fondi, Varvara und G.I.E.M.: Die Entscheidungen des EGMR zu einer italienischen Non-Conviction-Based-Confiscation als Indikator für die Konventionswidrigkeit des deutschen § 76a Abs. 4 StGB?

Zugleich Anmerkung zu EGMR G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11

Von Wiss. Mit. Christian Schörner, München*

I. Einleitung

Als im Juli letzten Jahres von der Berliner Polizei im großen Stil Immobilien, die der arabischen Clankriminalität zugerechnet werden, mit dem Ziel der Einziehung vorläufig sichergestellt wurden,¹ deutete sich – soweit ersichtlich zum ersten Mal in derartigem Umfang – das Potenzial einer neuen Regelung an, die den Behörden im Rahmen der Reform der Vermögensabschöpfung zum 1. Juli 2017 vom Gesetzgeber für den Kampf gegen organisierte Kriminalität und Terrorismus an die Hand gegeben worden war. Es handelt sich dabei um ein neues, bislang nur aus anderen Rechtsordnungen² bekanntes Institut, das eine verurteilungsunabhängige Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft ermöglichen soll. Diese sog. Non-Conviction-Based-Confiscation (NCBC) ist in dem neugeschaffenen § 76a Abs. 4 StGB verortet und wird zudem prozessual durch § 437 StPO flankiert. Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens sah sich diese Regelung dabei im Schrifttum herber Kritik ausgesetzt,³ die auch nach Inkrafttreten bislang nicht verstummt ist.⁴ So wird – unter anderem – ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz ins Feld geführt.⁵ Die Einziehung entfalte strafende oder zumindest strafähnliche Wirkung, weshalb eine Verhängung die verfahrenskonforme Feststellung strafrechtlicher Schuld zwingend zur Voraussetzung haben müsse. Für das alte Recht entschied das BVerfG bekanntlich anders,⁶ weshalb die Hoffnungen der

* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Frank Saliger an der LMU München.

¹ Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/panorama/berlin-polizei-beschlagnahmt-immobilien-grossfamilie-1.4061256> (23.1.2019).

² Einen Überblick hierzu liefert Rui, in: Rui/Sieber (Hrsg.), Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2015, S. 2 ff.

³ Siehe BRAK-Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 6 f.; Nr. 39/2016, S. 4; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen v. 31.5.2016 zum Referentenentwurf, S. 14 ff.; Gebauer, ZRP 2016, 101 (102).

⁴ Exemplarisch Schelling/Hübner, StV 2018, 49; Höft, HRRS 2018, 196; Rönnau/Begemeier, JZ 2018, 443; mit Blick auf das Konventionsrecht auch Hinderer/Blechschnitt, NZWiSt 2018, 179.

⁵ Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (310); Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen v. 31.5.2016 zum Referentenentwurf, S. 17 f.; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Auflage, Vor §§ 73 ff. Rn. 3c.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004 – 2 BvR 564/95 = BeckRS 2004, 22094, Rn. 50.

Kritiker nun eher auf dem EGMR und seiner konventionsautonomen Auslegung des Strafbegriffs ruhen dürften.

Der Blick nach Italien lohnt sich dabei schon deshalb, weil der Gesetzgeber selbst in den Gesetzgebungsmaterialien Bezug auf die italienischen Regelungen nimmt und ihnen einen gewissen Modellcharakter für die Konzeption der deutschen NCBC zuzuerkennen scheint.⁷ Umso interessanter ist es daher, inwieweit die italienischen Varianten der NCBC vor dem EGMR bestehen können. In den Entscheidungen Sud Fondi⁸, Varvara⁹ und G.I.E.M.¹⁰ hat der EGMR für eine NCBC-Regelung aus dem italienischen Baugesetzbuch (confisca urbanistica senza condanna) die Garantie aus Art. 7 EMRK für anwendbar erklärt. Satzger schlussfolgert hieraus bereits, dass auch die deutschen Regelungen zur Einziehung von Taterträgen als Strafe i.S.d. Art. 7 EMRK charakterisiert werden müssten und demnach Anordnungen, die eine vorausgehende Feststellung persönlicher Verantwortung nicht erfordern, mit der EMRK unvereinbar seien.¹¹ Ob diese Einschätzung zwingend ist, soll die nachfolgende Analyse näher beleuchten.

II. Wesentlicher Sachverhalt und Ergebnis

Die den oben genannten Judikaten zugrunde liegenden (nationalen) Sachverhalte reichen zurück bis in die 1990er Jahre und sind im Detail durchaus komplex, weshalb sich die Darstellung hier nur auf das Kerngeschehen beschränken soll, das aber in allen Fällen jeweils ähnlich gelagert ist.

Beschwerdeführer sind neben zwei natürlichen Personen, Herrn Varvara und Herrn Girona, mehrere Unternehmen, die größere (Bau-)Projekte in Apulien, Kalabrien und Sardinien durchführen wollten und dazu mit den Kommunen entsprechende Planungs- und Entwicklungsvereinbarungen schlossen. Daran anknüpfend wurden auch bereits erste Genehmigungen erteilt und es wurde mit Baumaßnahmen begonnen. Einige Zeit später initiierte die Staatsanwaltschaft

⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 73; ähnlich Köhler, NZWiSt 2018, 226 (228).

⁸ EGMR, Urt. v. 20.1.2009 – 78909/01 (Sud Fondi S.r.l. u.a. v. Italien).

⁹ EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien).

¹⁰ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien); den Hinweis auf diese Entscheidung verdanke ich Herrn Prof. Dr. Frank Meyer, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts der Universität Zürich.

¹¹ Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 7 EMRK Rn. 10.

Strafverfahren gegen die Vertreter der Unternehmen und beteiligte Privateigentümer wegen des Verdachts illegaler Baulanderschließung bzw. -entwicklung (lottizzazione abusiva).¹² In diesem Zusammenhang beschlagnahmten die Behörden auch das betroffene Bauland inklusive bereits gebauter Objekte. Eine rechtskräftige Verurteilung der Beschuldigten konnte jedoch in keinem der Verfahren erreicht werden. In Sud Fondi bestätigte der italienische Kassationsgerichtshof schließlich den Freispruch infolge eines unvermeidbaren und entschuldigenden Irrtums. In Varvara und G.I.E.M. kam es zur Einstellung des Verfahrens wegen Verjährung. Da allerdings in diesen Fällen ein zumindest objektiver Verstoß gegen Bauvorschriften festgestellt werden konnte und die italienische confisca urbanistica in derartigen Konstellationen auch keinen Ermessensspielraum gewährt, sondern vielmehr einen Automatismus vorsieht, ordnete das Gericht trotz fehlender Verurteilung die (kompensationslose) Einziehung der Grundstücke samt Bebauung an. Gegen diese Einziehungsmaßnahmen zogen die Betroffenen vor den EGMR und behaupteten eine Verletzung insbesondere von Art. 7 EMRK und Art. 1 Nr. 1 1. ZP-EMRK. In allen drei Entscheidungen gelangte der EGMR schließlich – außer bzgl. Herrn Gironda in G.I.E.M. – zu einem Verstoß gegen Art. 7 EMRK. Der Verstoß gegen Art. 1 Nr. 1 1. ZP-EMRK wurde (ausnahmslos) bejaht.

III. Die rechtliche Würdigung durch den EGMR

Die Entscheidung der Großen Kammer im Fall G.I.E.M. und insbesondere auch die Ausführungen in den Sondervoten bieten eine Fülle von Aspekten, die einer eingehenden Betrachtung würdig erscheinen. Wie eingangs erwähnt soll der Schwerpunkt der Analyse jedoch auf den möglichen Implikationen für die deutsche Regelung einer verurteilungsunabhängigen Einziehung liegen.

1. Strafe im Sinne des Art. 7 EMRK

Die Gretchenfrage, wie er es mit dem Strafcharakter der italienischen confisca urbanistica nach Art. 44 italBauGB halte, beantwortet der EGMR im Sinne der Vorentscheidungen. Bereits in Sud Fondi stellte er klar, dass diese Art der Einziehung dem Strafbegriff des Art. 7 EMRK unterfalle und die dort verbürgten Garantien Anwendung finden müssten.¹³

¹² Art. 30 § 1 italienisches BauGB (früher: Art. 18 Leg. 47/1985); die materielle Illegalität gründete sich in erster Linie auf Verstöße gegen naturschutzrechtliche Bestimmungen.

¹³ Die Argumentation findet sich in EGMR, Zulässigkeitsentscheidung v. 30.8.2007 – 75909/01 (Sud Fondi S.r.l. u.a. v. Italien), S. 17 f.; im Urteil selbst erfolgen keine weiteren Ausführungen mehr; Zusammenfassung (auf Englisch) bei EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 212, und in der teilweise abweichenden Meinung von Pinto de Albuquerque, EGMR, Urte. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, S. 9.

In Varvara diskutierte er diese Frage dann auch gar nicht mehr, sondern begnügte sich mit dem Hinweis auf Sud Fondi.¹⁴ Vermutlich sah sich die Große Kammer angesichts der Kritik¹⁵ an der Argumentation in Sud Fondi veranlasst, in G.I.E.M. Stellung zu beziehen und nahm daher eine recht ausführliche Prüfung¹⁶ der Einordnung als Strafe anhand der bekannten Welch-Kriterien¹⁷ vor, die aber in der Sache kaum über die Ausführungen in Sud Fondi hinausgeht:

a) Verhängung der Maßnahme in Anschluss an eine bzw. anlässlich einer strafrechtliche(n) Verurteilung¹⁸

Der EGMR bekräftigte in Einklang mit seiner ständigen Rspr., dass die Verhängung einer Maßnahme ohne vorhergehende strafrechtliche Verurteilung den Strafcharakter noch nicht zwangsläufig ausschließt. Dieses erste Kriterium habe lediglich Indizfunktion. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die jeweiligen Nationalstaaten durch Umetikettierung die Anwendung der konventionsrechtlich verbürgten Garantien verhindern. Ergänzend führt der EGMR an, dass die italienische Regelung zwar nicht an eine strafrechtliche Verurteilung gebunden sei, aber auf der Grundlage allgemeiner Vorschriften immerhin eine Verknüpfung von Einziehung und Straftatbestand vorliege.¹⁹

b) Klassifikation der Maßnahme nach nationalem Recht²⁰

Größere Bedeutung misst der EGMR aber der Tatsache bei, dass im italienischen Baugesetzbuch der relevante Art. 44 unter der Überschrift „Strafsanktionen“ aufgeführt sei. Das Gegenargument der Regierung, es handle sich hierbei um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers, wies die Große Kammer unter Hinweis auf die Gesetzgebungsgeschichte zurück.

c) Natur und Zweck der Maßnahme

Bei seinen Ausführungen zum dritten Kriterium stützt sich der EGMR maßgeblich auf drei Gesichtspunkte. Erstens habe

¹⁴ EGMR, Urte. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien), Rn. 51.

¹⁵ Vgl. EGMR, Urte. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, S. 9 ff.; sowie die Stellungnahme der Regierung Italiens in EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), S. 39 ff.

¹⁶ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 214 ff.

¹⁷ EGMR, Urte. v. 9.2.1995 – 17440/90 (Welch v. Vereinigtes Königreich) Rn. 28; vgl. auch *Saliger/Schörmer*, StV 2018, 388 (389 f.).

¹⁸ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 215 ff.

¹⁹ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 218; zur Gegenauffassung der italienischen Regierung Rn. 198.

²⁰ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 220 f.

der italienische Kassationsgerichtshof die punitive und abschreckende Natur der Einziehungsmassnahme betont und die untergeordneten italienischen Gerichte hätten die Anwendung von Art. 7 EMRK in ihrer Praxis akzeptiert. Zweitens habe die Regierung selbst, als sie für die Vereinbarkeit der Einziehung mit Art. 1 Abs. 1 1. ZP-EMRK argumentierte, angeführt, die Regelung diene der Bestrafung der für die illegalen Bauprojekte Verantwortlichen. Schließlich sei die Verhängung der Massnahme als Automatismus ausgestaltet, der völlig unabhängig von konkreten Gefahren oder Risiken für die Umwelt ausgelöst werde. Im Lichte dieser Aspekte sah die Große Kammer demnach keinen Grund, von der Bewertung in *Sud Fondi* abzuweichen und bejahte die punitive Zwecksetzung der *confisca urbanistica*.

*d) Die Schwere der Massnahme*²¹

Ferner bewertet der EGMR die italienische Massnahme als sehr schwerwiegend,²² insbesondere, weil nicht nur der konkret bebaute Teil des Grundstücks konfisziert werde, sondern die Planfläche insgesamt. Auch sei keinerlei Kompensation vorgesehen.

e) Verhängung im prozessualen Rahmen eines Strafverfahrens

Schließlich stellte der EGMR fest, dass die Einziehung durch ein Strafgericht angeordnet wurde.²³ Nicht verfangen konnte das Argument der Regierung, es handele sich eigentlich um eine Verwaltungsmaßnahme, da Einziehungsmassnahmen grundsätzlich durch Verwaltungsbehörden erfolgen und Strafgerichte nur in besonderen Konstellationen quasi stellvertretend tätig würden, namentlich nach Verurteilungen oder bei Verfolgungshindernissen wie Verjährung oder Tod des Beschuldigten.²⁴ Die Große Kammer hielt dem entgegen, dass das Verhältnis zwischen Strafgericht und Verwaltungsbehörden in Bezug auf die in Art. 44 *italBauGB* normierte Einziehung nach innerstaatlichem Recht umstritten sei.²⁵ Eine Analyse der vorliegenden Fälle zeige aber, dass der Prüfungsumfang des Strafgerichts weiter reiche und es selbst im Falle einer vorliegenden Genehmigung eine Sanktion entgegen der Auffassung der Verwaltungsbehörde aussprechen könne. Die Unabhängigkeit der Strafgerichte im Falle konfli-

gierender Rechtsauffassungen widerlege demnach die These, diese handelten hier lediglich als (subsidiäre) Stellvertreter der Behörden.²⁶

Die Frage, ob die italienische *confisca urbanistica* „Strafe“ im Sinne des Art. 7 EMRK darstellt, kann nach der Entscheidung der Großen Kammer damit als endgültig entschieden angesehen werden. Hieran dürfte auch die leidenschaftliche Kritik in der abweichenden Meinung der Richter Spano und Lemmens, die entschieden gegen den Strafcharakter der Regelung argumentieren, nichts mehr ändern.²⁷

2. Erfordernis eines „mental link“

Im nächsten Schritt befasst sich die Große Kammer mit der Frage, ob aus Art. 7 EMRK folgt, dass für die Verhängung von Strafsanktionen zwingend eine persönliche Verantwortlichkeit des Täters durch einen sog. „mental link“ festgestellt werden muss. In *Sud Fondi* bejahte der EGMR ein solches Erfordernis und leitete dies aus dem Wortlaut des Art. 7 EMRK ab, der in der englischen Fassung das Wort „guilty“ und in der französischen Fassung den Begriff „coupable“ enthält.²⁸ Der Sache nach entnahm der EGMR Art. 7 EMRK damit eine Art Verantwortlichkeitsgrundsatz, der aber wohl nicht deckungsgleich mit dem deutschen Schuldprinzip ist, sondern dem angloamerikanischen Konzept einer „mens rea“ näher steht.²⁹ Diesem Verantwortlichkeitsgrundsatz ist demnach durch die Feststellung eines persönlichen Elements bestehend aus zumindest einem kognitiven und voluntativen Teil (*awareness and intent*)³⁰ in der Person des Täters Rech-

²¹ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 227.

²² In EGMR, Urt. v. 20.1.2009 – 78909/01 (*Sud Fondi S.r.l. u.a. v. Italien*), waren 85% der Fläche, die von der Einziehungsmassnahme erfasst wurde (ca. 50.000 qm), noch gar nicht erschlossen worden, siehe EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (*Varvara v. Italien*), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, S. 9.

²³ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 228.

²⁴ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 191 f.

²⁵ Darstellung bei EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 123 ff.

²⁶ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 229 ff.

²⁷ (Teilweise) Abweichende Meinung der Richter Spano und Lemmens bei EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting, partly concurring opinion of Judges Spano and Lemmens, S. 135, 142 ff; gegen die Einstufung als „Strafe“ wandte sich bereits Richter Pinto de Albuquerque in seiner (teilweise) abweichenden Meinung in EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (*Varvara v. Italien*), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, S. 9 ff.

²⁸ EGMR, Urt. v. 20.1.2009 – 78909/01 (*Sud Fondi S.r.l. u.a. v. Italien*), Rn. 116.

²⁹ *Satzger* (Fn. 11), Art. 7 EMRK Rn. 27; von einer „Annäherung an einen Schuldgrundsatz“ bzw. einer „basalen Mindestschuld“ spricht dagegen *Gaede*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 3/2, 2018, Art. 7 EMRK Rn. 26; a.A. *Kreicker*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, 2002, S. 49 ff.; EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 24 spricht in seinem Sondervotum davon, dass *Sud Fondi*, den Grundsatz *nulla poena sine culpa* etabliert habe.

³⁰ EGMR, Urt. v. 20.1.2009 – 78909/01 (*Sud Fondi S.r.l. u.a. v. Italien*), Rn. 116.

nung zu tragen.³¹ In Sud Fondi konnte ein solches Element gerade nicht bejaht werden, da der EGMR angesichts der damals zu unbestimmt formulierten italienischen Rechtsgrundlage die Vorhersehbarkeit für den Beschwerdeführer verneinte und zu seinen Gunsten einen unvermeidbaren Irrtum annahm. Der Grad der Vorhersehbarkeit der Bestrafung wirkt sich also nicht nur im Rahmen der Prüfung des in Art. 7 EMRK verankerten Bestimmtheitsgrundsatzes aus, sondern korreliert auch mit der Feststellung der persönlichen Verantwortlichkeit des Täters.³²

Zweifel an diesem Verständnis des Art. 7 EMRK bestehen jedoch spätestens seit dem Urteil in Varvara. Dort führt der EGMR aus, dass es den Vertragsstaaten frei stehe, auch rein objektives Verhalten unabhängig von etwaigen subjektiven Elementen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) unter Strafe zu stellen, da Art. 7 EMRK keine explizite „psychologische“, „intellektuelle“ oder „moralische“ Verknüpfung mit der Person des Täters verlange.³³ Gleichwohl wird zuvor und in der folgenden Randnummer des Urteils die Notwendigkeit betont, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen, zumindest dem Wortlaut nach wohl durch Feststellung von Schuld.³⁴

Diese Widersprüchlichkeit vermag die Große Kammer bedauerlicherweise auch in ihrer Entscheidung in G.I.E.M. nicht hinreichend aufzulösen oder zumindest zu begründen. So folgt zunächst unter Bezug auf Sud Fondi ein klares Bekenntnis zum Erfordernis eines „mental link“ im Rahmen des Art. 7 EMRK.³⁵ In der unmittelbar anschließenden Randnummer rekurriert das Gericht jedoch erneut auf Varvara und führt aus, es gebe auch rein objektive Formen der Verantwortlichkeit, die beispielsweise mit Vermutungsregelungen hinsichtlich Tat- oder Rechtsfragen operieren, und unter bestimmten Bedingungen mit der Konvention vereinbar, also nicht grundsätzlich unzulässig seien.³⁶ Leider unterlässt es das Gericht, diese bestimmten Bedingungen näher zu explizieren. Es folgt lediglich eine Art (prozessuale) Grenzziehung, wonach derartige Vermutungen jedenfalls dann den

Rahmen des Zulässigen verließen, wenn sie es für den Betroffenen unmöglich machten, sich gegen die Vorwürfe zur Wehr zu setzen, die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verbürgte Garantie also völlig leerliefe.³⁷ Schließlich wird noch die Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 2 EMRK mutatis mutandis zur Feststellung dieser Grenze auch bei Art. 7 EMRK insoweit für anwendbar erklärt.³⁸ Zum Verdruss der Minderheit in G.I.E.M.³⁹ scheint der EGMR damit die Grenzen zwischen Art. 6 und 7 EMRK ein Stück weit aufzuweichen und macht die Vereinbarkeit einer Regelung mit den materiellen Garantien des Art. 7 EMRK von der Einhaltung der von Art. 6 Abs. 2 EMRK geforderten prozessualen Vorgaben abhängig.

Wenngleich also die Ausführungen des EGMR an dieser Stelle eine wünschenswerte Klarheit vermissen lassen, so kann ihnen immerhin entnommen werden, dass nach Art. 7 EMRK im Grundsatz ein Element persönlicher Verantwortlichkeit für die Verhängung einer Strafsanktion erforderlich ist. Als ebenso gesichert kann die Erkenntnis gelten, dass es zu diesem Grundsatz auch beachtliche Ausnahmen geben kann, die den Vertragsstaaten einen mitunter signifikanten Spielraum bei der Ausgestaltung von Strafnormen, insbesondere hinsichtlich der Verwendung von Vermutungsregelungen, gewähren.

3. Kein Erfordernis einer (strafgerichtlichen) Verurteilung im förmlichen Sinn

Das zentrale Problem, mit dem sich die Große Kammer auseinanderzusetzen hatte, rührte aus einer alternativen Auslegung der Entscheidung in Varvara durch den Italienischen Verfassungsgerichtshof her. Der Kassationsgerichtshof in Italien verstand Varvara⁴⁰ zunächst dahingehend, dass die relevante Einziehungsmaßnahme eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betroffenen voraussetze, die wiederum im Rahmen eines Strafurteils festgestellt werden müsse.⁴¹ Logische Konsequenz dieser Auffassung wäre jedoch die Unanwendbarkeit der *confisca urbanistica* bei Verjährung des Anlassdeliktes gewesen. Dieser Ansicht trat der italienische Verfassungsgerichtshof entgegen und erklärte sie für verfas-

³¹ Satzger (Fn. 11), Art. 7 EMRK Rn. 27.

³² EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 242.

³³ EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien), Rn. 70; EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 61, bezeichnet in seinem Sondervotum die Rn. 70 des Varvara-Urteils (EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien) daher als „unfortunate“.

³⁴ Der EGMR gebraucht hierbei unterschiedliche Formulierungen: So heißt es in EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien), Rn. 67 „[...] the prohibition on imposing a penalty without a finding of liability“; in Rn. 71 f. hingegen: „[...] his criminal liability had not been established in a verdict as to his guilt“.

³⁵ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 242.

³⁶ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 243.

³⁷ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 243.

³⁸ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 244.

³⁹ Vgl. die Kritik in den Sondervoten bei EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 61 („deeply regrettable confusion between Art. 6 procedural guarantees and Art. 7 substantive guarantees“), und bei EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris and Grozev, Rn. 21 ff.

⁴⁰ EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien), Rn. 72 („established in a verdict as to his guilt“).

⁴¹ Vgl. Sondervotum des Richters Motoc, EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Concurring opinion of Judge Motoc, S. 77.

sungswidrig.⁴² Der Wortlaut in Varvara lasse aber eine alternative, kompatible Lesart zu, nach der zwar die strafrechtliche Verantwortlichkeit festgestellt werden müsse, dies aber weder im Rahmen eines Strafverfahrens noch durch förmliche Verurteilung zu erfolgen habe.⁴³

Dem schloss sich der EGMR nun in seiner Entscheidung im Wesentlichen an. Er stellte zunächst klar, dass die Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit im konventionsrechtlichen Sinne zwar häufig – aber eben nicht zwingend – durch nationale Strafgerichte erfolge, sondern durchaus auch in anderen Verfahrensarten getroffen werden könne, da die durch nationales Recht festgelegte prozessuale Einkleidung für die Bewertung durch den EGMR nicht allein maßgeblich sei.⁴⁴

Ebenso sei eine förmliche Verurteilung für die Vereinbarkeit mit Art. 7 EMRK nicht notwendig. Eine „Verurteilung“⁴⁵ im konventionsrechtlichen Sinn könne sich auch aus dem materiellen Gehalt einer Entscheidung ergeben. Der prüfende Blick müsse sich daher über den Tenor hinaus auch auf die Entscheidungsgründe richten und diese in die Bewertung miteinbeziehen.⁴⁶ Lässt sich der Entscheidung also insgesamt entnehmen, dass das in Rede stehende Delikt grundsätzlich verwirklicht ist, so soll – zumindest nach Auffassung der Mehrheit in G.I.E.M. – eine für Art. 7 EMRK ausreichende Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit vorliegen. Da im zu entscheidenden Fall die Verjährung der einzige Grund für die Einstellung des Verfahrens respektive die unterbliebene Verurteilung war, verneinte der EGMR daher konsequenterweise in Bezug auf den Betroffenen Girona eine Verletzung von Art. 7 EMRK.⁴⁷ Anders, und insofern nicht minder konsequent, entschied er im Hinblick auf die ebenfalls betroffenen Unternehmen, da gegen diese zu keinem Zeitpunkt in irgendeiner Weise ein Verfahren (weder strafrechtlich noch verwaltungsrechtlich) betrieben worden war.⁴⁸

⁴² Italienisches Verfassungsgericht, Entscheidung Nr. 49 v. 26.3.1995, § 6, zitiert bei EGMR EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 133; Darstellung auch im Sondervotum von Motoc, ebenda, Concurring opinion of Judge Motoc, S. 77.

⁴³ Italienisches Verfassungsgericht, Entscheidung Nr. 49 v. 26.3.1995, § 6, zitiert bei EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 133; kritisch ebenda, Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 21 f.

⁴⁴ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 252 ff., unter Hinweis auf die ständige Rspr. seit EGMR, Urte. v. 21.2.1984 – 8544/79 (Öztürk v. Deutschland), Rn. 49 und 50, sowie EGMR, Urte. v. 11.1.2007 – 35533/04 (Mamidakis v. Griechenland), Rn. 33.

⁴⁵ Engl. „conviction“.

⁴⁶ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 259.

⁴⁷ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 262.

⁴⁸ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 272 ff.

Besonders bemerkenswert an dieser Auslegung durch den EGMR, die auch als Abkehr von Varvara verstanden werden kann,⁴⁹ ist die zugrundeliegende kriminalpolitische Rechtfertigung für den konkreten Fall. Der EGMR hebt hier faktisch die Schutzfunktion strafrechtlicher Verjährungsregeln zugunsten einer (als Strafe bewerteten) Einziehungsmaßnahme aus, weil er angesichts der Komplexität des Deliktes und der recht kurzen Verjährungszeiträume befürchtet, die Täter könnten sich sonst durch systematische Verfahrensvermeidung bzw. -verzögerung ihrer Verantwortung entziehen.⁵⁰

4. Absage an die Figur des „consolidated law“

In einem anderen Punkt dagegen erteilte der EGMR dem italienischen Verfassungsgerichtshof mit wenigen Federstrichen eine unmissverständliche Absage. Der EGMR machte deutlich, dass alle seine Entscheidungen hinsichtlich ihrer rechtlichen Wertigkeit, interpretativen Geltung und Bindungswirkung⁵¹ für die nationalen Gerichte äquivalent seien.⁵² Nach dem italienischen Konzept des „consolidated law“ (diritto consolidato) entfalten nur solche Urteile eine erga omnes-Wirkung, die „mit konsolidiertem (Konventions-) Recht“ korrespondieren. Darüber, ob eine derartige Korrespondenz vorliegt, entscheiden nach Auffassung des italienischen Verfassungsgerichtshofs die nationalen Gerichte. Seitens des EGMR wurde dies als Versuch gewertet, das Kräfteverhältnis zwischen Straßburg und Rom neu zu definieren, indem der italienische Verfassungsgerichtshof den nationalen Gerichten eine Art Ermessensspielraum einräumte, ob und wieweit sie die Rechtsprechung des EGMR zu beachten haben.⁵³ Zugleich habe er seit seiner Entscheidung im Jahr 2015 den unbestimmten consolidated-law-Test nicht weiter präzisiert oder erläutert, sodass ein erhebliches Maß an Rechtsun-

⁴⁹ So die Auffassung bei EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris and Grozev, Rn. 3 ff.

⁵⁰ EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 260 f.; vgl. dazu die Kritik ebenda, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 21 ff., der die Verankerung der Verjährung als ein „Recht auf Vergessenwerden“ (diritto all’oblio) im Gesetzlichkeitsprinzip als die Kernleistung der Entscheidung in Varvara (EGMR, Urte. v. 29.10.2013 – 17475/09 [Varvara v. Italien]) ansieht.

⁵¹ Nach EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 41, legte die Kammer großen Wert auf die begriffliche Differenzierung zwischen „legal value“, „interpretative authority“ und „binding nature“.

⁵² EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 252.

⁵³ Vgl. EGMR, Urte. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 51.

sicherheit geschaffen worden sei.⁵⁴ Der EGMR nutzte daher die Gelegenheit klarzustellen, dass dieses Konzept keine Grundlage im Konventionsrecht habe und deshalb insgesamt abzulehnen sei.⁵⁵ Damit liegt der Ball nun wieder im italienischen Feld und die Reaktion der Consulta darf mit Spannung erwartet werden.

5. Eigentumsschutz und Unschuldsvermutung

Schließlich bejahte die Große Kammer einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 1. ZP-EMRK und in Bezug auf Herrn Gironda auch gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK.

Der Verstoß gegen die Eigentumsrechte leitete der EGMR dabei vor allem aus dem Automatismus der italienischen NCBC ab, der eine notwendige Abwägung zwischen erstrebtem Zweck und den beeinträchtigten Interessen nicht gewährleisten könne und daher unverhältnismäßig sei.⁵⁶

Als Verletzung der Unschuldsvermutung wertete der EGMR, dass der italienische Kassationsgerichtshof in seiner Entscheidung zwar den Freispruch bestätigte, jedoch nicht deshalb, weil das in Rede stehende Delikt nicht verwirklicht sei, sondern aufgrund der eingetretenen Verjährung. Insofern hob jener das Urteil der Vorinstanz auf, die bereits die Deliktsbegehung verneint hatte, und ersetzte es ohne Zurückverweisung durch die eigene Entscheidung, wodurch der Weg für die NCBC frei wurde. Der EGMR sah es demnach als ausreichend an, dass in der Kassationsentscheidung die materielle Strafbarkeit hinreichend festgestellt worden war. Die Argumentation, die also bei Art. 7 EMRK den Verstoß entfallen lässt, soll ihn nach Auffassung der Großen Kammer im Rahmen des Art. 6 Abs. 2 EMRK gerade begründen.

Dies ist insofern ein missliches Ergebnis, als der EGMR in seiner Entscheidung die beiden Garantien zu koppeln scheint. Jedenfalls soll bei einem Verstoß gegen Art. 7 EMRK wegen Verhängung einer Strafe ohne vorherige Feststellung der Verantwortlichkeit auch Art. 6 Abs. 2 EMRK verletzt sein.⁵⁷ Ob eine solche Verknüpfung auch im umgekehrten Fall gilt, ist unklar. Seine Beurteilung der Anwendung von Art. 7 EMRK stellt der EGMR dem Wortlaut nach wohl unter den Vorbehalt, dass die nationalen Gerichte ihre Entscheidung in Konformität mit Art. 6 EMRK getroffen haben.⁵⁸ Ausgehend von diesem Verständnis würde sich die

Große Kammer hier selbst widersprechen.⁵⁹ Denkbar ist aber auch, dass der EGMR mit seiner knappen Formulierung nur sicherstellen wollte, dass sein kriminalpolitischer Ansatz, der im konkreten Fall zu einer Aufweichung von Art. 7 EMRK führt, nicht auch auf die prozessualen Garantien des Art. 6 EMRK ausgedehnt werden soll, eine automatische Synchronisierung damit aber nicht intendiert war. Das Verhältnis der beiden Garantien zueinander bleibt für derartige Konstellationen also weiterhin präzisierungsbedürftig. Mehr Licht ins Dunkel können nur zukünftige Entscheidungen bringen.

IV. (Teilweise) abweichende Sondervoten

Beachtlich an der Entscheidung in G.I.E.M. sind auch die sich auf insgesamt 90 Seiten belaufenden Sondervoten, die teilweise in scharfem Widerspruch zur Mehrheitsansicht stehen und offenbar werden lassen, dass es bei Auslegungsfragen zu Art. 6 und 7 EMRK im Allgemeinen und zur NCBC im Besonderen innerhalb des EGMR äußerst konträre Auffassungen zu geben scheint und das letzte Wort damit noch lange nicht gesprochen sein dürfte. Im Folgenden sollen daher zumindest einige der zentralen Kritikpunkte in diesen Voten kurz dargestellt werden.

1. Pinto de Albuquerque

Die umfangreichsten Ausführungen finden sich bei Pinto de Albuquerque, der insbesondere das angespannte Verhältnis zwischen Straßburg und Rom eingehender beleuchtet und die Rolle des EGMR und der Konvention in Europa auf einer Metaebene analysiert. Ferner konstatiert er, dass der in seinem Sondervotum zu Varvara geäußerte Ruf⁶⁰ nach einer einheitlichen und argumentativ tragfähigen Linie für Einziehungsfälle unbeantwortet geblieben sei.⁶¹ Stattdessen habe die Große Kammer ihre Ausführungen zur Vereinbarkeit mit Konventionsrecht explizit auf die konkrete italienische NCBC beschränkt und Bezüge zu anderen Einziehungsregelungen, die schon Gegenstand diverser Verfahren waren,

cannot overlook these considerations in applying Article 7 in the present case, provided that the domestic courts in question acted in strict compliance with the defence rights enshrined in Article 6 of the Convention.“

⁵⁹ So die deutliche Kritik bei EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 63.

⁶⁰ EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – 17475/09 (Varvara v. Italien), Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, S. 6 ff. und S. 14, der die Inkonsistenz der bisherigen Rechtsprechung zu Einziehungsfrage herausarbeitet; einen Überblick zur Rechtsprechung des EGMR zu außerstrafrechtlichen Einziehungsregelungen im italienischen Recht gibt *Panzavolta/Flor*, in Rui/Sieber (Fn. 2), S. 142 ff.

⁶¹ *Pinto de Albuquerque*, EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 91.

⁵⁴ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 53.

⁵⁵ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 37 und 93, der dies als wichtigste Aussage der ganzen Entscheidung betrachtet.

⁵⁶ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 276 ff., insbesondere Rn. 303 f.

⁵⁷ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 251.

⁵⁸ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 261: „The Court

vermieden.⁶² Der Kern des Problems, die Bedeutung von *nulla poena sine culpa* im Rahmen von Art. 7 EMRK, bleibe ebenso unangetastet wie das immer noch unklare Zusammenspiel des „mental link“-Erfordernisses mit der unübersichtlichen Rechtsprechung zur Anerkennung bestimmter (nationaler) Vermutungsregelungen. Die Situation habe sich sogar noch durch die Transplantation dieses Fallrechts zu Art. 6 in Art. 7 EMRK verschärft, was zu einer Konfusion der beiden konzeptionell verschiedenen Garantien geführt habe.⁶³ Ausführlich widerspricht Pinto de Albuquerque auch der alternativen Lesart von Varvara, wonach eine Verurteilung im materiellen Sinn, d.h. eine bloß substantielle Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit, genüge. Diesem großzügigen, kriminalpolitisch motivierten Verständnis von „Verurteilung“ im Sinne des Art. 7 EMRK sei nicht nur mangelnde Bestimmtheit, sondern letztlich auch ein Verstoß gegen das Analogieverbot vorzuwerfen.⁶⁴

2. Spano und Lemmens

Das Sondervotum von Spano und Lemmens ist insofern bemerkenswert, als es der Mehrheitsentscheidung umfassend widerspricht. So wird nach detaillierter Auseinandersetzung mit den für unzureichend empfundenen Argumenten in der Entscheidung bereits der Strafcharakter der Einziehungsmaßnahme und damit auch die Anwendbarkeit von Art. 7 EMRK abgelehnt.⁶⁵ Darüber hinaus negieren beide das Erfordernis eines „mental link“. Die Verankerung eines so verstandenen Verantwortlichkeitsgrundsatzes überdehne das in Art. 7 EMRK verbürgte Gesetzmäßigkeitsprinzip und beschneide in unzulässiger Weise den gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum der Vertragsstaaten hinsichtlich der Anforderungen für (nationale) Straftatbestände.⁶⁶ Derartige Limitierungen könnten aber ausschließlich aus Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitet werden. Anstatt sich auf die eigentliche Bedeutung von Art. 7 EMRK zu besinnen, nämlich die Absicherung von Mindeststandards hinsichtlich des Rückwirkungsverbots und der Vorhersehbarkeit, verquicke die Mehrheitsmeinung zwei wesensverschiedene, streng zu trennende Grundrechtsgaran-

tien und missinterpretiere Art. 7 EMRK als Werkzeug zur Harmonisierung materiellen Strafrechts.⁶⁷

3. Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Vehabović, Kūris und Grozev

Die Verfasser des letzten Sondervotums befassen sich mit dem systematischen Verhältnis zwischen Varvara und G.I.E.M. und kommen zu dem Ergebnis, G.I.E.M. sei eine Abweichung von der in Varvara aufgestellten allgemeinen Regel, wonach für eine Einziehung das in Rede stehende Delikt nicht verjährt sein darf und eine förmliche Verurteilung in einem Strafverfahren oder einem gleichwertigen Verwaltungs(straf)verfahren unerlässlich sei.⁶⁸ Auch hier wird demnach die alternative Lesart für Varvara abgelehnt. Die sich anschließende, entscheidende Frage lautet daher, ob G.I.E.M. eine neue allgemeine Regel schafft und insoweit Varvara ersetzt oder G.I.E.M. lediglich eine Ausnahme zur allgemeinen Regel in Varvara begründet. Die Verfasser bejahen Letzteres. Würde man als allgemeine Regel akzeptieren, dass für eine Einziehung mit Strafcharakter eine Verurteilung im materiellen Sinne ausreiche, so würden Verjährungsregeln zu einer bedeutungslosen Formalität degradiert und Willkür Tür und Tor geöffnet. Da ein derartiges Resultat auch von der Mehrheit nicht gewünscht sein könne, müsse man G.I.E.M. hier als Ausnahme begreifen.⁶⁹ Die Einstufung als Ausnahmeregel entbinde den EGMR jedoch nicht von seiner Pflicht, diese Abweichung auch hinreichend zu begründen.⁷⁰ Eine solche Begründung bleibe die Mehrheit nach im Sondervotum vertretener Auffassung schuldig. Die angeführten kriminalpolitischen Erwägungen seien als Rechtfertigung jedenfalls ungenügend.⁷¹ Im Ergebnis wird daher von den Verfassern ein Verstoß gegen Art. 7 EMRK entgegen der Mehrheit bejaht.⁷²

⁶² EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 61.

⁶³ So auch das Sondervotum EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting, partly concurring opinion of Judges Spano and Lemmens, Rn. 26.

⁶⁴ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 31 ff.

⁶⁵ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting, partly concurring opinion of Judges Spano and Lemmens, Rn. 15 ff.

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting, partly concurring opinion of Judges Spano and Lemmens, Rn. 25.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting, partly concurring opinion of Judges Spano and Lemmens, Rn. 25 f., 28.

⁶⁸ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris and Grozev, Rn. 3 ff.

⁶⁹ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris and Grozev, Rn. 10 ff.

⁷⁰ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris and Grozev, Rn. 14.

⁷¹ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris and Grozev, Rn. 15 ff.

⁷² EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris and Grozev, Rn. 1.

V. Auswirkungen für die deutsche Regelung in § 76a Abs. 4 StGB

Welche Schlussfolgerungen können nun aus der Zusammenschau der drei besprochenen Entscheidungen für die deutsche Version der NCBC gezogen werden? Zunächst ist festzuhalten, dass die Große Kammer ihre Entscheidung explizit auf die Fälle der italienischen *confisca urbanistica* beschränkt wissen will.⁷³ Der EGMR bleibt damit seinem „individualized justice“-Ansatz⁷⁴ treu und vermeidet eine sachverhalts- und länderübergreifende Lösung in Fragen verurteilungsunabhängiger Einziehung. Die von Pinto de Albuquerque skizzierten Brüche und Widersprüche im Fallrecht des EGMR konnten also noch nicht zugunsten eines einheitlichen Bildes bereinigt werden. Daraus sollte man aber nicht schließen, dass sich den drei Entscheidungen gar keine Erkenntnisse für die konventionsrechtliche Bewertung von NCBC-Regelungen entnehmen lassen.

Ausgangspunkt jeder Beurteilung ist die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 7 EMRK und damit nach dem Strafcharakter der Maßnahme. Der EGMR unternimmt hierzu eine ausführliche Prüfung der Welch-Kriterien, die in vergleichbarer Form auch bei jeder anderen NCBC-Regelung durchgeführt werden würde und somit ein argumentatives Grundgerüst liefert. Die detaillierte Auseinandersetzung mit den Spezifika der nationalen Rechtsordnung und die abweichenden Sondervoten zeigen aber, dass das Ergebnis durchaus auch anders hätte ausfallen können, man also keineswegs davon ausgehen kann, dass der EGMR grundsätzlich alle NCBC unter Art. 7 EMRK subsumieren würde.

Sollte dem deutschen § 76a Abs. 4 StGB jedoch Strafcharakter attestiert werden, so dürften die Weichen eher in Richtung Konventionswidrigkeit gestellt sein. Zwar verlangte der EGMR in G.I.E.M. keine förmliche Verurteilung, doch wenigstens eine (irgendwie geartete) Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Das erfolgt im Rahmen des (deutschen) selbständigen Einziehungsverfahrens allerdings nicht. Gerade für die Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB ist neben dem Anfangsverdacht hinsichtlich der Anlasstat nur die richterliche Überzeugung des „Herrührens“ aus (irgend)einer⁷⁵ rechtswidrigen Tat erforderlich. Diese Tat muss nach der Vorstellung des Gesetzgebers jedoch weder konkret identifiziert sein noch muss sie einer bestimmten Person zugeordnet werden.⁷⁶ Ob dem EGMR diese richterliche Überzeugung von der illegalen Herkunft ausreicht, ist ungewiss, aber nicht gänzlich ausgeschlossen. So hat der EGMR auch in der aktu-

ellen Entscheidung wieder seine Bereitschaft dokumentiert, den Vertragsstaaten aus kriminalpolitischen Gründen entgegenzukommen. Das oben dargestellte unklare Verhältnis zwischen dem Erfordernis eines „mental link“ und den im selben Atemzug zugestandenen Ausnahmen eröffnet einen Spielraum, der sich hierfür anbietet.

Bei bejahem Strafcharakter ist auch der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK an sich nicht mehr zu leugnen. Da der EGMR den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 6 und 7 EMRK weitgehend deckungsgleich bestimmt,⁷⁷ dürfte die Bewertung hinsichtlich der NCBC insoweit parallel ausfallen.⁷⁸

Ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 1. ZP-EMRK ist mangels eines vergleichbaren abwägungsfeindlichen Automatismus zu verneinen. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Norm bewusst und unter Hinweis auf EGMR-Rechtsprechung als Soll-Vorschrift ausgestaltet, um Unverhältnismäßigkeiten im Einzelfall ausreichend Rechnung tragen zu können und so die Vereinbarkeit mit Art. 1 Abs. 1 1. ZP-EMRK zu gewährleisten.⁷⁹

VI. Schlussbetrachtung

Die zu Beginn aufgeworfene Frage, ob sich aus den Entscheidungen zur *confisca urbanistica senza condanna* zwingend die Konventionswidrigkeit des § 76a Abs. 4 StGB ergibt, kann nach obigen Ausführungen jedenfalls verneint werden. Eine klare Linie im Umgang mit NCBC-Regelungen hat der EGMR bislang nicht gefunden und verlagert sich daher auf eine detaillierte Bewertung der jeweiligen nationalen Regelung. Dies mag im Einzelfall zu billigen Ergebnissen führen, der Rechtssicherheit ist damit allerdings nicht gedient.

Sollte der EGMR also irgendwann – der Berliner Fall könnte hierfür möglicherweise bereits die Gelegenheit bieten – über § 76a Abs. 4 StGB zu entscheiden haben, so wird der Ausgang des Verfahrens ganz entscheidend von der Frage des Strafcharakters bestimmt werden.⁸⁰ Aufgabe der Bundesregierung wird es daher sein, vor allem auf die quasi-konditionelle Zwecksetzung der konkreten Maßnahme und des ganzen reformierten Rechts der Vermögensabschöpfung zu verweisen. Ferner wäre substantiiert darzulegen, dass die Verhältnismäßigkeit der Einziehung im konkreten Fall abge-

⁷³ EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Rn. 155.

⁷⁴ Meyer, ZDAR 2014, 99 (100).

⁷⁵ So hinsichtlich der Frage, ob die Herkunftstat eine Katalogtat sein muss, Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1024 f.); Pelz, ZStW 2018, 251, 253; mittlerweile (wohl) auch Meyer, ZStW 130 (2018), 246 (247), der aber annimmt, dass Praxisrelevanz in aller Regel nur die Fälle der Herkunft aus einer Katalogtat erlangen werden.

⁷⁶ Vgl. den Referentenentwurf des BMJV vom 9.6.2016, S. 99, wonach zumindest bei „bewiesener Unschuld“ die Einziehung ausgeschlossen sein soll.

⁷⁷ Auch wenn Art. 6 („strafrechtliche Anklage“) und Art. 7 („angedrohte Strafe“) sich insoweit terminologisch unterscheiden, siehe hierzu Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 147; Renzikowski, in: Pabel/Schmahl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Ordner 1, 12. Lfg., Mai 2009; Art. 7 Rn. 21; Esser, in: Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozedur und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 7 Rn. 27 Fn. 90.

⁷⁸ Vgl. EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 1828/06, 34163/07 und 19029/11 (G.I.E.M. S.r.l. u.a. v. Italien), Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Rn. 63.

⁷⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 73.

⁸⁰ Vgl. Simonato, ERA Forum 2017, 365 (377 f.).

sichert ist, unbillige Härten also vermieden werden, und dem Betroffenen auch eine praktikable Chance eingeräumt wird, Einwände geltend zu machen. Schließlich müssten die kriminalpolitischen Beweggründe ausführlich herausgearbeitet werden. Ob dies in Straßburg dann letztlich ausreichen wird, ist aber kaum vorhersagbar.