

Teil 3

Die Rechtsquellen vermögensabschöpfender Maßnahmen

Dr. Boris Bröckers

- 42 Vermögensabschöpfung ist keine genuin strafrechtliche Aufgabe und ihre Anknüpfung im deutschen Recht an das Strafrecht ist keineswegs unumstritten.¹ Vielmehr lässt sich die Frage, in welchem Rechtsgebiet das Institut zu verankern ist, unterschiedlich beantworten.² Zur Vermeidung einer eher praxisfernen Grundlagendiskussion soll die Frage der Aufgabenzuweisung hier nicht näher erörtert werden. Stattdessen soll der Blick für die rechtlichen Parallelen zu den anderen vermögensabschöpfenden Rechtsinstituten geschärft werden.

I. Zivilrechtliche Vermögensabschöpfungen

- 43 So obliegt die Funktion, irreguläre Vermögenszuordnungen zu korrigieren, im deutschen Recht primär dem Zivilrecht. Diese primäre Funktionszuweisung war vor der Reform auch dann selbstverständlich, wenn die „causa“ einer irregulären Vermögensabschöpfung eine Straftat war. Die Einführung und Erweiterungen des Adhäsionsverfahrens haben zwar unter dem Gesichtspunkt von Opferinteressen die Strafjustiz durch die Möglichkeit auch über zivilrechtliche Ansprüche gewissermaßen „mitzuentcheiden“ kompetenziell aufgewertet, an dem Fundament rechtlicher Funktionszuweisungen – Schuld ist Strafrecht, Vermögen ist Zivilrecht – aber nichts Grundlegendes geändert.
- 44 Das Primat der Zivilgerichtsbarkeit für rechtliche Vermögenszuweisungen besteht nach der Reform jedoch nur noch dann, wenn im Zusammenhang mit den streitbaren Vermögenszuordnungen keinerlei Straftaten im Raum stehen. Sobald der Grund für eine irreguläre Vermögensverschiebung eine Straftat ist, wird dem Strafrecht – namentlich durch die § 73 ff. StGB – mit einigen Durchbrechungen (§ 73c) unabhängig von der Zivilrechtsordnung – die Funktion zugeschrieben, die irreguläre Vermögenszuordnung zu korrigieren. Dies wird sowohl die Strafrechtspflege als auch die Rechtsberatung nachhaltig verändern: Bereits der im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten auftretende Verdacht einer Straftat zwingt professionelle Rechtsbera-

1 Aus rechtsvergleichender Perspektive vgl. *Rui/Sieber Confiscation*, S. 245 ff.

2 Hierzu *Saliger ZStW* 2017, 995, 1000.

ter künftig umso mehr, die Strafjustiz zu bemühen, um die Interessen ihrer Mandanten effektiv wahrzunehmen. Umgekehrt wird sich die ohnehin schon (über-)belastete Strafjustiz mit einer noch größeren Anzahl rein instrumentell gestellter und ökonomisch motivierter Strafanzeigen konfrontiert sehen, was zweifelhaftes Erledigungspraktiken begünstigt, da sich die Richter zunehmend in die Rolle eines Dienstleisters von Anwälten und Wirtschaftskanzleien gedrängt fühlen könnten.

Ob tatsächlich eine (weitere) Ökonomisierung der Strafjustiz droht und die weiteren Aufgaben der Strafjustiz das Fass der justiziellen Überbelastung zum Überlaufen bringt, soll hier nicht näher erörtert werden. Der Blick auf die neue Funktionszuweisung des Strafrechts soll vielmehr den Blick für ein grundlegendes Verständnis öffnen: Die § 73ff. StGB sind keine Strafnormen im klassischen Sinne, sondern quasi-konditionelle Vermögenszuordnungsnormen zur Wiederherstellung der dem Recht entsprechenden Güterzuordnung.³ Deshalb ist es für das Verständnis des Einziehungsrechts auch hilfreich, die unterschiedlichen strafrechtlichen Einziehungstatbestände mit den zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen zu kontrastieren:

Strafrechtsordnung	Zivilrechtsordnung
<p>§ 73 StGB – Einziehung des originären Tatertrags Funktion: Vermögensvorteile dem illegitimen Empfänger wieder abzunehmen, wenn er diese noch hat!</p>	<p>§ 812 ff. BGB – Ausgleich ungerechtfertigter Bereicherung Funktion: Vermögensvorteile dem illegitimen Empfänger wieder abzunehmen, wenn er diese noch hat!</p>
<p>§ 73b StGB Einziehung bei Drittbegünstigten Funktion: Nicht schutzbedürftige Drittbegünstigte müssen Tatvorteil herausgeben</p>	<p>§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB Funktion: Nicht schutzbedürftige Drittbegünstigte müssen Tatvorteil herausgeben (Rechtsgedanke auch in § 3, 4, 7, 11 AnfG zu finden)</p>
<p>§ 73c StGB – Einziehung von Wertersatz (originärer Tatertrag nicht mehr vorhanden bzw. abschöpfbar) Funktion: Vermögensvorteile dem illegitimen und rechtlich nicht schutzbedürftigen Empfänger wieder abzunehmen, obwohl er sie nicht mehr hat!</p>	<p>§§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB – verschärfte Haftung im Bereicherungsrecht Funktion: Vermögensvorteile dem illegitimen und rechtlich nicht schutzbedürftigen Empfänger wieder abzunehmen, obwohl er sie nicht mehr hat!</p>
<p>§ 74 StGB – Einziehung von Tatobjekten</p>	<p>Kein zivilrechtliches Äquivalent – „Pönalisierung“ ist im Zivilrecht grundsätzlich unzulässig</p>
<p>Kein Äquivalent im Einziehungsrecht Grundsätzlich im Adhäsionsverfahren durchsetzbar!</p>	<p>§§ 823 Abs. 1, Abs. 2, 826 BGB</p>

³ Allgemein zum Meinungsstreit über die Rechtsnatur der alten Verfallsregeln: MüKo-StGB/Joeks § 73 Rn. 5 ff.

- 46 Die unterschiedlichen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Anspruchsgrundlagen stehen grundsätzlich nebeneinander. Eine gewisse Akzessorietät, deren konkreter dogmatischer Zusammenhang erst durch Literatur und Rechtsprechung herausgearbeitet werden muss, hat der Gesetzgeber durch § 73e StGB geschaffen, auf den an späterer Stelle noch vertieft eingegangen wird. Vorerst sollte nur deutlich gemacht werden, dass das strafrechtliche Einziehungsrecht zwar eine Rechtsmaterie „sui generis“ ist – weder wirklich Straf- noch Zivilrecht – und eine gewisse Parallelität zu der zivilrechtlichen Regelungstechnik besteht. Dies führt zu einer sehr trivialen praktischen Bewandnis: Bei Unklarheiten bei der Auslegung des neuen Einziehungsrechts lohnt sich stets auch ein Blick in die Kommentierung der vergleichbaren Zivilnormen.⁴ So lässt etwa Art. 25 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) eine Sicherstellung von Bargeld zu, wenn eine Gefahr durch das Bargeld (Art. 25 Nr. 1) oder eine Gefahr für das Bargeld (Art. 25 Nr. 2) besteht. Insbesondere über die Verknüpfung „Gefahr durch das Bargeld“ wurden in der Praxis über das Gefahrenabwehrrecht im Zusammenhang mit der Bekämpfung von organisierter Kriminalität hohe Bargeldsummen sichergestellt, ohne dass der Betrag einer konkreten Straftat zugeordnet werden konnte.⁵

II. Gefahrenabwehrrechtliche Vermögensabschöpfungen

- 47 Auf polizeirechtlicher Grundlage wurden in der Vergangenheit Vermögenswerte zur Vermeidung der Gefahr einer Straftatbegehung der Geldwäsche beschlagnahmt. Das OVG Bremen hielt dies zwar grundsätzlich für möglich, aber nur beim Vorliegen von hinreichenden Belegen für das Vorhandensein einer nach § 261 StGB erforderlichen Vortat.⁶ Ebenso hielt auch das OVG Lüneburg die Sicherstellung von Bargeld als präventiv-polizeiliche Maßnahme für möglich, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist. Die zu treffende Gefahrenprognose hat das Gericht damit begründet, dass das „mit hoher Wahrscheinlichkeit aus Drogengeschäften herrührende Geld ohne die angeordnete Sicherstellung erneut in Drogengeschäfte investiert werden würde“.⁷
- 48 Da es indes nicht darum geht, dem Täter bzw. Störer einen inkriminierten Vermögenswert dauerhaft zu entziehen, sondern das polizeiliche Ziel ausschließlich die Gefahrenabwehr sein darf, handelt es sich bei der Sicherstellung von Bargeld nicht um ein klassisches Instrumentarium der präventiven Gewinnabschöpfung. Gleichwohl darf nicht vergessen werden, dass dem Mandanten, wenngleich als Folge einer

4 Zum Ganzen insbesondere *Söllner* NJW 2009, 3339.

5 *VG Aachen* BeckRS 2007, 21951; *VG Berlin* Ur. v. 28.2.2008 – VG 1 A 137.06.

6 *OVG Bremen* NordÖR 2015, 26.

7 *OVG Lüneburg* NVwZ-RR 2009, 954.

anderen staatlichen Zielrichtung, in bestimmten Fällen auch eine gefahrenabwehrrechtliche Abschöpfung von Vermögenswerten droht.

III. Normen mit mittelbar vermögensabschöpfender Funktion

Durch die gesetzliche Bündelung der Instrumente der Vermögensabschöpfung in den § 73 ff. StGB dürfen nicht die Sanktionsnormen vergessen werden, denen zumindest mittelbar eine ebenso vermögensabschöpfende Funktion zukommt.⁸ 49

Die klassische Geldstrafe unterliegt zwar dem Schuldprinzip und ihre Höhe darf den Unrechtsgehalt der Straftat nicht übersteigen. Gemäß § 46 Abs. 2 StGB kommen jedoch das Gewinnstreben und die dadurch erzielte Bereicherung des Täters grundsätzlich als strafzumessungsrelevante Umstände in Frage. Soweit ein solcher Umstand als Strafschärfungsgrund für eine Erhöhung der Anzahl der Tagessätze einer Geldstrafe angeführt wird, kann man von einer indirekten Vermögensabschöpfung im Gewande der Strafzumessung sprechen. Aus Sicht der Verteidigung muss in solchen Fällen sorgfältig geprüft werden, ob ein Tatgericht bei Heranziehung einer derartigen Argumentationslinie nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstößt, da die Bereicherung in vielen Fällen bereits zur Verwirklichung des Tatbestands erforderlich ist und eine solche tatbestandsbegründende Tatsache bekanntlich bei der Strafzumessung nicht erneut Berücksichtigung finden darf.⁹ Ferner muss problematisiert werden, dass neben den vermögensabschöpfenden Maßnahmen gem. den §§ 73 ff. StGB eine weitere Erhöhung der Sanktion über das dem Schuldprinzip unterworfenen Rechtsinstitut der Geldstrafe widersprüchlich wäre, da der Gesetzgeber durch die Schaffung der §§ 73 ff. StGB gerade das Instrument der Vermögensabschöpfung vom Schuldprinzip emanzipieren wollte.¹⁰ 50

Viel deutlicher als bei der Geldstrafe kommt die mittelbare vermögensabschöpfende Funktion bei einer Geldauflage gem. § 56b Abs. 2 Nr. 2 u. Nr. 4 StGB zum Vorschein, die im Zusammenhang mit der Bewährungsstrafe verhängt wird und in der Praxis eine große Rolle spielt.¹¹ Zwar muss die Geldauflage, die als strafähnliche Maßnahme dem Schuldprinzip unterliegt, mit der Tatschuld im Verhältnis stehen, so dass einer Vermögensabschöpfung Grenzen gesetzt sind.¹² Gleichwohl ist in der Praxis bemerkbar, dass die Geldauflage nicht selten in Fällen zur Anwendung kommt, in denen die klassischen vermögensabschöpfenden Maßnahmen ausschei- 51

⁸ Instruktiv zum Ganzen insbesondere *Sotiriadis* Gewinnabschöpfung, S. 27 ff.

⁹ Vgl. *BGH* NStZ-RR 2017, 147; *BGH* NJW 1980, 1344.

¹⁰ Freilich bleibt es gleichwohl eine widerspruchsfreie Strafzumessungstatsache, dass der Täter durch die anvisierte Bereicherung den subjektiven Tatunrechtsgehalt, der – wie gesagt – in vielen Fällen indes schon im Tatbestand erhalten ist, erhöht hat.

¹¹ *Sotiriadis* Gewinnabschöpfung, S. 27 ff.

¹² Indes nicht dem strengen Schuldprinzip gemäß § 46 StGB, vgl. *MüKoStGB-Groß* § 56b Rn. 2; *Schönke/Schröder-StGB/Kinzig* § 56b Rn. 20.

den. Eine apokryphe Zweckentfremdung von Bewährungsauflagen zum Zwecke ansonsten erfolgloser vermögensabschöpfender Maßnahmen ist zwar rechtswidrig, aber gleichwohl keine Seltenheit.

- 52 Ein weiteres in der Praxis noch beliebteres Rechtsinstitut, welches zum Zwecke der „außergerichtlichen Gewinnabschöpfung“ in der Praxis instrumentalisiert wird, ist die Verfahrenseinstellung gegen Geldauflage gem. § 153a Abs. 1 Nr. 2 StPO.¹³ Auch § 153a Abs. 1 StPO ist vom Schuldprinzip geprägt und mit der Zahlung der Geldauflage soll kein Gewinn bzw. Tatertrag abgeschöpft werden, sondern durch eine Genugtuung soll das „öffentliche Interesse an der Strafverfolgung“ beseitigt werden. Die seit Jahren währende und fortlaufend zunehmende Überlastung der Strafjustiz sowie die Sperrigkeit der alten Verfallsvorschriften hat gerade in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren dazu geführt, dass § 153a StPO in missbräuchlicher Weise als Vermögensabschöpfungsinstrument zweckentfremdet wurde. Wenn gleich die Einstellungen der Strafverfahren gem. § 153a StPO in vielen Einzelfällen im Sinne und auf Vorschlag der Verteidigung erfolgten, sollte man als Strafverteidi-ger(in) eine solche wesensfremde und fehlerhafte Rechtsanwendung, die mit einer Erosion von Rechtsstaatlichkeit verbunden ist, jedenfalls nicht allgemein begrüßen.

Hinweis

- 53 Das neue Recht¹⁴ macht Deals über „außergerichtliche Gewinnabschöpfungen“ gem. § 153a StPO gefährlich. Die Verteidigung muss hier vorsichtig sein: Denn selbst wenn das Verfahren gem. § 153a StPO gegen Zahlung einer Geldauflage endgültig eingestellt wurde, kann die Staatsanwaltschaft, soweit nicht gem. § 421 StPO von der Einziehung abgesehen wurde, in Bezug auf etwaig abzuschöpfende Taterträge ein selbständiges Einziehungsverfahren (§ 76a Abs. 3 StGB i.V.m. §§ 435, 436 StPO) einleiten. Um sicherzustellen, dass der Mandant sich später, wenngleich nicht mehr als Angeklagter, sondern „nur“ als Einziehungsbeteiligter, diesem „objektiven Verfahren“ stellen muss, indem eine Abschöpfung der Taterträge unabhängig von der gezahlten Geldauflage und des bereits abgeschlossenen „subjektiven Verfahrens“ droht, sollte die Verteidigung vor Zustimmung zu einer Verfahrenseinstellung gem. §§ 153, 153a StPO auf ein Absehen von der Vermögensabschöpfung gem. § 421 Abs. 1 StPO bestehen.

IV. Rechtliche Gemengelage

- 54 Das Recht der Vermögensabschöpfung lässt sich nur interdisziplinär erschöpfend erschließen. Neben dem Strafrecht kennen das Zivilrecht und auch das Gefahrenabwehrrecht vermögensabschöpfende Maßnahmen. Diese Gemengelage führt nicht zu

13 *Lammer* Erosion, S. 56.

14 In eingeschränkter Weise ging dies zwar auch nach dem alten Recht. In der Praxis wurde dies indes nur selten getan. Die zwingende Natur des neuen Rechts hat die Gefahr, dass eine Vermögensabschöpfung trotz einer Verfahrenseinstellung gem. §§ 153, 153a StPO stattfindet, ungemein erhöht.

einer Koexistenz von justiziellen Verfahren, die allesamt der Korrektur der gleichen „gestörten“ bzw. inkriminierten Vermögenslage dienen, was rechtspolitisch die Frage der Schonung justizieller Ressourcen und rechtsdogmatisch die Frage des Verhältnisses der Ansprüche zueinander aufwirft. Außerdem spiegelt sich die Gemengelage bei der dogmatischen Erfassung des strafrechtlichen Einziehungsrechts wider: Durch die Ablösung vom Schuldgrundsatz und der Tendenz zu einer rein präventiven Zielrichtung einerseits sowie der Orientierung an dem zivilistischen Bereicherungsrecht, entstehen Konflikte zwischen strafrechtlichem, zivilistischem und polizeirechtlichem Denken, deren Auflösung Schwierigkeiten bereiten.¹⁵ Auf diesen Aspekt wird bei der Darstellung der einzelnen Einziehungsmaßnahmen zurückzukommen sein. Die Frage des „Quasi“-Konkurrenzverhältnisses der vermögensabschöpfenden Ansprüche untereinander wird bei der Darstellung des § 73e StGB erörtert.

15 Vgl. *Saliger* ZStW 2017, 995 f.