

Die Rechtsnatur der verurteilungsunabhängigen Vermögensabschöpfung nach § 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 StPO

A. Anlass der Untersuchung

Am 16.10.2016 veröffentlichte der Spiegel einen Artikel mit der Überschrift „Verbrechen lohnt sich – bald nicht mehr?!“.¹ Der Titel suggeriert trefflich die zu diesem Zeitpunkt in Deutschland vorherrschende Situation. Gegenstand des Berichts war ein so tatsächlich vorgefallener Sachverhalt, in dem ein als solcher bekannter Dealer mehrere hunderttausend Euro besaß, die sich auf einem Konto eines öffentlichen Kreditinstituts befanden. Kontoinhaberin war seine Mutter, die von Sozialleistungen i.H.v. 460 Euro im Monat lebte. Bei einer Durchsuchung in den Räumlichkeiten des Dealers beschlagnahmten die Beamten Drogen und Unterlagen betreffend das genannte Konto. Die Vermutung lag nahe, dass das auf dem Konto befindliche Geld aus Drogengeschäften stammte. Daher beschlagnahmte die Polizei auch dieses Geld. Dagegen wehrten sich der Dealer und seine Mutter vor Gericht. Sie behaupteten, das Geld stamme aus Immobilienverkäufen aus dem Ausland, was den fehlenden Nachweis amtlicher Übertragungsurkunden erkläre. Die Existenz der Immobilien konnte bewiesen werden. Nicht jedoch der Ursprung des Geldes. Die Mutter wurde vom Vorwurf der Geldwäsche freigesprochen und durfte das Geld behalten.

In dem genannten Artikel heißt es: „In Deutschland gilt leider: Verbrechen lohnt sich doch.“ Das sei beispielsweise dann der Fall, wenn der Täter zu einer Geldstrafe verurteilt wird, die den deliktischen Gewinn unterschreitet oder wenn eine Bewährungsstrafe ohne Auflage nach § 56b StGB verhängt wird.² Zwar ist es schwer zu definieren, wann sich ein Verbrechen nun „lohnt“. Wirft man jedoch einen Blick auf das verfügbare Zahlenmaterial, wird die wirtschaftliche Potenz deutlich, die auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität zum Vorschein kommt. Gruppierungen der organisierten Kriminalität, sogenannte OK-Gruppierungen, und Einzeltäter erzielen jedes Jahr unrechtmäßige Gewinne in Milliardenhöhe.³ So wurden im Jahr 2016 Erträge in Höhe von 840 Millionen Euro nachvollzogen.⁴ Demgegenüber konnten aber lediglich 61 Millionen Euro vorläufig sichergestellt

¹ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/gesetzesvorhaben-verbrechen-lohnt-sich-bald-nicht-mehr-a-1116783.html> abgerufen am 24.04.2020.

² BeckOK StGB/*Heuchemer*, 50. Ed. Stand: 01.05.2021, § 73 Rn. 1.

³ Vgl. BLB OK 2016, S. 41. Danach wurden etwa im Bereich von Wirtschaftskriminalität Erträge i.H.v. 630 Millionen Euro erzielt.

⁴ BLB OK 2016, S. 2.

werden.⁵ Der Großteil der sichergestellten Beträge wird, ähnlich wie im Beispielfall, an die Verdächtigen zurückgegeben worden sein.

Bis dato verfügte das Recht, so die wohl einhellige Meinung, nicht über genügend effiziente Instrumente, um den Verbleib rechtswidrig erlangter Gewinne beim Täter zu verhindern.⁶ Insbesondere die aus dem englischsprachigen Ausland stammende und in aktuellen Diskussionen häufig verwendete Aussage „crime must not pay“ schien nicht der Rechtswirklichkeit zu entsprechen. Dies sollte sich nach dem Willen des Gesetzgebers mit den grundlegenden Neuregelungen der Einziehungs- und Verfallvorschriften im Jahr 2017 ändern. Ausdrückliches Ziel der Reform war es, ein gesetzliches Instrumentarium zu schaffen, das eine effektive rechtsstaatliche Einziehung deliktisch erlangter Vermögenswerte gewährleistet.⁷ Das Recht der Vermögensabschöpfung sollte vereinfacht und nicht vertretbare Abschöpfungslücken geschlossen werden.⁸ Eine derartige Abschöpfungslücke sah der Gesetzgeber insbesondere für die Fallgruppe des aus Straftaten herrührenden Vermögens unklarer Herkunft.⁹

Die vorliegende Arbeit untersucht die als Lösungsmöglichkeit für diese Fallgruppe mit der Reform ins Gesetz eingefügte Regelung von § 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 StPO, die verurteilungsunabhängige Abschöpfung von Vermögen unklarer Herkunft. Sie beleuchtet die angesprochenen Regelungslücken im alten Recht¹⁰ und untersucht den neuen Lösungsansatz im Hinblick auf Verortung,¹¹ Verfassungsmäßigkeit und Effektivität.¹²

Grundlage dieser Untersuchung sind die Regelungen bis zur Neufassung von § 76a Abs. 4 StGB aufgrund des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.03.2021 (BGBl. I S. 327), welches am

⁵ BLB OK 2016, S. 4.

⁶ Vgl. FD-StrafR 2017, 388000; *Gericke*, Stellungnahme, S. 7; *Meyer*, StV 2017, 242 (343); Ausführungen zu Wirksamkeitsstudien bei *Meyer*, StV 2017, 342 (352) in Fn. 52; ähnlich auch zum Zivilrecht *Janssen*, Die Präventive Gewinnabschöpfung, S. 1.

⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drucks. 18/9525, S. 1.

⁸ BT-Drucks. 18/9525, S. 2.

⁹ BT-Drucks. 18/9525, S. 2.

¹⁰ S. Abschnitt „Konkrete Ausgestaltung der Abschöpfungsregelungen nach Rechtsgebieten“, S. 2 ff.

¹¹ S. Abschnitt „Die Verortung der verurteilungsunabhängigen Vermögensabschöpfung“ S. 123 ff.

¹² S. Abschnitt „Verfassungsmäßigkeit der verurteilungsunabhängigen Vermögensabschöpfung“, S. 139 ff.

18.03.2021 in Kraft getreten ist. Damit einhergehende Änderungen sind nicht Gegenstand der Untersuchung. Auf sie wird jedoch an entsprechender Stelle hingewiesen.

I. Historischer Abriss

Schon das Reichsstrafgesetzbuch enthielt in § 40 ff. RStGB einige wenige Regelungen zur Einziehung.¹³ Nach § 40 RStGB konnten Gegenstände, die durch eine Tat hervorgebracht worden waren oder zu ihrer Begehung gebraucht oder bestimmt worden waren, eingezogen werden. Sie mussten dem Täter oder Teilnehmer gehören. Die damalige Rechtsprechung verstand die Einziehung als Nebenstrafe.¹⁴ Darüber hinaus wurde § 42 RStGB, der die verurteilungsunabhängige Einziehung regelte, zugleich ein Sicherungszweck zugesprochen, der darin bestand, die Allgemeinheit durch Wegnahme der Sache vor weiteren Straftaten zu schützen.¹⁵ Daneben existierten weitere Regelungen, die unter anderem den Zugriff auf Dritteigentum zuließen.¹⁶ In dieser unterschiedslosen Einziehung sah das Reichsgericht eine polizeiliche Sicherungsmaßregel, die auch ein Tatunbeteiligter im öffentlichen Interesse hinnehmen müsse.¹⁷ Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes legte der Bundesgerichtshof die in Teilen zwingend anzuordnende Einziehung vor dem Hintergrund des Art. 14 GG als Ermessensentscheidung aus.¹⁸ Im weiteren Verlauf dieser Entwicklung wurde eine Härtefallklausel geschaffen.¹⁹ Die Regelungen zur Einziehung aus §§ 40 – 42a RStGB wurden nach einer Reform auf dem Gebiet des Ordnungswidrigkeitenrechts im Jahr 1968 im Wesentlichen in §§ 74 – 76a StGB a.F. übernommen.²⁰

1975 wurde erstmals eine Regelung zum Verfall in § 73 StGB a.F. aufgenommen.²¹ Die gesetzliche (Ursprungs-)Regelung orientierte sich an §§ 109–112

¹³ Bis zu Zeiten des römischen Reiches zurückreichende Informationen zur Vermögensabschöpfung finden sich bei *Dollmann*, Die Regelungen des Verfalls nach geltendem Recht, S. 5 ff.

¹⁴ MüKo-StGB/*Joecks/Meißner*, Bd. 2, 4. Auflage 2020, Vorb. zu § 73, Rn. 6.

¹⁵ MüKo-StGB/*Joecks/Meißner*, Bd. 2, 4. Auflage 2020, Vorb. zu § 73, Rn. 6.

¹⁶ Bspw. § 128 Abs. 1 BranntwMonG a.F.; vgl. dazu RG 27.1.1928 – I 1063/27, RGSt 62, ; § 360 Nr. 14, S. 2 RStGB; vgl. Arnold, S. 81, Fn. 8.

¹⁷ Vgl. RG 11.4.1920 – IV 645/19, RGSt 55, 12; RG 27.1.1928 – I 1063/27, RGSt 62, 49; RG 7.4.1933 – I 1418/32, RGSt 67, 215; RG 11.11.1935 – 5 D 780/35, RGSt 69, 385.

¹⁸ Vgl. BGH 12.1.1956 – 3 StR 444/55, BGHSt 9, 96 (97 f.); BGH 20.2.1963 – 4 StR 411/62, BGHSt 18, 279.

¹⁹ MüKo-StGB/*Joecks/Meißner*, Bd. 2, 4. Auflage 2020, Vorb. zu § 73, Rn. 6.

²⁰ Art. 1 Nr. 1 2. StrRG vom 4.7.1969, BGBl. I S. 717.

²¹ BGBl. I 1975, S. 1.

B. Grundtypen der Vermögensabschöpfung – Rechtsgebietsspezifische Regelungssystematik

I. Idealtypen und Grenzen der Vermögensabschöpfung: zivilrechtliches, verwaltungsrechtliches und strafrechtliches Modell

In zahlreichen Ländern innerhalb und außerhalb der EU ist die Vermögensabschöpfung bereits gesetzlich normiert.⁸⁹ Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Regelungen zur Vermögensabschöpfung überrascht es wenig, dass diese in den jeweiligen Rechtsordnungen in verschiedenen Rechtsgebieten verortet ist.⁹⁰ Damit einher geht die Frage nach dem Rechtscharakter der Norm. Auch in Deutschland stellt sich die Frage, welchen Rechtscharakter die staatliche Vermögensabschöpfung aufweist und welchem Rechtsgebiet sie zuzuordnen ist.⁹¹ Bereits 1969 hatte Eser die vielfältigen strafrechtsdogmatischen, strafprozessualen, zivilrechtsdogmatischen, zivilprozessualen, verwaltungs-, verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Probleme dargestellt, die das Thema aufwirft und war letztlich zu dem Ergebnis gekommen, dass die Vermögensabschöpfung einen kondiktionsähnlichen Charakter aufweise.⁹² Traditionell ist die Vermögensabschöpfung in Deutschland im Straf- und Strafverfahrensrecht geregelt.⁹³ Folgt man der in der Literatur verbreiteten Meinung, dass der Vermögensabschöpfung ein zumindest strafrechtsähnlicher Charakter zukommt,⁹⁴ so scheint sie im Strafrecht richtig verortet. Doch wurde in der Vergangenheit auch ein außerstrafrechtliches EinziehungsmodeLL erwogen⁹⁵ und immer wieder plädieren einzelne Vertreter für eine

⁸⁹ Vgl. *Rui* in *Rui/Sieber*, NCBC in Europe, S. 2 ff.

⁹⁰ So gibt es etwa im US-amerikanischen und britischen Recht eine zivilrechtliche Vermögensabschöpfung neben der Strafrechtlichen (näher dazu *Casella* in *Rui/Sieber*, NCBC in Europe, S. 13 ff.; *Smith* in *Rui/Sieber*, NCBC in Europe, S. 31 ff.) und in Italien eine der Antimafiagesetzgebung entspringende präventive Vermögensabschöpfung außerhalb des Strafgesetzbuches (dazu *Panzavolta/Flor* in *Rui/Sieber*, NCBC in Europe, S. 111 ff.). In der Schweiz finden sich Normen zur Vermögensabschöpfung sowohl im StGB, im Nebenstrafrecht, als auch im Verwaltungsrecht (s. dazu *Ackermann/Heine*, Wirtschaftsstrafrecht in der Schweiz, § 11 Rn. 5 ff.)

⁹¹ S. zur derzeitigen Ausgestaltung die Übersicht in Abschnitt „Übersicht - Vergleich zur aktuellen Ausgestaltung der Vermögensabschöpfung in den unterschiedlichen Rechtsgebieten“, S. 119.

⁹² *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, S. 284; vgl. auch *Eberbach*, NSTz 1987, 486 (486,492).

⁹³ Nunmehr befinden sich die Regelungen zur Vermögensabschöpfung in §§ 73 – 76b StGB und §§ 111b ff. StPO sowie §§ 421 ff. StPO.

⁹⁴ *DAV*, Stellungnahme, S. 16 ff.; *Heger*, Stellungnahme, S. 3 f. (mit erläuternden Beispielen); *Gericke*, Stellungnahme, S. 3; *StVV*, Stellungnahme, S. 17; *Meyer*, StV 2017, 344, 348, 352; *Rönnau/Begemeier* NZWiSt 2016, 260 (264); *Trüg*, NJW 2017, 1913 (1914). vgl. auch *Heger* in *Lackner/Kühl*, § 74 StGB Rn. 2, der von einem uneinheitlichen Charakter spricht.

⁹⁵ BT-Drucks. 12/6784 vom 04.02.1994.

präventive Regelung der Gewinnabschöpfung im Polizeirecht.⁹⁶ Daraus und aus der Tatsache, dass sowohl der Gesetzgeber selbst als auch die Rechtsprechung die Vermögensabschöpfung als nichtstrafrechtliches Element *sui generis* mit quasi-konditionellem Charakter ansehen,⁹⁷ ergibt sich die berechtigte Frage nach der rechtssystematisch korrekten Einordnung der Gesamtheit der Normen zur Vermögensabschöpfung und der verurteilungsunabhängigen Vermögensabschöpfung im Speziellen.

Zu unterscheiden sind drei Grundmodelle der staatlichen Vermögensabschöpfung – das zivilrechtliche, das verwaltungsrechtliche und das strafrechtliche Modell. Sie alle weisen konzeptionelle Unterschiede auf, die Saliger herausgestellt hat und die nachfolgend mit weiteren Ergänzungen wiedergegeben werden.⁹⁸

1. Die Vermögensabschöpfung im Zivilrecht

Das idealtypische zivilrechtliche Modell der Vermögensabschöpfung ist drauf ausgerichtet, nach erfolgter rechtswidriger Vermögensverschiebung den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen oder einen Ausgleich für solche Vermögensverschiebungen zu schaffen, die Resultat einer Straftat sind.⁹⁹ Im Fokus der zivilrechtlichen Vermögensabschöpfung steht der materielle Ausgleich.¹⁰⁰ Voraussetzung ist eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung, aus der eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts einen Anspruch geltend macht.¹⁰¹ Das zivilrechtliche Modell ist primär-objektbezogen (*ad rem*) und aufgrund dessen grundsätzlich unabhängig von der Schuldfrage.¹⁰² Die zivilrechtliche Abschöpfung ist aber grundsätzlich begrenzt auf den Umfang der Bereicherung. Sie richtet sich daher primär auf die Herausgabe exakt des Gegenstands, der erlangt wurde, kann aber auch auf die Herausgabe von Surrogaten oder Wertersatz gerichtet sein, und ist daher nicht am Vermögen orientiert.¹⁰³

⁹⁶ *Hunsicker*, Präventive Gewinnabschöpfung, S. 5, 9 ff.; ablehnend *Winterhoff*, jM 2015, 80 ff.

⁹⁷ Jüngst BGH Beschl. v. 06.02.2018, Az.: 5 StR 600/17, m.w.N. Rn. 14.

⁹⁸ Vgl. zum Folgenden *Saliger*, ZStW 2017, 995 ff.; *Rui/Sieber* in *Rui/Sieber*, NCBC in Europe, S. 249 ff.; *Vogel* in *Rui/Sieber*, NCBC in Europe, S. 226 ff.; *Esser* in *Rui/Sieber*, NCBC in Europe, S. 78 f.; auch *Meyer*, ZStW 2015, 241, 243 ff.; ferner *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, S. 53 ff. mit allerdings gänzlich anderer Systematisierung.

⁹⁹ Vgl. *Saliger*, ZStW 2017, 995 (1002).

¹⁰⁰ BeckOK BGB/*Wendehorst*, 59. Edition Stand: 01.08.2021, § 812 Rn. 3; Palandt/*Sprau*, Einf. zu § 812 Rn. 1.

¹⁰¹ BeckOK BGB/*Wendehorst*, 59. Edition Stand: 01.08.2021, § 812 Rn. 3; Staudinger/*Lorenz*, BGB, Stand: 2007, § 812 Rn. 1; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 11.

¹⁰² *Saliger*, ZStW 2017, 995 (1002).

¹⁰³ MüKo-BGB/*Schwab*, Bd. 6, 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 1 f.

Neben der Ausgleichsfunktion kommt der zivilrechtlichen Vermögensabschöpfung noch eine präventive Bedeutung zu, indem sie die Beseitigung der Störungen der Eigentumsordnung zum Ziel hat.¹⁰⁴ Typisch prozessual für die zivilrechtliche Vermögensabschöpfung ist die Durchsetzung von Ansprüchen im Zivilverfahren, in dem auch Wahrscheinlichkeitsvermutungen als Beweismaß und die Beweislastumkehr zulässig sind.¹⁰⁵

2. Das verwaltungsrechtliche Idealmodell der Vermögensabschöpfung

Das polizeirechtliche oder verwaltungsrechtliche Modell der staatlichen Vermögensabschöpfung verfolgt hingegen idealtypisch ausschließlich präventive Zwecke.¹⁰⁶ Es ist ebenfalls rein objektbezogen.¹⁰⁷ Primäres Ziel ist die Verhinderung der Vorbereitung oder Begehung neuer Straftaten mit Hilfe illegal erworbener Vermögenswerte und die Sicherung von Eigentumsansprüchen. Es sollen Vermögensströme der organisierten Kriminalität unterbrochen werden.¹⁰⁸ Auch in der verwaltungsrechtlichen Vermögensabschöpfung spielen die Schuld oder gar eine Verurteilung des Einziehungsbetroffenen keine Rolle.¹⁰⁹ Macht der einziehungsbedingte Störer keine Angaben zur Herkunft und zur beabsichtigten Verwendung eines beschlagnahmten Gegenstandes, kann im Verwaltungsprozess mittels Indiztatsachen und nach allgemeinen Erfahrungssätzen auf das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr geschlossen werden, wodurch die Einziehung ermöglicht wird.¹¹⁰ Die Feststellung einer Gefahr ist prägend für das verwaltungsrechtliche Idealmodell der Vermögensabschöpfung.

3. Das Idealmodell der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

Abweichend von dem zivil- und dem verwaltungsrechtlichen Idealmodell der Vermögensabschöpfung ist die strafrechtliche Vermögensabschöpfung als repressive Reaktion auf eine Straftat tatbeteiligtenabhängig (ad personam) und im Idealfall auch (volldeliktisch) verurteilungsbezogen.¹¹¹ Sie enthält deshalb schuldbezogene

¹⁰⁴ Saliger, ZStW 2017, 995 (1002).

¹⁰⁵ Saliger, ZStW 2017, 995 (1002); vgl. die Ausführungen in Abschnitt „Anscheinsbeweis, Indizienbeweis und Beweislastumkehr“, S. 150 ff.

¹⁰⁶ Vgl. auch VerfG, Beschl. v. 14.01.2014 - 2 BvR 564/95.

¹⁰⁷ Saliger, ZStW 2017, 995 (1002).

¹⁰⁸ Hunsicker, Präventive Gewinnabschöpfung, S. 10 f.

¹⁰⁹ Hunsicker, Präventive Gewinnabschöpfung, S. 16 mit Fn. 26; vgl. exemplarisch VG Braunschweig, Urt. v. 02.12.2009 – 5 A 238/08.

¹¹⁰ Vgl. kritisch Winterhoff, jM 2015, 80, 81.

¹¹¹ Saliger, ZStW 2017, 995 (1001).