

Gewinnabschöpfung unter der Flagge der positiven Generalprävention

– Zur Kritik des BVerfG-Urteils zum Erweiterten Verfall (§ 73 d StGB) –

Prof. Dr. Felix Herzog, Humboldt-Universität Berlin

I. Ausgangslage

Der Zugriff auf das Vermögen von (mutmaßlichen) Straftätern hat sich in der Praxis der Strafverfolgung in den letzten Jahren von einem eher randständigen Instrument zu einer zentralen Strategie im Zusammenhang mit vielerlei Bekämpfungsgesetzen und -ansätzen entwickelt¹. Kriminalpolitisch wird das Projekt als »zweite Ermittlungsdimension«², als »dritte«³ oder neuerdings gar »vierte Spur«⁴ der Verbrechensbekämpfung mit hohen Vorschublorbeeren versehen, weil endlich durchschlagende Erfolge gegen alle möglichen Formen der profitorientierten Kriminalität erwartet werden. Ausgehend von der Drogenkriminalität werden unter der Überschrift »Das Mafiose in unserer Gesellschaft und seine Bekämpfung«⁵ heute nicht nur der klassische Bereich von sogenannter Organisierter Kriminalität (wie Schutzgelderpressung, Bandendiebstahl, Mädchenhandel) sondern ebenso Embargoverstöße, Korruption, Schattenwirtschaft, Kapitalanlagebetrug und andere Formen der Wirtschaftskriminalität als Zielgebiete für Maßnahmen angesehen, die der Umsetzung des Mottos *crime doesn't pay* dienen sollen. Die Einrichtung entsprechender Zentralstellen auf Länder- und Bundesebene und die intensive Fortbildung auf dem Feld von Finanzermittlungen⁶ sind gleichzeitig Indizien dafür, dass Gewinnabschöpfung auch als ein wichtiges fiskalisches Feld in Zeiten notleidender öffentlicher Haushalte angesehen wird. Dieser kriminalpolitische Trend ist international und er ist populär, denn wer wollte schon bezweifeln, dass es ein Gebot der Gerechtigkeit ist, dass Unrechts Gut nicht gedeihen darf⁷. Indes zeigen sich gerade im internationalen Zusammenhang auch die Gefahren des Zugriffs auf Vermögen im Rahmen der Strafverfolgung. Auch zurückhaltenden Beobachtern vermitteln etwa manche Vorgänge in Russland den Eindruck, dass in der Vermögensabschöpfung ein erhebliches Missbrauchspotential stecken kann, wenn es scheinbar alleine von politischen Entscheidungen abhängt, welches Geld als »schmutzig« zu gelten hat, und rechtsstaatliche Garantien nicht eingehalten werden⁸. Doch man muss nicht in die Ferne schweifen; auch in der Bundesrepublik ist der Bereich der Kriminalisierung von Außenhandelsaktivitäten von politischen Klimaänderungen in atemberaubender Geschwindigkeit betroffen⁹ – was gerade noch als schmutziges Geschäft, als Verbrechen nach dem Außenwirtschaftsgesetz galt, wird plötzlich als förderungswürdige Erschließung eines neuen Exportmarktes angesehen¹⁰.

Diese möglichen Weiterungen und kriminalpolitischen Zusammenhänge sieht man dem Recht des Verfalls nicht auf den ersten Blick an. Der einfache Verfall (§ 73 StGB) im Sinne einer Entziehung der aus oder für die Tat erlangten Gewinne ist – jedenfalls solange er sich nach dem Nettoprinzip richtete – eine Maßnahme gegen die es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und nach den Geboten der Verteilungsgerechtigkeit nichts zu erinnern gibt¹¹; die nachweislich aus kriminellen Herkunftstaten stammenden Gewinne werden dem Täter entzogen, was zugleich der Prävention dient, weil auf diese Weise »allgemein bekannt werden soll, dass man durch Straftaten nicht reich werden kann«¹². Die Vorschrift des § 73 d StGB weist dagegen eine andere Qualität auf; sie wurde im Zuge einer Neuorientierung der Kriminalpolitik mit dem Ziel eines rigorosen Zugriffs auf kriminelle Profite durch Art. 1 Nr. 7 OrgKG zusammen mit dem vom BVerfG inzwischen für nichtig erklärten § 43 a StGB (Ver-

mögensstrafe)¹³ am 22. September 1992 neu in das Strafgesetzbuch aufgenommen¹⁴. Die Regelung erleichtert den Gerichten den praktisch oftmals schwer führbaren Nachweis des Zusammenhangs zwischen einer Straftat und konkret daraus stammenden Vermögenswerten und zielt darauf, einen effektiven und umfassenden Zugriff auch auf mutmaßlich aus Straftaten stammende Vermögenswerte zu gewährleisten, wenn der Nachweis einer Herkunftstat nicht gelingen mag¹⁵. Sie soll so dem – insbesondere von Strafverfolgungsbehörden immer wieder artikulierten – Bedürfnis entgegenkommen, schmutziges Geld nicht akribisch Taten zuordnen zu müssen, wenn aus den Ermittlungen der Eindruck gewonnen worden ist, eigentlich könne es sich bei dem Vermögen des Täters überhaupt nur um Unrechts Gut handeln. Um es noch einmal zu betonen: Während für die Verfallsanordnung nach § 73 StGB nachgewiesen werden muss, dass konkrete Vermögenswerte aus einer gerichtlich festgestellten rechtswidrigen Tat stammen oder für die Tat erlangt worden sind, genügt es für die Anordnung des Erweiterten Verfalls nach § 73 d StGB, dass Umstände die Annahme der illegalen Herkunft von Vermögensgegenständen rechtfertigen. Einschränkend gilt jedoch, dass der Tatbestand, dessen rechtswidrige Verwirklichung gerichtlich festgestellt worden ist (Anknüpfungstat), auf § 73 d StGB verweisen muss. Ist diese Voraussetzung erfüllt, schafft § 73 d StGB weitreichende Zugriffsmöglichkeiten. Der Erweiterte Verfall (nomen est omen: ein expansiver Zugriff) erfasst dann nicht nur solche Vermögenswerte, die aus der konkret gerichtlich festgestellten rechtswidrigen Tat stammen, sondern auch solche Vermögenswerte, die der Täter nach der Überzeugung des Gerichts aus anderen, eben gerade nicht in Einzelheiten festgestellten Herkunftstaten erlangt hat¹⁶. Der Geruch des schmutzigen

1 Vgl. HERZOG, Lüderssen-FS [2002], S. 241 ff.; KILCHLING, Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa [2002], S. 3 ff., 33 ff.; RÖNNAU, Vermögensabschöpfung in der Praxis [2003], S. 1 ff.

2 PODOLSKI, Verfahrensintegrierte Finanzermittlungen, in: GEHL (Hrsg.), Das Mafiose in unserer Gesellschaft und seine Bekämpfung [1999], S. 91.

3 So bereits in den Anfängen EBERBACH NStZ 1987, 486 (487); kritisch dazu HERZOG KJ 1987, 321 (ff.).

4 HETZER wistra 2000, 368 (374).

5 S. oben Fn. 2.

6 Vgl. zu signifikanten Aktivitätssteigerungen (Zuwachs an Beschlagnahmesummen in NRW von 24,4 Mio. DM in 1997 auf 139,5 Mio. DM in 1999) KILCHLING, o.Fn. 1, S. 45 ff.

7 Dies findet sich schon im Alten Testament Sprüche Salomons 10, 2: *Unrecht Gut gedeihet nicht*.

8 Vgl. den Kommentar der *Neuen Zürcher Zeitung* »Diktatur des Rechts – nach Putins Façon« vom 1. November 2003, sowie das NZZ Dossier zur Yukos-Affäre [www.nzz.ch/dossiers/2003/russland/index_artikel.html].

9 Dazu am Beispiel des Embargostrafrechts im Zusammenhang mit den Jugoslawischen Sezessionskriegen HERZOG wistra 2000, 41 (ff.).

10 Man beachte etwa die Verwandlung von Libyen vom Schurkenstaat zum willkommenen Exportmarkt, dazu *Presse- und Informationsamt der Bundesregierung*, Pressemitteilung Nr. 389 [August 2004] zu den deutsch-libyschen Handelsbeziehungen.

11 Vgl. HERZOG, o. Fn. 1, S. 246 ff.

12 NAUCKE, Strafrecht – Eine Einführung [10.A., 2002] § 6 Rdn. 173.

13 BVerfGE 105, 135 ff.

14 Vgl. HERZOG, o. Fn. 1, S. 248 f.

15 Zu den Motiven des Gesetzgebers BT-Drs. 11/6623; 12/2720; vgl. auch KREY JR 1992, 353 (357 f.); LACKNER/KÜHL, StGB, § 73 d Rdn. 1.

16 So BGHSt 40, 371 (372 f.) in der nach seiner Ansicht gebotenen einschränkenden verfassungskonformen Auslegung des § 73 d StGB.

Geldes zieht gleichsam wie in Schwaden durch das gesamte Vermögen des Täters und vergiftet es. Diese Regelung ist alsbald von der überwiegenden Meinung im Schrifttum vor dem Hintergrund des Schuldprinzips, der Unschuldsvermutung und der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen worden, ermöglicht die Norm doch den Zugriff auf der Freiheits- und Eigentumssphäre des Täters zugeordnete Gegenstände, deren Konnex mit rechtswidrigen Taten nicht gerichtlich festgestellt ist, sondern lediglich vermutet wird¹⁷. Schwer zu vereinbaren ist § 73 d StGB zudem mit dem Anklagegrundsatz: Da § 73 d StGB expansiv den Verfall nicht nur für die Anknüpfungstaten, sondern auch den Verfall von Gegenständen vorsieht, die in keinem Zusammenhang zu den konkret angeklagten Taten stehen, hat das Gericht im Verfahren zur Bestimmung des Umfangs der Verfallsanordnung zwangsläufig auch der Frage nachzugehen, ob der Täter nach seiner Überzeugung wohl auch andere Taten begangen hat, die gar nicht Inhalt der Anklage sind¹⁸.

Der BGH hat diese Einwände in seiner Leitentscheidung aus dem November 1994 zwar aufgenommen, aber im wesentlichen zurückgewiesen und die Regelung lediglich insoweit verfassungskonform restriktiv ausgelegt, dass die Anordnung des Erweiterten Verfalls nicht, wie nach den Gesetzesmaterialien vorgesehen, bereits bei »hoher Wahrscheinlichkeit«, sondern nur bei »uneingeschränkter Überzeugung« des Gerichts von der deliktischen Herkunft zulässig ist¹⁹. Diese Einschränkung räumt freilich die grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken nicht aus, zumal der BGH hervorgehoben hatte, dass an die richterliche Überzeugungsbildung »keine überspannten Anforderungen zu stellen sind«²⁰. Es dürfte damit jedem versierten Tatgericht gelingen, nicht an der Klippe der Begründungsanforderungen zu zerschellen. Im Übrigen ändert die Auslegung des BGH nichts an der verfassungsrechtlich fragwürdigen Anknüpfung des Verfalls an einer nicht näher konkretisierten Vortat, da der BGH ausdrücklich bestätigt hat, dass diese im Einzelnen nicht festgestellt sein muss. Die berechtigte Frage, wie ein Gericht »eine positive Vorstellung davon bekommen kann, dass eine unbekannte Handlung bestimmte Vermögenswerte hervorgebracht hat«²¹, ist vom BGH unbeantwortet geblieben.

Angesichts dieser Ausgangslage durfte man auf die Entscheidung des BVerfG²² zum Erweiterten Verfall gespannt sein. Vorweggenommen – das Gericht hat einen begrifflich und theoretisch eleganten Weg eingeschlagen, der sich auf die Seite des kriminalpolitischen Programms schlägt und die traditionelle dogmatische Kritik am Erweiterten Verfall mehr oder weniger am Rande stehen lässt. Unter Berufung auf das gesetzgeberische Motiv des »ordnenden Zugriffs« wird dem Erweiterten Verfall eine vermögensordnende Funktion zugewiesen und seine Integration in ein Programm der positiven Generalprävention vollzogen: »Indem der Staat dem Täter deliktisch Erlangtes wegnimmt, führt er ihm, wie auch der Rechtsgemeinschaft vor Augen, dass strafrechtswidrige Bereicherungen nicht geduldet werden und Straftaten sich nicht lohnen«²³. Interessant und bedenklich zugleich ist, dass dabei nicht präzise der qualitative Unterschied zwischen dem einfachen Verfall (§ 73 StGB) und dem Erweiterten Verfall (§ 73 d StGB) herausgearbeitet wird. Dass dem Täter deliktisch Erlangtes weggenommen wird, trifft auf den einfachen Verfall zu; beim Erweiterten Verfall geht es jedoch um den expansiven Zugriff auf solcher Vermögenswerte, bei denen der Nachweis des deliktischen Erwerbs gerade nicht geführt worden ist. Die Aussage, dass Verfallsmaßnahmen (insgesamt!) als »nicht repressiv-vergeltend, sondern präventiv-ordnend« anzusehen und von der Geltung des Schuldprinzips auszunehmen sind²⁴, ebnet diesen Unterschied ein. An dieser Nivellierung und der Instrumentalisierung des Erweiterten Verfalls für Zwecke der positiven Generalprävention wird in der folgenden Analyse des Begründungsgangs Kritik anzumelden sein.

II. Die Umschiffung des Schuldprinzips

Die erste Klippe, die es in der Entscheidung zu umschiffen gilt, ist das Schuldprinzip. Der Gesetzgeber hatte hier nicht nach einer abgewogenen und wohlüberlegten Passage gesucht, sondern apodiktisch festgestellt, dass der Erweiterte Verfall seiner Normstruktur nach gerade keine Feststellung von Schuld voraussetzt und ohnehin nicht etwa eine Regelung mit Strafcharakter, sondern eine Maßnahme »eigener Art« sei, weshalb die Unschuldsvermutung überhaupt nicht verletzt sein könne²⁵. Auch in der jüngsten Rechtsprechung des BGH findet sich ein Ansatz, der mit strukturähnlichen Argumenten die Einführung des Bruttoprinzips beim einfachen Verfall nach § 73 StGB nach Art eines Dreisprungs rechtfertigt: Der Verfall als Maßnahme eigener Art verfolge »primär einen Präventionszweck« (1); »eine Strafe, für die das Schuldprinzip gilt, ist im Gegensatz zu einer reinen Präventivmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt« (2); ... »Das Schuldprinzip gilt nicht für Rechtsfolgen ohne Strafzwecke« (3)²⁶. Dieser Begründungssprung ist problemvermeidend, überrascht aber: Sollte es sich bei dem Verfall nach dem Bruttoprinzip und bei der Verfallsexpansion des § 73 d StGB etwa um eine »Rechtsfolge ohne Strafzwecke« handeln? Spätestens seit *Franz von Liszt* geht es im Strafrecht allemal um Zweckbestimmungen im Strafrecht²⁷; oder um es moderner zu formulieren, das Strafrecht hat eine Funktion als »Teilbereich sozialer Kontrolle«²⁸. Liest man unter dieser Perspektive nochmals die Gesetzesbegründung zum Erweiterten Verfall durch, so springt einen die Zweckverfolgung geradezu an: so soll der Erweiterte Verfall nicht nur durch »generalpräventive Erwägungen« zu rechtfertigen sein, sondern auch in Realisierung des Sicherungsgedankens den Tätern die wirtschaftlichen Mittel zur Vorbereitung neuer Straftaten entziehen. Der Zweck, durch den Zugriff auf das Vermögen als Rechtsphäre des Betroffenen andere möglicherweise tatgeneigte Personen von profitorientierter Kriminalität abzuhalten, kann nun geradezu als klassischer Strafzweck im Sinne der Feuerbachschen Theorie des unmittelbaren Zwangs gelten. In ihrer modernen Ausprägung geht die Theorie der Generalprävention just vom Kriminellen als *homo oeconomicus* aus und verspricht sich durch die Setzung von ökonomischen Gegenmotiven zur Tatbegehung ein besonderes Abschreckungspotential²⁹. Dieses

17 Diese Kritik soll hier nicht noch einmal in Einzelheiten dargestellt werden, dazu NK-StGB-HERZOG, § 73 d Rdn. 1 ff. m. w. N.; beispielhaft etwa PERRON JZ 1993, 918 (920 ff.); JULIUS ZStW 1997, 58 (94 ff.); für Unvereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung HOYER GA 1993, 406 (422); vgl. auch die scharfsinnige Analyse von WESSLAU StV 1991, 226 (ff.).

18 Schönke-Schröder-ESER, StGB, § 73 d Rdn. 2.

19 BGHSt 40, 371 (372 f.).

20 A.a.O., 373.

21 WESSLAU, Verfassungsrechtliche Probleme der Vorschrift über den Erweiterten Verfall (§ 73 d StGB), in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hrsg.), Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung [1996], S. 141 (143).

22 Vorliegend wird die Entscheidung des Zweiten Senats vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 – nach der systematischen Gliederung des Volltextes zitiert, der unter www.bundesverfassungsgericht.de verfügbar ist.

23 A.a.O., C.I.1.b)bb)(2).

24 A.a.O., Leitsatz 1, C.I.1.b)cc).

25 Vgl. BT-Drs. 11/6623, S. 5 ff.

26 BGHSt 47, 369 (373 ff.).

27 v. LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), 1 ff.; pointierte kritische Analyse dieser Entwicklung bei NAUCKE, Generalprävention und Grundrechte der Person, in: HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, Hauptprobleme der Generalprävention [1979], S. 9 ff. (19 f.).

28 So das Konzept von HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts [2.A., 1990], S. 318 ff.

29 Dazu HERZOG, Lüderssen-FS [2002], S. 241 (245 f.); vgl. auch HASSEMER, Generalprävention und Strafzumessung, in: o. F. 23, S. 29 ff. (45).

Potential wird natürlich nur dann wirksam, wenn es den Täter persönlich für alle tatgeneigten Personen sichtbar in seiner Existenz trifft – und ganz besonders dann, wenn das Verlustrisiko nicht nur den nachweislichen Tatgewinn, sondern expansiv auch die übrige Vermögenssphäre des Täters erfassen kann. Materielle Einbußen sind in einer materialistisch orientierten Welt von besonderer Bedrohlichkeit für die Identität und den sozialen Status des Betroffenen und weisen – egal, wie man sie nun etikettiert – Übelscharakter im Sinne einer »sozialethischen Deklassierung«³⁰ auf, denn es wird dem Betroffenen und seinen Rechtsgenossen im Vollzug verdeutlicht, dass es gerade dieser Mensch nicht verdient hat, mit seinem Vermögen frei walten zu dürfen.

Genauso verhält es sich mit dem Sicherungsgedanken. Zwar erscheint es denkbar, den Entzug finanzieller Ressourcen als eine Maßregel anzusehen. Der ratio des Maßregelrechts folgend müsste dann unter der Voraussetzung einer Anlasstat die Prognose aufgestellt werden, dass ein Eingriff in die Vermögenssphäre des Betroffenen zur Vorbeugung künftiger Tatgefahren erforderlich sei³¹. Eine solche Prognose verlangt der Erweiterte Verfall indes nicht, vielmehr wird die Gefahr ausgehend von bestimmten Anlasstaten präsumiert. Wer z. B. mit Drogen handelt, an Bandendiebstählen beteiligt ist oder im kriminalisierten Exportgeschäft tätig ist, steht unter dem Generalverdacht eines weiteren gefährlichen Umgangs mit Geld in Gestalt von weiteren kriminellen Investitionen. Dabei sind die Bedingungen der präsumierten Prognose völlig offen und zirkulär; ungeklärt ist ja gerade, ob auch das entzogene Vermögen krimineller Profit ist, diese Annahme jedoch begründet wiederum die Annahme, dass krimineller Profit wieder kriminell investiert werden wird. Alltags-theoretisch liegt dem offenbar die Vermutung zu Grunde, dass wer einmal die profitablen Seiten der Kriminalität entdeckt hat, davon nicht mehr lassen kann. Eine solche Theorie kann aber nicht zur Grundlage von Grundrechtseingriffen gemacht werden, da sie den Täter nach einer schönen Formulierung von Michael Köhler unter Verletzung seiner »Verantwortlichkeit als selbständige Person wie einen gefährlichen Naturprozess«³² behandelt. Folglich wird man den »Sicherungsgedanken« als eine Paraphrase für den Strafzweck der Spezialprävention im Rahmen der Schuldangemessenheit verstehen müssen. Etwa in dem Sinne, dass der Täter durch den Verlust seines »schmutzigen Geldes« zurück auf den Weg des ehrlichen Gelderwerbs gebracht werden soll. Dies wäre nicht eine »Rechtsfolge ohne Strafzwecke«, sondern ein individueller Zugriff auf die Freiheitssphäre des Betroffenen, der sich an Verantwortung und Verdienst, folglich also am Schuldprinzip zu orientieren hätte, und nicht als Verdachtsstrafe verhängt werden dürfte.

Ausgangspunkt der Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts ist eine Definition von Strafe als »Auferlegung eines Rechtsnachteils wegen einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat«, die »- neben ihrer Aufgabe abzuschrecken und zu resozialisieren – eine angemessene Antwort auf strafrechtlich verbotenes Verhalten [ist]«³³. Es wird also gerade auf die genannten Strafzwecke abgestellt und weiterhin betont, dass auch solche Sanktionen dem Schuldgrundsatz unterliegen, »die wie eine Strafe wirken«³⁴.

Nun kommt es aber in der Urteilsbegründung sogleich zur entscheidenden Kehre, wenn es heißt: »Strafähnlich ist eine Maßnahme freilich nicht schon dann, wenn sie mit einer Einbuße an Freiheit oder Vermögen verbunden ist und damit faktisch [Hervorh., F.H.] die Wirkung eines Übels entfaltet. Bei der Beurteilung des pönalen Charakters einer Rechtsfolge sind vielmehr, weitere, wertende [Hervorh. F.H.], Kriterien heranzuziehen, insbesondere der Rechtsgrund der Anordnung und der vom Gesetzgeber mit ihr verfolgte Zweck«³⁵.

Diese Aussage mag allgemein richtig sein, wenn man etwa auf die Folgen der Untersuchungshaft oder anderer Maßnahmen im

Ermittlungsverfahren blickt oder die »zweite Spur« des Maßregelrechts vor Augen hat. In der Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur des Erweiterten Verfalls dient sie jedoch dazu, langsam die Flagge der positiven Generalprävention aufzuziehen und einen neuen Kurs zu nehmen, auf dem man ungefährdet von den Klippen des Schuldprinzips steuern kann – das Fahrwasser empirisch erfassbarer, wirklicher Wirkungen strafrechtlicher Sanktionen für die betroffenen Individuen wird verlassen und das tiefe Wasser des Normativen und Systemischen angesteuert. Dies ist nicht überraschend, gilt es doch geradezu als Banner der Theorie der positiven Generalprävention, dass sie ein »praktisch vollständig gegen Falsifizierung abgesichertes Konzept«³⁶ sei und sich deswegen nicht gegen »konkrete Zustände und Veränderungen in der Außenwelt behaupten« müsse³⁷. In einer solchen selbstreferentiellen systemisch-normativen Welt³⁸ ist es offenbar möglich, dass sich Maßnahmen, die sich für das betroffene Individuum als wirkliches Übel darstellen, aus wertender Sicht ganz anders betrachten lassen. In diesem Gewässer schwimmen drei richtungsweisende Bojen: »Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte des § 73 d StGB«³⁹. An die Klippen des Schuldprinzips stößt man dort schon deswegen nicht, weil der Gesetzgeber (1) »Verfall und erweiterten Verfall nicht als »Strafen«, sondern als »Maßnahmen« [bezeichnet]«⁴⁰; (2) »in einen eigenen, den Siebenten Titel des Dritten Abschnitts eingeordnet und dadurch von den im Ersten Teil des Dritten Abschnitts geregelten, als »Strafen« bezeichneten, Rechtsfolgen der Tat geschieden [hat]«⁴¹; und (3) die »Entstehungsgeschichte ... bestätigt, dass der Gesetzgeber mit dem erweiterten Verfall ein Instrument der Gewinnabschöpfung ohne Strafcharakter schaffen wollte«⁴².

Dieser Navigationspositivismus vermag jedoch nicht ganz zu überzeugen, denn so führt die Passage zunächst einmal in das begriffliche und inhaltliche Nichts einer »Maßnahme eigener Art«. Die Orientierung zu neuen strafrechtstheoretischen Ufern findet das Gericht in der Formulierung der Gesetzesbegründung, bei der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung handle es sich um einen »ordnenden Zugriff« des Rechts zur Korrektur einer deliktisch zu Stande gekommenen Vermögenszuordnung⁴³. Dem Verfallsrecht sei damit die Aufgabe zugewiesen, »einen rechtswidrigen Zustand durch ordnenden Zugriff von hoher Hand zu beenden«⁴⁴.

Damit hält exekutivisch-regulatorisches Denken Einzug in das Strafrechtssystem. »Störung«, »korrigierender Eingriff« und »Ordnung«⁴⁵ werden zu Leitmotiven der Aktivierung und Aktivität des Kriminaljustizsystems, offensiv wird die Beziehung zum Gefahrenabwehrrecht gesucht⁴⁶ und durch das Beispiel der Bekämpfung des illegalen Elfenbeinhandels⁴⁷ soll wohl eingängig verdeutlicht werden, dass es nicht mehr um Strafrecht im Sinne

30 So die treffende Darstellung bei KÜHL, Unschuldsvermutung [1983], S. 14 ff.

31 KÖHLER, Strafrecht Allgemeiner Teil [1997], S. 55.

32 Ebenda.

33 S.o. Fn. 22, C.I.1.a).

34 A.a.O., C.I.1.a).

35 Ebenda.

36 HASSEMER, o. Fn. 25, S. 36.

37 HASSEMER, o. Fn. 24, S. 329.

38 Vgl. P.-A. ALBRECHT, Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts [1995], S. 429 (431 f.).

39 S.o. Fn. 22, C.I.1.b).

40 A.a.O., C.I.1.b)aa).

41 Ebenda.

42 A.a.O. C.I.1.b)aa) 2. Absatz.

43 A.a.O., C.I.1.b)bb)(1) unter Verweis auf BT-Drs. 11/6623, S. 7 f.

44 Ebenda.

45 A.a.O., C.I.1.b)bb)(1).

46 A.a.O., C.I.1.b)bb)(1) 2. Absatz.

47 A.a.O., C.I.1.b)bb)(1) 3. Absatz.

von individueller Verantwortung und verdienter Übelzufügung, sondern um den Bezugspunkt einer Systemstabilität geht, in dem die Subjekte nur noch im Ordnungsbezug vorkommen: »Der betroffene Straftäter soll deliktisch erlangte Gegenstände nicht behalten; die mit der Bereicherung des Täters verbundene Störung der Rechtsordnung soll nicht auf Dauer bestehen bleiben; die Gewinnabschöpfung soll verhindern, dass die bereits eingetretene Störung der Vermögensordnung auch zukünftig fort-dauert«⁴⁸.

Im Hinblick auf die unmittelbar vom »korrigierenden Eingriff« Betroffenen müssen jetzt noch die Etiketten ausgewechselt werden, damit ihnen die *faktische* Wirkung zwar wohl nicht verborgen bleibt, aber doch in einem anderen Licht erscheinen möge: Die Anordnung des Erweiterten Verfalls »erfolgt nicht, um dem Betroffenen die Begehung der Herkunftstat vorzuhalten und über sie ein sozialetisches Unwerturteil zu sprechen. Sie zielt vielmehr darauf, einen rechtswidrigen Zustand für die Zukunft zu beseitigen. Die Entziehung deliktisch erlangten Vermögens ist nicht Ausdruck vergeltender, sondern ordnender Gerechtigkeit«⁴⁹.

Dies gleicht einer Ohrfeige, die als Reaktion auf unbewiesene, aber nachhaltig vermutete Ungezogenheit mit der Begründung erteilt wird, dass sie nicht »persönlich« genommen werden solle und auch keine konkret tadelnde Reaktion sei, sondern nur der Verdeutlichung gelte, dass Ungezogenheit die Ordnung störe und nicht geduldet werden könne. Der Schmerz aber bleibt für den Betroffenen und er wird zu Recht die Frage aufwerfen dürfen, ob er die Ohrfeige auch gerechter Weise verdient hat. Da die Anordnung des Erweiterten Verfalls tadelnd ist, sozial degradierend wirkt und existenzvernichtende Folgen haben kann, ist es ein Gebot der Gerechtigkeit als intersubjektivem Anerkennungsverhältnis⁵⁰, das nicht von »hoher Hand« im Interesse einer »höheren Ordnung« in das Leben und Vermögen von Individuen konfiskatorisch eingegriffen wird, sondern unter Wahrung der Unschuldsumutung nur auf des Unrechts Gut zugegriffen wird.⁵¹

Da hilft es auch nichts, »die Rechtsgemeinschaft« im Pathos der positiven Generalprävention heraufzubeschwören: »Der vermögensordnende Eingriff soll die Unverbrüchlichkeit und die Gerechtigkeit der Rechtsordnung erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung stärken«⁵².

Dies trifft zwar in der Tat auf solche Eingriffe zu, die eine »mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmende Vermögenslage [ausgleichen]«⁵³. Um eine solche Ausgleichsmaßnahme handelt es sich bei dem Erweiterten Verfall aber gerade nicht, denn es geht um den interventionistischen Zugriff gerade auf solche Vermögenswerte, deren deliktische Herkunft »mit den Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts nicht aufgeklärt werden«⁵⁴ kann.

Einen im Hinblick auf das Ausgleichsargument gravierenden »Systembruch« erkennt das Gericht selbst: »beim Erweiterten Verfall hat der Gesetzgeber den Schadensersatzansprüchen von Tatopfern keinen Vorrang zur strafrechtlichen Gewinnabschöpfung eingeräumt«⁵⁵. Es sieht deswegen die Gefahr einer Beeinträchtigung von Eigentumsrechten und Ersatzansprüchen Tatverletzter durch die Regelung des § 73 d StGB und gibt dem Gesetzgeber – »auch unter sozialstaatlichen Aspekten« – auf, »zu prüfen, ob die Rechte Tatgeschädigter beim erweiterten Verfall nach der Ausdehnung seines Anwendungsbereichs noch hinreichend gewahrt sind«⁵⁶.

Hier flackert noch einmal kurz aus der Ferne das Licht einer in intersubjektiven Verhältnissen denkenden Strafrechtstheorie auf, das Schiff des Verfallsrechts ist jedoch durch die systemische Orientierung auf einen anderen Kurs gebracht. Auf diesem Kurs muss auch das Verfahrensrecht den neuen Gegebenheiten angepasst werden.

III. Der neue Kurs im Verfahrensrecht

Die Funktionalisierung des Erweiterten Verfalls für Zwecke der positiven Generalprävention kann nicht ohne Konsequenzen für die Feststellung seiner Voraussetzungen bleiben. Schon der BGH hatte in seiner Leitentscheidung verdeutlicht, dass an dem gesetzgeberischen Programm, einen expansiven Zugriff auf das Tätervermögen zu ermöglichen, dann nichts auszusetzen sei, »wenn der Tatrichter aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung erlangt hat, daß der Angeklagte die von der Anordnung erfaßten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat, ohne daß diese im einzelnen festgestellt sein müßten«⁵⁷. Dies wird man sich als Verfahren des Ausschlusses von Alternativhypothesen vorstellen müssen, wobei jedoch die Ausgangshypothese einer *black box* gleicht. Man weiß nur, dass das beim Täter vorhandene Vermögen nicht zu den ermittelten persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen passt, und dass es auch nicht allein mit den Profiten aus den angeklagten und nachgewiesenen Straftaten erklärt werden kann. Die Ausgangshypothese lautet nun, dass es aus weiteren, im Einzelnen unbekanntem Straftaten stammt. Damit aus dieser Hypothese eine Überzeugung werden kann, müsste man nun prüfen, welche möglichen unbekannt gebliebenen Vermögensquellen in Frage kommen. Könnte man sodann sicher sein, dass jede dieser Quellen nur zu einem Vermögenszuwachs führen könnte, welcher dem Täter von Rechts wegen nicht zusteht, so wäre der Zugriff auf dieses Vermögen legitim. Die Gerichte machen es sich an dieser Stelle aber zu leicht, wenn sie lediglich die »offiziellen« Einnahmequellen in den Blick nehmen und sodann aus der Diskrepanz zwischen diesem »Hellfeld« und dem tatsächlich vorhandenen Vermögen auf das »Dunkelfeld« krimineller Quellen schließen. Dabei wird nämlich übersehen, dass es in unserer Gesellschaft eine nicht unbedeutende Grauzone gibt: als Quelle »nicht-offizieller« Einkünfte kommen nachbarschaftliche Dienstleistungen, die Ausübung eines nicht angemeldeten Gewerbes, Prostitution, aber auch Fälle der Ausnutzung wohlhabender Mitmenschen unterhalb der Schwelle von Betrug und Erpressung in Betracht. Die mit solchen Vorgängen zuweilen verbundenen Steuerdelikte stellen zwar Straftaten dar, abschöpfbar wäre dann aber nur der Steuervorteil, nicht etwa die erzielten Einkünfte und schon gar nicht das Differenzvermögen insgesamt. Nur wenn man auch solche Quellen zuverlässig ausschließen könnte, wäre das negative Beweisverfahren einwandfrei. Anderenfalls erfolgt hier – ähnlich der Feststellung der »generellen Kausalität« – eine »blinde Zurechnung«, die durch die Subjektivierung der Beweiswürdigung (»Überzeugtsein des Tatrichters«) mit Gewicht versehen werden soll⁵⁸. Letztlich wird damit einer populären Alltagstheorie, dass bei »solchen Leuten« der Reichtum eben nur von »so etwas« herrühren kann, zum Durchbruch verholfen. Dies hält das Bundesverfassungsgericht im Hinblick

48 A.a.O., C.I.1.b)bb)(1) 4. Absatz.

49 A.a.O., C.I.1.b)bb)(1) 5. Absatz.

50 Grundlegend zur Bedeutung dieser Dimension für die Strafrechtstheorie HERZOG, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts (1987), S. 57 ff.

51 Vgl. für eine grundsätzliche Kritik des konfiskatorischen Vermögenszugriffs auch KÖHLER/BECK JZ 1991, 797 (ff.).

52 S.o. Fn. 18, C.I.1.b)bb)(2) 5. Absatz.

53 A.a.O., C.I.1.b)bb)(2) 6. Absatz.

54 A.a.O., C.I.3.b)cc)(1) unter Verweis auf BT-Drs. 11/6623, S. 7.

55 A.a.O., C.I.3.b)dd)(2)(c).

56 A.a.O., C.I.3.b)dd)(2)(e).

57 BGHSt 40, 371 (373).

58 Vgl. zu dem strukturähnlichen »Abwerfen von rechtsstaatlichem Ballast« im Interesse präventiver Effektivität bei der Kausalitätsfeststellung H A S S E M E R, Produktverantwortung im modernen Strafrecht [2. A., 1996], S. 38 ff., zur kriminalpolitischen Einordnung S. 9 ff. [dort S. 10 auch das Bild vom »rechtsstaatlichen Ballast«].

auf die positive Generalprävention auch für angezeigt, da das Publikum ansonsten möglicherweise dem fatalen Eindruck erliegen könnte, dass sich Verbrechen doch lohnt: »Das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung kann Schaden nehmen, wenn Straftäter deliktisch erlangte Vermögensvorteile dauerhaft behalten dürfen. Eine Duldung solcher strafrechtswidrigen Vermögenslagen durch den Staat könnte den Eindruck hervorrufen, kriminelles Verhalten zahle sich aus, und damit staatlich gesetzten Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Delikte geben«⁵⁹. Der Erweiterte Verfall hingegen könne »der Bevölkerung den Eindruck vermitteln, der Staat unternehme alles ihm rechtsstaatlich Mögliche, um eine Nutznießung von Verbrechensgewinnen zu unterbinden«⁶⁰. Ganz abgesehen davon, dass es von einem beachtlichen Sozialpessimismus zeugt, wenn offenbar davon ausgegangen wird, nennenswerte Bevölkerungsteile könnten sich unter dem Eindruck einer zögerlichen Abschöpfung von kriminellen Profiten auf diese Erwerbsquelle verlegen, stimmt auch die Verpackung des Erweiterten Verfalls als Entziehung deliktisch erlangter Vermögensvorteile nicht, vielmehr geht es – wie dargelegt – um die Konfiskation obskuren Vermögens. Dies mag einer in der Bevölkerung weit verbreiteten Kritik entgegenkommen, dass die Justiz oft viel zu skrupulös mit Fragen des Tatnachweises umgeht; dies mag auch Enttäuschungen in den Erwartungen an die »Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung« im Umgang mit bösen Gesellen entgegenwirken; dies überschreitet aber das »rechtsstaatlich Mögliche, um eine Nutznießung von Verbrechensgewinnen zu unterbinden«, weil es sich um eine obrigkeitstaatliche (man höre noch einmal in die Formulierung des Gerichts »ordnender Zugriff von hoher Hand« hinein) Vermögenskonfiskation handelt, die den Täter letztlich allein deshalb trifft, weil er ein Straftäter ist.

IV. Die Regelung des § 817 Satz 2 BGB als ungeeigneter Lotse

Eine letzte kritische Bemerkung noch: Immer wieder wird in der Debatte um die Rechtsnatur des Verfalls eine Beziehung zum Kondiktionsrecht hergestellt. Das Wort von der »quasi-kondiktionalen Ausgleichsmaßnahme« hat seine Berechtigung für den Kernbereich des Verfalls, der durch die Beziehung zwischen Täter

und Geschädigtem bestimmt und deswegen zugleich in § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB hierdurch beschränkt wird⁶¹. Es trifft aber nicht zu, dass sich mit dem »Rechtsgedanken des § 817 Satz 2 BGB, wonach das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren sei«, begründen lässt, dass der Gesetzgeber »dem von einer Anordnung des Verfalls Betroffenen lediglich eine rechtliche Begünstigung versagen und damit die im zivilrechtlichen Bereicherungsrecht vorgefundene Risikoabwälzung übernehmen, nicht aber eine neue pönale Rechtsfolge schaffen wollte«⁶².

Der in seinem Sinn und Zweck häufig als »dunkel«⁶³ bezeichnete Kondiktionsausschluß des § 817 Satz 2 BGB betrifft – ob man ihn nun nach früherer Ansicht als Strafe oder nach heutiger Ansicht als Rechtsschutzverweigerung versteht⁶⁴ – das Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander. Wie *Lackner* zutreffend dargelegt hat, wird nach dem Grundgedanken des § 817 Satz 2 BGB »lediglich staatliche Hilfe bei der Rückabwicklung verbotener oder sittenwidriger Geschäfte versagt; das legitimiert den Staat aber nicht, den rechtswidrig transferierten Wert auf sich selbst überzuleiten«⁶⁵. Auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts geben keinen Anlass, von dieser Position abzurücken. Das Gericht stellt darauf ab, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Bruttoprinzips den der Regelung des § 817 S. 2 BGB zu Grunde liegenden Gedanken der Rechtsschutzverweigerung in Bezug nehmen wollte. Rechtsschutzverweigerung bedeutet – wie das Gericht zutreffend darstellt – aber lediglich die Versagung einer rechtlichen Begünstigung. Der Erweiterte Verfall jedoch ist nicht etwa lediglich eine Verweigerung von Rechtsschutz durch den Staat, sondern ein entrechtender Eingriff des Staates. Hierfür vermag ein changierender Rechtsgedanke des Zivilrechts weder eine Grundlage zu geben, noch taugt er dafür, normativ den faktischen Übelscharakter dieser Maßnahme zu verschleiern.

⁵⁹ S.o. Fn. 22, C.I.3.b)dd)(2)(a) 2. Absatz.

⁶⁰ Ebenda.

⁶¹ Vgl. NK-StGB-HERZOG, § vor § 73 Rdn. 8 m. w. N.

⁶² S.o. Fn. 22, C.I.1.b)cc) 3. Absatz f. unter Bezug auf BT-Drs. 12/1134, S. 12.

⁶³ MüKo-BGB-LIEB, § 817 Rdn. 9.

⁶⁴ Ebenda.

⁶⁵ LACKNER/KÜHL, StGB, § 73 Rdn. 4 b.