

tig angewandte, ansonsten gröblich mißachtete Grundsatz »in dubio pro reo« erlebt gleichzeitig bei Sexualdelikten sein großes »come back«. Seine Bedeutung liegt darin, daß er die Überzeugung von der Unglaubwürdigkeit der Nebenklägerin bzw. der diffus gefühlten Verdächtigung kaschiert und die Parteinahme für den Mann nicht eindeutig offenbart. Er wird als Grundsatz »in dubio pro homine« in die Rechtsgeschichte eingehen. Zweifel, seien sie noch so absurd und an männlichen Wunschvorstellungen von weiblicher Sexualität orientiert, werden mit Hilfe der männlichen Definitionsmacht zu »vernünftigen« Zweifeln umgemünzt. Daß Richterinnen dabei gelegentlich ihre männlichen Kollegen überflügeln, liegt nicht nur an dem von der Institution Justiz ausgehenden Anpassungszwang, der oft genug – nicht nur bei Richterinnen – zu Überanpassung führt. Die männlichen Kollegen gehen hart um mit den Richterinnen, Staatsanwältinnen, Anwältinnen, denen auf Selbstverleugnung und Minderachtung des eigenen Geschlechts gerichtete Sozialisationsdressur gefehlt hat.<sup>31</sup>

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß sich in unmittelbar nächster Zeit die Rechtsprechung des BGH zu § 177 StGB ändert – auch nicht die der unteren Gerichte – oder der Gesetzgeber sich für einen realen Schutz von Frauen vor sexueller Fremdbestimmung entschließt. Dies kann nicht gleichzeitig heißen, daß engagierte Juristinnen in Zukunft darauf verzichten, das Menschenrecht auf körperliche Unversehrtheit und Menschenwürde auch für Frauen durch entsprechende Änderungsvorschläge einzufordern. Daß männliche Juristen sich für dieses Thema nachhaltig interessieren und den Forderungen anschließen, ist nicht abzusehen. Nur die Flucht von Frauen aus einer Öffentlichkeit, die stereotype sexuelle Rollen vorgibt, würde bei Männern bewirken, daß sie für ihre Sexualität Verantwortung übernehmen und sie in ihr Verhalten als öffentliche Personen integrieren müßten.<sup>32</sup>

## Felix Herzog

### Die »dritte Dimension« der Verbrechensbekämpfung: Abschöpfen von Verbrechen Gewinn

#### I. Einführung

Die Vorschriften der §§73–73d StGB über den Verfall krimineller Profite finden in der Praxis kaum Anwendung; für den Zeitraum 1975–1980 wird etwa aus der Strafrechtspflege in Baden-Württemberg bei ca. 720 000 Verurteilungen nur von 104 Fällen der Anordnung des Verfalls berichtet<sup>1</sup>. Kriminalpolitisch hingegen ziehen diese Vorschriften immer größere Aufmerksamkeit auf sich: Ausgehend von der Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität, wo ein im Weg des Verfalls abschöpfbares

<sup>31</sup> Jeder intellektuell und äußerlich noch so wenig brillante männliche Kollege wagt sich ein – in der Regel – niederschmetterndes Urteil über das Äußere und die Verstandeskapazitäten einer Kollegin an, wenn sie nicht an den männlichen Selbstvergrößerungsinszenierungen mitwirkt, sondern autonom und selbstbewußt Strukturen innerhalb der Justiz wahrnimmt und benennt, die Ausdruck männlichen Vormachtstrebens sind. Gängig sind Formulierungen wie: Das ist eine Männerhasserin, -feindin etc.

<sup>32</sup> S. Sue Lees, *Sitte, Anstand und die soziale Kontrolle von Mädchen*, *Kriminologisches Journal* 4/86, S. 258 ff.

<sup>1</sup> *Pachmann, Kriminalistik* 1985, 182 (188).

Potential illegaler Profite in Höhe von ca. 1 Milliarde DM vermutet wird<sup>2</sup>, drängt insbesondere die kriminalistische Praxis darauf, in allen Bereichen groß organisierter Kriminalität (Wirtschafts- und Eigentumskriminalität, Waffen- und Falschgeldkriminalität und im sog. Nachtgewerbe) eine »dritte Dimension« der Verbrechensbekämpfung – die Abschöpfung von Verbrechenngewinnen – zu eröffnen<sup>3</sup>.

Die BKA-Jahrestagung 1986 hatte sich unter dem Titel »Macht sich Kriminalität bezahlt? – Aufspüren und Abschöpfen von Verbrechenngewinnen« zur Aufgabe gestellt, diese Impulse kriminalistischer Praxis zusammenzufassen, in einen kriminalpräventiven theoretischen Zusammenhang zu stellen und in eine kriminalpolitische Initiative umzusetzen. Die Eröffnungsansprache des Bundesministers des Innern Friedrich Zimmermann zeigte, daß diese Initiative auf Gehör in der Gesetzgebung rechnen darf: Zimmermann formulierte als eine der zentralen präventiven Aufgaben die »Auszehrerung der finanziellen Substanz der Kriminalität« und stellte in Aussicht, daß die Beratungen der BKA-Jahrestagung zu gesetzgeberischen Konsequenzen hinsichtlich der Regelungen über den Verfall im Kern- und Nebenstrafrecht führen könnten.

In den zahlreichen Vorträgen und Diskussionsbeiträgen der Tagung wurden in ein reformiertes – d. h., ein in den Voraussetzungen vereinfachtes und damit »praxisfreundlicheres« – Recht des Verfalls große spezial- und generalpräventive Erwartungen gesetzt: Der einzelne Täter werde durch den Verfall seiner Früchte aus der Tat empfänglicher für die Strafe; kriminelle Karrieren könnten durch Entzug finanzieller Ressourcen im Keim erstickt werden; die Erwartung der Bevölkerung, daß sich Kriminalität nicht lohnen dürfe, könne wieder gefestigt werden; der finanzielle Nährboden der organisierten Kriminalität werde ausgezehrt. Neben diesem präventiven Gewinn wurden finanzielle Gewinne in Milliardenhöhe beschworen, die in das Aufspüren von Verbrechenngewinn reinvestiert werden könnten und die Verbrechensbekämpfung damit über die Eröffnung der »dritten Dimension« auf allen Feldern qualitativ voranbringen würden.

Die Aktivierung des präventiven Potentials der Verfallsvorschriften erscheint nach alledem als Schlüssel zu den kriminalpolitischen Herausforderungen unserer Zeit. Diese Erwartungen in eine Aktivierung der Verfallsvorschriften wecken strafrechtssystematische und strafrechtstheoretische Zweifel, die in der Frage kulminieren, ob diese Vorschriften überhaupt als Instrument von Verbrechensbekämpfung verstanden werden können.

## II. Regelungsinhalt der §§ 73–73d StGB

Die Vorschriften über den Verfall werden zu den strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum gezählt.<sup>4</sup> Ihr Ziel ist die Abschöpfung von Vermögensvorteilen, die durch eine rechtswidrige Tat erlangt worden sind (§ 73 I StGB). Bei diesen Vermögensvorteilen kann es sich um Tatgewinn oder Tatentgelt handeln.<sup>5</sup> Die Anordnung des Verfalls kann gegenüber Tatbeteiligten (§ 73 I StGB), Drittbegünstigten (§ 73 III StGB) und Dritteigentümern (§ 73 IV StGB) erfolgen. Möglich ist nicht nur eine mit der Verurteilung unmittelbar verbundene Anordnung des Verfalls, sondern auch die nachträgliche (§ 76 StGB) und selbständige (§ 76a StGB)

<sup>2</sup> A. a. O., 183.

<sup>3</sup> Schuster, in: BKA COD-Literatur-Reihe Bd. 5, Wiesbaden 1986, S. VII ff.

<sup>4</sup> Vgl. Sch-Sch-Eser (1985<sup>21</sup>), Vorb. § 73, Rdnrn. 1, 5 f.

<sup>5</sup> A. a. O., § 73, Rdnrn. 6 f.

Anordnung. Als Anknüpfungstat ist eine rechtswidrige, nicht aber wie bei der Einziehung (§ 74 StGB) eine vorsätzliche Tat vorausgesetzt. Der Verfall richtet sich zunächst gegen die unmittelbaren Früchte (Originalobjekte) der Tat (§ 73 I StGB), erstreckt sich aber weiterhin auf Nutzungen und Surrogate (§ 73 II StGB) und schließlich auch auf eventuellen Wertersatz (§ 73a StGB). Wird von Surrogatverfall nach § 73 II 2 StGB abgesehen, dann tritt zwingend der Wertersatzverfall nach § 73a StGB ein.

Soweit die Voraussetzungen des Verfalls bestehen, die Tatfrüchte aber nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Zeit- und Kostenaufwand ermittelt werden können, kann deren Wert geschätzt werden (§ 73d StGB).

Ein Ausschluß des Verfalls kann sich aus entgegenstehenden Ansprüchen von Tatverletzten ergeben (§ 73 I 2 StGB). Diese Ansprüche müssen aus der Tat erwachsen sein, d. h. Spiegelbild des Tatgewinns sein;<sup>6</sup> bei Tatentgelten bestehen folglich keine Ansprüche des Verletzten.<sup>7</sup> Der Verletzte muß bekannt oder zumindest bestimmbar sein und seinen Anspruch auf die Tat als solche stützen können.<sup>8</sup>

Weiterhin enthalten die Regelungen über den Verfall durch die Härteklausel des § 73c StGB eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes.<sup>9</sup> Zwingend ist danach ein Verzicht auf die Anordnung des Verfalls, wenn dies für die betroffene Person eine unbillige Härte entstehen lassen würde (§ 73c I 1 StGB). Fakultativ kann auf die Anordnung verzichtet werden, wenn der Wert des Erlangten zur Zeit der Verfallsanordnung nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder das Erlangte nur einen geringen Wert hat (§ 73c I 2 StGB).

### *III. Problemfelder der Dogmatik*

Diese kurze Übersicht zum Regelungsinhalt der §§ 73–73d StGB vermittelt den Eindruck einer wohlgeordneten und rechtsstaatlich durchdachten Materie. Das Interesse der Strafverfolgung an der Abschöpfung krimineller Profite, die Sicherung von Ansprüchen tatverletzter Personen und die Sicherung des Täters vor übermäßigen Zugriffen auf sein Vermögen erscheinen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander geregelt. Die Ausdifferenzierungen dieses vernünftigen Verhältnisses durch die Dogmatik freilich wecken den Widerspruch der Praxis, schlagen in Ressentiments gegen die gesetzliche Regelung selbst durch und führen seitens der kriminalistischen Praxis zur Forderung nach gesetzgeberischer Initiative. Im Mittelpunkt der Diskussionen stehen dabei drei Problemfelder:

- die Bestimmung des Tatgewinns gem. § 73 I 1 StGB;
- der Ausschluß der Anordnung des Verfalls durch Ansprüche von tatverletzten Personen nach § 73 I 2 StGB;
- das Verhältnis der materiellrechtlichen Vorschriften über den Verfall zu § 111b StPO.

Diese drei Problemfelder sollen aus der Perspektive der Dogmatik dargestellt werden. Die Schwierigkeiten und daraus resultierende Ressentiments der Ermittlungs- und Anklagebehörden, die Berührungängste der Tatgerichte werden danach derart auf der Hand liegen, daß es jeweils nur einer kurzen Skizze der auf der BKA-Jahrestagung vorgetragenen Kritik bedarf.

6 A. a. O., § 73, Rdnrn. 25 f.

7 Ebenda.

8 A. a. O., § 73, Rdnr. 27.

9 A. a. O., § 73c, Rdnr. 1.

### 1. Die Bestimmung des Tatgewinns nach § 73 I 1 StGB

Daß § 73b StGB die Möglichkeit der Schätzung des Vermögensvorteils aus der Tat eröffnet, erweckt zunächst den Eindruck einer Entlastung von schwierigen Ermittlungen über den genauen Umfang des abzuschöpfenden kriminellen Profits. § 73b StGB ist freilich eine subsidiäre Regelung, die das Vermögen des Täters nicht einem pauschalen Zugriff ausliefert.<sup>10</sup> Auch bei der Schätzung lautet die Frage, welcher *Gewinn* aus der Tat gezogen worden ist. Diese Frage ist Gegenstand der Dogmatik zu § 73 I 1 StGB; dort nämlich ist vom Vermögensvorteil des Täters als Gegenstand des Verfalls die Rede. Die Frage nach dem Umfang von Vermögensvorteilen wird strafrechtsdogmatisch in der Regel im Wege eines Saldierungsverfahrens beantwortet.<sup>11</sup> Die Dogmatik zur Frage des Vermögensvorteils i. S. des § 73 I 1 StGB macht hiervon keine Ausnahme: Gegenüber dem Tatgewinn sind die Aufwendungen des Täters, um diesen Gewinn zu erlangen, in Ansatz zu bringen; abschöpfbarer Vermögensvorteil ist lediglich der überschießende Wert des Erlangten gegenüber den Aufwendungen.<sup>12</sup>

Dies erscheint der kriminalistischen Praxis als praktische und moralische Zumutung hinsichtlich des Umfangs der Ermittlungen: Schwierig genug sei es schon, kriminelle Profite aufzuspüren; nun solle man auch noch die »Investitionen« ermitteln, so als würde es sich dabei um ganz normale Geschäftsvorgänge handeln. Dafür fehle es in der kriminalistischen Praxis an Verständnis und damit auch an Motivation.

Auf der Ebene der Anklagebehörden und Tatgerichte wirke sich dies dahingehend aus, daß die Vorschriften über den Verfall als unhandlich angesehen würden. Letztlich bleibe für die Feststellung des Vermögensvorteils dann nur der Weg der Schätzung, wobei die »Investitionen« in der Regel unter Nicht-Wissen prognostiziert werden müßten. Das Regelungsziel könne dabei in zwei Richtungen verfehlt werden: Die Früchte der Tat könnten unvollständig abgeschöpft werden, oder der Eingriff des Verfalls könne das legale Vermögen des Täters treffen.

### 2. Der Ausschluß des Verfalls durch Ansprüche tatverletzter Personen nach § 73 I 2 StGB

Auch wenn der Verfall als Sanktion gegen das Eigentum verstanden wird und die pönale Wirkung beim Täter stark betont wird,<sup>13</sup> kann beim Verfall nicht die Opferseite außer Betracht bleiben. Wie Eser dargelegt hat, streiten dabei drei Interessenssphären miteinander:<sup>14</sup>

- Der legitime Anspruch des Tatopfers, auf die Gewinne zugreifen zu können, »die auf seine Kosten gemacht wurden«;
- der legitime Anspruch des Täters für seine Tat »nicht doppelt zu zahlen«, wenn nach Verfallsanordnung noch Ausgleichsansprüche des Opfers zu begleichen wären;
- das legitime Interesse des Staates daran, »daß dem Täter die rechtswidrigen Gewinne auf keinen Fall verbleiben«.

Die Regelung des § 73 I 2 StGB hat in diesem Interessenkonflikt für die Opferansprüche Partei bezogen und damit auch die Täter von der Gefahr der »Doppelzah-

<sup>10</sup> A. a. O., § 73b, Rdnr. 6.

<sup>11</sup> Man denke nur an die sogenannte Saldotheorie in der Betrugsdogmatik.

<sup>12</sup> A. a. O., § 73, Rdnr. 17.

<sup>13</sup> A. a. O., Vorb. § 73, Rdnrn. 19 f.; Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, S. 62 f.

<sup>14</sup> Eser, a. a. O., S. 294 f.

lung« entlastet.<sup>15</sup> Gleichzeitig ist damit eine fiskalische Lösung verworfen worden, in der die Verfallsanordnungen einen staatlichen Ausgleichsfonds speisen würden, bei dem die Ausgleichsberechtigten später ihre Ansprüche geltend machen müßten.<sup>16</sup> Die Regelung des § 73 I 2 StGB soll dafür sorgen, daß sich tatverletzte Personen mit ihren Ansprüchen an den Täter halten können.<sup>17</sup> Vor Anordnung des Verfalls ist folglich zu prüfen, ob es Verletzte der Tat gibt, die aufgrund der Tat als solcher einen Ausgleichsanspruch gegen den Täter geltend machen können. Aus der ratio legis ergibt sich, daß dieser Anspruch noch nicht klageförmig erhoben worden sein muß und die tatverletzten Personen nicht einzeln bekannt, sondern nur hinreichend bestimmbar sein müssen, da bei strengeren Voraussetzungen durch die Verfallsanordnung z. B. zögerliche, abwesende, gutgläubige oder getäuschte tatverletzte Personen ihrer Ausgleichsansprüche verlustig gehen könnten.<sup>18</sup>

Kriminalistische Praxis wendet dagegen ein, daß es gerade im Bereich der Organisierten Kriminalität – Kardinalbeispiel: Hehlerei – eine solche Vielzahl tatverletzter Personen gäbe, die zwar anspruchsberechtigt, aber nicht anspruchsverfolgend seien, daß die Regelung des § 73 I 2 StGB den Verfall bei groß angelegten kriminellen Operationen und weitverzweigten Profiten gleichsam matt setzt.

Staatsanwälte und Tatrichter auf der BKA-Jahrestagung verwiesen ratlos auf die Regelung des Gesetzes: Wenn kein Verletzter matt gesetzt werden dürfe, verbiete es sich, ohne Berücksichtigung möglicher Opferinteressen kurzerhand den Verfall zu beantragen oder anzuordnen.

### 3. Das Verhältnis der materiellrechtlichen Vorschriften über den Verfall zu § 111b StPO

Um den Verfall im Hauptverfahren überhaupt noch sinnvoll anordnen zu können, bedarf es nach der Erfahrung der Praxis häufig eines sichernden Zugriffs auf das Vermögen des Beschuldigten bereits im Vorverfahren; diese Nahtstelle regelt § 111b StPO. § 111b StPO enthält keine zwingende Regelung, sondern nur die Erlaubnis, Vermögensvorteile im Hinblick auf eine künftige Anordnung des Verfalls sicherzustellen.<sup>19</sup> Diese Erlaubnis gilt jedoch nach § 111b III StPO auch dann, wenn Ansprüche von tatverletzten Personen bestehen, die später nach § 73 I 2 StGB die Anordnung des Verfalls ausschließen würden. Die Sicherstellung soll in diesem Fall eine Zurückgewinnungshilfe zugunsten des Verletzten leisten.<sup>20</sup>

In jedem Falle setzt die Sicherstellung jedoch gem. § 111b I StPO die dringende Annahme voraus, daß im späteren Hauptverfahren ein Urteil ergehen wird, das die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Verfalls bejaht und folglich den Verfall anordnet.<sup>21</sup>

Zunächst stellen sich damit die bereits skizzierten Probleme des materiellen Verfallsrechts schon im Sicherstellungsverfahren. Nimmt man das empirische Datum hinzu, daß der Verfall tatsächlich nur in außerordentlich wenigen Strafurteilen angeordnet wird, erscheint schon die *bloße* Annahme späterer Verfallsanordnung als schwer substantiierbar. Um so schwieriger stellt es sich danach dar, *dringende Gründe* für diese Annahme benennen zu können; gefordert ist nämlich, daß

<sup>15</sup> Vgl. LK-Schäfer (1978<sup>10</sup>), § 73 Rdnrn. 25 ff. zur ratio des Geschädigtenvorbehalts.

<sup>16</sup> Vgl. dazu Eser, a. a. O., S. 297 m. w. N.

<sup>17</sup> LK-Schäfer, a. a. O.

<sup>18</sup> Vgl. Dreher/Tröndle (1985<sup>44</sup>), § 73, Rdnr. 6.

<sup>19</sup> Klemkecht/Meyer (1983<sup>16</sup>), § 111b, Rdnr. 5.

<sup>20</sup> A. a. O., Rdnr. 13.

<sup>21</sup> A. a. O., Rdnr. 7.

aufgrund bestimmter Tatsache eine Verfallsanordnung mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.<sup>22</sup>

Diese Rechtslage läßt nach Ansicht vieler Stimmen aus kriminalistischer Praxis, Anklagebehörden und Richterschaft auf der BKA-Jahrestagung die Verfallsvorschriften endgültig leerlaufen. Bis die Ermittlungen so weit gediehen seien, daß dringende Gründe für eine spätere Verfallsanordnung benannt werden könnten, seien die Vermögensvorteile der Sicherstellung bereits weitgehend faktisch entzogen; erfolge selbst dann keine Sicherstellung, bleibe meist für eine spätere Verfallsanordnung nichts mehr übrig. Die Möglichkeiten des Surrogat- bzw. Wertersatzverfalls taugten nicht als Auffangtatbestände, da die Beschuldigten durch geschickte Transaktionen spätestens bis zur Hauptverhandlung als völlig mittellos dastehen würden.

#### *IV. Reformvorschläge auf der BKA-Jahrestagung 1986*

Erstaunlich ist, daß diese gewaltige Frustration verbrechensbekämpferischer Ambitionen auf dem Feld der Abschöpfung krimineller Profite mit dem Mittel der Verfallsvorschriften auf der BKA-Jahrestagung nicht resignativ zur Kenntnis genommen wurde, sondern unerwarteten Elan zu strafrechtstheoretisch fundierter Kriminalpolitik hervorgerufen hat. Diesen Elan werde ich in seinen theoretischen Grundlagen und praktischen Konsequenzen anhand des Tagungsgeschehens in diesem Abschnitt kurz darzulegen versuchen. In dem dann folgenden und letzten Abschnitt wird es darum gehen, das kriminalpräventive Konzept einer Abschöpfung krimineller Profite aus der Perspektive des *Strafrechts* einer kritischen Revision zu unterziehen.

Zur theoretischen Grundlegung der kriminalpolitischen Initiative hatte das BKA Hans Jürgen Kerner berufen, der zu dem Thema »Der Verbrechensgewinn als Tatanreiz – aus kriminologischer Sicht« referierte. Auch wenn sich Kerner zu den theoretischen Voraussetzungen und zum empirischen Material außerordentlich vorsichtig, ja zum Teil deutlich distanziert und kritisch äußerte, wurde deutlich, daß im Mittelpunkt der theoretischen Grundlegung ökonomistische Kriminalitätstheorien und empiristische Aussagen über die Organisierte Kriminalität stehen würden. Die wohl eher nachdenklich gemeinte Bemerkung Kerners, daß die BKA-Tagung »mit dem Hauptthema des möglichen ›Bezahltmachens‹ der Kriminalität gut im Trend der internationalen kriminalistischen und kriminalpolitischen Entwicklung« liege,<sup>23</sup> wurde als Aufmunterung verstanden.

Praktiker der Interpol, aus Frankreich, der Schweiz und den USA legten Zeugnis von diesem internationalen Trend ab.<sup>24</sup> Der Präsident des BKA, Heinrich Boge, betonte in seinem Referat internationale Vorbilder der Abschöpfung krimineller Profite – die Beweislastumkehr hinsichtlich des Nachweises der legalen Vermögensherkunft in der Rauschgiftgesetzgebung von Frankreich und Großbritannien sowie in den italienischen Anti-Mafia-Gesetzen und die weitreichenden Ermittlungsmög-

<sup>22</sup> Ebenda.

<sup>23</sup> Kerner, Referatzusammenfassung BKA-Jahrestagung 1986.

<sup>24</sup> Wingenter, Verbrechensprofite als internationale polizeiliche Herausforderung; Wack, Erfahrungen der französischen Polizei zur Feststellung und Beschlagnahme von Verbrechensgewinnen; Bernasconi, Schweizerische Erfahrungen bei der Untersuchung und strafrechtlichen Erfassung der Geldwäscherei; von Raab, US-amerikanische Regelungen und Maßnahmen zur Abschöpfung des Verbrechensprofits – Referate auf der BKA-Jahrestagung 1986. Alle Referate der Tagung sind nunmehr als Bd. 32 der *BKA-Vortragsreihe*, Wiesbaden 1987, erschienen.

lichkeiten über das Vermögen tatverdächtiger Personen in den us-amerikanischen Regelungen zur Bekämpfung organisierter Rauschgiftkriminalität.<sup>25</sup>

Referate über den Organisationsgrad des Nachtgewerbes in Hamburg<sup>26</sup> und der Hehlerei in Berlin<sup>27</sup> und die dadurch notwendigen außergewöhnlichen kriminalistischen Strategien gaben dem Begriff »Organisiertes Verbrechen« grelle Farbe und das Gewicht einer Herausforderung, die ohne gesetzgeberische Unterstützung nicht erfolgreich zu bewältigen sei.<sup>28</sup>

Der Abteilungspräsident im BKA »Kriminalistisches Institut«, Edwin Kube, schlug mit dem Referat »Zur »Rentabilität« von Umweltdelikten« eine Bresche für ökonomistische Kriminalitätstheorien:<sup>29</sup> Bei nicht »psychisch oder sozial deformierten Delinquenten« – Beispiel: Umweltstraftäter – seien »vor allem Gesichtspunkte der Rentabilität« für kriminelles Verhalten »handlungsleitend« und »entscheidungsrelevant«. Während »Entdeckungs-, Aufklärungs- und Sanktionswahrscheinlichkeit« sowie »Sanktionsmaß« als »Kostenseite« bloß »geringe Präventionseffekte« mit sich bringen würden, könne durch »die Aktivierung der zweiten Komponente des Rentabilitätsansatzes, nämlich des Nutzens«, in Gestalt der Gewinnabschöpfung ein gewaltiges präventives Potential nutzbar gemacht werden.

Als Ausgangspunkt der Reformvorschläge ergab sich demnach folgendes Bild: Nicht die »Vielzahl von Tätern ... , die mehr schlecht als recht ihren Lebensunterhalt aus den Erlösen strafbarer Handlung bestreiten bzw. daraus Nutzen zur teilweisen materiellen Bedürfnisbefriedigung ziehen«, sei die virulente gesellschaftliche Bedrohung durch Kriminalität, sondern kühl kalkulierende sich organisierende Täter in den Bereichen der Wirtschafts- und Eigentumskriminalität, der Rauschgift-, Waffen- und Falschgeldkriminalität würden nach Art einer »parasitären Krebsgeschwulst«, »gleich einer Hydra« die Gesellschaft bedrohen.<sup>30</sup>

Einzig taugliche Bekämpfungs- und Präventionsstrategie auf diesem Feld sei die Abschöpfung der kriminellen Profite, um die finanzielle Basis auszutrocknen und Rentabilitätserwägungen der entsprechenden Personenkreise zu beeinflussen.

Wenn auch Wolfram Eberbach, Regierungsdirektor im Bundesministerium der Justiz, zu bedenken gab, daß sich in den Regelungen über den Verfall so viele verfassungs-, zivil-, strafrechtliche und strafprozessuale Probleme bündelten, daß vor eindimensionalen kriminalpolitischen Vorstößen zu warnen sei,<sup>31</sup> waren zahlreiche Referenten mit Reformvorschlägen schnell zur Hand. Wiederholt wurde eine Offenbarungspflicht des Tatverdächtigen über sein Vermögen,<sup>32</sup> Beweislastumkehr,<sup>33</sup> ein Straftatbestand der »Geldwäsche«,<sup>34</sup> ein pauschaler Verfall des Vermögens verurteilter Rauschgifthändler<sup>35</sup> usw. gefordert.

Von Christoph Wolfgang Freiherr von Hardorf, Referent im Bundesministerium des Innern (Polizeiabteilung) für allgemeine Angelegenheiten des BKA und der

25 *Boge*, Gewinnabschöpfung als »Dritte Dimension« der Bekämpfung illegalen Rauschgifthandels und -schmuggels, Referatszusammenfassung.

26 *Sielaff*, Strategische und taktische polizeiliche Maßnahmen bei der Ermittlung und Beschlagnahme krimineller Profite.

27 *Kittlaus*, Möglichkeiten zur Intensivierung der Hehlereibekämpfung.

28 So etwa die Forderung bei *Sielaff*, Referatszusammenfassung: »Einführung einer Offenbarungspflicht des Tatverdächtigen über sein Vermögen (Beweisumkehr analog Steuerrecht)«.

29 Zitiert nach *Kube*, Referatszusammenfassung.

30 *Schuster*, o.Fn. 3, S. VII ff.

31 *Eberbach*, Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB.

32 Referat *Sielaff*, o.Fn. 26.

33 Referat *Boge*, o.Fn. 25.

34 So etwa *Sielaff*, a. a. O. »Strafbarkeit von Erwerb, Besitz und Verwendung krimineller Profite«.

35 So *Boge*, a. a. O., unter Verweis auf britische Vorbilder der Gesetzgebung.

Verbrechensbekämpfung, wurden der »Arbeitsgruppe Rechtspolitik« der BKA-Jahrestagung u. a. folgende Fragen zur Abstimmung vorgelegt<sup>36</sup>: »Sollte die Verdachtsschwelle in § 111b StPO abgesenkt werden? Sollten §§ 73 ff. StGB erweitert werden, um alle materiellen Lücken zu schließen? Sollte § 259 StGB auf andere Vortaten als Vermögensdelikte ausgeweitet werden? Sollten Beamte im Rahmen ihrer Zuständigkeit Prämien für herbeigeschaffte rechtswidrige Vermögensvorteile erhalten? Sollten Prämien an V-Leute (Informanten) für die Herbeischaffung von rechtswidrigen Vermögenswerten bezahlt werden?«

In der Diskussion der Arbeitsgruppe war seitens der kriminalistischen Praktiker deutlich die Tendenz zu spüren, im materiellen und formellen Strafrecht gründlich mit allen Hindernissen aufzuräumen, die dem Zugriff auf »Schwarzgeld« im Wege stehen. Strafrechtssystematisch-rechtsstaatliche Einwände, die aus den Reihen von Richtern und Ministerialbeamten vorgetragen wurden, stießen auf dramatische Schilderungen praktischer Fälle. – Die Diskussion über die Reformbedürftigkeit der Verfallsvorschriften und ihre Konnexnormen im materiellen und formellen Strafrecht spitzten sich damit auf den schon von Kant behandelten Gemeinpruch »das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis«<sup>37</sup> zu.

#### V. Die Abschöpfung krimineller Profite als Parabel über das Verhältnis von Strafrecht und Verbrechensbekämpfung

Wer Strafrecht und Verbrechensbekämpfung in ein Verhältnis setzt, das vom Strafrecht erwartet, die Interessen der Verbrechensbekämpfung stets zu fördern, geht fehl. Strafrecht verfolgt als *Recht* Freiheitsinteressen; Verbrechensbekämpfung verfolgt Zwecke und damit Kontrollinteressen. Strafrecht steht also gegenüber Verbrechensbekämpfung begrenzend für die Freiheit von Kontrolle ein. Damit muß Strafrecht nicht nur Genauigkeit in den Voraussetzungen und Präzision in den Begründungen von Eingriffen in die Handlungsfreiheit, sondern auch von Eingriffen in das Eigentum verlangen. Wenn für den Eingriff in die Freiheit einer Person die Grundsätze der Unschuldsvermutung und in dubio pro reo gelten, dann kann für Eingriffe in das Eigentum nicht das Verhältnis umgekehrt werden, denn Freiheit und Eigentum sind als konstitutive Momente des Individuums in der bürgerlichen Gesellschaft untrennbar<sup>38</sup>. So weit einige der theoretischen Prämissen des Strafrechts, über die die kriminalistische Praxis urteilt, daß sie in der wirklichen Verbrechensbekämpfung nicht taugen.

Wie aber sähe die »dritte Dimension« der Verbrechensbekämpfung in Gestalt der Abschöpfung von Verbrechenngewinnen aus, wenn man den auf der BKA-Jahrestagung vorgetragenen Reformvorschlägen folgen wollte? Ich gehe hierzu auf die drei bezeichneten Problemfelder der Rechtslage zum Verfall zurück.

– *Problemfeld Tatgewinn*: Hier schimmert durch die Reformvorschläge das Konzept einer allgemeinen Vermögenskonfiskation gegenüber Tätern aus einem unscharf bestimmten Feld Organisierter Kriminalität. Dafür sprechen die Entrüstung, sich bei der Ermittlung auch noch um kriminelle »Investitionen« kümmern

<sup>36</sup> Unter dem Titel: »THESEN – Nach Abstimmung: Empfehlungen der Arbeitsgruppe Rechtspolitik ...« – zitiert sind die Fragen resp. »Thesen« Nr. 3, 5, 16, 17.

<sup>37</sup> Kant, Über den Gemeinpruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Theorie-Werkausgabe Bd. XXII, S. 127 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, Frankfurt a. M./Bern/New York 1987, S. 63 ff.

zu müssen, und die daraus folgende Forderung, die Beweislast müsse dahingehend umgekehrt werden, daß es Aufgabe des Beschuldigten sei, die legale Herkunft seiner Vermögenswerte nachzuweisen. Ich zitiere aus dem Referat von Heinrich Boge: »Im Rahmen der europäischen Rechtsharmonisierung wäre es wünschenswert, den Vorbildern anderer Staaten zu folgen: In Großbritannien steht die Verabschiedung eines Gesetzes bevor, das die Beschlagnahme des Besitzes eines Rauschgifthändlers vorsieht, es sei denn der Betroffene kann nachweisen, daß sein Besitz aus legalen Quellen stammt. Kann er das nicht, können diejenigen Vermögenswerte beschlagnahmt werden, die der Täter in den letzten fünf Jahren vor der überführten Tat erworben hat.«<sup>39</sup>

Ein derartiges Konzept kann weder vor der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie bestehen<sup>40</sup> noch ist es vor dem verfassungs- und strafrechtlichen Schuldprinzip zu vertreten<sup>41</sup>. Strafrechtlich ist einzuwenden, daß das Tatprinzip verletzt ist, da »das Quantum des sozialen Schadens und das Quantum der Reaktion«<sup>42</sup> nicht mehr miteinander verbunden sind.

Zuzugeben ist der kriminalistischen Praxis natürlich, daß sich die Ermittlungen hierdurch sehr vereinfachen lassen – praktisch ist nur noch eine Inventur durchzuführen – und daß eine erhöhte Abschreckungswirkung zu erwarten ist, wenn man »fragwürdigen Existenzen« rigoros ihre Existenzgrundlage entzieht. Dies wäre freilich eine »Justiz« im Stile der Wohlfahrtsausschüsse während der Französischen Revolution oder mancher Strafgesetzbücher sozialistischer Staaten<sup>43</sup> – nach den Worten von Jakobs ein »Feindstrafrecht«<sup>44</sup>, das sich im Rechtsstaat auch nicht durch die Herausforderung des Organisierten Verbrechens rechtfertigen läßt.

- *Problemfeld Ansprüche tatverletzter Personen*: Auch hier weisen die Reformvorschläge deutlich in eine etatistisch-bürokratische Richtung. Die Regelung des § 73 I 2 StGB wird als hinderlich für die Umsetzung der Verfallsvorschriften bezeichnet; d. h., die Einbeziehung individueller Tatopfer in das Verfallsverfahren steht nach Ansicht der Praxis der vollen Entfaltung der präventiven Kraft des Verfallsverfahrens im Wege. Unterstellt wird zudem, daß eine große Zahl von Tatopfern in der Verfolgung ihrer Ansprüche gegen den Täter nachlässig und säumig, ja sogar z. T. daran völlig desinteressiert sei. In der Abwägung der Interessen von Täter, Tatopfern und Staat wird dem Interesse des Staates an einer wirksamen und durchschlagenden Verbrechensbekämpfung in den Reformvorschlägen eindeutiges Übergewicht beigemessen; zunächst einmal sollen alle Tatgewinne ohne Rücksicht auf Ausgleichsansprüche tatverletzter Personen vom Staat abgeschöpft werden. Zur Befriedigung der Ansprüche ausgleichsberechtigter Personen soll dann der Fiskus eintreten. Dies kann wohl nicht anders verstanden werden, als daß anspruchsberechtigte Personen auf ein Antragsverfahren gegenüber dem Staat verwiesen werden. Eine offene Frage hierbei ist, nach welchem Verfahren die Ansprüche auf ihre Berechtigung hin überprüft werden sollen und welche Rechtsmittel dem Antragsteller im Falle einer Abweisung seines Ausgleichsantrags zur Verfügung stehen. Überdies hat Eser darauf hingewiesen, daß der Staat hierdurch »in die Rolle des ›Geldverteilers‹ gedrängt« würde und dies »vor allem

<sup>39</sup> Boge, o. Fn. 25.

<sup>40</sup> Vgl. Eser, o. Fn. 13, S. 186 ff.

<sup>41</sup> A. a. O., S. 104 f.

<sup>42</sup> Vgl. die Kritik von Jakobs, *Strafrecht AT*, Berlin/New York 1983, 1/41 ff. (45) an der Verletzung des Tatprinzips durch präventive Strafrechtskonzepte.

<sup>43</sup> Eser, o. Fn. 13, S. 104.

<sup>44</sup> Vgl. Jakobs, *ZStW* 97 (1985), 751 ff. (753, 783 u. ö.).

dort zu großen Schwierigkeiten führen« könnte, »wo eine größere Zahl von Ausgleichsberechtigten auf den abgeschöpften Gewinn zugreifen will, dieser jedoch zur Befriedigung aller nicht ausreicht«<sup>45</sup>.

Die Verdrängung der tatverletzten Personen aus dem Verfallsverfahren führt zu einer Entmündigung des Bürgers, zu einer Bürokratisierung des Ausgleichs von Vermögensschäden aus Straftaten und zur Entstehung von Staatsinteressen eigener Art auf dem Felde des Schadensausgleichs.

- *Problemfeld Sicherstellung im Ermittlungsverfahren:* Unter Verweis auf die Erfahrungen mit dem Organisierten Verbrechen hält es die kriminalistische Praxis für erforderlich und geboten, auf Vermögenswerte bereits im Stadium des Anfangsverdachts zuzugreifen. Daß die Strafprozeßordnung für schwerwiegende Eingriffe in Privatsphäre und Freiheit der Person in Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes je nach Eingriffsintensität qualifizierte Verdachtsstufen fordert,<sup>46</sup> wird auf dreierlei Ebenen abgetan: Zum einen wird die empirische Behauptung aufgestellt, es handle sich bei der Vermögensbeschlagnahme jedenfalls gegenüber tatverdächtigen Personen des organisierten Verbrechens gar nicht um einen schwerwiegenden Eingriff, da dieser Personenkreis immer schon einen Teil seines Vermögens zugriffssicher beiseite geschafft habe; zum anderen wird die normative Aussage gemacht, die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gebiete es, die Sicherstellung zum Zwecke der Sicherung künftigen Verfalls an niedrige Verdachtsvoraussetzungen zu knüpfen, um die Verfallsvorschriften des materiellen Strafrechts überhaupt anwendungsfähig zu halten; schließlich wird das kriminalistisch-präventive Argument angeführt, daß die Motivation der Ermittlungsorgane und ihre Autorität gegenüber der kriminellen »Kundschaft« erschüttert werde, wenn ihnen nicht ein frühest möglicher Zugriff auf verdächtig erscheinende Vermögenswerte gestattet sei.

Vergleichbare Argumente sind aus der Diskussion um polizeiliche Lockspitzel und V-Leute bekannt; auch dort werden rechtsstaatlich höchstbedenkliche Praktiken der Ermittlungsorgane mit den besonderen Strukturen des organisierten Verbrechens, der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, mit Erfolgsaussichten als notwendiger Motivation der Ermittlungsorgane und der Verunsicherung der kriminellen Klientel durch derartige Praktiken begründet.<sup>47</sup> Es hat sich jedoch gezeigt, daß derartige Praktiken im Vorfeld der Hauptverhandlung nicht nur wesentliche Grundsätze des Strafverfahrens bedrohen, sondern auch die Glaubwürdigkeit der staatlichen Strafverfolgung in der Öffentlichkeit beeinträchtigen. Hinzu kommen noch die Reformvorschläge, Beamten im Rahmen ihrer Zuständigkeit Prämien für herbeigeschaffte rechtswidrige Vermögensvorteile zu gewähren, ja selbst an Informanten aus dem kriminellen Milieu Prämien für ihre Hilfe bei der Herbeischaffung zu bezahlen – sollten sich diese Reformvorschläge durchsetzen, dann wird schwer der Eindruck abzuweisen sein, daß das Abschöpfen von Verbrechensgewinnen unter den Einfluß strafverfahrensfremder Interessen geraten kann.

Insgesamt laufen die Reformvorschläge im strafprozessualen Bereich darauf hinaus, die »dritte Dimension« der Verbrechensbekämpfung weitgehend den Verdachtsvoraussetzungen anderer Eingriffe während des Ermittlungsverfahrens zu entziehen und weitgehend den Strategien der Polizei zu überantworten.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die auf der BKA-Jahrestagung erörterten

<sup>45</sup> Eser, o. Fn. 13, S. 297.

<sup>46</sup> Vgl. Herzog, NStZ 1985, 153 ff. (154).

<sup>47</sup> Ebenda.

Reformvorschläge zum Recht des Verfalls eine Verkürzung der Freiheit tatverdächtiger und verurteilter Personen ebenso wie tatverletzter Personen bedeuten; diese Verkürzung ist das Spiegelbild einer Ausdehnung staatlicher Verbrechensbekämpfung aus präventiven Interessen. Wenn – wie eingangs ausgeführt – Strafrecht gegenüber Verbrechensbekämpfung für eine Begrenzung von Kontrollinteressen und für eine Sicherung von Freiheitsinteressen einsteht, dann ist an den bestehenden Regelungen der §§ 73–73d StGB und an der gegenwärtigen Fassung des § 111b StPO festzuhalten, auch wenn die Praxis behauptet, diese Regelungen taugten nichts für die Praxis.

## Achim Bertuleit/Dirk Herkströter Nötigung durch Versammlung?

Zum »Sitzblockade«-Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht hatte zu entscheiden, ob die Bestrafung der Teilnahme an sog. Sitzblockaden, die vor militärischen Einrichtungen stattfanden und sich gegen den NATO-Doppelbeschluß richteten, als Nötigung (§ 240 StGB) mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist. Der 1. Senat beantwortete die damit aufgeworfenen straf- und verfassungsrechtsdogmatischen Fragestellungen im Kern dahingehend, daß der Tatbestand der Gewaltalternative – auch in der durch die Strafgerichte entwickelten ›Vergeistigung‹ – dem Art. 103 Abs. 2 GG genügt und die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB als Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verfassungskonform so auszulegen ist, daß die Erstreckung des Gewaltbegriffs auf solche *Sitzdemonstrationen*<sup>2</sup> nicht die Rechtswidrigkeit der Tat indiziert, sondern lediglich unter Würdigung der jeweiligen näheren Umstände als verwerflich zu beurteilen erlaubt. Dementsprechend gab das Bundesverfassungsgericht einer der Verfassungsbeschwerden auf Grund der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts statt, weil das Strafgericht die Gewaltanwendung als indiziell für die Rechtswidrigkeit bewertet hatte, und wies die übrigen Beschwerden zurück, da die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts im übrigen eine Sache der Strafgerichte sei, denen das Bundesverfassungsgericht kein bestimmtes Abwägungsergebnis bei der Prüfung der näheren Umstände vorschreiben kann.

Die bei Stimmgleichheit mit der Prämie auf den Status quo ausgestatteten vier Richter des Senats (vgl. § 15 Abs. 3 S. 3 BVerfGG) – die »Mehrheit« – verweisen die rechtliche Lösung des sozialen Konflikts somit in einem ›dilatorischen Formelkompromiß‹ an die Gerechtigkeitsexpertokratie der Strafjustiz zurück, die mangels vorgegebenem Resultat bei der Verwerflichkeitsprüfung ihr flexibles Steuerungsinstrument zur situativen Fixierung der Grenzen der Einflußnahme im politischen Prozeß behält.

1 NJW 1987, S. 43 ff., die Seitenangaben im Text beziehen sich auf diese Fundstelle. Auf eine Auseinandersetzung mit den bisher erschienenen Einschätzungen des Urteils wurde weitgehend verzichtet; vgl. *R.-P. Calliess*, NSZ 1987, S. 209 ff.; *K. Kühn*, StrVert 1987, S. 122 ff.; *E. Riehle*, DuR 1987, S. 9 ff., *C. Starck*, FAZ v. 3. 1. 1987, S. 9; *ders.*, JZ 1987, S. 145 ff.; *W. Hassemer*, JuS 1987, S. 314 ff.; ›cn passant‹ *C. Prutwitz*, JA 1987, S. 17 ff.; vgl. auch die Stellungnahme von *G. Grünwald* in der taz v. 12. 11. 1986, S. 3.

2 Hervorhebungen im Text sind solche der Verf.