

## Läßt sich die Vermögensstrafe (§ 43a StGB) verfassungskonform anwenden?

### Gliederung<sup>1</sup>

1. Ausgangsfall und Fragestellung
2. Die Genese der Vermögensstrafe: vom Abschöpfungsinstrument zur Geldsummenstrafe
  - a) Das gesetzgeberische Ziel: Verdachtsverfall
  - b) Wortlaut des § 43a StGB
  - c) BGH-Interpretation: Geldsummenstrafe
3. Läßt sich § 43a StGB verfassungskonform anwenden?
  - a) Prämissen einer verfassungskonformen Anwendung gemäß BGHSt 41,20
  - b) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Prämissen und konkrete Fallentscheidung von BGHSt 41,20
    - aa) Unzulässigkeit einer verfassungskonformen Interpretation
    - bb) Keine Vorkehrungen zur Verhinderung von Mißbräuchen und Unterwanderungen
    - cc) Zum Übermaßverbot
    - dd) Grundrechtsverstöße im konkreten Fall: die Probe aufs Exempel
  - c) Ergebnis

### 1. Ausgangsfall und Fragestellung

Das OrgKG vom 22.9.1992 hat die neue Sanktion der Vermögensstrafe geschaffen (§ 43a StGB). Gegen die Vorschrift wurden schon im Gesetzgebungsverfahren in vehementer Weise verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht<sup>2</sup>. Nachdem vom BGH in drei Beschlüssen gemäß § 349 II StPO die erfolgte Verhängung von Vermögensstrafen durch Tatgerichte sehr kurz begründet als verfassungskonform angesehen wurde, ist in der Grundsatzentscheidung BGHSt 41, 20 ausführlich begründet worden, weshalb aus der Sicht des BGH gegen die Vermögensstrafe verfassungsrechtliche Bedenken nicht durchgreifen sollen. Der Entscheidung BGHSt 41, 20 lag dabei der folgende, vom LG Hamburg<sup>3</sup> festgestellte Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte hatte dreißig Kilogramm Haschisch zu einem Einkaufspreis von 3000 DM je Kilo (also für insgesamt 90.000 DM) und bei einer Gewinnerwartung von 600 DM je Kilo (also insgesamt 18.000 DM) erworben und dieses teilweise in größeren Mengen an verschiedene Abnehmer verkauft. Das Landgericht Hamburg verurteilte den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und

zusätzlich zu einer Vermögensstrafe in Höhe von 600.000 DM, an deren Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten treten sollte. Zu den Vermögensverhältnissen stellte das LG Hamburg fest, daß der Angeklagte über ein Vermögen in Höhe von 785.000 DM verfügte, das mehr oder weniger in Form eines Eigenheimes bestand, welches der Angeklagte höchstwahrscheinlich (das LG Hamburg spricht von einem hohen Grad des Verdachts) aus früheren Betäubungsmittelgeschäften und durch eigene Bauleistungen erwirtschaftet hatte. Da gegenüber dem Angeklagten noch Rückzahlungsansprüche seitens der AOK und des Sozialamtes in Höhe von 85.000 DM bestanden, reduzierte sich das tatsächliche Vermögen auf insgesamt DM 700.000. Das Landgericht Hamburg ging dabei davon aus, daß der Angeklagte Beträge in Höhe von 600.000 DM "durch illegale Geschäfte mit Betäubungsmitteln erworben hat. Das gilt unbeschadet der Tatsache, daß dies nicht im einzelnen nachzuweisen und (mit letzter Sicherheit) auch nicht abstrakt festzustellen war. Denn in dem hier gegebenen argumentativen Zusammenhang genügt die Feststellung, daß die Möglichkeit solcher Einkünfte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht nur nicht auszuschließen ist, sondern sogar sehr nahe liegt"<sup>4</sup>. In exakt der Höhe der vermuteten Einkünfte aus kriminellen Delikten (DM 600.000) setzte das LG Hamburg die Vermögensstrafe fest.

Gegen dieses Urteil – insbesondere die Verhängung der Vermögensstrafe – legte der Angeklagte Revision ein, die vom BGH mit der Begründung zurückgewiesen wurde, daß die Verhängung der Vermögensstrafe keinen Rechtsfehler begründe und auch nicht gegen die Verfassung verstoße<sup>5</sup>, denn die Vorschrift des § 43a StGB lasse sich so auslegen – und sei vorliegend auch so ausgelegt worden –, daß verfassungsrechtliche Bedenken nicht durchgreifen. Über die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde ist noch nicht entschieden.

Soviel zum Ausgangsfall, auf den später zurückzukommen sein wird (in 3.b.dd.). Halten wir an dieser Stelle aber schon fest: Der Angeklagte hat erstens nicht nur eine empfindliche Freiheitsstrafe erhalten, sondern nach dem Urteil hat er annähernd sein gesamtes Vermögen verloren<sup>6</sup>. Zweitens: Bei einem nachgewiesenen Gewinn von DM 18.000 hat der Angeklagte eine Vermögensstrafe in Höhe von DM 600.000 erhalten; das entspricht dabei genau der Höhe des vom LG Hamburg angenommenen Gewinns, den der Angeklagte aus Rauschgiftgeschäften gemacht haben soll, die ihm allerdings nicht nachzuweisen gewesen waren.

Halten wir weiter fest: Eine solche Strafe – nämlich die weitgehende Erfassung des gesamten Vermögens – hat es im neueren StGB bis zur Einführung des § 43a StGB durch das OrgKG vom 22.9.1992 nicht gegeben<sup>7</sup>. Unter bestimmten – engen – Gesichtspunkten wäre es zwar möglich gewesen, daß ein Angeklagter neben einer Freiheitsstrafe zu einer Geldstrafe verurteilt wird (§ 41 StGB), aber eine Totalabschöpfung des Vermögens, insbesondere ein Zugriff auf gebundenes Vermögen (hier: Eigenheim), wäre bis dato faktisch ausgeschlossen gewesen, weil die Verhängung der Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe grundsätzlich nach den anerkannten Regeln der Geldstrafenbestimmung zu erfolgen hätte, was einen derart weiten Zugriff, insbesondere auf das gebundene Vermögen (das Eigenheim), nicht gestattet hätte<sup>8</sup>. Die

Vermögensstrafe stellt deshalb für das heutige Strafrecht etwas qualitativ Neues dar. Zur Zeit wird von der Vermögensstrafe nur selten Gebrauch gemacht<sup>9</sup>. Wie sich Staatsanwälte hinter vorgehaltener Hand äußern, ist jedoch zu erwarten, daß die Praxis nur den Ausgang des laufenden Verfassungsbeschwerdeverfahrens abwartet, um ggf. zukünftig von diesem Instrument vermehrt Gebrauch zu machen. Angesichts der neuen Qualität der Vermögensstrafe für das Strafrecht und der zu erwartenden wachsenden Bedeutung für die Praxis ist es von Bedeutung, wie der BGH meint, diese Vorschrift auslegen zu können, insbesondere ob damit verfassungsrechtliche Bedenken ausgeschlossen sind oder doch wenigstens im konkreten Fall nicht zum Tragen kommen.

## **2. Die Genese der Vermögensstrafe: vom Abschöpfungsinstrument zur Geldsummenstrafe**

Der BGH hat die Vermögensstrafe, wie nachfolgend dargestellt wird, als Geldsummenstrafe interpretiert. Diese rechtliche Einordnung des § 43a StGB ist – salopp formuliert – etwas überraschend. Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Vermögensstrafe nämlich in Anlehnung an die Verfallsvorschriften als Abschöpfungsinstrument konzipiert und nicht als Geldstrafe. So wurde sie auch in der Wissenschaft bis zum entgegenstehenden Urteil des BGH verstanden und kritisiert<sup>10</sup>. Diese normative Metamorphose des § 43a StGB von einer Verfallsvorschrift zu einer Geldstrafe verdient eine nähere Betrachtung.

Dabei soll es im folgenden Abschnitt in erster Linie darum gehen, die normative Genese der Vermögensstrafe vom Abschöpfungsinstrument zur Geldstrafe nachzuzeichnen, also den “Paradigmawechsel” hinsichtlich der Einordnung des § 43a StGB darzustellen. Auf einfachrechtliche Bewertungen, insbesondere dahingehend, welche Interpretation des § 43a StGB rechtsdogmatisch gesehen die richtige ist, kommt es weniger an. Insofern wird auch eine verbindliche Antwort auf die rechtsdogmatisch interessierende Frage, ob die Vermögensstrafe richtig gesehen eine Verfallsvorschrift oder eine Geldstrafe darstellt, nicht gegeben<sup>11</sup>. Dies nicht nur deshalb, weil durch die BGH-Interpretation des § 43a StGB als Geldsummenstrafe für die Praxis normativ verbindliche Festlegungen erfolgt sind, sondern speziell auch deshalb, weil die dogmatische Einordnung als Geldstrafe oder als Maßnahme (Verfall im Sinne des § 11 I Nr. 8 StGB) für sich allein nicht darüber entscheidet, ob die Norm verfassungswidrig oder verfassungsgemäß ist. Dies ergibt sich vielmehr erst aus der konkreten rechtlichen Ausgestaltung der Norm bzw. Anwendung derselben in der Praxis. Für die verfassungsrechtliche Bewertung ist es allerdings essentiell, die gewaltige Interpretationsbandbreite der neuen Vorschrift zu skizzieren, insbesondere auch die vom Gesetzgeber gewollten, aber vom BGH negierten, Zwecke der Vermögensstrafe darzustellen.

a) Das gesetzgeberische Ziel: Verdachtsverfall

Das Ziel, das der Gesetzgeber mit der Vermögensstrafe verfolgte, ist eindeutig: § 43a StGB sollte im Zusammenspiel mit den weiteren neuen Vorschriften des erweiterten

Verfalls (§ 73d StGB) und dem Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB) dazu dienen, die Gewinne, die aus der organisierten Kriminalität entstehen, effektiv und umfassend abzuschöpfen. Kriminalität sollte sich nach Meinung des Gesetzgebers nicht mehr lohnen; die Vermögensstrafe war als Teil eines Gesamtkonzepts zur Abschöpfung von Gewinnen aus kriminellen Handlungen konzipiert.

So heißt es etwa in der Begründung des OrgKG in BT-Dr. 11/7663 unter der Überschrift "Vermögensstrafe" auch ganz unverblümt:

"Ziel der neuen Vermögensstrafe ebenso wie des 'erweiterten Verfalls' ist es, der – u.a. für die Betäubungsmittelkriminalität typischen – Schwierigkeit entgegenzuwirken, daß bei den Tatbeteiligten Vermögenswerte angetroffen werden, deren kriminelle Herkunft zwar naheliegt, die sich jedoch nicht konkret faßbaren, womöglich gar den im anhängigen Strafverfahren zur Untersuchung gezogenen Straftaten zuordnen lassen. Diese Schwierigkeit ist indessen auch für andere Bereiche der organisierten Kriminalität kennzeichnend."<sup>12</sup>

Auch in der Plenardebatte im Bundestag am 4. Juni 1992, in der das OrgKG mitsamt der Vermögensstrafe verabschiedet wurde, ist in den Debattenbeiträgen kein Zweifel daran aufgekommen, daß mit der Vermögensstrafe Gewinnabschöpfung betrieben werden sollte. In den verschiedenen Redebeiträgen wurde hiervon wie selbstverständlich ausgegangen; zum Teil wurde die Abschöpfungsfunktion des § 43a StGB aber auch ausdrücklich betont. Stellvertretend für alle kann hier der Redebeitrag der damaligen Justizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* stehen, in dem sie ausführte:

"Gesetzgeberische Maßnahmen müssen daher bei der Abschöpfung des illegal erworbenen Vermögens und der Gewinne aus Straftaten ansetzen. Den Tätern muß die finanzielle Basis für weitere Verbrechen genommen werden. Denn nur so packen wir langfristig das Übel an der Wurzel ...

Das soll mit der Einführung der Vermögensstrafe, dem erweiterten Verfall und der neuen Strafvorschrift gegen Geldwäsche erreicht werden ...

Mit dem erweiterten Verfall sollen Vermögensgegenstände erfaßt werden, die aus anderen als der gerade abzuurteilenden Tat stammen. Die Beratungen haben aber gezeigt, daß das allein noch nicht ausreicht; denn häufig sind die Gelder, die durch Verbrechen der organisierten Kriminalität erlangt werden, zumindest teilweise in Firmen angelegt, die nach außen hin reguläre, sprich 'legale' Geschäfte machen. Diese Werte sind durch den erweiterten Verfall in aller Regel nicht zu erfassen ...

Angesichts der enormen Gefahren, die von der organisierten Kriminalität drohen, erscheint es trotz gewisser Bedenken auch unter dem verfassungsmäßigen Gesichtspunkt des Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzips vertretbar, die Täter in gravierenden Fällen neben einer hohen Freiheitsstrafe mit einer **Vermögensstrafe** zu belegen.

Mit diesen Maßnahmen liegt jetzt ein Gesamtkonzept vor, das die zur Zeit unzureichenden rechtlichen Möglichkeiten zur Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten erheblich verbessert. Die Maßnahmen zur Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten werden durch weitere, von der Ministerin genannte, Strafvorschriften "ergänzt".<sup>13</sup>

Die Vermögensstrafe sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dabei primär die "Lücke" ausfüllen, die die geltenden Verfallsvorschriften hinsichtlich der Vermögenswerte eines Täters hinterlassen, dessen Vermögen nicht nachweisbar aus kriminellen Delikten entstand, wo dies aber vermutet wird. Es geht also nicht um Vermögensvorteile, die nachweisbar aus der Straftat stammen, die dem Täter zur Last fällt (diesbezüglich kommt der "einfache" Verfall zum Zuge), und es geht noch nicht einmal um Vermögensbestandteile, bei denen "die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände" aus rechtswidrigen Taten erlangt worden sind (diesbezüglich kommt der "erweiterte" Verfall zum Zuge). Es ging dem Gesetzgeber um die Erfassung von Vermögen, das ein Straftäter aus dem Bereich der organisierten Kriminalität mit einiger Wahrscheinlichkeit aus Kriminalitätsgewinnen erzielt hat.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten sich dabei die neuen Abschöpfungsinstrumente "Erweiterter Verfall" und "Vermögensstrafe" möglichst optimal ergänzen, damit der Zugriff auf (vermutete) Kriminalitätsgewinne in größtmöglicher Weise erfolgen kann:

"Die Einführung des erweiterten Verfalls, d. h. einer als eigenständigen Erscheinungsform des Verfalls ausgestalteten neuen Maßnahme, soll Lücken der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung in Fällen schließen, in denen die bei den Tatbeteiligten vorgefundenen Vermögensgegenstände, deren rechtmäßiger Erwerb nicht festgestellt werden kann, mit großer Wahrscheinlichkeit aus der Begehung von Straftaten herrühren, in denen indessen die Verhängung einer Vermögensstrafe vom Schuldmaß der begangenen Taten her nicht zu vertreten wäre"<sup>14</sup>.

Der Gesetzgeber sah sich allerdings aus verfassungsrechtlichen Gründen daran gehindert, seine entsprechenden Intentionen auch ausdrücklich im Gesetz zum Ausdruck zu bringen; zu offensichtlich waren die Verstöße gegen die Unschuldsvermutung, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und nicht zuletzt die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Er verfiel deshalb – nach anfänglichen Bedenken, überhaupt einer neuen Sanktion der Vermögensstrafe näherzutreten – auf die "gesetzgeberische Schlitzohrigkeit"<sup>15</sup> bzw. den "Etikettenschwindel"<sup>16</sup>, eine Norm zu kreieren, die dem Wortlaut nach eine neue Strafe sein soll, ihrem Ziel nach jedoch Abschöpfung betreiben soll.

Eser faßt zutreffend zusammen: "Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll die Vermögensstrafe unter anderem dazu beitragen, Gewinne aus Straftaten trotz bestehender Beweisprobleme hinsichtlich der deliktischen Herkunft des konkreten Vermögens des Täters abzuschöpfen. Es soll also das Ziel des Verfalls – Gewinnabschöpfung – durch eine als Strafe ausgestaltete Sanktion erreicht werden, um rechtsstaatliche Verfahrenserfordernisse zu überspielen. Diese Vorgehensweise wurde zu Recht als 'gesetzgeberische Schlitzohrigkeit'

bzw. als 'Etikettenschwindel' bezeichnet; denn im Ergebnis wird auf diesem Wege eine Verfallsanordnung für verdächtiges Vermögen geschaffen."<sup>17</sup>

Geplant war also eine Verfallsanordnung für verdächtiges Vermögen; gekleidet wurde diese jedoch nicht in eine entsprechende Verfallsvorschrift, sondern in das Gewand einer neuen Strafe. Noch einmal: An keiner Stelle der Gesetzgebungsgeschichte wurde auch nur im geringsten angedeutet, daß die so geschaffene Vorschrift nicht der Abschöpfung dienen sollte. Sie sollte einzig und allein aus vermutlich strafbaren Handlungen entstandene Vermögensbestandteile erfassen und abschöpfen.

#### b) Der Wortlaut des § 43a StGB

Der Wortlaut des § 43a StGB enthält, wie dargestellt, keinen Verweis darauf, daß die Norm der Abschöpfung dienen soll. Der Wortlaut besagt: Wer eine Tat aus einem Verweisungstatbestand begangen hat<sup>18</sup> und diesbezüglich zu einer Strafe von mehr als zwei Jahren verurteilt wird, kann zusätzlich zur Zahlung eines Geldbetrages verurteilt werden, dessen Höhe durch den Wert des Vermögens des Täters begrenzt ist. Aus der Stellung der Norm im StGB ergibt sich, daß die Vermögensstrafe zwischen den Hauptstrafen der Freiheits- und Geldstrafe einerseits sowie der Nebenstrafe bzw. Nebenfolgen andererseits steht (ob Haupt- oder Nebenstrafe ist m. E. nicht entscheidend – für Hauptstrafe spricht die gesetzgeberische Bezeichnung, für Nebenstrafe spricht die Anbindung an eine Freiheitsstrafe), also eine Strafe und keine Maßnahme darstellen soll.

Wichtig ist: Die so formulierte neue Norm gestattet es zwanglos, daß die gesetzgeberischen Ziele mit ihr verfolgt werden (also rigorose und effektive Abschöpfung); sie ist aber "nach anderen Seiten hin" so offen, daß sie auch mit abweichenden Inhalten gefüllt werden kann. Wie eine solche Interpretation ausfallen kann, wird die nachfolgende Auslegung der Norm durch den BGH zeigen.

#### c) BGH-Interpretation: Geldsummenstrafe

Der 5. Senat des BGH hat in seinem Grundsatzurteil BGHSt 41, 20 den gesetzgeberischen Intentionen eine deutliche Abfuhr<sup>19</sup> erteilt, indem er darlegt, wie er – abweichend vom gesetzgeberischen Ziel – die neue Vorschrift interpretiert:

"Nach dem Wortlaut der Vorschrift und ihrer systematischen Stellung im Gesetz handelt es sich bei der Vermögensstrafe um eine weitere Strafe, die auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist und die bei bestimmten Delikten neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt werden kann. Damit ist die Vermögensstrafe eine Geldstrafe, deren Gewicht im Rahmen des Gefüges schuldangemessener Rechtsfolgen durch die Ersatzfreiheitsstrafe bestimmt wird (§ 43 a Abs. 2 Satz 2 StGB) und deren Höhe sich am Werte des Vermögens orientiert (§ 43 a Abs. 1 Satz 1 StGB)." (BGHSt 41, 20/24)

Sieht man einmal davon ab, daß das Gesetz einen "§ 43a Abs. 2 Satz 2 StGB" nicht kennt, ist insbesondere von Bedeutung, was der BGH zu der vom Gesetzgeber mit der

Vermögensstrafe bezweckten Abschöpfung von Kriminalitätsgewinnen ausführt:

“Die Vermögensstrafe kann nicht dazu dienen, die ‘außerordentlichen Profite abzuschöpfen, die durch organisierte Kriminalität erzielt’ werden, wie dies von seiten der ‘Polizei und Staatsanwaltschaft’ bei der Anhörung durch den Rechtsausschuß für erforderlich gehalten wurde (...). Für eine solche Auslegung wurden die Institute des Verfalls und des erweiterten Verfalls nach §§ 73 und 73 d StGB geschaffen (...). Mögen auch dahingehende Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren eine Rolle gespielt haben, die gesetzliche Regelung gestattet eine solche Auslegung nicht.” (BGHSt 41, 20/24 f.)

Und schließlich:

“Auf eine möglicherweise strafrechtlich erhebliche Herkunft des Vermögens kommt es bei der Verhängung der Vermögensstrafe nicht an. § 43 a StGB enthält keine zusätzliche Strafe für zusätzlich zum Tatbestand definiertes Unrecht und führt deshalb, abgesehen von den Fällen der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe (...), nicht zu einer Strafrahmenerweiterung. Die Vorschrift bedeutet lediglich eine Erweiterung des Spektrums der strafrechtlichen Reaktionsmittel bei Delikten, bei denen der Gesetzgeber aus kriminalpolitischen Gründen es für angezeigt hielt, ein weiteres Reaktionsmittel für Täter zur Verfügung zu stellen, die über Vermögen verfügen und bei denen der Zugriff auf das Vermögen eine wirksame Reaktion sein kann.” (BGHSt 41, 20/25 f.)

Zusammengefaßt: Bei der Vermögensstrafe handelt es sich nach Meinung des BGH um eine Geldsummenstrafe, die das herkömmliche Sanktionsinstrumentarium erweitert, also zusätzlich zur Freiheits- und in Tagessätzen zu verhängenden Geldstrafe jetzt auch eine Geldsummenstrafe vorsieht. Abschöpfung dürfe mit der Vermögensstrafe nicht betrieben werden; dazu seien die Verfallsvorschriften bestimmt. Im übrigen richte sich die Verhängung und Bemessung der Vermögensstrafe nach allgemeinen Strafzumessungskriterien, wie sie insbesondere in Zusammenhang mit § 41 StGB entwickelt seien. Bei entsprechender Anwendung gebe es keine Verstöße gegen Verfassungsgrundsätze.

Noch einmal: Ob diese Interpretation des § 43a StGB durch den BGH als reine Geldsummenstrafe strafrechtsdogmatisch überzeugend ist oder zu widersprüchlichen Ergebnissen führen muß<sup>20</sup>, ist hier nicht die Frage. Entscheidend ist, und danach ist nunmehr zu fragen, ob die BGH-Interpretation der Vermögensstrafe wirklich dazu führt, daß verfassungsrechtliche Bedenken nicht mehr durchgreifen.

### 3. Läßt sich § 43a StGB verfassungskonform anwenden?

Sicherlich ist es zu begrüßen, daß der BGH den verfassungswidrigen Intentionen des Gesetzgebers im Hinblick auf § 43a StGB als getarnter Verfallsvorschrift eine Abfuhr erteilt hat. Dennoch muß das noch lange nicht bedeuten, daß die verfassungsrechtlichen Probleme der Vermögensstrafe damit endgültig aus der Welt sind. Zur

Erinnerung: Die konkrete Anwendung des § 43a StGB hat dazu geführt, daß ein Verurteilter mehr oder weniger sein gesamtes Vermögen, nämlich sein Eigenheim, verloren hat. Es ist deshalb danach zu fragen, was die normativen Prämissen von BGHSt 41, 20 sind und wie der BGH unterbinden will, daß es zu Grundrechtsverstößen bei der Verhängung der Vermögensstrafe kommt.

a) Prämissen einer verfassungskonformen Anwendung gemäß BGHSt 41, 20

Der BGH erklärt, daß er die in der Literatur und im Gesetzgebungsverfahren gegen die Vermögensstrafe erhobenen Bedenken nicht verkenne und führt diesbezüglich auch aus, weshalb diese seines Erachtens nicht durchgreifen.

Da der BGH § 43a StGB nicht als eine Abschöpfungsvorschrift verstehen will, sondern als "normale" zusätzliche Geldstrafe, die nicht dazu dienen darf, Verbrechensprofite abzuschöpfen, sieht er in der Verhängung der Vermögensstrafe keinen Verstoß gegen die **Unschuldsumutung** (BGHSt 41, 20/24). Der Täter dürfe ja nicht für unbewiesene frühere Taten, sondern nur für die abzuurteilende Tat bestraft werden. Gleiches gilt für einen etwaigen Verstoß gegen das **Schuldprinzip**<sup>21</sup>: Da der BGH fordert, daß Freiheitsstrafe und Vermögensstrafe zusammen "schuldangemessen sein müssen" (BGHSt 41, 20/26), kann sich – richtig angewandt – bei der Vermögensstrafe kein Verstoß gegen das Schuldprinzip ergeben. Auch die **Eigentumsgarantie** (Art. 14 GG) sieht der BGH prinzipiell aus den gleichen Gründen für nicht verletzt an: Die Vermögensstrafe müsse nämlich "als Teil eines Sanktionenbündels im Rahmen des schuldangemessenen Strafens" verhängt werden (BGHSt 41, 20/28); sie ermögliche insofern keine schuldunabhängige Vermögenskonfiskation. Zur Absicherung dieser Interpretation stellt der BGH noch verschiedene Leitlinien für die tatrichterliche Verhängung der Vermögensstrafe auf. So sei eine Vermögensstrafe, die zur Entziehung des gesamten Vermögens führe, "regelmäßig auszuschneiden, wenn dadurch negative Folgen für das spätere Leben des Täters in der Gesellschaft zu befürchten sind"; nachteilige Folgen der Vermögensstrafe für den Täter und dessen Angehörigen müssen schließlich bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden.

b) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Prämissen und konkrete Fallentscheidung von BGHSt 41, 20

Zweifelsohne ist dem BGH zuzugestehen, daß er seine Interpretation der Vermögensstrafe als Geldsummenstrafe konsequent entwickelt und durchhält. Das bedeutet aber noch lange nicht, daß damit alle verfassungsrechtlichen Bedenken entfallen wären. Diese könnten namentlich dann fortbestehen, wenn die BGH-Interpretation wegen der klar entgegenstehenden Motive des Gesetzgebers unzulässig wäre oder wenn die vom BGH vorgesehenen Auslegungskriterien für eine rechtsstaatliche Anwendung de facto nicht wirksam verhindern würden, daß die Norm in der Praxis gleichwohl als Abschöpfungsinstrument gehandhabt wird.

aa) Unzulässigkeit einer verfassungskonformen Interpretation

Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers sollte die Vermögensstrafe zur Abschöpfung dienen. Der BGH schließt Abschöpfung durch § 43a StGB dagegen kategorisch aus: "Mögen auch dahingehende Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren eine Rolle gespielt haben, die gesetzliche Regelung gestattet eine solche Auslegung nicht"<sup>22</sup>. Der Wortlaut des § 43a StGB erwähnt Abschöpfung nicht, schließt sie aber auch nicht ausdrücklich aus. Der § 43a StGB läßt sich vielmehr – wie gesehen – in zweifacher Hinsicht auslegen. Bei einer Norm, die sich unterschiedlich interpretieren läßt und bei der die eine Interpretation dazu führen muß, daß Grundrechte verletzt werden (wovon der BGH offenbar ausgeht), gilt, daß diese Norm verfassungskonform auszulegen ist. Das bedeutet aber noch nicht, daß der Interpretation des BGH deshalb automatisch der Vorzug zu geben ist, dies würde vielmehr voraussetzen, daß diese auch zulässig wäre. Eine verfassungskonforme Interpretation findet jedoch dort ihre Grenze, wo der gesetzgeberische Wille in sein Gegenteil verkehrt wird<sup>23</sup>. Das ist hier der Fall, wird durch die Interpretation des BGH doch das vom Gesetzgeber bezweckte Ziel ausdrücklich untersagt (Abschöpfung).

Die Mißachtung des gesetzgeberischen Willens ergibt sich deutlich in einer nachfolgenden Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH vom 20.9.1995<sup>24</sup>. Dort hat dieser ausgeführt:

"Um die Doppelspurigkeit der strafrechtlichen Sanktion durch gleichzeitigen Zugriff auf Freiheit und Vermögen des Täters zu erreichen, nimmt das Gesetz in Kauf, daß die Verhängung von Vermögensstrafe auch zu einer Begünstigung des Täters führen kann."<sup>25</sup>

Die Vermögensstrafe führt so betrachtet sogar zu einer Gratifikation des Verurteilten. Anders formuliert: Aus dem vom Gesetzgeber gewollten schweren Schlag gegen die OK wird in der BGH-Lesart eine Vorschrift, die gerade diesem Täterkreis Bonifikationen bringt.

So geht es nicht: Es stellt nicht nur eine Diminuierung des gesetzgeberischen Willens dar, wenn man einem Gesetz durch richterliche Auslegung einen diametral entgegengesetzten Sinn gibt<sup>26</sup>, dies begründet auch einen Verfassungsverstoß: Das Grundgesetz geht von der Gewaltenteilung aus, wobei die Judikative nicht Gesetzgeber ist, sondern dessen Gesetze befolgen soll. Hält der Richter ein Gesetz für verfassungswidrig (wie dies der BGH im Hinblick auf ein Verständnis der Vorschrift als Verdachtsverfall und Abschöpfungsinstrument annimmt), hat er das dafür nach dem Grundgesetz vorgesehene Verfahren in die Wege zu leiten, nämlich das Verfahren auszusetzen und die Sache dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen (Art. 100 I GG).

bb) Keine Vorkehrungen zur Verhinderung von Mißbräuchen und Unterwanderungen

Abgesehen davon, daß die verfassungskonforme Interpretation des BGH unzulässig ist, ist auch zu bezweifeln, ob die vom BGH zur rechtsstaatlichen Auslegung des § 43a

StGB aufgestellten Grundsätze und Anwendungsregeln geeignet sind, Grundrechtsverstößen wirksam vorzubeugen. Insbesondere ist zu fragen, ob der vom BGH vorgenommene Versuch einer rechtlichen Kanalisierung der Vermögensstrafe geeignet ist, einen Mißbrauch des § 43a StGB als Abschöpfungsinstrument und Verdachtsverfall zu verhindern.

Die Befürchtung eines Mißbrauchs findet ihre Grundlage dabei keinesfalls in einer überzogenen Skepsis gegenüber den Strafgerichten, sondern hat ihre Ausgangslage in der Ambiguität und Totalität der Norm.

Die Vorschrift des § 43a StGB ist eine normativ "grenzenlose" Vorschrift, indem sie sich bezüglich ihrer Bemessung ausschließlich an dem faktischen Tätervermögen orientiert, also nach oben hin nicht durch eine konkrete Bezifferung oder rechtliche Kriterien begrenzt ist, sondern einzig und allein durch das faktische Vermögen des Täters. Insofern handelt es sich um eine "totale" Norm<sup>27</sup>. Trotz des vom BGH vorgenommenen Versuchs der Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 43a StGB liegt bei einer solchen, ihrem Wortlaut und Wesen nach, totalen Norm die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Anwendung nicht fern. Daß totale Normen nicht nur im allgemeinen zum Mißbrauch verleiten, sondern gerade auch die Vermögenskonfiskation, die es in der Weimarer Republik und in der NS-Zeit schon einmal gegeben hat, zeigt die Geschichte<sup>28</sup> und auch der Rechtsvergleich mit den ehemaligen Staaten des Ostblocks<sup>29</sup>.

Man sage nicht, daß es sich bei der Bundesrepublik im Gegensatz zu den vorgenannten Beispielen um einen Rechtsstaat handelt und ein Mißbrauch nicht zu befürchten sei<sup>30</sup>. Es war ja der parlamentarische Gesetzgeber, der eine Vermögenskonfiskation bei bestimmten Tätern ausdrücklich wünschte und rechtsstaatliche Bedenken hinten an stellte. Wenn schon der Gesetzgeber eine Vermögenskonfiskation wünschte, ist es doch nicht völlig von der Hand zu weisen, daß auch einzelne Gerichte dies für legitim halten. Anders ausgedrückt: Der Gesetzgeber hat einen Etikettenschwindel betrieben und Schlitzohrigkeit bewiesen<sup>31</sup>, als er einen bezweckten Verdachtsverfall unter dem Deckmantel einer Vermögensstrafe schuf. Der BGH hat für einen gewissen Überraschungseffekt gesorgt – man könnte sagen: ebenfalls Schlitzohrigkeit an den Tag gelegt –, als er § 43a StGB in eine reine Geldsummenstrafe umtaufte und Abschöpfung gegen den klaren gesetzgeberischen Willen untersagte. Kann es dann ausgeschlossen werden, daß es Tatrichter gibt, die wiederum durch Etikettenschwindel entgegen dem Verdikt des BGH doch den gesetzgeberischen Willen exekutieren und die Norm dazu mißbrauchen, Abschöpfung zu betreiben?

Auch die vom BGH vorgenommenen Versuche der normativen Zügelung der totalen Norm können eine Unterwanderung des § 43a StGB zu Zwecken der Abschöpfung nicht wirksam verhindern. Das ergibt sich schon daraus, daß die Norm trotz der Uminterpretation durch den BGH nicht feste und klare Konturen für die Anwendung in der Praxis erhalten hat. Insbesondere läßt der BGH verbindliche Grenzziehungen vermissen. So heißt es in BGHSt 41, 20/28 beispielsweise, eine vollständige Vermögensentziehung werde nur "regelmäßig" ausscheiden. Das bedeutet, bei einer

entsprechenden Begründung, insbesondere wenn durch die Verhängung der vollständigen Vermögensstrafe keine negativen "Folgen für das spätere Leben des Täters in der Gesellschaft zu befürchten sind", kommt eine vollständige Vermögenseinziehung ggf. doch in Betracht. Gleiches gilt für die Heranziehung des Umstands, daß "der Täter dazu neigt, aus seinen Straftaten Gewinne zu erzielen" (BGHSt 41, 20/26), was der BGH bei der Zumessung der Vermögensstrafe keinesfalls für ausgeschlossen, vielmehr ausdrücklich für berücksichtigungsfähig hält. Wie soll in der Praxis aber wirksam verhindert werden, daß dieser Gedanke dazu benutzt wird, einen Verdachtsverfall unter dem Deckmantel einer Geldsummenstrafe zu betreiben?

Eine verlässliche, klare und präzise Kontrolle der Verhängung der Vermögensstrafe in Form einer gerechten Geldsummenstrafe wird auch nicht durch die vom BGH wiederholt geforderte Orientierung von Freiheitsstrafe plus Vermögensstrafe an einem insgesamt gerechten Schuldausgleich gewährleistet. Vom BGH in diesem Zusammenhang ins Feld geführte Formeln, wie die, die Vermögensstrafe sei als "Teil eines Sanktionenbündels im Rahmen schuldangemessenen Strafens" zu verstehen, sind konturlos und schwammig. Sie schaffen nicht die klaren Grenzen, die für die Verhängung der Vermögensstrafe erforderlich sind. Sie stellen diese letztlich in die Subjektivität des Tatrichters bzw. in die des Revisionsrichters. Sicherlich ist es nicht auszuschließen, daß Tatrichter gerechte (objektive) Maßstäbe für die Anwendung der Vermögensstrafe im Einzelfall finden, auch nicht, daß Revisionsgerichte ungerechte tatrichterliche Maßstäbe kontrollieren, aber gewährleistet ist dies doch eben auch nicht<sup>32</sup>. Zudem bleibt die Frage offen, ob die Gewährung von Freiheit in Form eines "minus" an Freiheitsstrafe, die durch die Vermögensstrafe erkaufte wird, in der Praxis wirklich gewährt wird, und nicht einfach die Vermögensstrafe der "normalen" Freiheitsstrafe draufgesattelt wird<sup>33</sup>.

Die BGH-Interpretation der Vermögensstrafe ist somit strukturell ungeeignet, einen Mißbrauch der Norm als Verdachtsverfall und Abschöpfungsinstrument zu verhindern. Das Grundgesetz verlangt jedoch einen effektiven Grundrechtsschutz. Dem Bürger sollen nicht nur Rechte auf dem Papier zugestanden werden, sondern die Grundrechte müssen sich auch in der Praxis und im Verfahren entfalten können<sup>34</sup>. Hieran muß sich auch ein Gericht messen lassen, das durch seine Interpretation eines Gesetzes zwar einer klar verfassungswidrigen Intention des Gesetzgebers widersprochen hat, jedenfalls dann, wenn diese Interpretation übermäßig anfällig für Unterwanderungen ist und nicht verhindern kann, daß die Norm letztlich doch Grundrechte verletzt.

#### cc) Zum Übermaßverbot

Gegen § 43a StGB als totaler Norm stellen sich auch verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ein, dies ungeachtet, ob man die Norm als Verfallsvorschrift oder mit dem BGH als Geldsummenstrafe versteht. Diese Bedenken bestehen schon im Hinblick auf die Eignung und Erforderlichkeit dieser Norm<sup>35</sup>, insbesondere aber bezüglich der Wahrung des Übermaßverbots. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne kommt dabei nach der

Rechtsprechung des BVerfG eine besondere Bedeutung bei der Prüfung von strafrechtlichen Gesetzen auf deren Verfassungsmäßigkeit zu<sup>36</sup>.

Das BVerfG erklärt dazu: "Wie vom Senat in anderem Zusammenhang ausgeführt, hat diese dritte Stufe gerade den Sinn, die als geeignet und erforderlich erkannten Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle im Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel der Strafverfolgung und Bestrafung unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen. Dies kann dazu führen, daß unter Umständen der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muß, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne verlangt eine Abwägung zwischen Gemeinwohlbelangen, zu deren Wahrnehmung es erforderlich ist, in Grundrechte einzugreifen, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen. Die Gewichtung der miteinander in Verbindung zu setzenden und abzuwägenden widerstreitenden Interessen macht es erforderlich, die für das jeweilige Interesse erheblichen Bedingungen und Auswirkungen der Eingriffsregelung in ihrem Zusammenwirken zu würdigen"<sup>37</sup>

Bei Anlegung dieses Maßstabes, der weitgehend deckungsgleich mit dem Schuldgrundsatz ist, ergibt sich folgendes: Auf der einen Seite kann die Vermögensstrafe den gesetzgeberischen Zielen allenfalls in sehr geringem Maß gerecht werden<sup>38</sup>; auf der anderen Seite bedeutet sie einen massiven Eingriff in die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie<sup>39</sup>. Der durch die Einführung der Vermögensstrafe erfolgende Zuwachs an Rechtsgüterschutz ist gegenüber der Eingriffsschwere in die Rechtsgüter des Verurteilten gering. Die Vermögensstrafe gestattet schon deshalb "unverhältnismäßige" Strafen, weil diese sich nicht mehr primär an normativen Gesichtspunkten (wie dies bei der "echten" Geldstrafe der Fall ist), sondern statt dessen an dem faktisch vorhandenen Vermögen des Täters orientiert<sup>40</sup>. Sie trifft – da sie nicht wie die Geldstrafe darauf abzielt, dem Täter zukünftiges Einkommen zu schmälern, sondern auf zurückliegend erworbenes Vermögen zugreift – die Angehörigen des Täters in gleichem Maß wie den Täter selbst. Das gilt in besonderem Maß für gebundenes Vermögen (beispielsweise Haus und Grundstück, wie im Ausgangsfall), das regelmäßig aus Familienvermögen besteht. Nach den anerkannten Grundsätzen der Geldstrafenbestimmung hätten Haus und Grundstück bei einer Geldstrafe jedenfalls nicht Berücksichtigung finden dürfen<sup>41</sup>. Schließlich stellt sie in allen Fällen, in denen sie zusätzlich neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe verhängt wird, eine **Überschuldstrafe** dar.

Die Vermögensstrafe erlaubt damit einen vollständigen (insofern konfiskatorischen) Zugriff auf das Vermögen des Täters (was auch dessen Resozialisierung verhindern kann). Sie ist ein Instrument mit einer "unspezifischen Totalwirkung"<sup>42</sup>. Sie stellt überdies nicht darauf ab, wie das Tätervermögen entstanden ist, sondern erlaubt, verdächtiges wie unverdächtiges Vermögen gleichermaßen zu erfassen, was damit einhergehend die Unschuldsumutung leerlaufen lassen kann.

dd) Grundrechtsverstöße im konkreten Fall: die Probe aufs Exempel

Der BGH meinte nicht nur allgemein, sondern auch bezogen auf den konkreten Ausgangsfall, daß sich die Vermögensstrafe verfassungskonform interpretieren lasse. Insbesondere behauptete der BGH, daß vorliegend nicht Abschöpfung betrieben wurde, sondern § 43a StGB undramatisch als Geldsummenstrafe verhängt wurde. Das steht im Widerspruch zu den Ausführungen im Urteil des LG Hamburg, mit denen dieses die Verhängung der Vermögensstrafe auch im Hinblick auf die vom Gesetzgeber gewünschte Abschöpfung begründete:

“Die Kammer hat von der Möglichkeit, eine Vermögensstrafe zu verhängen, auch Gebrauch gemacht, weil der nach den getroffenen Feststellungen sehr hohe Grad des Verdachts, daß das Vermögen des Angeklagten aus früheren Betäubungsmittelgeschäften stammt, eine entsprechend hohe Wahrscheinlichkeit begründet, daß mit der Verhängung im vorliegenden Fall die erklärte **Absicht des Gesetzgebers, Gewinne gerade auch aus dem Rauschgift-handel abzuschöpfen, auch realisiert wird**“<sup>43</sup>.

Vom BGH wird auch nicht berücksichtigt, daß das LG Hamburg davon ausging, der Verurteilte habe aus früheren Straftaten, die ihm allerdings nicht nachgewiesen werden konnten, einen Gewinn von mindestens DM 600.000 gemacht. Genau in dieser Höhe verhängte es die Vermögensstrafe. Der BGH hat dagegen ohne Begründung ausgeführt, das LG Hamburg habe “die Vermögensstrafe nicht zur Abschöpfung früher möglicherweise aus Straftaten erlangter Gewinne ausgesprochen” (BGHSt 41, 20/29). Diese Wertung ist angesichts des klar erklärten Abschöpfungswillens des LG Hamburg unverständlich<sup>44</sup>. Es bleibt insofern festzustellen, daß das LG Hamburg vorliegend Gewinnabschöpfung betrieben hat und der BGH hieran in concreto – trotz entgegenstehender Obersätze – nichts geändert hat.

Gleiches gilt für die Feststellung im BGH-Urteil, daß “nur ein Teil des Vermögens von der Vermögensstrafe erfaßt wird” (BGHSt 41, 20, 29). Im LG-Urteil wird nämlich ausgeführt, daß der Tatrichter durch die verhängte Vermögensstrafe **85 Prozent** des Vermögens des Beschwerdeführers erfassen wollte; erklärtermaßen wollte das LG Hamburg bei der Bemessung der Vermögensstrafe den durch § 43a StGB gesteckten Rahmen (der sich am Maximalvermögen des Täters ausrichtet) “weitgehend” abschöpfen<sup>45</sup>. Nur wegen der erwarteten Schwierigkeiten beim Verkauf des Eigenheims des Beschwerdeführers meinte es, eine noch höhere Vermögensabschöpfung nicht durchsetzen zu können. Wenn der BGH mit der Formulierung, es sei nur ein Teil des Vermögens erfaßt worden, ausführen wollte, es sei ein “maßvoller” Zugriff auf das Vermögen des Verurteilten erfolgt, so ist dies nicht nur unzutreffend, sondern steht auch in einem deutlichen Widerspruch zu dem Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts in dem zugrunde liegenden Revisionsverfahren. Dort hatte nämlich der Vertreter des Generalbundesanwalts ausgeführt, daß die verhängte Vermögensstrafe “im wesentlichen das gesamte Vermögen des Angeklagten, nämlich Haus und Grundstück, erfaßt” hat<sup>46</sup>.

Es bleibt festzuhalten: Durch die verhängte Vermögensstrafe hat das LG Hamburg nicht einen maßvollen Zugriff auf das Vermögen des Beschwerdeführers vorgenom-

men, sondern "im wesentlichen" das gesamte Vermögen – nämlich Haus und Grundstück – erfaßt.

Auch das Übermaßverbot ist in concreto berührt: Bei einem vom LG Hamburg im Ausgangsfall festgestellten Gewinn(streben) von DM 18.000 hat es neben einer Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren eine Vermögensstrafe von DM 600.000 ausgesprochen. Neben der Freiheitsstrafe für den Handel mit Haschisch hat der Verurteilte damit das 33-fache seines festgestellten Gewinns aus der Straftat als zusätzliche Geldstrafe erhalten. Das ist wohl kaum noch als verhältnismäßig zu bezeichnen. Eine solche Sanktion entfernt sich vielmehr völlig von den Strafen, die sonst üblicherweise verhängt werden. Oder müßte ein Wirtschafts- oder Steuerstraftäter – auch ohne eine zusätzliche Freiheitsstrafe – eine Geldstrafe in 33-facher Höhe des von ihm angerichteten Gewinns befürchten?

Das heißt: Es bestehen nicht nur allgemeine Zweifel daran, daß die vom BGH vorgenommenen Grenzziehungen abstrakt gesehen tauglich sind, die Verfassungsmäßigkeit der Vermögensstrafe zu gewährleisten, sondern selbst im konkreten Ausgangsfall, in dem der BGH seine Obersätze entwickelt hat, verstieß die verhängte Vermögensstrafe gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Schuldgrundsatz. Deshalb erscheint es auch wenig hoffnungsvoll, darauf zu vertrauen, daß der BGH zukünftig die Verhängung von Vermögensstrafen besonders akribisch kontrollieren wird.

### c) Ergebnis

Rechtsstaatliches Strafrecht läßt sich mit der Vermögensstrafe, auch durch die vom BGH vorgenommene Interpretation derselben als Geldsummenstrafe, nicht betreiben. Um es klarzustellen: Gewinnabschöpfung ist als strafrechtliches Ziel legitim, aber nicht in beliebiger Form, sondern nur im Rahmen der Verfassung. Auch die (Wieder-)Einführung einer Geldsummenstrafe, auf die § 43a StGB nach Meinung des BGH hinausläuft, wäre nicht per se verfassungswidrig, obwohl sie kriminalpolitisch keinesfalls zu empfehlen ist und so vom Gesetzgeber auch nicht gewollt war. Strikt abzulehnen ist es aber, Gewinnabschöpfung unter dem Deckmantel einer Geldstrafe betreiben zu wollen (so der Gesetzgeber) oder eine Interpretation des § 43a StGB zu vertreten (so der BGH), die nicht wirksam verhindern kann, daß es bei der Verhängung von Vermögensstrafen gleichwohl zu Grundrechtsverstößen kommt.

### Fußnoten:

- 1) Gegenüber dem mündlichen Vortrag auf dem Strafverteidigertag ist die vorliegende schriftliche Fassung erheblich modifiziert. Für vielfältige Anregungen danke ich Tido Park.
- 2) Die verfassungsrechtlichen Bedenken werden von Dreher/*Tröndle* § 43a Rdnr. 3 eingehend dargestellt. In BGHSt 41, 20/23 f. wird die Kritik an der Vermögensstrafe knapp unter den Gesichtspunkten der Verletzung der Unschuldsvermutung, des Schuldprinzips, des Bestimmtheitsgebots und der Eigentumsgarantie referiert. Hier sind die ursprünglichen Bedenken gegen die Vermögensstrafe nicht weiter darzustellen, da sie aufgrund der nachfolgend geschilderten "Uminterpretation" der Vermögensstrafe durch den BGH zu einer

Geldsummenstrafe in dieser Form nicht mehr greifen.

- 3) LG Hamburg 633 Kls 15/93, U.v. 11.4.94 (die hiergegen gerichtete Revision wurde vom Verfasser begründet, ebenfalls die gegen das BGH-Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde).
- 4) LG Hamburg aaO, UA S. 58.
- 5) BGHSt 41, 20/22 ff.
- 6) Das LG Hamburg, aaO, UA S. 83, spricht dabei davon, daß dem Angeklagten eine Geldleistungspflicht auferlegt wurde, die den "Rahmen ... weitgehend, nämlich zu etwa 85 %, ausschöpft"; vgl. dazu unten 3.b.dd. Wegen Unwägbarkeiten beim Verkauf des Hauses kann man aber keinesfalls ausschließen, daß diese Marge überschritten wird.
- 7) Anders in der Weimarer Republik die durch § 10 Republik-Schutzgesetz vorgesehene Vermögenseinziehung, die in der NS-Diktatur noch ausgeweitet, aber durch das StrafÄndG 1951 dann abgeschafft wurde. In der Bundesrepublik gab es bis 1975 zusätzlich noch die Möglichkeit einer Geldstrafe in unbegrenzter Höhe bei einzelnen Delikten. Mit der Schaffung der Verfallsvorschriften und des Tagessatzsystems bei der Geldstrafe (1975) entfiel diese unbegrenzte Geldstrafe.
- 8) So herrschte schon bei den Beratungen vor Verabschiedung des Gesetzes zur Einführung der auf Tagessätzen basierenden Geldstrafe Einigkeit darüber, daß bei der Berechnung der Tagessatzhöhe nicht jedes Vermögen zu berücksichtigen sei: Beispielsweise sollten Eigentum, Schmuck oder Sparguthaben unberücksichtigt bleiben und natürlich auch Grundbesitz, erfaßt werden sollte lediglich das Nettoeinkommen; vgl. das Protokoll der 13. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform des Deutschen Bundestages, S. 636; Protokoll der 14. Sitzung, S. 647; vgl. auch Dreher/*Tröndle* § 40, Rdnr. 22; Schönke/*Schröder-Stree* § 40 Rdnr. 13.
- 9) Vgl. dazu auch *Gröschel*, Erweiterter Verfall und Vermögensstrafe; in diesem Band.
- 10) Vgl. dazu neben Dreher/*Tröndle* § 43a Rdnr. 3 ff. insbesondere *Dessecker*, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, 1992, S. 348 ff.; *Eser*, FS f. Stree und Wessels, 1993, S. 833 ff.; *Krey/Dierlamm*, JR 1992, S. 356 f.; *Weßlau*, StV 1991, S. 233 ff. Abweichend dazu war eigentlich nur die Interpretation von SK-*Horn* § 43 Rdnr. 6, der die Vermögensstrafe sogar noch weitergehend als der BGH als kumulative Geldstrafe im Sinne des § 41 StGB gewertet haben möchte, mit der Konsequenz, daß sich die Höchstsumme der Vermögensstrafe nach dem Tagessatzsystem richtet, also DM 7,2 Millionen nicht überschreiten dürfe. Mit dem Wortlaut des § 43a StGB läßt sich diese Interpretation allerdings kaum vereinbaren.
- 11) Vgl. dazu nur *Park*, JR 1995, S. 344 f. ("nebenstrafenähnlicher Verdachtsverfall"); ähnlich NK-StGB-*Albrecht* § 43a Rdnr. 8.
- 12) BT-Dr. 11/7663, S. 21.
- 13) Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, 95. Sitzung, S. 7829; Hervorhebung im Original.
- 14) BT-Drucks. 11/7663, S. 22; Unterstreichungen vom Unterzeichner; auch im nachfolgenden Absatz wird erneut davon gesprochen, eine "Lücke ... zu schließen".
- 15) *Kreuzer*, BT-Ausschußprotokoll Nr. 31 (Öffentliche Anhörung zum Entwurf eines OrgKG) vom 22.1.1992, S. 54
- 16) *Arzt*, NStZ 1990, S. 6.
- 17) *Eser*, FS f. Stree und Wessels, 1993, S. 842.
- 18) Bisher sind das insbesondere Betäubungsmittel- und Bandendelikte; vgl. dazu die informative Darstellung von *König*, Kriminalistik 1995, S. 471/475 (Teilabdruck im Materialheft zum 20. Strafverteidigertag).

- 19) Was aber nicht bedeuten muß, daß eine Umsetzung dieser Intentionen in der Praxis durch die Auslegung des BGH wirksam verhindert wird; dazu nachfolgend 3., insbesondere 3.b.bb.
- 20) Siehe oben 3.
- 21) Auch das Bestimmtheitsgebot sieht der BGH nicht verletzt; vgl. BGHSt 41, 20/ 25 f.; auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip geht er nicht ausdrücklich ein, doch dürften die Ausführungen zum Schuldprinzip auf einen etwaigen Verstoß gegen das Übermaßverbot zu übertragen sein.
- 22) Vgl. dazu die Kritik von *Hörnle*: Der BGH "verwirft die gesetzgeberischen Absichtserklärungen, wobei er ihren Bedeutungsgehalt herunterspielt". Und weiter in Fußnote 54: "Wenn der BGH als Beleg für die Abschöpfungsfunktion des § 43a StGB nur 'Äußerungen von Polizei und Staatsanwaltschaft vor dem Rechtsausschuß' anführt (...), so verzeichnet er die Eindeutigkeit, mit der *alle* am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten eine entsprechende ratio anerkannten."
- 23) Vgl. *Park* JR 1995, 343/345 mit Literaturnachweisen.
- 24) Jetzt abgedruckt in BGHSt 41, 278.
- 25) BGH U.v. 20.9.1995, 3 StR 267/95, S. 5 f.
- 26) Wobei diese Neuinterpretation, wie sich zeigen wird, allerdings nur auf der Ebene der Obersätze zum Tragen kommt. In der Praxis ist dagegen nicht gewährleistet, daß der gesetzgeberische Wille (Abschöpfung) nicht gleichwohl exekutiert wird.
- 27) In gleicher Richtung äußerten sich schon *Köhler/Beck*, JZ 1991, 797/797, die folgenden Vergleich zogen: Die Vermögensstrafe sei "... eine totale 'Strafe', vergleichbar der Todesstrafe oder der wirklich lebenslangen Freiheitsentziehung".
- 28) Vgl. dazu *Meyer* ZRP 1990, S. 85/87; *ders.*, FS f. Helmrich, 1994, S. 565/569 f.; *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 1 ff., 13 ff., 27 f., 103 ff.
- 29) Vgl. nur *Eser* aaO, S. 103 f. (insbesondere für Staatsschutzdelikte).
- 30) Das Beispiel der USA, wo es ein vergleichbares Gesetz gibt ("RICO" von 1970), zeigt, daß die neuen gesetzlichen Möglichkeiten eines erweiterten Vermögenszugriffs dort insbesondere genutzt werden, um auf Verdächtige Druck im Hinblick auf ein Geständnis auszuüben, wobei ein solches damit gratifiziert wird, daß im Wege des plea bargaining auf die sonst drohende Vermögensbeschlagnahme verzichtet wird; vgl. *Hörnle*, ZStW 1996, S. 333/352. Anders formuliert: Die Möglichkeit eines Vermögenszugriffs hat in den USA nicht nur dazu geführt, daß das Drohpotential der Staatsanwaltschaft für prozessuale Vergleiche gesteigert wurde, sondern auch zusätzlichen Raum für unzulässige Pressionen eröffnet.
- 31) Um die von *Eser* und *Kreuzer* benutzten Begriffe aufzugreifen; vgl. dazu oben FN 13 und 16.
- 32) Ein weiteres kommt hinzu: Man muß nicht gleich an Rechtsmißbrauch denken, auch die "gerechte" Ahndung von kriminell Unrecht wird durch die nach oben offene Vermögensstrafe sicherlich nicht gefördert. Anders ist es doch nicht zu erklären, daß der Gesetzgeber vor gar nicht so langer Zeit (1975) die bis dahin praktizierte Geldsummenstrafe zugunsten des gerechteren Tagessatzsystems abgeschafft hat. Die Vermögensstrafe ist auch und gerade in der Interpretation des BGH ein Schritt zurück zu dem alten ungerechten und unsozialen Geldsummenstrafensystem.
- 33) Insofern bleibt auch die verfassungsrechtliche Frage offen, ob nicht ein Verstoß gegen Art. 14 GG vorliegt. Auszuschließen wäre ein solcher erst dann, wenn der Täter eine Wahlmöglichkeit hätte, ob er die Vermögensstrafe oder die (Ersatz-)Freiheitsstrafe nimmt; vgl. dazu *Park* JR 1995, S. 345.

- 34) Vgl. zum Anspruch auf effektiven Grundrechtsschutz im gerichtlichen und behördlichen Verfahren BVerfGE 52, 389 f. sowie BVerfGE 63, 143. Wenn dort schon das vom Gesetzgeber geschaffene Recht unter dem Gesichtspunkt gemessen wird, ob es seine Aufgabe erfüllt oder die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtspositionen begründet, so muß das erst recht für eine vom BGH geschaffene Gesetzeslage gelten.
- 35) Die allerdings wegen der dem Gesetzgeber hier einzuräumenden weiten Einschätzungsprärogative nicht weiter zu vertiefen sind; vgl. hierzu vertiefend *Perron*, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, S. 918/920 ff.
- 36) BVerfGE 92, 277 [DDR-Spionage]; hier zitiert nach NJW 1995, 1814.
- 37) BVerfG aaO.
- 38) Vgl. *Perron* aaO.
- 39) *Perron* aaO, S. 924
- 40) So auch die entsprechende Kritik von *Hassemer*, StV 1995, S. 484.
- 41) Vgl. oben die Belege in Fußnote 8.
- 42) Vgl. dazu *Köhler/Beck*, JZ 1991, S. 797/799.
- 43) LG Hamburg, Urteil vom 11. 04. 1994, S. 80 (Hervorhebung vom Verf.). Das LG Hamburg führt weiter aus, wobei es deutlich macht, daß es den § 43a StGB als Verdachtsverfall versteht: "Jedenfalls aber wird durch sie (= Abschöpfung, S.B.) der durch die Beweisaufnahme begründete und nicht zu widerlegende starke Anschein vermieden, daß ein verurteilter Rauschgift-Großhändler im Besitz und Genuß **eines höchst mutmaßlich durch andere Betäubungsmittelgeschäfte** erworbenen Vermögens bleibt" (Hervorhebung vom Verf.).
- 44) So schon *Park* JR 1995, S. 345 f.. Vgl. dazu auch *Hörnle*, ZStW 1996, S. 333/344 f.: "Bei einer ergebnisorientierten Betrachtung können gewisse Zweifel an der Ernsthaftigkeit der proklamierten Neuinterpretation entstehen, weil der BGH das erstinstanzliche Urteil bestätigt, obwohl das Landgericht ersichtlich auf den Gedanken der Gewinnabschöpfung abgestellt hat."
- 45) LG Hamburg aaO, S. 83.
- 46) So der Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts vom 14. 11. 1994, S. 5.