

## Anmerkung

von Prof. Dr. Stephan Barton und  
wiss. Mitarbeiter Tido Park, Bielefeld

In zwei Beschlüssen vom 10. 5. 1994 und vom 6. 7. 1994 haben der 5. und der 3. Strafsenat des BGH erstmals zu der neuen Sanktion der Vermögensstrafe (§ 43a StGB) Stellung genommen. Nach Auffassung der Senate begegnet die Verhängung der Vermögensstrafe keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Grundsätzlich stützt der BGH somit das neue Sanktionsinstitut der Vermögensstrafe. Er läßt sich lediglich die Möglichkeit offen, in Einzelfällen, in denen der § 43a StGB seiner Ansicht nach fehlerhaft angewandt wurde, die entsprechenden Urteile hinsichtlich des Rechtsfolgenanspruchs zu korrigieren. Mit den Einwänden gegen die neue Vorschrift setzt der BGH sich inhaltlich nicht auseinander, sondern verweist hier nur cursorisch auf Dreher/Tröndle und Lackner. Da die beiden Entscheidungen nicht nur im Ergebnis übereinstimmen, sondern weitgehend auf identischen Satzbausteinen beruhen – und sich damit schon eine »ständige Rspr.« andeutet – verdienen die Beschlüsse trotz ihrer dürftigen Begründung eine nähere Betrachtung; dabei ist vor allem danach zu fragen, worin die vom BGH nicht mitgeteilten Bedenken der Literatur gegen die neue Vorschrift bestehen.

### I.

Nach ganz überwiegender Auffassung in der Literatur ist die durch das OrgKG vom 15. 7. 1992 eingeführte Sanktion der Vermögensstrafe mit dem Schuldprinzip, wonach keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf<sup>1</sup>, unvereinbar. Die Vermögensstrafe richtet sich in erster Linie nach der Höhe des Vermögens und nicht nach der Schuld des Täters<sup>2</sup>. Die durch die Zielsetzung des § 43a StGB – Gewinnabschöpfung aus einer Straftat, um dem Täter die wirtschaftliche Grundlage für weitere Straftaten zu entziehen und diese dadurch zu verhindern – bedingte Ausrichtung der Vermögensstrafe an der Höhe des Tätervermögens hat jedoch zur Folge, daß bei unterschiedlichen Graden von Täterschuld eine Korrespondenz von Einzeltatschuld und Strafe nicht gewährleistet, speziell die Einziehung des Vermögens nicht entsprechend dem Schuldprinzip abstufbar ist<sup>3</sup>. Erst bei der Umrechnung in eine »Ersatzfreiheitsstrafe« entsteht ein Vergleichsmaßstab; vollkommen offengelassen wird von § 43a StGB jedoch, nach welchem Schlüssel die Umrechnung zu erfolgen hat, so daß fraglich bleibt, woran die Schuldangemessenheit sich überprüfen lassen soll<sup>4</sup>. Entgegen der Ansicht des Gesetzgebers sind die Gerichte auch nicht in der Lage, einen solchen Umrechnungsmaßstab eigenständig zu entwickeln, da nicht einsichtig zu machen ist, wie die Dauer des Freiheitsstrafenrabatts mit dem absoluten oder relativen Umfang des betroffenen Vermögens zusammenhängt<sup>5</sup>. »Die tatschuld-angemessene Verhängung einer nicht nachweislich den Tatgewinn betreffenden Geldstrafe ist daher ohne eine mit der Freiheitsstrafe kompatible Berechnungsgrundlage willkürfrei nicht möglich«<sup>6</sup>. Und: »Eine klarere Verletzung des Schuldprinzips ist kaum denkbar«<sup>7</sup>.

1 D/Tröndle, StGB, 46. Aufl. 1993, § 43a Rdnr. 3; Eser, FS Stree/Wessels, 833/839–841; Köhler/Beck, JZ 91, 797/800; Krey/Diertamm, JR 92, 353/357; Lackner, StGB, 20. Aufl. 1993, § 43a Rdnr. 1; J. Meyer, ZRP 90, 85/88; Weßlau, StV 91, 226/234. Dem Schuldprinzip kommt nach st. Rspr. des BVerfG verfassungsrechtlicher Rang zu, vgl. E 20, 323/331; 25, 269/285 f.; 28, 386/391; 57, 250/275.

2 Weßlau, StV 91, 226/234.

3 Eser, FS Stree/Wessels, 833/839.

4 Weßlau, StV 91, 226/234.

5 Arzt, NStZ 90, 1/5 f.; Eser, FS Stree/Wessels, 833/841; Köhler/Beck, JZ 91, 797/800.

6 Köhler/Beck, JZ 91, 797/800; zu der daraus zwangsläufig folgenden Ungleichbehandlung vgl. J. Meyer, ZRP 90, 85/88; Tröndle, Prot. Rechtsausschuß BT Nr. 31 Anh. S. 302 f.

7 J. Meyer, ZRP 90, 85/88.

Auch gegen die Vereinbarkeit der Vermögensstrafe mit der *Unschuldsvermutung*<sup>8</sup> werden massive Bedenken erhoben: Der Nachweis von Einzeltatschuld kann nicht durch die Vermutung der Zugehörigkeit des Täters zum Kreis der organisierten Kriminalität und der illegalen Herkunft seines Vermögens ersetzt werden. § 43a StGB gestattet aber nun gerade den Zugriff auf bloß unrechtsverdächtiges Vermögen, ohne daß eine kriminelle Herkunft des Vermögensgegenstandes nachgewiesen sein muß. Eine derartige Ausgestaltung der Vermögensstrafe wird in keiner Weise der Tatsache gerecht, daß der Verdacht – mag er auch noch so naheliegend sein – dennoch unbegründet sein kann. An die Stelle legitimer Schuldstrafe tritt somit eine Verdachtsstrafe, was einen radikalen Bruch mit dem traditionellen Schuldstrafrecht darstellt und sich unter keinem rechtsstaatlichen Aspekt rechtfertigen läßt<sup>9</sup>.

Die Vermögensstrafe wird auch als unvereinbar mit Art. 14 GG angesehen<sup>10</sup>: Zwar werden durch dieses Grundrecht nicht von vornherein Eingriffe in das Eigentum zu Strafzwecken ausgeschlossen, erlaubt sind solche jedoch nur für den Fall, daß der Täter die von der Sanktion betroffenen Gegenstände zur Begehung von Straftaten verwendet hat oder daß diese sonst in einem spezifischen Zusammenhang damit stehen, der eine Verwirkung des Eigentumsrechts wegen Mißbrauchs rechtfertigen kann<sup>11</sup>. Ein solcher Zusammenhang zwischen der Straftat und dem von der Strafe betroffenen Vermögen wird von § 43a StGB aber gerade nicht gefordert. Vielmehr genügt schon der bloße Verdacht krimineller Herkunft für den Totalzugriff auf das Vermögen des Täters. Eine solche strafrechtliche Sanktion, die bis zur Abschöpfung des gesamten Tätervermögens führen und somit existenzvernichtend wirken kann – was ja das erklärte Ziel der Vermögensstrafe ist<sup>12</sup> – stellt einen so weitgehenden Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum dar, daß es von diesem im Grunde nichts mehr übrig läßt<sup>13</sup>, vielmehr die vom *BVerfG* untersagte »Erdrosselungswirkung«<sup>14</sup> erzeugt.

Eine verbreitete Ansicht hält § 43a StGB ferner für unvereinbar mit dem *Bestimmtheitsgebot* (Art. 103 II GG)<sup>15</sup>, das nach überwiegender Ansicht<sup>16</sup> sowohl für den Straftatbestand als auch für die Rechtsfolgenbestimmung gilt: § 43a StGB nennt bzgl. der zu verhängenden Geldstrafe weder absolute Ober- noch Untergrenzen. Die Höhe der Vermögensstrafe wird allein durch das Vermögen des Täters beschränkt; der Wert des Vermögens stellt jedoch keine bestimmte Strafdrohungsgrenze<sup>17</sup> dar. Die Weite des Strafrahmens ist somit im Grunde uferlos, was zur Folge hat, daß die Gerichte über die Strafzumessung ohne jeden konkreten gesetzlichen Maßstab urteilen sollen und ihre Entscheidung daher in diesem Punkt weder meßbar noch nachprüfbar ist<sup>18</sup>.

Nach Meinung des Schrifttums ist die Vermögensstrafe auch mit dem *Resozialisierungsprinzip*, das als Grundlage des strafrechtlichen Sanktionensystems gleichberechtigt neben dem Schuldprinzip steht, nicht zu vereinbaren<sup>19</sup>: Wird sie neben einer längeren Freiheitsstrafe verhängt, so wirkt sie im Extremfall als konfiskatorische Geldstrafe existenzvernichtend. Die Existenzvernichtung ist jedoch mit einem Strafsystem, das dem Täter selbst bei langjähriger oder gar lebenslanger Freiheitsstrafe die Chance einer Wiedereingliederung läßt, unvereinbar, weil dadurch die Gefahr begründet wird, daß der Verurteilte aufgrund wirtschaftlicher Not wieder in die Kriminalität hineingedrängt wird.

Gegen die Vermögensstrafe werden des weiteren strafrechtssystematische und rechtshistorische<sup>20</sup> Bedenken geäußert: Beanstandet wird etwa ein Verstoß des § 43a StGB gegen den Personalitätsgrundsatz<sup>21</sup>, die Systemwidrigkeit der Vermögensstrafe<sup>22</sup> und der Umstand des fehlenden Wiederaufnahmegrundes für den Fall einer Fehleinschätzung der Höhe des Tätervermögens<sup>23</sup>.

## II.

Hier ist nicht der Ort, sich mit den Bedenken gegen die Vermögensstrafe intensiv auseinanderzusetzen – das wäre Aufgabe des *BGH* in den genannten Beschlüssen gewesen. Es darf hier viel-

mehr mit der Feststellung sein Bewenden haben, daß der *BGH* keine der u.E. schon jeweils für sich (und erst recht in der Kumulation) durchgreifenden Bedenken zerstreuen konnte. Die Formel des *BGH* jedenfalls, wonach die neue Vorschrift verfassungskonform so ausgelegt werden könne, daß Verstöße gegen die Grundsätze schuldangemessenen Strafens oder der Verhältnismäßigkeit nicht zu besorgen seien, bleibt jegliche Begründung für die argumentative Herleitung dieser Ansicht schuldig.

Erläuterungsbedürftig bleibt auch, was der *BGH* darunter versteht, daß § 43a StGB verfassungskonform auslegbar sei. Sollte damit gemeint sein, die Norm lasse sich unter Zuhilfenahme einer der anerkannten juristischen Auslegungscanonens, nämlich der verfassungskonformen Auslegung, restriktiv interpretieren, wäre zu fragen, wo der *BGH* den Ansatzpunkt hierfür sieht. Da es unzulässig ist, ein nach Wortlaut und Sinn eindeutiges Gesetz *contra legem* auszulegen, würde eine zulässige verfassungskonforme Interpretation nämlich voraussetzen, daß der Normtext semantische Mehrdeutigkeiten aufweist, die der *BGH* jedoch nicht konkret bezeichnet und die auch nicht ersichtlich sind.

Sollte der *BGH* unter verfassungskonformer Auslegung – was wahrscheinlicher ist – verstehen, daß die Norm durch zurückhaltende tatrichterliche *Anwendung* (speziell: Unterlassen der vollen Abschöpfung des Tätervermögens) verfassungskonform gehandhabt werden kann, so impliziert dies, daß der *BGH* die Norm jedenfalls *abstrakt* (bei voller Ausschöpfung) als verfassungswidrig ansieht, nur daß bei maßvoller Anwendung konkrete Grundrechtsverstöße ausblieben. Dies wäre in mehrfacher Hinsicht problematisch: Zum einen würden damit die gesetzgeberischen Motive (umfassende Abschöpfung) bewußt unterlaufen; zum anderen würden bei einer solchen Verfahrensweise nur diejenigen Härten entfallen, die durch die Höhe der verhängten Vermögensstrafe begründet sind. Ein Verstoß etwa gegen die Unschuldsvermutung bliebe davon jedoch unberührt, mit der Konsequenz, daß weder eine konkrete Beschwer des Verurteilten entfele noch der Richter davon befreit wäre, eine Entscheidung des *BVerfG* gemäß Art. 100 I GG einzuholen. Eine Stellungnahme zu allen diesen Fragen bleibt der 5. *Senat* jedoch schuldig<sup>24</sup>.

Im übrigen wird Selbstverständliches formuliert: Jede Sanktionierung, die im Einzelfall die Grundsätze schuldangemessenen Strafens und damit der Verhältnismäßigkeit verletzt, begründet einen Grundrechtsverstoß.

8 Es ist anerkannt, daß die Unschuldsvermutung nicht nur durch die EMRK (und Art. 14 II IPBPR), sondern auch durch das Grundgesetz geschützt wird, vgl. *BVerfGE* 74, 358/369 f.: 82, 106/114; *Gropp*, JZ 91, 804.

9 *Köhler/Beck*, JZ 91, 797/799.

10 Vgl. *LG Bad Kreuznach*, StV 94, 140/141; *Eser*, FS *Stree/Wessels*, 833/838; *Krey/Dierlamm*, JR 92, 353/356; *J. Meyer*, ZRP 90, 85/87; *Perron*, JZ 93, 918 ff.; *Tröndle*, Prot. Rechtsausschuß BT Nr. 31 Anh. S. 305; *Weßlau*, StV 91, 226/234.

11 *Eser*, FS *Stree/Wessels*, 833/838

12 Vgl. dazu *Krey/Dierlamm*, JR 92, 353/356 sowie BT-Drucks. 12/989, S. 1.

13 *Dessecker*, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis. 1992, 353; *J. Meyer*, ZRP 90, 85/87.

14 *BVerfGE* 30, 250/272: 63, 312/327 (jeweils in bezug auf Steuern und Abgaben).

15 *LG Bad Kreuznach*, StV 94, 140/141; *D/Tröndle*, § 43 a Rdnr. 3; *Eser*, FS *Stree/Wessels*, 833/841; *Deutscher Richterbund*, DRiZ 90, 105/107.

16 *BVerfGE* 25, 269/285: 45, 363; *Krey/Dierlamm*, JR 92, 353/357; *Roxin*, Strafrecht AT-1, 2. Aufl., 1994, § 5 Rdnr. 77; *Wessels*, Strafrecht AT, 23. Aufl. 1993, § 2 I 1.

17 *D/Tröndle*, § 43 a Rdnr. 3.

18 *Eser*, FS *Stree/Wessels*, 833/841.

19 Vgl. *DAV*, StV 92, 29/32; *Köhler/Beck*, JZ 91, 797/799; *Schorlein*, MDR 90, 1/4; *Weßlau*, StV 91, 226/234.

20 *J. Meyer*, ZRP 90, 85/87.

21 *Weßlau*, StV 91, 226/234; vgl. dazu auch *von Selle*, wistra 93, 216/217.

22 *LG Bad Kreuznach*, StV 94, 140/141; *DAV*, StV 92, 29/32; *Ostendorf*, JZ 91, 62/69.

23 *LG Bad Kreuznach*, StV 94, 140/141.

24 Genauso sibyllinisch verhält es sich mit der Bemerkung des 3. *Senats*, wonach den gegen die Vermögensstrafe erhobenen Bedenken »durch eine verfassungskonforme Auslegung dieses Rechtsinstituts Rechnung getragen werden« könne und dabei auf die Kommentierung von *SK-Horn* (§ 43 a Rdnr. 8f.) Bezug genommen wird: Will der 3. *Senat* hierin der Sache *Horn* folgen, der § 43 a StGB – *contra legem* – so auslegt, daß nur auf maximal 7,2 Millionen DM Vermögensstrafe erkannt werden dürfe (vgl. *SK-Horn* § 43 a Rdnr. 6)?

Eine nähere Betrachtung verdienen dagegen die vom 5. *Strafsenat* für die Anwendung der Vermögensstrafe vorgebrachten Bewertungsmaßstäbe sowie der Argumentationsstil der Entscheidung.

1. Zwei Voraussetzungen sind nach Meinung des 5. *Senats* bei der Verhängung der Vermögensstrafe zu beachten: Zum einen dürfen beide Sanktionen – Freiheitsstrafe und Vermögensstrafe zusammen – das Maß schuldangemessenen Strafs nicht übersteigen, also nicht zu einer Strafrahmenerweiterung führen, zum anderen müssen sowohl die Höhe der Vermögensstrafe und die Höhe der dazu festgesetzten Freiheitsstrafe (je für sich genommen) verhältnismäßig sein als auch in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Schon der Umstand, daß der *BGH* sich veranlaßt sieht, hierauf hinzuweisen, offenbart, daß die neue Sanktion offensichtlich gesetzgeberisch unzulänglich formuliert wurde: Der Wortlaut des § 43 a StGB schließt eine Strafrahmenerweiterung nicht aus und läßt das Verhältnis von Vermögensstrafe zur Freiheitsstrafe (nicht nur bei der Berechnung der Ersatzfreiheitsstrafe) offen; daß dies dem Schuldprinzip widerspricht, ist offensichtlich und hätte dem *BGH* eher Anlaß geben sollen, die Vermögensstrafe als verfassungswidrig abzulehnen, als den Weg zu beschreiten, diese gesetzgeberische Fehlleistung nur bzgl. der gravierendsten Unzuträglichkeiten zu korrigieren.

Der damit für die Bewältigung von Rechtsfragen zur Vermögensstrafe vom *BGH* vorgegebene Weg ist aus dem Verfahrensrecht (insbesondere zur V-Mann-Problematik) hinlänglich bekannt und vermag nicht zu überzeugen: Verstößen gegen rechtsstaatliche Grundsätze wird kein klarer und verbindlicher Riegel vorgeschoben, sondern es werden nur periphere Korrekturen an der tatrichterlichen Straftatfolgenbestimmung zur Erreichung ergebnisorientierter (vermeintlicher) Einzelfallgerechtigkeit vorgenommen. Es büßt damit nicht nur das Strafrecht die notwendigen rechtsstaatlichen Konturen ein, sondern es verliert auch die Revisionsrechtssprechung selbst die erforderliche Klarheit und Prognostizierbarkeit.

2. Ein Wort noch zu der Art und Weise, wie der 5. *Strafsenat* vorliegend judiziert: Daß der *BGH* seine Entscheidung nicht argumentativ herleitet und daß die gegen die Vermögensstrafe sprechenden inhaltlichen Bedenken nicht mitgeteilt werden, sondern nur unter Hinweis auf *Dreher/Tiöndle* und *Lackner* abgehandelt werden, ist u.E. mit den anerkannten Standards richterlicher Entscheidungstätigkeit nicht zu vereinbaren. Was man schon in Anfängerhausarbeiten von Studenten erwartet und was in der Referendarausbildung zum täglichen Geschäft der Relationstechnik gehört, nämlich das jeweilige Vorbringen darzustellen und sich mit fundierten Gegenargumenten auseinanderzusetzen, sollte für höchstrichterliche Entscheidungen, in denen erstmals die Verfassungsmäßigkeit einer problematischen Norm behandelt wird, selbstverständlich sein, nämlich eine differenzierte und inhaltlich fundierte Auseinandersetzung mit der neuen Vorschrift und nicht nur die Mitteilung des Ergebnisses der Prüfung. Ist es zuviel verlangt, auch von der Revisionsrechtssprechung die Einhaltung sonst nahezu selbstverständlicher juristischer Entscheidungs- und Begründungsstandards zu erwarten?<sup>25</sup>

Befremden muß auch der Umstand der Verwerfung der Revisionen gem. § 349 II StPO: Revisionen ohne Hauptverhandlung als »offensichtlich unbegründet« zurückzuweisen, in denen erstmals höchstrichterlich Stellung zu einer Vorschrift genommen wird, die eine gravierende Änderung des strafrechtlichen Sanktionensystems mit sich gebracht hat, deren Verfassungsmäßigkeit von nahezu der gesamten Wissenschaft sowie auch von einem Tatgericht<sup>26</sup> bestritten und die von juristischen

mend abgelehnt wird, ist aus der Sicht eines jeden um sachliche, ernsthafte Auseinandersetzung bemühten Juristen ebenso unerträglich wie deprimierend. Die Anwendung des § 349 II StPO auf Fälle wie diese muß Praktiker wie Wissenschaftler bedenklich stimmen. Sie ist Bestätigung für die Vermutung von *Sarstedt*, wonach § 349 II StPO gelegentlich Anwendung bei Revisionsentscheidungen findet, für die Begründungen »sich eben nicht hätten schreiben lassen«<sup>27</sup>. Mit Wortlaut und Sinn des § 349 II StPO ist ein solches Vorgehen nicht zu vereinbaren und wirft die Frage nach Mißbrauchsvorkehrungen gegen die Praxis der Beschlußverfälschung durch den *BGH* auf.

3. Die Beschlüsse sind sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung abzulehnen. Da eine Entscheidung des *BVerfG* zur Vermögensstrafe noch aussteht, bleibt zu hoffen, daß wenigstens dort die für ein rechtsstaatliches Strafrecht unerläßlichen Grundsätze genügende Beachtung finden.

25 Vgl. hierzu die Forderungen von *Naucke* StV85, 187/188.

26 *LG Bad Kreuznach*, StV94, 140/141.

27 *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 5. Aufl., 1983, Rdnr. 463.

Berufsvereinigungen (darunter auch einer so unverdächtigen wie dem Deutschen Richterbund) übereinstim-