

## **Unternehmens-Verfall**

Vortrag, gehalten auf der Alsberg-Tagung 2003 am 21.11.2003 in Berlin  
von Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt am Main

### **Einleitung**

Der Titel ist zweideutig.

Wenn ein Gericht den Verfall gegen ein Unternehmen anordnet, dann erlaubt es die deutsche Sprache, von einem "Unternehmens-Verfall" zu sprechen. Gemeint ist dann: die Verfallserklärung nach § 73 StGB, verhängt gegen ein Unternehmen. Wenn diese zum wirtschaftlichen Ruin des Unternehmens führt, kann man dazu im landläufigen Sinne auch "Unternehmens-Verfall" sagen. Mein Vortrag muss von beiden Bedeutungen handeln, weil nach dem neuen Verständnis der Verfallsvorschriften offenbar von der Strafjustiz der durch richterliche Entscheidung bewirkte Verfall des Unternehmens billigend in Kauf genommen werden soll.

### ***I. Der Verfall***

Den Verfall als strafgerichtlichen Ausspruch gibt es seit 1975. Er war die Konsequenz der Einführung des Tagessatzsystems der Geldstrafe; denn mit der Berechnung der Geldstrafe nach dem Einkommen des Täters war es nicht mehr möglich, auch die Vorteile, die der Täter aus der Straftat gezogen hat, mit zu erfassen. Auch wollte man Gewinne nicht nur zusammen mit Geldstrafe abzuschöpfen. In dem Verfall nach den §§ 73 ff. StGB, der bei Vorliegen einer rechtswidrigen Tat obligatorisch sein sollte, sah man eine sinnvolle und selbständige Ergänzung zur Strafe, die dem zivilrechtlichen Ausgleich dienen und dem Täter und der Allgemeinheit verdeutlichen sollte, dass sich Straftaten nicht lohnen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LK-Schmidt, 11. Aufl. Rn. 2 zu § 73 StGB.

Ursprüngliche Überlegungen, den Verfall - wie auch die Einziehung von Tatgegenständen – an ein schuldhaftes Handeln zu knüpfen und bei dem schuldlos handelnden Täter auf das zivilrechtliche Bereicherungsrecht zu verweisen, hat man bedauerlicher Weise wieder fallen lassen.<sup>2</sup> Eine Entscheidung, die bis heute Probleme bereitet.

1992 wurden die Verfallsvorschriften geändert und das "Nettoprinzip" durch das "Bruttoprinzip" abgelöst. "Bruttoprinzip" bedeutet, der Staat kann über den Verfall nicht mehr nur den reinen "Vorteil" der Tat, sondern das aus der Tat erlangte "Etwas" abschöpfen. Und das heißt *alles*, was der Täter oder ein Dritter aus der Tat erlangt hat, ohne Rücksicht darauf, welche Aufwendungen getätigt wurden. Das war auch einfacher zu rechnen. Der Rauschgifthändler kann also nicht mehr - wie früher unter der Geltung des "Nettoprinzips" - seine Kosten z.B. für die Flugreise nach Bogota oder die drei Handys oder das bereit stehende Fluchtauto von dem für verfallen erklärten Verkaufserlös in Abzug bringen. Er muss seine Kosten und Aufwendungen "doppelt" zahlen, einmal an die Fluggesellschaft, den Handyladen und das Autohaus, das andere mal als Verfall an den Staat.

Nach der Einführung des Bruttoprinzips muss die Rechtsnatur des Verfalls unter neuen Vorzeichen diskutiert werden. Erschien es unter der Geltung des Nettoprinzips noch plausibel, dass der Verfall als "Maßnahme eigener Art" der reinen Abschöpfung des Vorteils und damit dem zivilrechtlichen Ausgleich unrechtmäßiger Vermögensverschiebungen diene, und konnte man dabei auch noch darüber hinwegsehen, dass selbst ein Unschuldiger auf diese Weise entreichert wurde, ist die Lage nach Einführung des "Bruttoprinzips" eine andere geworden. Und das aus folgendem Grund:

Es widerspricht der Idee eines neutralen konditionellen Ausgleichsanspruchs, wenn dem Täter mehr als das, was er durch die Straftat realiter erlangt hat, entzogen wird. Dann wird ihm nämlich über die Wiederherstellung des ursprünglichen Rechtszustandes hinaus ein tatvergeltendes Übel auferlegt.<sup>3</sup> Warum man den Verfall unter solchen Vorzeichen aber nicht Strafe nennen soll, ist nicht einzusehen.

---

<sup>2</sup> E 1962 S. 241

<sup>3</sup> Best, JR 2003, 337; Lackner/Kühl, 24. Aufl. Rdnr. 1 zu § 73 StGB.

Der BGH hat sich bisher von solchen Überlegungen nicht beeindrucken lassen. Er hat auch in seiner jüngsten, sehr grundsätzlichen Entscheidung zum Bruttoverfall<sup>4</sup> gegen ein Unternehmen die Auffassung vertreten, dass der Verfall auch unter Geltung des "Bruttoprinzips" keine Strafe oder strafähnliche Maßnahme sei. Es liege vielmehr eine "Maßnahme eigener Art" vor, da der Verfall ohne Schuld verhängt werden könne, im StGB nicht unter dem Kapitel "Strafen" eingeordnet sei und außerdem primär Abschreckungszwecke verfolge. In dem entschiedenen Fall waren mit der Begründung, dass das komplette Handelsgeschäft "bemakelt" gewesen sei, knapp 4.5 Mio. Euro "brutto" abgeschöpft worden, die ein Papierhersteller über 5 Jahre hinweg aus einem Geschäft mit einem Embargoland als Verkaufserlös erhalten hatte. Von dem für verfallen erklärten Betrag wurden die von dem Unternehmen getätigten Aufwendungen (Einkaufspreis, Lohn- und Herstellungskosten) nicht in Abzug gebracht. Diese musste der Hersteller, das verfallsbetroffene Unternehmen, also noch einmal, jetzt an den Staat zahlen.

Wie Sie nicht nur an meinem Vortrag, sondern auch aus der Literatur<sup>5</sup> ersehen können, wird auch nach der letzten Entscheidung des BGH um die Frage der Rechtsnatur des Verfalls weiterhin gerungen. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass der verschuldensunabhängige Verfall, wäre er eine Strafe, mit der Verfassung nicht in Einklang stünde; denn Strafe setzt Schuld voraus. Dies bedeutet, die Frage der Rechtsnatur entscheidet über Sein oder Nicht-Sein des Verfalls in seiner jetzigen Ausgestaltung.

Auf der anderen Seite ist die Anordnung von Verfall in den letzten Jahren "in Mode gekommen". Der Verfall hat "Konjunktur", wie es der Vorsitzende des 1. Strafsenats *Nack* kürzlich in seinem Vortrag auf der NStZ-Jahrestagung ausdrückte. Die Zahl der Verfallsanordnungen wächst. Nicht mehr "nur" dem einzelnen Rauschgifthändler droht Ungemach durch den Verfall. Die Strafverfolgungsbehörden entdecken mehr und mehr die juristische Person, die Unternehmen, an denen als den "Dritten", die durch die Tat einen Vorteil erlangt haben, die Verfallsabschöpfung "ausgetestet" wird. Da sich unser Strafrechtssystem aber nicht ohne weiteres auf die juristische Person – auch nicht in ihrer Rolle als Dritte - übertragen und anwenden lässt, kommt es hier verstärkt zu Ungereimtheiten, um nicht zu

---

<sup>4</sup> BGHSt 47, 369 ff.

<sup>5</sup> z.B. Best, JR 2003, 337; Hohn, wistra 2003, 321 ff.

sagen, Ungerechtigkeiten, auf die die betroffenen Unternehmen und ihre Organe häufig deshalb besonders empfindlich reagieren, weil es vor allem aufgrund der Höhe der Verfallsbeträge auch um deren Sein oder Nicht-Sein geht.

## **II. Die Praxis beim Unternehmensverfall**

Betrachtet man Fälle der Praxis, zeigt sich, dass sich der Verfall zunehmend als eigenständige Sanktionsform gegen Unternehmen verselbständigt – er wird dadurch zum Ersatz für ein Unternehmensstrafrecht.

### **1. Fall unter Geltung des Nettoprinzips**

Einen der ersten Fälle noch zu Zeiten des "Nettoprinzips" betraf einen Vorwurf aus dem Umweltstrafrecht, an dem ein von mir sehr geschätzter, inzwischen verstorbener Kölner Oberstaatsanwalt bereits im Jahre 1986 ersichtlich "ausprobierete", wie weit man bei einem Unternehmen gehen konnte.

In einem Verfahren wegen fahrlässiger Gewässerverunreinigung waren die Ermittlungsverfahren gegen die Mitarbeiter eines Unternehmens wegen Geringfügigkeit nach den §§ 153 und 153 a StPO eingestellt worden. Das Unternehmen sollte aber einen Verfallsbetrag zahlen. Die Staatsanwaltschaft gelangt mit Hilfe des AG Gummersbach zu folgender "Lösung":

- Die Gewässerverunreinigung war längere Zeit als Grenzwertüberschreitung unerkannt geblieben, weil ein Messgerät in der Abwasserreinigungsanlage defekt war. Nicht zuletzt deshalb hatte die Firma später, nach der Tat, eine neue Abwasserbehandlungsanlage im Werte von 1.67 Mio. DM errichtet. Wäre die Abwasserbehandlungsanlage früher errichtet worden, so die Staatsanwaltschaft, wäre die Gewässerverunreinigung vermieden worden. Dies rechtfertigte nach Ansicht der Staatsanwaltschaft den Verfall in Höhe der ersparten Kosten für eine Abwasserbehandlungsanlage. Man hätte zwar keine so teure Wasserreinigung erbauen müssen, meinte der Staatsanwalt, aber in Höhe von 1 Mio. DM Mindest-Investitionskosten müsse der durch die Straftat erlangte Vorteil doch beziffert werden. Nach dem Nettoprinzip könnten hiervon die steuerlichen Abschreibungsbeträge für den Bau der Anlage abgezogen werden. Dies seien etwa 50 %, also

500.000 DM. Mit einem Sicherheitsabschlag von weiteren 10 % komme man auf einen abzuschöpfenden Betrag in Höhe von 485.000 DM. So entschied dann auch das AG Gummersbach<sup>6</sup>.

Mit dieser zugegebenermaßen findigen, aber in der Verfalls-Berechnung geradezu abenteuerlichen Entscheidung wird in Kommentaren seit Jahren begründet, weshalb auch ersparte Aufwendungen dem Verfall unterliegen sollen.

Gegen die Entscheidung des AG Gummersbach spricht aber Folgendes: Wenn es infolge eines defekten Messgerätes im Abwasserablauf zu einer Gewässerverunreinigung gekommen ist, dann sind in erster Linie die Kosten für das defekte Messgerät erspart worden und nicht die für eine neue Abwasseranlage. Aber selbst wenn man die Kosten für die Errichtung der Abwasseranlage zugrunde legt, hätte berücksichtigt werden müssen, dass das Unternehmen die Anlage bereits gebaut und bezahlt hatte. Es gab nicht den geringsten Grund, ihm diese Aufwendungen noch einmal aufzubürden. Allenfalls hätte das abschöpft werden dürfen, was es an Vorteil brachte, dass die Abwasserreinigungsanlage nicht bereits früher errichtet worden war. Diesen Vorteil hätte man in Zinsbeträgen ausrechnen können, wodurch der Verfall ganz erheblich niedriger ausgefallen wäre. Und ob man noch die inzwischen gestiegenen Baukosten hätte gegenrechnen müssen, dürfte durchaus gefragt werden.

Ich schildere Ihnen diesen Fall vor allem deshalb, weil er schon vor Jahren die Elemente in sich vereinigte, die bis heute die Handhabung des Verfalls in der Praxis ausmachen: "hohe Experimentierfreude" seitens der Ermittlungsbehörden, hohe Summen und "Unschärfen" bei der Handhabung der gesetzlichen Vorschriften.

## **2. Fälle unter Geltung des Bruttoprinzips**

Dies zeigt sich auch an folgendem Fall, bei dem es um die Abschöpfung nach dem Bruttoprinzip geht:

- Ein Unternehmen der chemischen Industrie hat eine betriebliche (Teil)Anlage sicherheitstechnisch verbessert, es aber unterlassen, diese

---

<sup>6</sup> NStZ 1988, 460.

wesentliche Änderung genehmigen zu lassen. Zwar ein formeller Verstoß gegen § 327 StGB, aber ein lässlicher, weil die Änderung genehmigungsfähig war und nach Kenntnis der Behörde auch uneingeschränkt genehmigt wurde. Demzufolge hat die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen die beschuldigten Unternehmensmitarbeiter eingestellt. Mit der Anlage war allerdings über die Jahre des insoweit ungenehmigten Betriebes "brutto" ein Umsatz von 50 Mio. DM erzielt worden. Diesen beabsichtigte die Staatsanwaltschaft von dem Unternehmen als Drittem nach § 73 Abs. 3 StGB abzuschöpfen. Sie konnte davon überzeugt werden, diesen Gedanken fallen zu lassen. Der im Ergebnis ausgehandelte Verfallsbetrag belief sich auf 25.000 € Er hätte auch viel höher oder noch niedriger sein können. Und er hätte auch so hoch sein können, dass bereits die vorläufige Sicherung in Höhe des ursprünglich angestrebten Bruttobetrages zur Insolvenz hätte führen können.

Und noch eine Fallkonstellation, angelehnt an eine wahre Begebenheit, die ich Ihnen so schildern will, wie sie von *Hohn* in seiner Anmerkung zur Entscheidung des BGH zum Bruttoverfall dargestellt ist<sup>7</sup>. (Tatsächlich ist der Fall nicht weniger bemerkenswert):

Ein Bauunternehmen zahlt dem Geschäftsführer einer Abfallverwertungsgesellschaft einer rheinischen Großstadt mehrere Millionen DM dafür, dass dieser die Entscheidung über die Vergabe des Auftrages zum Bau einer Müllverbrennungsanlage zugunsten des Bauunternehmens beeinflusst. Das Bauunternehmen erhält den Auftrag, der ein Volumen von ca. 1 Milliarde DM hat. Der erzielte Gewinn ist marginal. Wenn das Bauunternehmen die Aufwendungen für die beauftragten Subunternehmen nicht in Abzug bringen kann (und es kann es nicht unter der Ägide des Bruttoprinzips), lässt sich ohne Weiteres der obligatorisch abzuschöpfende Verfall mit 1 Milliarde DM beziffern.

*Der Verfasser der Anmerkung Hohn* kommt auf folgende findige Idee, wie sich der Verfallsbetrag auch noch errechnen ließe:

---

<sup>7</sup> wistra 2003, 321 ff.

Wenn man davon ausgeht, so überlegt er, dass das Bauunternehmen nicht den Auftrag aus der Bestechung erlangte, sondern 'lediglich' seine Chance vergrößerte, bei der Vergabe den Zuschlag zu erhalten, ließe sich der Bruttoverfallsbetrag reduzieren. *"Denn nimmt man vereinfachend an, dass nur fünf Unternehmen EU-weit bereit und dazu in der Lage sind, eine Müllverbrennungsanlage solchen Zuschnitts zu errichten, besaß das Bauunternehmen vor der Bestechung eine 20%ige Chance, bei der Vergabe ungeachtet der Vergabekriterien berücksichtigt zu werden. Durch die Bestechung erhöhte sich die Chance und verdichtete sich auf den Zuschlag. Diese Chancenerhöhung ist allenfalls 800 Mio. DM wert."*

Welche Variante der Brutto-Verfalls-Berechnung die richtige ist, kann ich Ihnen beim besten Willen nicht sagen. Ich kann nur feststellen, dass der Unterschied zwischen der einen und der anderen, gleichermaßen plausibel erscheinenden Methode, 200 Mio. DM ausmacht. Soweit die Praxis.

### **III. Das Unternehmen als Verfallsbetroffene**

Einige Bemerkungen zu den rechtlichen Besonderheiten bei einer Verfallanordnung gegen eine juristische Person als Dritte:

Dass der Verfall überhaupt ein Unternehmen treffen kann, also eine juristische Person oder Personengesellschaft, versteht sich nicht von selbst. Aus dem Gesetzeswortlaut folgt dies jedenfalls nicht. Nach § 73 Abs. 1 StGB kann der Verfall grundsätzlich nur gegen den Täter oder Teilnehmer der Tat angeordnet werden. Eine juristische Person kann nicht Täter oder Teilnehmer sein. Deshalb und wegen der Bedeutung des Schuldprinzips gibt es bei uns noch kein Verbandsstrafrecht. Vielleicht sollte man sagen, *noch* nicht, denn seine Einführung wird immer häufiger gefordert.

Für die Anordnung des Verfalls gegenüber einem Unternehmen behilft sich die Praxis mit § 73 Abs. 3 StGB, der wie folgt lautet:

*„Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.“*

Dass der "andere", nicht nur, wie der Wortlaut dies vermuten lässt, eine natürliche, sondern auch eine juristische Person sein kann, wird von der h.M. mittelbar, nämlich aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht hergeleitet. Man liest den „Willen des Gesetzgebers“, dass der Verfall auch gegenüber einer juristischen Person angeordnet werden kann, aus § 30 Abs. 5 OWiG. Die Bestimmung sieht vor, dass die Anordnung des Verfalls gegen eine juristische Person ausgeschlossen ist, wenn bereits eine Geldbuße festgesetzt wurde. Weil in § 30 Abs. 5 OWiG also der Verfall genannt ist, wenngleich mit der Maßgabe, dass er nicht in Betracht kommt, schlussfolgert man, dass der Gesetzgeber auch in § 73 StGB gemeint hat, der Dritte, der durch die Tat "etwas erlangt" hat, könne eine juristische Person sein. Dass dies, wenn es so sein soll, nicht im StGB steht, deutet darauf hin, dass die juristische Person im Gefüge des StGB einen Fremdkörper darstellt. Dies verspricht im Allgemeinen nichts Gutes.

Noch ein Weiteres vermisst man im StGB, nämlich die konkrete Vorgabe, unter welchen Voraussetzungen sich die juristische Person ein "fremdes" Handeln zurechnen lassen muss.

Für die Einziehung von Tatgegenständen nach den §§ 74 ff. StGB regelt § 75 StGB, unter welchen Voraussetzungen Tatgegenstände, die einer juristischen Person gehören, vom Staat vereinnahmt werden dürfen. Nur Handlungen, die jemand als Organ oder Vertreter einer juristischen Person vornimmt, können danach dem Vertretenen, also der juristischen Person so zugerechnet werden, als wenn es deren eigene Handlung wäre<sup>8</sup>. Der Einziehung unterliegt demnach ein Tatgegenstand, der dem Unternehmen gehört, nur dann, wenn er in eine Handlung eines Organs des Unternehmens involviert war.

Hat also z.B. der Vorstand eines Unternehmens entschieden, dass aus Kostengründen eine betriebliche Anlage hinter dem Rücken der Behörde geändert wird und verstößt dies gegen § 327 StGB (Ungenehmigtes Betreiben einer Anlage) kann die Anlage eingezogen werden. Der dadurch bewirkte Eingriff in das Vermögen des Unternehmens bedarf eines Rechtsgrundes. Dieser Rechtsgrund liegt in § 75 StGB und darin, dass die Organe des Unternehmens dementsprechend schuldhaft gehandelt haben.

---

<sup>8</sup> Tröndle/Fischer, 51. Aufl. Rn. 1 a zu § 75 StGB.



Die Einziehung der Anlage ist demgegenüber nicht zulässig, wenn der Schichtarbeiter an derselben Anlage ohne Kenntnis der Geschäftsleitung herumbastelt und diese verändert. Dann kann seine Handlung für das Unternehmen nicht den Verlust der Anlage bewirken; denn hierfür ist keine Rechtsgrundlage vorhanden. § 75 StGB betrifft den Schichtarbeiter nicht. Er ist kein Organ i.S. dieser Vorschrift. Soweit die Einziehung.

Für den Verfall gibt es keine dem § 75 StGB vergleichbare Zurechnungsnorm, so dass es der Rechtsprechung überlassen bleibt, diese Lücke auszufüllen. Der 5. Strafsenat hat sich in seiner Entscheidung im 45. Band dieser Aufgabe – und es war eine schwere – angenommen und wenigstens verhindert, dass Tatgelder, die an einen gutgläubigen Geschäftspartner (Bank) zur Erfüllung eines bestehenden Anspruchs (Darlehen) diesem wieder wegegenommen werden können. Freilich ergeht sich die Entscheidung dann über 9 (!) Seiten hinweg in allen möglichen Auslegungskünsten darüber, was in anderen Fällen doch dem Verfall anheim fallen könne. Insbesondere glaubt der Senat in einem obiter dictum hervorheben zu müssen, dass sich eine Organisation strafbare Handlungen eines jeden ihrer Angehörigen zurechnen lassen müsse, mit der Folge, dass daraus resultierende Vorteile bei ihr als Dritter für verfallen erklärt werden können. Dies soll für betriebliche wie auch kriminelle Organisationen gelten und auch dann, wenn dessen Organe gutgläubig sind. Der Senat begründet seine Auffassung damit, dass der Verfall verschuldensunabhängig verhängt werden könne und deshalb – anders als bei der verschuldensabhängigen Einziehung – eine organschaftliche Beschränkung in der Vertretung nicht erforderlich sei.

Mir scheint, dass sich hier der diffuse Begriff der organisierten Kriminalität mit ihrer arbeitsteiligen hierarchischen Organisationsform verselbständigt hat und auf legale Verbände und Unternehmen im Wege des gedanklichen Kurzschlusses zurückschlägt: Weil illegale Organisationen bis in die kleinsten Verästelungen ihrer Hilfskräfte durch und durch kriminell sind, soll bei legalen Organisationen und Unternehmen sich die juristische Person ebenfalls uneingeschränkt Fehlhandlungen ihrer Hilfskräfte zuschreiben lassen.

Das schafft aber unübersehbare Folgeprobleme. Man stelle sich nur folgende Situation in einem Unternehmen vor:

Ein Betrieb trifft alle Vorkehrungen, um präventiv Straftaten seiner Mitarbeiter zu verhindern. Einer der Angestellten, ein Sachbearbeiter (kein Organ) lässt sich davon nicht beeindrucken und akquiriert hinter dem Rücken seiner Vorgesetzten in strafbarer Weise Aufträge für das Unternehmen. Er gibt in seiner Firma vor, bestimmte Waren würden im Inland verkauft werden, in Wahrheit gelangen sie mit seiner Hilfe in ein Embargoland. Das gutgläubige Unternehmen stellt die betreffenden Waren her, beschäftigt Mitarbeiter und tätigt in nennenswertem Umfang Aufwendungen in diese Geschäfte. Man erhofft sich Folgeaufträge und will deshalb keine Kosten scheuen. Wenn dann der gesamte Verkaufserlös, der durch die Aufwendungen des Unternehmens ohnehin aufgezehrt wurde, nochmals durch den Bruttoverfall abgeschöpft wird, wird dem Unternehmen Vermögen entzogen. Es wird in das Eigentum der juristischen Person eingegriffen. Für eine solche Übelzufügung – oder soll man sagen: Enteignung - gibt es aber keinen Rechtsgrund. Dass irgendeiner seiner Mitarbeiter in strafbarer Weise gehandelt hat und dadurch das Unternehmen „etwas“ erlangte, ist kein Grund für einen über die reine Restitution hinausgehenden Eingriff in dessen Vermögen; denn „das Unternehmen“ ist unschuldig, weil seine Organe unschuldig sind.

Mag sein, dass man der Firma den erzielten Reingewinn "netto" nicht belassen will. Aber dass sie Vorhaltekosten, Personalkosten, Transportkosten und sonstige Aufwendungen noch einmal bezahlen sollte, ist schlicht ungerecht.

*Eberhard Kempf* hat kürzlich in einem Vortrag<sup>9</sup> über das (nicht existierende?) Verbandsstrafrecht völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass es eine Fehlvorstellung sei, dass die Mitarbeiter in einem Unternehmen *"wie Rädchen in einer Maschine – austauschbar sind und alle direkt den Willen der Geschäftsführung ausführen"*. Und dann fährt er fort: *"Ignoriert wird, dass das Unternehmen aus einer Vielzahl eigensinniger Elemente besteht: den Anteilseignern, dem Management, den Arbeitnehmern, den infrastrukturellen Randbedingungen"*.

Und was ist überhaupt mit den Anteilseignern? Wird nicht über den Bruttoverfall letztlich in deren Vermögen eingegriffen, z.B. in das Vermögen der wahrlich unschuldigen Aktionäre einer Aktiengesellschaft?

---

<sup>9</sup> auf der NStZ-Jahrestagung 2003 in Frankfurt am Main

Die "Lösung", die der 1. Strafsenat in seiner Entscheidung zum Bruttoverfall<sup>10</sup> dafür anbietet, dass jedenfalls in den Fällen, in denen der Dritte, bzw. die Organe einer juristischen Person "gutgläubig" gewesen sind, die Härteklausel des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB "zu prüfen" sei, vermag die fehlende Zuweisungsnorm nicht zu ersetzen. Auch die Härteklausel gibt keine Auskunft darüber, wessen "gutes Gewissen" über die Gutgläubigkeit des Dritten, des Unternehmens entscheidet. Sie ist nämlich über alle Maßen (selbst) unbestimmt.

Das Landgericht Mannheim jedenfalls hat den Verfall (wegen eines Embargo-Geschäftes) trotz festgestellter Gutgläubigkeit der Geschäftsleitung des Unternehmens angeordnet. Man war seitens des Gerichts der Auffassung, dies entlaste die Geschäftsleitung nicht, da gerade deren Gutgläubigkeit zeige, dass sie keine ausreichenden Vorkehrungen zur Verhinderung von Straftaten im eigenen Hause getroffen habe. So gesehen soll hier also die Gutgläubigkeit die Bösgläubigkeit des Dritten begründen. Die Sache liegt in der Revision nunmehr dem 1. Strafsenat des BGH vor.

#### **IV. Die Vermögenssicherung im Vorfeld**

Die Lage ist unvollständig dargestellt, wenn man nicht auch einen kurzen Blick auf die vorläufigen Sicherungsmaßnahmen und ihre Folgen wirft.

Die Vermögenssicherung im Ermittlungsverfahren wird derzeit so gehandhabt - sei es bei natürlichen, sei es bei juristischen Personen - , dass es für den Betroffenen praktisch keinen Unterschied macht, ob die Arreste, die verhängt werden endgültig oder "nur" vorübergehend in der Welt sind. Wird der Arrest zur vorläufigen Sicherung nach den §§ 111 b ff. StPO vollzogen, bedeutet dies den Entzug der gesicherten Vermögenswerte. Die Bankkonten sind beschlagnahmt, bei Grundstücken und Immobilien besteht durch eine entsprechende Eintragung in das Grundbuch ein Veräußerungsverbot, Forderungen werden gepfändet. Die Zivilprozessordnung regiert den Strafprozess und dies kann zum Ruin des Unternehmens führen, also zum Unternehmensverfall im (gedachten) zweiten Sinne meines Themas – und dies alles in einer Phase des Verfahrens, in dem selbst be-

---

<sup>10</sup> BGHSt 47, 369 ff; vgl. auch BGH, 1. Strafs., wistra 2003, 424

zogen auf die strafbaren Handlungen nur ein Verdacht und noch kein Beweis vorliegt.

Keine Bank und kein Kunde eines Unternehmens lässt sich damit "beruhigen", dass § 111 d Abs. 2 StPO nicht die unmittelbare und uneingeschränkte Anwendung der Arrestvorschriften der ZPO anordnet, sondern nur dessen sinngemäße, auf die besonderen Bedürfnisse des Ermittlungsverfahrens – namentlich die Unschuldsvermutung - abgestimmte Anwendung.

Was es bedeutet, bei der vorläufigen Sicherung mittels des Arrestes nach der ZPO an die Unschuldsvermutung im Strafprozess zu denken, kristallisiert sich in der Praxis auch erst allmählich heraus. So hat das OLG Düsseldorf verdienstvoller Weise klargestellt, dass die Kosten für die Eintragung einer Zwangshypothek zu Zwecken des Verfalls nicht vom Beschuldigten zu tragen sind<sup>11</sup>. Es begründet dies in seiner Entscheidung damit, dass es mit der Unschuldsvermutung nicht vereinbar ist, den Verfallsbetroffenen vor der rechtskräftigen Entscheidung mit den Kosten für eine vorläufige Verfallsanordnung zu belasten.

Nötig war auch eine weitere Entscheidung des OLG Düsseldorf, nach der in Fällen der Rückgewinnungshilfe das Sicherungsbedürfnis des Verletzten entfällt, wenn mit der Geltendmachung von Ansprüchen in nennenswerten Umfang nicht mehr zu rechnen ist<sup>12</sup>. Dies beseitigt (hoffentlich) den Missstand, der häufig dadurch entsteht, dass ein vermeintlich Geschädigter zunächst den Ausgang des Strafprozesses abwarten möchte, um dann in aller Ruhe zu entscheiden, ob er sich geschädigt fühlen und das Risiko einer zivilrechtlichen Klage eingehen soll. In diesen Fällen ist die Sicherung einer Rückgewinnungshilfe mit allen ihren einschneidenden Folgen für den Verfallsbetroffenen, sei es nun eine juristische oder eine natürliche Person, unbillig und muss deshalb beendet werden.

---

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf StV 2003, 550

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf StV 2003, 547

## V. *Strafe oder nicht?*

Das ist also die Lage und ich meine, sie macht es dringend nötig, endlich eine Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur des Verfalls zu finden. Man muss aber die Frage *richtig* stellen.

Wer, wie der 1. Strafsenat in der Entscheidung zum Bruttoprinzip, nur danach fragt, wo im StGB der Verfall systematisch eingeordnet ist und ob er an Schuld geknüpft ist, kommt nicht weit. Dass der Verfall nur eine rechtswidrige, aber keine schuldhaft Tat voraussetzt und auch nicht im Kapitel "Strafen" aufgeführt ist, taugt nicht zur Begründung, dass es sich tatsächlich nicht um eine Strafe im materiellen Sinne handelt. Es liegt vielmehr ein Zirkelschluss vor, noch dazu einer, den der BGH vom Gesetzgeber übernommen hat<sup>13</sup>.

Hätte der BGH Recht, dann dürfte nicht einmal das Rückwirkungsverbot (§ 2 Abs. 5 StGB) gelten, und ob die Verjährungsvorschriften anwendbar sind, wäre fraglich. Dies könnte sogar zur Folge haben, dass man heute noch die Umsätze, die zu einer Zeit vor der Einführung des "Bruttoprinzips" (1992) durch strafbare Handlungen erzielt und die längst ausgegeben wurden, für verfallen erklären dürfte. Das kann nicht richtig sein. Auch die Auffassung des 1. Strafsenats, dass der Verfall ein Instrument zur Abschreckung darstelle, ist kein Argument gegen die Einordnung als Strafe; denn bekanntlich soll Strafe ja auch der Abschreckung dienen.

Die Frage, die zu stellen und zu beantworten ist, muss vielmehr lauten: Reicht es aus, den Verfall allein an eine rechtswidrige Handlung zu knüpfen, auch wenn mittels des Bruttoprinzips erhebliche Vermögenswerte bei Tatunbeteiligten abgeschöpft werden können, die über die reine Restitution hinausgehen? Die Antwort lautet: Nein, es reicht nicht aus. Wenn das Verschuldensmoment als Regulativ für die Anordnung und die Höhe des Verfalls außer Betracht bleiben, erleiden die Verfallsbetroffenen rechtsstaatliche Einbußen. Und dies lässt sich an vier markanten Merkmalen der Verfallsanordnung nach dem "Bruttoprinzip" zeigen:

---

<sup>13</sup> Hohn, wistra 2003, 321 ff

### **1. Es geht um ruinös hohe Summen.**

Die Abschöpfung nach dem Bruttoprinzip eröffnet praktisch die Möglichkeit einer konfiskatorischen, und damit ruinösen Vermögensabschöpfung. Nach dem verschuldensunabhängigen Bruttoprinzip ist es nicht möglich, den Verfallsbetrag an den Grad des etwaigen Verschuldens zu knüpfen. Dies bedeutet, unabhängig davon, ob eine Tat fahrlässig oder vorsätzlich oder absichtsvoll begangen wurde, kann die gleiche Verfallssumme abgeschöpft werden. Eine nicht am Maß der Schuld orientierte Sanktion in Form einer Vermögenskonfiskation bedeutet Enteignung und verstößt gegen Art. 14 GG<sup>14</sup>.

### **2. Konkrete Zuordnungskriterien fehlen.**

Weil es beim Verfall keine organschaftliche Vertreterregelung gibt, die bestimmt, unter welchen Voraussetzungen sich ein Unternehmen das Handeln eines anderen (des Täters) zurechnen lassen muss, ist das Risiko für eine juristische Person als Dritte i.S. des 73 Abs. 3 StGB mit einem u.U. ruinösen Verfall überzogen zu werden, nicht kalkulierbar und auch nicht vermeidbar. Dies ist rechtsstaatswidrig.

### **3. Unschuldige werden mitbetroffen.**

Weil es auch für den Verfall bei dem Dritten nicht darauf ankommt, ob er im Hinblick auf die Tat gutgläubig oder bösgläubig ist, kann der Verfall auch in den Fällen gegen ein Unternehmen verhängt werden, in denen dessen Organe von der Tat keine Kenntnis haben und/oder alle Anstrengungen zur Verhinderung von Straftaten unternommen haben. Ohne das Kriterium eines Verschuldens begründet auch dies einen unzumutbaren Eingriff in das Vermögen.

### **4. Die zu unbestimmte Härteklausel löst das Problem nicht.**

§ 73 c StGB bestimmt ausdrücklich nicht, was eine Härte i.S. dieser Vorschrift ist. Es handelt sich zudem um eine Ausnahmeregel, die den Regelfall einer Bruttoab-

---

<sup>14</sup> NJW 2002, S. 1779 ff./1787.

schöpfung nicht auffangen soll. Damit ist sie kein taugliches und ausreichendes Eingrenzungsinstrument.

## **VI. Fazit**

Dies alles spricht dafür, dass der Verfall auf der Basis des Bruttoprinzips auf das Regulativ der Verknüpfung mit der Schuldfrage nicht verzichten kann. Dann ist aber der Verfall in seiner derzeitigen Ausgestaltung als schuldunabhängige „Maßnahme eigener Art“ unzulässig, weil er verfassungswidrig ist.