

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von der

Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen

Band 28

Albin Eser

Die strafrechtlichen
Sanktionen
gegen das Eigentum



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

INHALTSÜBERSICHT

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Gliederungsaufsatz	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX

§ 1 Einleitung	1
--------------------------	---

1. Teil

ALLGEMEINE GRUNDLEGUNG

1. Kapitel: Bestandsaufnahme des geltenden Rechts

§ 2 Die historischen Vorläufer	13
§ 3 Chronologie der Eigentumssanktionen seit 1871	23
§ 4 Die Grundstruktur der Eigentumssanktionen im geltenden Recht	45
§ 5 Typologie der Eigentumssanktionen	48
§ 6 Ihre Rechtsnatur	57
§ 7 Gesamtbeurteilung	97

2. Kapitel: Die kriminalpolitischen Ziele einer Neuordnung der Eigentumssanktionen

§ 8 Die sachliche Zielsetzung	101
§ 9 Konstruktive Probleme der gesetzlichen Einziehungsgestaltung	129

3. Kapitel: Verfassungsrechtliche Fundierung

§ 10 Einziehung und Eigentumsgarantie	144
§ 11 Sonstige verfassungsrechtliche Berührungspunkte	193

2. Teil

DIE GESTALTUNG DER EIGENTUMSSANKTIONEN IM EINZELNEN

4. Kapitel: Die Grundtypen der Eigentumssanktionen und ihre generellen Voraussetzungen

§ 12 Die tätergerichtete Strafeinziehung	209
§ 13 Die „strafähnliche“ Dritteinziehung	221
§ 14 Sicherungseinziehung, Unbrauchbarmachung und sonstige sichernde Eigentumssanktionen	247
§ 15 Die Gewinnabschöpfung als Ausgleichsverfall	284

<i>5. Kapitel: Objektbezogene Kategorien der Eigentumssanktionen</i>	
§ 16 Der maßgebliche Gegenstands- und Eigentumsbegriff	300
§ 17 Die Typen der Einziehungsobjekte und ihre Umgrenzung	316
§ 18 Die Ersatzeinziehung	337
<i>6. Kapitel: Richterliche Sanktionsbemessung und Entschädigung</i>	
§ 19 Einziehung und richterliches Ermessen	348
§ 20 Die Entschädigung	365
§ 21 Schlußbemerkung. Eigener Regelungsvorschlag	377
<i>Anhang:</i>	
Schrifttumsverzeichnis	382
I. Spezielles Schrifttum zu den Eigentumssanktionen	382
II. Allgemeines Schrifttum	388
Gesetzesverzeichnis	401
Verzeichnis der Reformentwürfe	406
Rechtsprechungsregister	407
Sachregister	423

GLIEDERUNGSAUFRISS

§ 1 Einleitung	1
A) Ziel und Gegenstand der Untersuchung	1
I. Die Reformbedürftigkeit des Einziehungsrechts	1
II. Seine bisherige dogmatische Vernachlässigung	3
III. Betrachtung der Eigentumssanktionen als Gesamtphänomen	4
IV. Gang der Untersuchung	4
B) Abgrenzung des Untersuchungsbereiches	5
I. Materiell nach dem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff	5
1. Negativ: Geldstrafe, Geldbuße, Wiedergutmachungsbußen	5
2. Positiv: Einzeleinziehung, allgemeine Vermögenseinziehung, Gewinnabschöpfung, Unbrauchbarmachung	6
3. Grenzfälle: Verfall von Rechten, bruchteilige Vermögenseinziehung, Ersatzeinziehung	7
II. Formell nach dem Begriff des Strafrechts i. w. S.	8
1. Positiv: StGB, Nebenstrafrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht	8
2. Negativ: gemeinnützige Eigentumsentziehungen, polizeiliche und sonstige öffentlich-rechtliche Einziehungen	8
III. Nach dem Charakter der Sanktion	9
1. Positiv: Strafe, Sicherungsmaßregel, Ausgleichsmaßnahme	9
2. Negativ: prophylaktische Anordnungen, reine Vollzugsmaßnahmen	9
C) Zur Terminologie	10

1. Teil

ALLGEMEINE GRUNDLEGUNG

1. Kapitel: Bestandsaufnahme des geltenden Rechts	12
§ 2 Die historischen Vorläufer	13
A) Die Konfiskation im römischen Recht	13
I. Die allgemeine Vermögenseinziehung	13
II. Die Spezialkonfiskation	16
1. Präventive und punitive Sanktionen	16
2. Zivilistischer Ausgleichsverfall	16
B) Die Entwicklung im deutschen Recht	18
I. Bis zum Gemeinen Recht	18
II. Die Partikulargesetzgebung	20
§ 3 Chronologie der Eigentumssanktionen seit 1871	23
A) Die Entwicklung innerhalb des StGB	23

I. Ausgangslage	23
1. Die Allgemeinregelung der §§ 40 bis 42 a. F.	23
2. Sondervorschriften	25
II. Neueinfügungen bis Ende des 2. Weltkrieges	26
1. Nachbildungen der bisherigen Vorschriften	26
2. Ausweitungs-tendenzen in den 30er Jahren	27
3. Milderung der Dritteinziehung	28
III. Die Entwicklung seit 1949	29
B) Die Entwicklung im Nebenstrafrecht	31
I. Die Rechtslage bei Inkrafttreten des StGB	31
1. Ausrichtung an den Sondervorschriften des StGB	31
2. Besonderheiten bei der urheberrechtlichen Einziehung	32
II. Neuerungen im Gefolge des 1. Weltkrieges	33
1. Der Verfall nach Kriegswirtschaftsrecht	33
2. Aufkommen der Gewinnabschöpfung	34
3. Verschärfende Tendenzen: allgemeine Vermögenseinziehung	35
4. Zukunftsweisende Gedanken: Schuld-kriterien bei Dritteinziehung	36
C) Die Neuorientierung am Grundgesetz	38
I. Die allgemeinen Tendenzen	38
II. Der Beitrag der Rechtsprechung	38
1. Ausgangspunkt: die Einziehungshärten im Steuerstrafrecht	39
2. Die Ermessens-Rechtsprechung der Obergerichte	40
3. Die Rechtfertigungslehre des BGH: der Dritteinziehungs-katalog	41
a) quasi-schuldhaftes Verhalten	41
b) mangelnder Schaden	41
c) Haftung für Vertreter	42
d) Sicherungsbedürfnis	42
e) bösgläubiger Erwerb	42
III. Der Einfluß auf Praxis und Reform	43
§ 4 Die Grundstruktur der Eigentumssanktionen im geltenden Recht	45
A) Die Allgemeinregelung	45
B) Abweichende Sonderregeln	47
§ 5 Typologie der Eigentumssanktionen	48
A) Die maßgeblichen Typisierungskriterien und ihre positiv-rechtlichen Modalitäten	49
I. Qualität der Anknüpfungstat	49
II. Sanktionsadressat (Tatbeteiligter, Dritter)	50
III. Gegenständlicher Objektskreis	50
IV. Ermessensspielraum	52
V. Intensität der Sanktion	52
VI. Selbständige Anordnung	53
B) Die Grundtypen der Eigentumssanktionen	53
I. Das täterbezogene Grundmodell	54
II. Das objektbezogene Grundmodell	55
III. Das eigentümerbezogene Grundmodell	56
IV. Das reparative Grundmodell	56
V. Mischformen	57

§ 6 Die Rechtsnatur der Eigentumssanktionen	57
A) Die Relevanz der Fragestellung	57
B) Stand und Kritik der Meinungen	61
I. Die Unergiebigkeit der Materialien	61
II. Die monistischen Einziehungstheorien	62
1. Die pönale Einheitstheorie	62
2. Die polizeilich-präventive Einheitstheorie	65
III. Die dualistischen Einziehungstheorien	67
1. Die Grundlegung durch HEINZE und STROOSS	68
2. Die konkret-dualistische Lehre	70
3. Die (herrschende) abstrakt-dualistische Lehre	72
4. Der Standpunkt der Rechtsprechung	73
5. Die individuell-finale Doppellehre	76
IV. Sonderlehren zur Dritteinziehung	77
1. Die Lehre von der „Garantenschaft“	78
2. Die „dingliche Haftung“ i. S. des RG	80
3. Die sog. „strafähnliche“ Dritteinziehung	81
V. Zivilistische Deutungen	82
1. Beim Entgeltverfall	82
2. Bei der Gewinnabschöpfung	84
3. Bei den urheberrechtlichen Eigentumssanktionen	87
4. Allgemeine reparative Gesichtspunkte	88
C) Eigene Auffassung	89
I. Ablehnung der monistischen Lehre	89
II. Die Mehrspurigkeit als Ausgangspunkt	89
III. Die maßgeblichen Anhaltspunkte (Ausrichtung an den Grundmodellen)	90
IV. Der entscheidende Betrachtungsstandpunkt	92
1. Die denkbaren Wege	92
2. Kritik der abstrakten Lehren	92
3. Begründung der individuell-finalen Konzeption	93
4. Ihre Grenzen	95
V. Ergebnis	96
§ 7 Gesamtbewertung	97
2. Kapitel: Die kriminalpolitischen Ziele einer Neuordnung der Eigentumssanktionen	100
§ 8 Die sachliche Zielsetzung	101
A) Die allgemeinen Leitprinzipien	101
I. Einheitlichkeit der Grundkonzeption	101
II. Systemgerechtigkeit	101
III. Konformität mit der Verfassung	102
B) Die einziehungspolitische Grundentscheidung	103
I. Gegen die allgemeine Vermögenskonfiskation	103
II. Für die Einzeleinziehung	105
C) Die Zwecke der Einzeleinziehung im einzelnen	107
I. Die allgemeine Tendenz	107

II. Die Straffunktion	108
1. Die legitimen Strafzwecke	109
2. Tauglichkeitskriterien	111
3. Erforderlichkeit	112
4. Strafeinziehung und Wiedergutmachung	116
III. Die Sicherungsfunktion	118
IV. Die Ausgleichsfunktion	120
V. Die Makel-Theorie	123
§ 9 Konstruktive Probleme der gesetzlichen Einziehungsgestaltung	129
A) Die Konzeption des E 1960/62 und des EGOWiG	130
I. Das Strukturprinzip	130
II. Grundmängel	131
1. Die Einziehung als „mixtum compositum“	131
2. Verkürzung der Pluralität der Einziehungszwecke	132
3. Überdehnung einzelner Zwecke	133
B) Der Standort der Einziehung in der Zweispurigkeit	136
I. Sondernatur der Einziehung?	136
II. Das Spannungsverhältnis von Rechtsfolge und Rechtsfolgevor- aussetzungen	138
C) Schlußfolgerungen	140
I. Prinzip der Einheitlichkeit	140
II. Pluralismus der Einziehungszwecke und seine konstruktive Ver- wirklichung	141
3. Kapitel: Verfassungsrechtliche Fundierung	143
§ 10 Einziehung und Eigentumsgarantie	144
A) Problemstellung	144
I. Die Suche nach einem einheitlichen Rechtfertigungsprinzip	144
II. Die Relevanz der Eigentumsgarantie	146
B) Die bisherigen Lösungswege	148
I. Vorkonstitutionelle Begründungen	148
II. Leugnung des Eingriffscharakters	150
1. Die „Schutzunwürdigkeitstheorie“	150
2. Die „Schrankenverweisungstheorie“	152
III. Einziehung als Enteignung	155
1. Der „technische“ Enteignungsbegriff i. S. des Art. 14 III GG	155
2. Stand der Meinungen	157
3. Eigene Beurteilung	159
IV. Rechtfertigung aus der Schrankenziehungsbefugnis (Art. 14 I 2 GG)	166
1. Eigentumsentziehung als Schrankensetzung	166
2. Art. 14 I 2 GG als formale Einziehungsgrundlage	169
C) Eigene Konzeption	170
I. Die Gemeinwohlklausel (Art. 14 II GG) als Sitz der materiellen Einziehungs- <i>causa</i>	170

II. Der Verwirkungsgedanke	173
1. Abhebung gegen unkritische Verwirkungsauffassungen	173
2. Die Verwirkbarkeit von Grundrechten	175
3. Absicherung gegenüber der Verwirkungsexklusivität des Art. 18 GG	176
III. Der verwirkungsbegründende Mißbrauch	178
1. Der maßgebliche Mißbrauchsbegriff	178
2. Objektive Mißbrauchsvoraussetzungen	181
3. Subjektive Mißbrauchskriterien	184
4. Zwischenergebnis	185
IV. Die Verwirkungsfolgen	186
1. Verlust des grundrechtlichen Eigentumsschutzes	186
2. Identitätserfordernis	187
3. Die Notwendigkeit eines besonderen Entziehungsaktes: die „Zweitaktivität“ des Verwirkungsprozesses	188
4. Die Bedeutung des Entziehungs-„modus“	190
D) Ergebnis	191
§ 11 Sonstige verfassungsrechtliche Berührungspunkte	193
A) Mit allgemeinen Verfassungsprinzipien	193
I. Die Wesensgehaltssperre	193
1. Bei der Einzeleinziehung	193
2. Bei der Vermögenskonfiskation	194
II. Das Übermaßverbot	195
1. Sein Inhalt: Erforderlichkeit — Geeignetheit — Verhältnis- mäßigkeit	195
2. Seine Funktion: konstitutiv und limitierend	196
B) Einziehung, Unbrauchbarmachung und Art. 5 GG	197
I. Problemstellung	197
1. Die denkbaren Kollisionsfälle	197
2. Die bisherige Behandlung in Rechtsprechung und Schrifttum	199
II. Die einziehungsbeschränkende Kraft der Meinungs- und Kunst- freiheit	200
1. Die eigenständige Relevanz dieser Freiheitsrechte	200
2. Ungeschützter Bereich	201
3. Geschützter Bereich	202
III. Folgerungen	204
C) Schlußbemerkung	207

2. Teil

DIE GESTALTUNG DER EIGENTUMSSANKTIONEN IM EINZELNEN

4. Kapitel: Die Grundtypen der Eigentumssanktionen und ihre generellen Voraussetzungen	208
§ 12 Die tätergerichtete Strafeinziehung	209
A) Allgemeines	209
I. Zur Rechtfertigungsfrage	209
II. Die strafrechtlichen Anordnungskriterien	209

B) Grenzfragen zur Anknüpfungstat	212
I. Tatbeteiligung mehrerer	212
II. Versuch und Vorbereitungshandlung	214
C) Die Relevanz der Eigentumsverhältnisse	216
I. Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt	216
II. Zur Haftung des Erben	219
§ 13 Die „strafähnliche“ Dritteinziehung	221
A) Der Problembereich	221
B) Die grundrechtliche Verwirklichungsproblematik	224
I. Das Mißbrauchskriterium im allgemeinen	224
II. Einzelkritik	225
1. Die Beihilfe-Klausel	225
2. Die Erwerbs-Klausel	226
3. Die Ausnützungs-Klausel	227
C) Kritik aus strafrechtlicher Sicht	228
I. Der materielle Strafcharakter der repressiven Dritteinziehung	228
II. Die Konsequenzen	232
1. Im objektiven Bereich	232
2. Subjektive Aspekte	236
D) Gesamtwürdigung	238
I. Unhaltbarkeit der „strafähnlichen“ Dritteinziehung	238
II. Legitime Ersatzlösungen	239
1. Für die Beihilfe-Klausel	239
2. Für die Erwerbs- und Ausnützungs-Klauseln	239
E) Speziell zu den Organ- und Vertreterklauseln	241
I. Problemstellung	241
II. Bei Vertretung natürlicher Personen	242
III. Einziehung gegenüber Verbänden	244
1. Vorfrage: die Straffähigkeit von Verbänden	244
2. Identität von Mitgliedern und Organen	245
§ 14 Sicherungseinziehung, Unbrauchbarmachung und sonstige sichernde Eigentumsanktionen	247
A) Ihre kennzeichnenden Merkmale	247
B) Die Rechtfertigungsfrage	249
I. Im allgemeinen	249
II. Bei der Dritteinziehung im besonderen	250
1. Die objektive Zustandshaftung	250
2. Die subjektive Zurechenbarkeit	251
3. Die Funktion des Sicherungsbedürfnisses	252
C) Das Sicherungsbedürfnis im einzelnen	253
I. Die gesetzlichen Formeln	253
II. Das Schutzobjekt der Sicherung	254
1. Die zweifache Schutzrichtung	254
2. Die gegenstandsbezogene Schutzklausel des § 40 II Nr. 2	255
1. Alt. StGB	255
3. Die Tatverhinderungsklausel des § 40 II Nr. 2 2. Alt. StGB	257

III. Die maßgeblichen Gefährlichkeitskriterien	258
1. Kritik der abstrakten Lehre	259
2. Die relative Gefährlichkeitsbeurteilung	261
a) nach Art und Beschaffenheit der Sache	262
b) nach objektiven Situations- und Geeignetheitskriterien	262
c) persönlichkeitsbedingte Faktoren	263
d) speziell beim Dritteigentümer	264
IV. Richterliche Gefährlichkeitsprognose oder gesetzliche Gefährlichkeitspräsumtion?	265
1. Das Erfordernis einer individuellen Gefährlichkeitsbeurteilung	265
2. Der Intensitätsgrad des nachzuweisenden Sicherungsbedürfnisses	267
V. Ergebnis	268
D) Sicherungssanktion und Übermaßverbot	268
I. Das Erforderlichkeitskriterium	269
1. Seine bisherige Beachtung	269
2. Seine Bedeutung für die Art und Wahl der Sanktion	270
a) Volle Entziehung oder Vernichtung	270
b) Unbrauchbarmachung	271
c) Beseitigung äußerer Kennzeichen	271
d) Außerverkehrziehung	272
e) Verfügungsaufgaben	272
f) Nachträgliche Einziehung	272
3. Seine Bedeutung für den Umfang der Sanktion	273
a) Beschränkung auf Teile	273
b) Herausgabe des Erlöses	273
II. Das Geeignetheitskriterium	274
1. Seine Funktion	274
2. Die Hauptfälle zweckuntauglicher Maßnahmen	275
E) Die Anknüpfungstat	277
I. Das Erfordernis einer Anknüpfungstat	277
II. Die Qualität der Anknüpfungstat	279
1. Verwirklichung des vollen Unrechtstatbestandes	279
2. Verzicht auf subjektive Schuldskriterien	281
F) Schlußfolgerungen	282
§ 15 Die Gewinnabschöpfung als Ausgleichsverfall	284
A) Gegenstand, Zweck und Rechtfertigung	284
B) Die personbezogenen Voraussetzungen der Gewinnabschöpfung	286
I. Die Anknüpfungstat	286
1. Ihre Qualität: tatbestandsmäßig — rechtswidrig	286
2. Keine Beschränkung auf gewinnbezogene Tatbestände	287
II. Der erfaßte Personenkreis	287
1. Tatbeteiligte	288
2. Drittempfänger	289
3. Verbände	289
4. Grenze: der beherrschbare Einflußbereich	289

C) Der gegenständliche Umfang	291
I. Die abzuschöpfenden Vermögensvorteile	291
1. Nur Tatgewinne i. e. S.	291
2. Die Problematik der „mittelbaren“ Tatgewinne	291
II. Die Berücksichtigung von Gegenansprüchen	294
1. Die zu berücksichtigenden Interessensphären: Tatopfer, Täter, Allgemeinheit	294
2. Lösungswege	295
a) Abschöpfung trotz Gegenansprüchen (dänische Konzeption)	296
b) Abschöpfung mit Ausgleichspflicht des Fiskus (R. SCHMITT)	297
c) Keine Abschöpfung bei Gegenansprüchen (materiell-rechtliche Lösung des E 1962 und des AE)	297
d) Keine Abschöpfung, aber Sicherstellung der Gewinne (prozessuale Lösung des Sonderausschusses)	298
e) Eigener Vorschlag: bedingter Gewinnverfall	298
5. Kapitel: Objektbezogene Kategorien	300
§ 16 Der maßgebliche Gegenstands- und Eigentumsbegriff	300
A) Zum einziehungsrechtlichen Begriff des „Gegenstandes“	300
I. Die Sachnatur der Einziehungsobjekte	300
II. Identitätsfragen	304
1. Bei fungiblen Werten	304
2. Bei vermischten und verarbeiteten Gegenständen	305
3. Bei Zubehör	306
III. Teileinziehung	306
B) Der einziehungsrechtliche Eigentumsbegriff	308
I. Grundsätzliches	308
II. Speziell zum Vorbehalts- und Sicherungseigentum	309
1. Die Behandlung nach dem Dritteinziehungsgrund des „mangelnden Schadens“	309
2. Vorbehalts- und Sicherungseigentum als Sicherungsrechte	311
3. Folgerungen für die wichtigsten Fallkonstellationen	315
III. Ergebnis	316
§ 17 Die Typen der Einziehungsobjekte und ihre Umgrenzung	316
A) Die Notwendigkeit der Typenbildung	316
B) Die Tatobjekte (i. w. S.)	318
I. Die Tatwerkzeuge	318
1. Abgrenzung gegenüber den corpora delicti	318
2. Tatzusammenhang: „gebraucht“, „bestimmt“	321
3. Die Problematik der „mittelbaren“ Tatwerkzeuge	323
II. Die sog. „Beziehungsgegenstände“ und sonstigen Tatobjekte	329
C) Die Tatfrüchte (scelere quaesita i. w. S.)	331
I. Die Tatprodukte	331
II. Tatgewinne und sonstige durch die Straftat „erlangte“ Gegenstände	332
1. Ihre Erfassung im geltenden Recht	332
2. De lege ferenda	333
III. Das Tatentgelt	335

§ 18 Die Ersatzeinziehung	337
A) Bestandsaufnahme	337
I. Allgemeine Übersicht	338
II. Typen der Ersatzeinziehung: Surrogateinziehung — Wertersatzeinziehung — Wertersatzstrafe — Erlöseinziehung bei Notveräußerung	338
1. Hinsichtlich des Betroffenen	340
2. Hinsichtlich der Ersatz-Voraussetzungen	340
B) Rechtfertigung und Zweck der Ersatzeinziehung	340
I. Die Problematik der Eigentumsgarantie	340
1. Zur unspezifischen Wertersatzeinziehung	341
2. Zur spezifischen Surrogateinziehung	342
II. Der Sachgrund	342
1. Bei der ersatzweisen Sicherungseinziehung	343
2. Bei der ersatzweisen Strafeinziehung	345
C) Folgerungen	345
I. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen	346
II. Hinsichtlich des Umfangs	348
6. Kapitel: Richterliche Sanktionsbemessung und Entschädigung	348
§ 19 Einziehung und richterliches Ermessen	348
A) Allgemeines	348
I. Wahl der Sanktionsart	349
II. Grenzen des richterlichen Ermessensspielraums	349
1. Bindung an Art und Grad des Sanktionsbedürfnisses	350
2. Konkurrenz mehrerer Sanktionszwecke	351
3. Übergewicht eines Sanktionszweckes	351
B) Übermaßprobleme	352
I. Tat- und Schuldangemessenheit der Strafeinziehung	352
1. Stand der Frage	354
2. Die wichtigsten Konfliktsfälle	356
3. Einziehung und Gesamtstrafzumessung	358
II. „Gefährangemessenheit“ der Sicherungsmaßregel	358
1. Die Beurteilungskriterien	359
2. Die Konsequenzen	360
III. Die Problematik der obligatorischen Einziehung	360
1. Entwicklung und Stand der Meinungen	362
2. Das tragende Prinzip	363
3. Seine praktische Verwirklichung	365
§ 20 Die Entschädigung	365
A) Übersicht über die gesetzlichen Entschädigungstypen	367
B) Entschädigungspflicht aus Art. 14 III GG	367
I. Grundsätzliches	369
II. Die entschädigungspflichtigen Fälle	369
1. Einziehungsbedingtes Erlöschen beschränkt dinglicher Drittrechte	369

2. Nichtsicherungs- und nichtsausgleichsbedürftige Dritteinziehung	371
3. Bei „fehlerhafter“ Dritteinziehung	372
III. Ausmaß der Entschädigung	373
C) Billigkeitsentschädigung	374
I. Nichtentschädigungsfähige Sanktionen	374
1. Strafeinziehung	374
2. „Strafähnliche“ Dritteinziehung	375
3. Gewinnabschöpfung	375
II. Entschädigungsfähige Fälle	375
1. Sichernde Eigentumssanktionen	375
2. Umfang	376
3. Ausschußklauseln	376
§ 21 <i>Schlußbemerkung. Eigener Regelungsvorschlag</i>	378
<i>Anhang:</i>	
Schrifttumsverzeichnis	382
I. Spezielles Schrifttum zu den Eigentumssanktionen	382
II. Allgemeines Schrifttum	388
Gesetzesverzeichnis	401
Verzeichnis der Reformentwürfe	406
Rechtsprechungsregister	407
Sachregister	423

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen entsprechen durchwegs den allgemein üblichen Abkürzungen, wie sie bei HILDEBERT KIRCHNER, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl. 1968, wiedergegeben sind.

Sonstige Abkürzungen:

AE	= Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, vorgelegt von J. BAUMANN u. a., 1966.
a. F., n. F.	= alte Fassung, neue Fassung. Soweit nicht anders angegeben (vgl. Gesetzesverzeichnis im Anhang), bezieht sich a. F. jeweils auf die ursprüngliche Fassung des betreffenden Gesetzes, n. F. auf die Änderung, die die betreffende Vorschrift durch das EGOWiG vom 24. 5. 1968 (BGBl. I 503) erfahren hat.
BR-Drs.	= Bundestags-Drucksache (mit Nr. und Jahr).
BT-Drs.	= Bundestags-Drucksache (mit Wahlperiode und Nr.).
E	= Entwurf (mit Jahr).
EGOWiGE	= Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, BT-Drs. V/1319.
GE	= Gegenentwurf (mit Jahr).
Materialien	= Materialien zur Strafrechtsreform. 1954 ff.
n. F.	= neue Folge bzw. neue Fassung; vgl. aber auch oben zu a. F.
Niederschriften	= Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission; zitiert nach Band und Seite.
OWiGE	= Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, BT-Drs. V/1269.
Rev. sc. crim.	= Revue de science criminelle et de droit comparé.
RT-Drs.	= Reichstags-Drucksache (mit Session und Nr.).
Sammlung	= Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, hrsg. von SCHÖNKE-JESCHECK-KIELWEIN.
SchwZStr	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Sonderausschuß	= Sonderausschuß (des Bundestages) für die Strafrechtsreform; seine Sitzungsprotokolle (mit Nr. der Sitzung und Seite).
VE	= Vorentwurf (mit Jahr).

Vgl. im übrigen auch das Literatur- und Gesetzesverzeichnis sowie das Verzeichnis der Reformentwürfe (im Anhang).

§ 2 DIE HISTORISCHEN VORLÄUFER

A) Die Konfiskation im römischen Recht

Ohne hier eine autoritative Geschichte der römisch-rechtlichen Konfiskation liefern zu wollen — wofür es ohnehin noch an den notwendigen Vorarbeiten fehlen würde¹ —, kann doch immerhin festgehalten werden, daß sich die heutigen Eigentumssanktionen schon im römischen Recht vorgebildet finden. Dabei ist die bemerkenswerte Feststellung zu machen, daß der schrittweisen Änderung der Nomenklatur² jeweils auch ein gewisser Sinnwandel der Sanktion zugrunde liegt, was seinerseits wiederum auf die Sanktionsvoraussetzungen nicht ohne Einfluß blieb.

I. Die allgemeine (oder bruchteilige) Vermögenseinziehung

Das zeigt sich bereits an der allgemeinen Gütereinziehung, der Hauptform der römischen Eigentumssanktionen. Solange das Strafrecht noch von magisch-religiösen Vorstellungen beherrscht war, wurde als notwendige Komponente der personalen Sakration des Täters bei todeswürdigen Verbrechen auch die Einziehung seiner Güter als „*consecratio bonorum*“ verstanden und dementsprechend gehandhabt: Als den Göttern verfallen, wurden die Güter verwüstet³. Immerhin bedeutete dieses Verfahren aber eine nicht zu unterschätzende psychologische Barriere, da sie den Anreiz zu mißbräuchlicher fiskalischer Bereicherung schon gar nicht aufkommen ließ.

Das änderte sich, als in der Zeit der Republik die reale Wüstung durch ein symbolisches Feuer ersetzt und dafür das verwirkte Vermögen zunächst dem Tempel⁴ und dann dem staatlichen „*aerarium*“ überlassen wurde⁵. Damit wurde die „*consecratio*“ zur „*publicatio bonorum*“, wodurch zugleich

¹ Immerhin liegen aber neben der (teils schon überholten) Darstellung von MOMMSEN, Römisches Strafrecht S. 1004 ff., mit dem Artikel von M. FUHRMANN über die „*publicatio bonorum*“ (in PAULY's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Bd. XXIII, Teil 2, 1959, Sp. 2484—2515) und der Göttinger Dissertation von H. SEIDEL, Die Konfiskationen des römischen Rechts, 1955, jetzt immerhin zwei wertvolle Einzelanalysen vor. Inwieweit diese jedoch angesichts der „Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit“ von W. KUNKEL (1962) ihrerseits wieder der Korrektur bedürfen, läßt sich hier nicht abschließend ausmachen, ganz davon abgesehen, daß auch KUNKEL'S Thesen nicht ohne Widerspruch geblieben sind: vgl. etwa E. SCHÖNBAUER, Studien zum römischen Strafrecht und Strafverfahren, 1966.

² Näher zum Terminologischen FUHRMANN, aaO, Sp. 2485 und SEIDEL, S. 22 ff.

³ FUHRMANN, aaO, Sp. 2486 ff., KASER, Das altrömische Jus S. 42 ff., 47, MOMMSEN, Röm. Strafrecht S. 902.

⁴ FUHRMANN, aaO, Sp. 2487 f., KASER, aaO, S. 47 zu Anm. 38, SEIDEL, S. 301 ff.

⁵ FUHRMANN, aaO, Sp. 2485, MOMMSEN, aaO, S. 1026, SEIDEL, S. 22 f. Allerdings floß davon ein Teil noch eine Zeitlang in die Pontifikalkasse.

ERSTER TEIL

ALLGEMEINE GRUNDLEGUNG

I. KAPITEL

BESTANDSAUFNAHME DES GELTENDEN RECHTS

Nicht selten leiden die Auseinandersetzungen um die Eigentumssanktionen darunter, daß sie nur die geläufigeren Erscheinungsformen der Einziehung im Auge haben, ohne sich bewußt zu sein, daß dieser Sanktionsbereich in Wirklichkeit weitaus vielgestaltiger ist. Um hier nicht in den gleichen Fehler zu verfallen, wird man sich nicht der Mühe entziehen dürfen, zunächst sich wenigstens einen groben Überblick über das vorhandene Gesetzesmaterial, und wie es dazu gekommen ist, zu verschaffen. Doch braucht es dazu keineswegs auf eine statistische Vollständigkeit anzukommen. Vielmehr genügt, daß zweierlei deutlich wird: zum einen die zentralen Punkte, um die praktisch alle Einziehungs- und Verfallsregelungen irgendwie kreisen; zum anderen die unterschiedlichen, ja teils widersprüchlichen Antworten, die der Gesetzgeber auf diese Kernfragen gegeben hat. Daraus ergeben sich zugleich das Material und die Problemstellungen, mit denen sich jeder Versuch einer Neuordnung auseinandersetzen muß.

Wenn diese Bestandsaufnahme des geltenden Rechts die vorausgegangene Entwicklung mit einbezieht (§§ 2, 3), so geschieht das nicht nur aus historischem Interesse, sondern hat sowohl dogmatische wie rechtspolitische Gründe. Dogmatische insofern, als auch heute noch immer wieder auf ältere Konfiskationsvorstellungen zurückgegriffen wird, ohne deren Kenntnis auch die modernen Erscheinungsformen der Einziehung nicht voll zu erklären sind. Rechtspolitisch spricht für einen derartigen Rückblick, daß sich gerade aus den Wegen und Unwegen der Vergangenheit am eindrucksvollsten demonstrieren läßt, wo die neuralgischen Punkte liegen und wo deshalb künftig besondere Absicherungen notwendig sind. Nicht zuletzt aber mag die Entwicklung der Eigentumssanktionen seit dem RStGB von 1871 als Beispiel eines traurigen Kapitels deutscher Gesetzgebungsgeschichte verstanden sein — als eine Hypothek, die auch mit der Novellierung des Einziehungsrechts von 1968 noch nicht völlig abgetragen ist.

auch der Boden für die ersten Masseneinziehungen in den politischen Ausnahmeverfahren der Revolutionszeit bereitet war⁶.

Diese Möglichkeit des Mißbrauchs zur persönlichen Bereicherung des jeweiligen politischen Siegers wurde weiter dadurch begünstigt, daß seit Tiberius die eingezogenen Güter nicht mehr in das „aerarium“ der Staatskasse, sondern in den „fiscus“ des Kaisers gelangten⁷. Damit wandelt sich die Vermögenseinziehung zur „confiscatio“⁸, die zur regelmäßigen Begleitsanktion der Kapitalstrafe (Todesstrafe, „servitus poenae“) wird⁹, aber auch als selbständige Strafe zur Anwendung kommt^{10 11}. Eine nicht unerhebliche Bedeutung erlangte auch das sog. postmortale Konfiskationsverfahren, das dann zum Zuge kam, wenn der Angeklagte der gerichtlichen Konfiskationsanordnung durch Selbstmord zuvorkommen wollte¹². Nimmt man noch hinzu, daß

⁶ So vor allem bei der sog. „hostis iudicatio“; vgl. FUHRMANN, aaO, Sp. 2496 ff., SEIDEL, S. 97 ff., 254 ff. Doch auch die magistratische Coercitionsgewalt (dazu allgemein MOMMSEN, aaO, S. 49, 1000, aber auch KUNKEL, aaO, insbes. S. 28 ff., 82 f., 91 ff.) war nicht gegen jeden Mißbrauch gefeit; vgl. SEIDEL, S. 35 ff., 254 ff.

⁷ Vgl. MOMMSEN, aaO, S. 1026 ff., FUHRMANN, aaO, Sp. 2505/8 ff. sowie SEIDEL, S. 310 ff. m. zahlr. Einzelnachw.

⁸ Vgl. die Nachw. bei FUHRMANN, aaO, Sp. 2486.

⁹ Vgl. die zusammenfassende Formel des spätclassischen CALLISTRATUS in D. 48, 20, 1 pr.: „Damnatione bona publicantur, cum aut vita adimitur aut civitas, aut servilis condicio irrogatur.“ Vgl. im übrigen FUHRMANN, aaO, Sp. 2499 ff., LEHMANN, S. 96 ff., MOMMSEN, aaO, S. 1006 ff. und SEIDEL, S. 49 ff.

¹⁰ So z. B. bei Ehebruch oder öffentlichen Gewaltverbrechen, wenn freilich auch beschränkt auf bestimmte Vermögensquoten; vgl. FUHRMANN, aaO, Sp. 2501, SEIDEL, S. 59 ff.

¹¹ Soweit die Konfiskation als automatische Begleitsanktion bestimmter Strafen diente, war sie richterlichem Ermessen praktisch entzogen (vgl. MAREZOLL, Über die bürgerliche Ehre, S. 39 ff., LUDEN, in WEISKE, Rechtslexikon II S. 933, sowie FUHRMANN, aaO, Sp. 2499 und MOMMSEN, aaO, S. 1006 ff.). Dies zwingt indes nicht zu dem Schluß, daß sie deshalb immer ipso iure durch die Tat eingetreten sein müßte. Allenfalls für die ältere consecratio wird dies anzunehmen sein (vgl. KASER, Altröm. Jus S. 51 f. m. weit. Nachw., auch zum Streitstand). Später dagegen dürfte der endgültige Anfall des Vermögens an den Staat — ebenso wie der Bürgerrechtsverlust — erst auf Grund des entsprechenden Urteils eingetreten sein (vgl. BRECHT, Perduellio S. 198 ff., MAREZOLL, aaO, S. 40 ff., MARTIN, Criminalrecht S. 213 f.). Das schloß freilich nicht aus, daß der Täter schon zuvor, nämlich vom Zeitpunkt seiner Tat an, in seiner Verfügungsmacht beschränkt war, so daß sich auf diese Weise der Umfang des Vermögensverlustes doch nach dem Zeitpunkt der Tat bestimmte und damit einem ipso-iure-Verfall sehr nahe kam; so vor allem bei den politischen Konfiskationen; vgl. SEIDEL, S. 250 ff. Weitere Einzelheiten, auch zu teilweise abw. Regelungen, bei FUHRMANN, aaO, Sp. 2500 f., 2504 f., HENKE, Criminalrecht I S. 487 f., MAREZOLL, aaO, S. 40 ff.

¹² Dieses Verfahren hatte seinen Grund darin, daß der Grundsatz „crimen mortaliter extinguitur“ bei Konfiskationen durchbrochen war, sofern die Konfiszierung bereits zu Lebzeiten des Verbrechens ausgesprochen worden war. Dem versuchten manche durch Selbstmord zuvorkommen, um auf diese Weise der Familie wenigstens das Vermögen zu erhalten. Das hinwiederum versuchte der Staat zu vereiteln,

das regelmäßig mit Kapitalstrafe bedrohte „crimen maiestatis“ eine übereifrige, um nicht zu sagen willkürliche Ausdehnung erfuhr¹³, so wird erklärlich, daß nicht wenige Kaiser der Versuchung erliegen sind, ihre verkrachten Finanzen mit Hilfe von Konfiskationen zu regulieren, so daß diese oft eher einem fiskalischen Raub als einer justiziell verhängten Strafe glichen¹⁴.

Doch als ob diese überhitzte Atmosphäre gleichsam eines Ventils bedurft hätte, mehrten sich gerade in der Kaiserzeit auch die Versuche, die Konfiskation auf andere Weise wieder einzuschränken. So etwa wird von Beschränkungen der Einziehung auf die Hälfte oder ein Drittel des Vermögens berichtet¹⁵, und auch die Verschonungsquoten zugunsten unterhaltsbedürftiger Verwandten wurden immer stärker erhöht, bis schließlich auf Grund einer justinianischen Novelle von 556 das gesamte Vermögen eines Kapitalverbrechens an erster Stelle seinen Deszendenten, an zweiter seinen Aszendenten und erst dann dem Fiskus zufallen sollte, es sei denn, es handelte sich um ein Majestätsverbrechen¹⁶.

II. Die Spezialkonfiskation

Neben der generellen und partiellen Vermögenskonfiskation ist dem römischen Recht auch schon die Einziehung bestimmter Einzelgegenstände bekannt. Doch während erstere ganz unverkennbar von pönalen Gedanken der Sühne und Vergeltung beherrscht war — und sei es nur, um damit politische Machtinteressen oder nackte Habgier zu bemänteln —, ist die Spezialkonfiskation schwerlich auf einen einheitlichen Nenner zu bringen¹⁷.

indem der Tod durch Selbstmord die Konfiskation nicht sollte hindern können; näher FUHRMANN, aaO, Sp. 2502 ff., SEIDEL, S. 242 ff.

¹³ Vgl. MOMMSEN, aaO, S. 537 ff., insbes. S. 542, SEIDEL, S. 182 ff.

¹⁴ Über die politischen und fiskalischen Motive der Konfiskationen in der kaiserlichen Zeit näher FUHRMANN, aaO, Sp. 2508 ff., SEIDEL, S. 71 ff.; ferner allgemein M. ROSTOVITZ, Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich, 2 Bde., 1929, insbes. Bd. II.

¹⁵ Vgl. u. a. D. 48, 7, 1 pr.; 48, 22, 4; weit. Nachw. bei FUHRMANN, aaO, Sp. 2501, MOMMSEN, aaO, S. 1010 und SEIDEL, S. 57 ff. Zudem bleibt seit dem Jahre 396 bei Verurteilung des Mannes die „dos“ seiner Frau unangetastet (C. 9, 49, 9 pr.).

¹⁶ Nov. 134, 13. Vgl. im einzelnen FUHRMANN, aaO, Sp. 2506 f., MAREZOLL, aaO, S. 50 ff., SEIDEL, S. 66 ff. — Im übrigen zeigt sich gerade an dieser erbrechtlichen Handhabung ein Charakteristikum der römisch-rechtlichen Konfiskation; denn in zivilrechtlicher Hinsicht hatte sie durchaus die Wirkung einer testamentarischen Universalsukzession: im gleichen Umfang, in dem der Testamentserbe in den Genuß des Nachlasses gekommen wäre, fiel das Vermögen des Verurteilten in die öffentliche Hand. Damit sahen sich die Intestaterben in die Lage des Enterbten versetzt (FUHRMANN, aaO, Sp. 2505, LEHMANN, S. 27, MOMMSEN, S. 1005, SEIDEL, S. 297 ff.). Konsequenterweise mußte aber dafür der Fiskus auch die Passiva des Konfiskandums mitübernehmen; außer den zuvor Genannten vgl. dazu HENKE, Criminalrecht I S. 487 und TRITTMANN, Handbuch I, S. 133.

¹⁷ Vgl. SEIDEL, S. 61 ff.

1. So gibt es einerseits eine Reihe von Fällen, in denen die Einziehung von instrumenta oder producta sceleris offensichtlich von primär polizeilich-präventiven Erwägungen bestimmt war: so etwa bei der Zerstörung baupolizeiwidriger Gebäudeanlagen¹⁸ oder bei der Vernichtung ketzerischer Bücher¹⁹. Soweit dagegen die Konfiszierung von Tatwerkzeugen davon abhängig gemacht wurde, daß der Eigentümer um ihre illegale Benutzung — z. B. als Bordell²⁰ oder als Schlupfloch für Fahnenflüchtige²¹ — wußte²², dürften poenale Momente vorherrschend gewesen sein²³. Letzteres dürfte auch für die Fälle gelten, in denen die Verwirkung eines Gegenstandes in die Form des sogenannten „*commissum*“ gekleidet war, wie z. B. bei Schmuggelgut²⁴ oder bei Gegenständen, die sich der Berechtigte durch verbotene Selbsthilfe zurückzuerobern suchte²⁵.

2. Indes wird man in diesen Fällen auch gewisse zivilistische Reparationsgesichtspunkte nicht übersehen dürfen: Dem durch das rechtswidrige Verhalten des Eigentümers geschädigten Staat (oder auch Privatmann²⁶) sollte offenbar durch den Verfall des betroffenen Gegenstandes ein Ausgleich verschafft werden²⁷. Das gilt in verstärktem Maße für die Vorläuferin unseres heutigen Entgelt- und Gewinnverfalls, die Kondiktion der „*scelere quaesita*“ und des „*turpe lucrum*“. Wenn hier das römische Recht — ähnlich dem heutigen § 817 Satz 1 BGB — bei Sittenwidrigkeit des Erwerbsgrundes dem Veräußerer einen Rückforderungsanspruch gab (*condictio ob turpem causam*)²⁸,

¹⁸ C. 8, 10, 12, 5 e; vgl. aber auch LEHMANN, S. 103 Anm. 4.

¹⁹ C. 1, 5, 8, 12 (vgl. dazu auch GRÜNBAUM, S. 3 ff.). Gleiches wird anzunehmen sein für die Konfiszierung von Häusern, die als Hehlernester (C. 9, 19, 2), als Werkstätten für Münzfälscher (C. 9, 24, 1, 4) oder zur Abhaltung ketzerischer Andachten (C. 1, 15, 17 pr.) dienten, oder auch für die Wegnahme verbotenerweise angefertigter Waffen (Nov. 85, 1 und 2) und Eßwaren (vgl. LEHMANN, S. 103 m. Nachw.).

²⁰ Nov. 14, 1.

²¹ C. 12, 45, 1 pr.

²² Vgl. ferner FUHRMANN, aaO, Sp. 2502.

²³ Ebenso bei Einziehung eines Gespannes, mit dem Ackergrenzen verschoben wurden (vgl. LEHMANN, S. 102 Anm. 3), oder von Landhäusern, die verbotenerweise mit Schmuck aus Stadthäusern ausgestattet worden waren (C. 8, 10, 6 pr.).

²⁴ (samt Gefährt): vgl. D. 39, 4, 14, auch D. 39, 4, 11, 2; ferner WINDSCHEID-KIPP, Pandekten I S. 909 m. Anm. 2 und SEIDEL, S. 65.

²⁵ Vgl. im einzelnen KASER, Röm. Privatrecht II S. 185 f. — Weitere Beispiele und Nachw. zu den *commissa* bei NISSEN, in Straßburger Festgabe für PLANCK, S. 106 ff., der jedoch den materiellen Strafcharakter dieser Verwirkungsfälle völlig leugnen will. Demgegenüber für poenale Elemente auch WINDSCHEID-KIPP, Pandekten I S. 909 und LEONHARD, in PAULY, Realencyclopädie, IV/1, Sp. 769.

²⁶ So z. B. bei der verbotenen Selbsthilfe; vgl. KASER, Röm. Privatrecht, II S. 186.

²⁷ Insofern steht das „*commissum*“ der deliktischen Noxalhaftung nahe, wo sich der Gwalthaber durch Auslieferung des Schädigers (Hauskind, Sklave, Tier) von seiner eigenen Haftung freimachen konnte; näher dazu KASER, Röm. Privatrecht I S. 145 ff., 527 ff., II S. 311 ff.

²⁸ D. 12, 5; C. 4, 7. Vgl. HEIMBACH, in WEISKE, Rechtslexikon II S. 887 f., WINDSCHEID-KIPP, Pandekten II S. 880 f.

so wird man kaum fehlgehen in der Annahme, daß auf diese Weise die rechtsgrundlose Einbuße des Entreicherten wieder rückgängig gemacht werden sollte²⁹. Dafür spricht nicht zuletzt die Tatsache, daß deliktische Gewinne selbst dem Erben noch klageweise entrisen werden konnten, obgleich die Verbrechen des Erblassers durch seinen Tod ja bereits erloschen waren und für eine Bestrafung des Erben kein Raum ist³⁰.

Angesichts der Tatsache, daß man damals von der heutigen säuberlichen Trennung von Privat- und Strafrecht noch weit entfernt war³¹, wird man freilich auch bei den „*turpia lucra*“ — und damit führt eine Linie zur modernen Gewinnabschöpfung — gewisse öffentliche Einziehungsinteressen nicht leugnen können. Denn schon damals hielt man es offenbar für unerträglich, daß dem Verbrecher die Vorteile seiner Tat, falls sie ihm nicht vom Privatgeschädigten entzogen werden konnten, unangetastet verbleiben sollten. Deshalb ist an verschiedenen Stellen, die sich mit dem Umfang des erbrechtlichen Erwerbs befassen, vorgesehen, daß *scelere quaesita* nicht auf den Erben übergehen, sondern dem Fiskus verfallen³². Auf der gleichen Linie liegt die Praxis, Gegenstände, die wegen beiderseitiger Sittenwidrigkeit nicht zurückverlangt werden können, entgegen unserem heutigen § 817 BGB nicht einfach beim Erwerber zu belassen, sondern — mit Berufung auf den Gedanken des „*turpia lucra extorqueri*“³³ — auf den Fiskus überzuführen³⁴. Wie auch immer man diese Fälle des fiskalischen Erwerbs einordnen

²⁹ Speziell zum Verfall von Bestechungsgeldern eingehend HUMMEL, S. 13 ff.

³⁰ Da diese Stelle aus D. de calumniatoribus (Ulp. D. 3, 6, 5 pr.) gerne zur Begründung der allgemeinen Konfiszierung rechtswidrig erlangter Gegenstände herangezogen wird, sei sie wörtlich wiedergegeben: „... nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur: ut puta ob falsum vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur et si quid aliud scelere quaesitum.“

³¹ Ganz zu schweigen davon, daß in jener Zeit der Exklusivitätsanspruch des spezifisch staatlichen Strafrechts ohnehin noch nicht so klar herausgebildet war. Bezeichnend dafür ist nicht nur das Fehlen eines einheitlichen Strafbegriffes (vgl. MOMMSEN, aaO, S. 7 ff., 897 ff.), sondern vielleicht noch mehr die innere Verwobenheit, die damals noch zwischen strafrechtlichen Sühne- und zivilrechtlichen Schadensersatzelementen bei der Haftung für *delicta privata* bestand: vgl. KASER, Röm. Privatrecht II S. 308 f., und insbes. auch KUNKELE, aaO, nach dessen Forschungen die Privatstrafelemente im ordentlichen Strafverfahren bislang sogar noch weit unterschätzt wurden. Inwieweit umgekehrt selbst den heutigen zivilrechtlichen Ersatzpflichten noch gewisse präventive oder poenale Funktionen eingeräumt werden, hat neuerdings MERTENS, Vermögensschaden S. 77 ff., 93 ff. einer eingehenden Kritik unterzogen.

³² D. 48, 10, 12; 48, 20, 7, 4; 49, 14, 9. Vgl. dazu auch KASER, Röm. Privatrecht I S. 602 f.

³³ Vgl. oben Anm. 30.

³⁴ Allerdings ist heute umstritten, inwieweit die römische Praxis von diesem Kondiktionsrecht tatsächlich auch Gebrauch gemacht hat. Die gemeinrechtliche Lehre jedenfalls, die offenbar sogar einen *ipso iure*-Verfall an den Fiskus angenommen

will, restlos zu überzeugen vermögen die rein zivilistischen Erklärungsversuche³⁵ nicht; denn ob hier nun auch Gedanken der Rache oder der Ausrottung makelbehafteter Sachen³⁶ mitschwingen mögen, so ist die Absicht der Repression, und zwar im Allgemeininteresse, doch unverkennbar.

B) Die Entwicklung im deutschen Recht³⁷

I. Bis zum Gemeinen Recht

Die römisch-rechtlichen Gedanken sollten im Gefolge der Rezeption auch auf das deutsche Recht nicht ohne Einfluß bleiben. Doch zuvor schon hatte dieses eine Entwicklung durchlaufen, die der des römischen Rechts nicht unähnlich ist. Denn auch im germanischen Recht folgte erst auf eine Periode der sakralen Wüstung die sog. „Fronung“, durch die das Vermögen des Friedlosen an die Gemeinschaft fiel³⁸. In der fränkischen Zeit noch auf die Fälle der sog. Aberacht beschränkt, die hauptsächlich bei prozessualer Gehorsamsverweigerung eintrat³⁹, fand sie in Verbindung mit der Todesstrafe vor allem auf den Wogen der Landfriedensbewegung immer stärkere Verbreitung⁴⁰. Auch in den deutschen Landen scheint man in der Vermögenseinziehung keine schlechte Einnahmequellen gesehen zu haben⁴¹, so daß Miß-

hatte, falls kein privater Kondiktionsberechtigter vorhanden war (vgl. Glück, Pandekten XIII S. 60), hat dieses *condictio* als allgemeines Rechtsinstitut verstanden: vgl. Glück, aaO, S. 59 ff., Nissen, aaO, S. 110, Windscheid-Kipp, Pandekten I S. 909 Anm. 1 sowie insbes. auch Oberappellationsgericht Lübeck, Seuffert's Archiv 11, 100. And. vor allem Köbner, S. 113 ff. m. weit. Nachw.

³⁵ So vor allem bei Nissen, aaO, S. 111 im Hinblick auf den vergleichbaren § 335 StGB; im gleichen Sinne auch schon Heinze, GA 5, 167. Vgl. ferner die Nachw. unten S. 69 Anm. 79 und S. 84 Anm. 162.

³⁶ RGZ 16, 88/106 vermutet hier nicht zu Unrecht gewisse moralische Rücksichten.

³⁷ Auch für den deutschen Rechtsbereich fehlt es noch an einer umfassenden Gesamtdarstellung der Konfiskationsgeschichte — im Gegensatz etwa zu den Niederlanden, für die van Itersen, *Geschiedenis der Confiscatie in Nederland*, 1957, eine grundlegende und reichhaltig belegte Darstellung vorgelegt hat. Seine Befunde lassen auch auf die Verhältnisse in Deutschland manche Rückschlüsse zu, so naturgemäß vor allem für die germanisch-fränkische Zeit.

³⁸ Conrad, Dt. Rechtsgeschichte I S. 50 f., His, Strafrecht des dt. Mittelalters I S. 426 ff., Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der dt. Strafrechtspflege S. 30, Schröder-v. Künssberg, Dt. Rechtsgeschichte S. 83, Wilda, Strafrecht der Germanen S. 288 ff.

³⁹ Vgl. im einzelnen His, Strafrecht I S. 410 ff., Gernhuber, Landfriedensbewegung S. 255 ff., ferner Brunner-v. Schwerin, Dt. Rechtsgeschichte II S. 600 ff., 768 ff., Conrad, Dt. Rechtsgeschichte I S. 170, 440. Vgl. auch van Itersen, aaO, S. 19 ff.

⁴⁰ Vgl. Gernhuber, Landfriedensbewegung S. 137 ff., 247, Conrad, Dt. Rechtsgeschichte I S. 438 ff., Eb. Schmidt, Einführung S. 57 ff.

⁴¹ Schröder-v. Künssberg, Dt. Rechtsgeschichte S. 578 m. weit. Nachw. Über

bräuche nicht ausbleiben konnten, wie beispielsweise die Rüge eines Glossators des Sachsenspiegels beweist⁴². Deshalb sah sich auch die *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) wiederum gezwungen, in ihrem Art. 218, der sich mit „myssprechen vnd pösen vnvernynfftigen gewonheiten“ befaßte, eigens gegen ungesetzliche Konfiskationen Stellung zu nehmen und sie erneut ausdrücklich zu verbieten⁴³.

Indes war auch diesem beschränkten Konfiskationsverbot nicht der erhoffte Erfolg beschieden, was freilich nicht zuletzt daraus zu erklären ist, daß der mißglückte Wortlaut der Carolina eine eindeutige und entschiedene Handhabung erschwerte. Immerhin konnte man aber darin eine unmißverständliche Verwerfung der *stillschweigenden* Konfiskation, wie sie insbesondere im römischen Recht regelmäßig mit der Todesstrafe verbunden war⁴⁴, erblicken⁴⁵. Tatsächlich wuchs denn auch bald die Zahl derer, die die allgemeine Vermögenseinziehung überhaupt ablehnten, unter ihnen vor allem Beccaria⁴⁶. Dieser Kampf führte jedoch zunächst nur außerhalb Deutschlands die recht großzügige Konfiskationspraxis jener Zeit vgl. auch v. Bar, Geschichte des dt. Strafrechts S. 103 f., E. Baumann, Einziehung S. 12, Köstlin, System S. 463, Marezzoli, Criminalrecht S. 158.

⁴² Vgl. Marezzoli, Über die bürgerliche Ehre S. 328 f.; ferner Jarcke, Handbuch I S. 276 Anm. 3.

⁴³ Art. 218 Abs. 6 CCC (nach der Ausgabe von Kohler-Scheel, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V, 1900):

„Item an etlichen orten, so ein Vbelthetter, ausserhalb des lasters vnnsere beleidigten Maiestatt oder sunst, in andern fellen, so der Vbelthetter leib vnd gut nit Verwirkt, vom leben zum thot gestraffet, werden Weib vnd Kinder an Bettelstab vnnd das gut den Herrn zugewiesen: vnnd die vnnd dergleichen gewohnheit Wolln wir, das ein jede Obrigkeit abschaffen vnd daran sein soll, das sie hinfurter nit geubt, gepraucht oder gehalten werden. Als wir dan auss kaiserlicher macht dieselben hiemit Vffheben, Vernichtigen vnnd abthuen, vnnd hynfurter nit eingefurt werdenn sollenn.“

⁴⁴ Vgl. oben S. 13 ff.

⁴⁵ So jedenfalls die h. M. im Gemeinen Recht, die die totale Vermögenskonfiskation nur noch bei solchen Verbrechen zulassen wollte, für die sie ausdrücklich vorgesehen war (Jarcke, Handbuch I S. 277, Henke, Criminalrecht I S. 486, Luden, aaO, S. 934). Das war neben den Majestätsverbrechen u. a. bei Aufnahme geächteter Personen, Münzdelikten und Desertion der Fall (vgl. im einzelnen Luden, aaO, S. 935). Noch strenger hielt Carpzow die Konfiskation nur noch bei Majestätsverbrechen für zulässig, während umgekehrt andere nicht einmal die *stillschweigenden* Vermögenseinziehungen für völlig aufgehoben ansahen; über den Streit der Meinungen vgl. näher Wächter, Römisch-deutsches Strafrecht I S. 182 f. sowie (sehr eingehend) Böhm, Arch. f. Criminalrecht, 1836, 520 ff.

⁴⁶ Es ist eine bittere Anklage, die hier Beccaria in seinem berühmten Werk „Über Verbrechen und Strafen“ erhebt: „Die Konfiskationen setzen einen Preis auf das Haupt der Schwachen, lassen den Unschuldigen die Strafe des Schuldigen mitdulden und versetzen ihn sogar in die verzweifelte Lage, Verbrechen begehen zu müssen. Gibt es wohl einen traurigeren Anblick, als eine Familie in Schmach und Elend stürzen zu sehen wegen den Verbrechen ihres Oberhauptes, die sie vermöge der vom Gesetze selbst angeordneten Unterwerfung nicht verhindern dürfen, selbst wenn sie dazu die Mittel besäßen“ (aaO, S. 53). — Vgl. ferner E. Baumann, Einziehung S. 17 ff.

lands zur verfassungsrechtlichen Abschaffung der Konfiskation, wobei auch hier die Vereinigten Staaten beispielgebend vorangingen⁴⁶.

Soweit das Gemeine Recht die Konfiskation in dem durch die Carolina gezogenen Rahmen noch für zulässig hielt⁴⁷, übernahm es dogmatisch im wesentlichen die *römisch-rechtlichen Vorbilder* und unterschied demgemäß zwischen der totalen, der aliquoten und der speziellen Konfiskation⁴⁸. Neuen praktischen Bedürfnissen Rechnung tragend hat sich aber dabei die Kasuistik der Spezialkonfiskation weiter verstärkt. Gesetzliche Beispiele dafür finden sich außer in der Carolina⁴⁹ vornehmlich in den Reichspolizeiordnungen⁵⁰. Auch die *scelere quaesita* und *turpia lucra*, denen man im germanischen und fränkischen Recht offenbar weniger Beachtung geschenkt hatte, gelten im Anschluß an das römische Recht allgemein als dem Fiskus verfallen⁵¹.

II. Die Partikulargesetzgebung

Der entscheidende Durchbruch zu einer neuen Einziehungskonzeption gelang jedoch erst in der Partikulargesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Zwei Phänomene sind dafür kennzeichnend: einerseits die völlige *Verdrängung der generellen Vermögenskonfiskation*; andererseits (oder besser: statt dessen) die Erweiterung und *Verallgemeinerung der Spezialeinziehung*.

Diese Gewichtsverlagerung läßt sich am besten verdeutlichen, wenn man die Konfiskationsbestimmungen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794 (prALR) mit denen späterer Partikularrechte ver-

⁴⁶ Art. 3 Section 3 Abs. 2 der US-Constitution von 1787. Auch in Frankreich war sie durch Gesetz von 1790 zeitweilig abgeschafft (vgl. MERLE-VITU, *Traité de droit criminel* S. 553), desgleichen in Rußland durch einen Ukas von 1802 (HENKE, *Criminalrecht* I S. 486 f., 489 Anm. 9 und E. BAUMANN, *Einziehung* S. 18).

⁴⁷ Vgl. oben Anm. 44. In der Praxis kam sie am Ausgang des 18. Jahrhunderts meist nur noch bei Wehrpflichtentziehung zur Anwendung: LUDEN, aaO, S. 935; vgl. auch HEFFTER, *Lehrbuch* S. 113 f. und TITTMANN, *Handbuch* I S. 133.

⁴⁸ Vgl. HENKE, *Criminalrecht* I S. 484 ff., LUDEN, aaO, S. 929 ff., MAREZOLL, *Criminalrecht* S. 157 f., TITTMANN, *Handbuch* I S. 129 ff., WÄCHTER, *Römisch-deutsches Strafrecht* I S. 181 ff.

⁴⁹ Z. B. Art. 111: „Verwirkung“ von Häusern, in denen ein Münzdelikt begangen wurde.

⁵⁰ So z. B. Einziehung verbotener Lebensmittel oder Getränke (Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 16 § 24), Schmähschriften (Tit. 35 § 3) oder unerlaubter Kleider (Tit. 14 § 7). Weitere Nachw. bei GRÜNBAUM, S. 5 ff., HEINZE, GA 5, 168 und TITTMANN, *Handbuch* I S. 133. — Teils trat der Verfall an den Fiskus ipso iure ein, teils bedurfte es einer besonderen Anordnung; näheres bei TITTMANN, aaO.

⁵¹ Dies wurde jedoch meist nicht als Konfiskation im eigentlichen Sinne, sondern als zivilrechtlicher Anfall verstanden; vgl. HEINZE, GA 5, 167, HENKE, *Criminalrecht* I S. 487 f., LUDEN, aaO, S. 938 f.; vgl. dazu ferner TITTMANN, *Handbuch* I S. 134 Anm. p, NISSEN, in *Straßb. Festgabe f. PLANCK*, S. 110 m. Nachw. zur Praxis. Dazu, daß diese Praxis jedoch auf einer irrümlichen Verallgemeinerung der römischen Quellen beruht haben soll, vgl. näher KÖBNER, S. 13 ff. und GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 369 f.

gleicht. Obwohl bereits vom humanen Geist der Aufklärung mitgeprägt⁵², erscheint das Strafrecht des prALR doch noch tief in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis verwurzelt⁵³. Das zeigt sich bei den Strafmitteln schon daran, daß gerade ihnen das sonst so redselige Gesetzeswerk keinerlei nähere Ausführungen, geschweige ein besonderes Kapitel widmet, sondern sie als offenbar bekannt voraussetzt⁵⁴. Nimmt man noch die polizeistaatlich-absolutistische Einstellung hinzu, die das Gesetzbuch in vielen Einzelheiten erkennen läßt⁵⁵, so verwundert es nicht, daß dem prALR die Vermögenskonfiskation in grundsätzlicher Hinsicht noch nicht suspekt ist. Zwar ist sie selbstverständlich nicht mehr als stillschweigende Begleitstrafe jeder Todesstrafe vorgesehen; aber immerhin konnte sie sich noch als zwingende Sanktion bei Hoch- und Landesverrat, Fahnenflucht und Wehrpflichtentziehung halten⁵⁶. Daneben findet sich auch die Spezialkonfiskation noch in zahlreichen Einzelfällen⁵⁷, ohne daß bereits die Abstrahierung zu einer einheitlichen Allgemeinregelung erkennbar wäre⁵⁸.

Demgegenüber vermochte sich in den meisten übrigen Territorien des deutschen Reiches die allgemeine oder bruchteilige Vermögenskonfiskation nicht mehr länger zu halten. Die mit ihr verbundenen Nachteile und Ungerechtigkeiten: die Mitbestrafung unschuldiger Angehöriger, ihre mangelnde Abstufbarkeit, ihre ungleiche Wirkung bei Vermögenden und Unvermögenden, nicht zuletzt aber auch die Gefahr des politischen Mißbrauchs⁵⁹, waren im Lichte der Aufklärung zu deutlich und bedrückend zutage getreten, als daß sie in einem liberalen Verfassungsstaat noch zu rechtfertigen gewesen wäre.

⁵² Vgl. im einzelnen HÄLSCHNER, *Das Preußische Strafrecht: Geschichte* S. 192 ff.; ferner CONRAD, *Dt. Rechtsgeschichte* II S. 445, Eb. SCHMIDT, *Einführung* S. 251 f.

⁵³ HÄLSCHNER, aaO, S. 208.

⁵⁴ HÄLSCHNER, aaO, S. 216.

⁵⁵ CONRAD, *Dt. Rechtsgeschichte* II S. 445, HÄLSCHNER, aaO, S. 194 ff.

⁵⁶ Vgl. prALR Teil II, Tit. 23, §§ 95, 103, 467, 469.

⁵⁷ So z. B. für falsche Münzen (prALR II 20 § 266) und verfälschte Waren, Maße und Gewichte (§ 1446), für Sachen, die Gegenstand eines Steuer- oder Zollvergehens waren (§ 285), Jagdgeräte bei Wilderern (§ 319); hierher gehört ferner die Unbrauchbarmachung gesundheitsschädlicher Nahrungsmittel (§ 725) oder verbotener Nachdrucke (§ 1269). Konfiskationselemente enthielt auch die Bestechungsstrafe, die nach dem vierfachen Wert des erlangten Vorteils zu berechnen war (vgl. §§ 332, 340, 347, 360, 367, 368, 459). Die Einziehung der *turpia lucra* hatte in prALR I 16 § 205, 206 einen Nachfolger gefunden.

⁵⁸ Das beweist schon allein die Uneinheitlichkeit der Terminologie. Während etwa bei den Fälschungsdelikten „mit Confiscation . . . bestraft“ wird, geht der Wilderer seiner Jagdgeräte „verlustig“. Bei der Defraudation hingegen ist die Konfiskation „unmittelbare Folge“. Vgl. die Nachw. in Anm. 57.

⁵⁹ Vgl. die bereits zitierten Beobachtungen von BECCARIA (oben S. 2 bei Anm. 5 und S. 19 Anm. 45); sehr entschieden auch HENKE, *Criminalrecht* I S. 487: „Die Widerrechtlichkeit einer allgemeinen Vermögenskonfiskation, die mit dem Schuldigen auch dessen unschuldige Familie straft, ist zu einleuchtend, um eines ausführlichen Beweises zu bedürfen.“ Vgl. ferner bei FEUERBACH, *Lehrbuch des Peinlichen Rechts*, 14. Aufl., S. 258 f., die Note des Hrsg. MITTERMAIER m. weit. Nachw.

Deshalb wurde sie, mitgetragen von der ersten konstitutionellen Welle des 19. Jahrhunderts, bald in den meisten Bundesstaaten von Verfassungen wegen abgeschafft⁶⁰ und ist dementsprechend in den neueren partikularen Strafrechtskodifikationen allenfalls noch für Ausnahmefälle, wie etwa Desertion, vorgesehen⁶¹.

Statt dessen wächst ständig die Zahl der Gesetzbücher, die bereits eine Generalisierung der *Einzeleinziehung* versuchen⁶². Konfiskanda waren danach allgemein die *instrumenta sceleris*⁶³, in einigen Rechten auch die *producta*⁶⁴, während die *scelere quaesita* nicht mehr mit der gleichen Selbstverständlichkeit und Allgemeinheit wie im römischen und gemeinen Recht in den Bereich der Konfiskation einbezogen wurden⁶⁵. Ebensowenig vermochte sich die in Art. 11 des französischen Code Napoléon vorgesehene Einziehung des »corps du délit« durchzusetzen, trotz des großen Einflusses, den bekanntlich jenes Gesetzbuch auf die deutschen Partikularrechte ausgeübt hat⁶⁶.

⁶⁰ Vgl. z. B. Tit. V § 6 der Constitution für das Königreich Baiern von 1808; Teil II § 16 der Großherzoglich Badischen Verfassungsurkunde von 1818; Kap. VII § 98 der Königl. Württemberg. Verfassungsurkunde von 1819; weitere Nachw. bei ZACHARIÄ, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 1. Teil, 3. Aufl. 1865, S. 463 f. und WAHLBERG, in HOLTZENDORFFS Handbuch II S. 513. In Preußen hingegen dauerten die Auseinandersetzungen um die Abschaffung der Vermögenskonfiskation noch länger an, da sie in den Reformkommissionen teils noch sehr entschiedene Befürworter fand. Mit dem StGB von 1851 wurde sie jedoch auch hier endgültig beseitigt (vgl. näher GOLTDAMMER, Materialien I S. 121 ff.). — Leider sollte sie aber dann im 20. Jahrhundert eine autoritäre Wiederbelebung erfahren. Vgl. dazu unten S. 27 f., 36.

⁶¹ So z. B. nach der zuvor genannten Bestimmung der bayer. Verfassung. Dies wird damit zu rechtfertigen versucht, daß die Vermögenskonfiskation das einzige Mittel sei, den Fahnenflüchtigen zu strafen, und die Verwandten von der Begünstigung solcher treulosen Entweichungen abzuhalten (Anmerkungen zum StGB für das Königreich Baiern, Bd. 1, S. 117).

⁶² So bereits Art. 33 des von FEUERBACHS Geist und Handschrift geprägten bayer. StGB von 1813; vgl. ferner Art. 36 Oldenburg (1814), Art. 8 Ziff. X Württemberg (1839), § 21 Braunschweig (1840), Art. 30 II Hannover (1840), Art. 31 Hessen (1841), § 33 Baden (1845), Art. 29 Nassau (1849), Art. 18 Thüringen (1850), § 19 Preußen (1851). Vgl. auch die Synoptik der partikularrechtlichen Strafmittel bei HEFFTER, Lehrbuch S. 116 f.

⁶³ Streiftig war allerdings, ob nur die für eine Straftat »gebrauchten« oder auch bereits die für eine Tat »bestimmten« Werkzeuge einzuziehen seien; in letzterem Sinne Braunschweig, Hannover, Hessen, Thüringen und Preußen (1851); vgl. näher HEINZE, GA 5, 175 ff., der diese Ausdehnung jedoch für unpraktisch hält. Dazu auch unten S. 322 f.

⁶⁴ So in Hannover, Braunschweig, Hessen, Thüringen und Preußen (vgl. HEINZE, aaO, S. 178, HEFFTER, aaO).

⁶⁵ So aber Hessen und Nassau, wo der für die strafbare Handlung versprochene oder erhaltene Lohn oder Gewinn einzuziehen war; enger Thüringen: nur der hingegebene Lohn. In den übrigen Ländern wurde (entsprechend dem heutigen § 335 StGB) meist nur der Bestecherlohn konfisziert; so z. B. in Hannover (Art. 152, 155).

⁶⁶ Eb. SCHMIDT, Einführung S. 259 ff.

Obgleich damit die Anerkennung der Einzeleinziehung als eines allgemeinen strafrechtlichen Sanktionsmittels einen entscheidenden Schritt vorangekommen war, herrschten doch manche Unterschiedlichkeiten in den Voraussetzungen, an die sie im Einzelfall zu knüpfen war⁶⁷. Einen ersten — wenn auch nicht dauernden — Höhepunkt in der weiteren dogmatischen Klärung und Vereinheitlichung der Einziehung konnte hier erst das RStGB von 1871 bringen. Doch damit sind wir bereits an der Schwelle des geltenden Rechts.

§ 3 CHRONOLOGIE DER EIGENTUMSSANKTIONEN SEIT 1871

A) Die Entwicklung innerhalb des StGB

I. Ausgangslage

1. Die *Urfassung* des RStGB von 1871 stellt in mehrfacher Hinsicht einen Markstein in der Geschichte der Einziehung dar. Was die generelle Vermögenskonfiskation anlangt, so hatte man sich im Anschluß an das beispielhafte Vorgehen der Partikularrechte⁶⁸ — schon so sehr von ihrer Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Maximen überzeugt, daß man ein ausdrückliches Verbot gar nicht mehr für notwendig ansah: Das RStGB kennt *nur noch* die *Einzeleinziehung*⁶⁹. Auch mit dieser war man jetzt an einem Schnittpunkt angelangt: Zwar war einerseits der Abstrahierungsprozeß schon so weit fortgeschritten, daß man im Rahmen der allgemeinen Vorschriften über die Strafen auch eine Allgemeinregelung für die Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§ 40 bis 42) wagen konnte und sich gegenüber früher auf verhältnismäßig wenige Sonderbestimmungen (§§ 152, 295, 335, 360 II) beschränkte⁷⁰. Andererseits war aber auch diese Lösung noch nicht umfassend und elastisch genug, um den schon bald wieder einsetzenden Ausweitungstendenzen und der damit verbundenen Flucht in Sonderregelungen standhalten zu können.

Auf jeden Fall ist der Zug zur Mäßigung unverkennbar. Das zeigt sich schon in der sachlichen Ausgestaltung der Allgemeinregelung. Als *Anknüp-*

⁶⁷ Vgl. im einzelnen HEINZE, GA 5, 170 ff. und WAHLBERG, in HOLTZENDORFFS Handbuch II S. 512, 514 ff. ¹ Vgl. oben S. 20 ff.

² Daß darin zugleich die Verwerfung der allgemeinen Vermögenseinziehung liegen sollte, steht nach den Motiven außer Frage (vgl. die Begr. zum Entwurf eines StGB für den Norddt. Bund, 1869, S. 60).

³ Vgl. demgegenüber die noch wenig abstrahierte, auf zahlreiche Vorschriften des Besonderen Teils verstreute Einziehungsregelung des (heute noch geltenden) österreichischen StG von 1852. — Die vom RStGB beibehaltenen Sonderbestimmungen können sich immerhin auf eine längere Tradition berufen. So geht z. B. die Münzeinziehung (§ 152) über Art. 111 der Carolina bis in das römische Recht (D. 48, 10, 12) zurück. Auch die spezielle Einziehung von Jagdgeräten war schon vorher bekannt (vgl. HEINZE, GA 5, 169). Selbst die in den Übertretungstatbeständen enthaltenen Einziehungsvorschriften haben in den Reichspolizeiordnungen ein historisches Vorbild; vgl. oben S. 21 Anm. 57.

fungstaten sollen gemäß § 40 nur noch vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen in Betracht kommen⁴, Taten also, die Ausdruck einer bewußten Ablehnung gegen die Rechtsordnung und einer ernst zu nehmenden Gefährlichkeit sind. In gegenständlicher Hinsicht soll die Einziehung auf Tatwerkzeuge⁵ und Tatprodukte begrenzt sein, so daß grundsätzlich sowohl die *scelere quae sita* i. S. des römisch-gemeinen Rechts (Tatlohn, Gewinne oder sonstige durch die Tat erlangten Gegenstände oder Vorteile) wie auch die reinen Tatobjekte („*corps du délit*“ i. S. des französischen Rechts)⁶ außerhalb der Reichweite des Strafrichters bleiben. Bemerkenswert ist ferner die Beschränkung auf das Eigentum von *Tatbeteiligten*⁷ sowie der Verzicht auf den obligatorischen Charakter der Sanktion; auch dem Täter gegenüber soll die Einziehung im *Ermessen* des Richters stehen⁸.

Diese auch nach heutigen Vorstellungen durchaus maßvolle Regelung erfuhr jedoch bereits durch die in § 41 vorgesehene *Unbrauchbarmachung* von Schriftwerken strafbaren Inhalts⁹ eine empfindliche Verschärfung. Zwar kann die Unbrauchbarmachung insofern als ein minder schwerer Eingriff angesehen werden, als sie nicht notwendig zum Verlust der Eigentumssubstanz führt¹⁰. In zwei ganz wesentlichen Punkten geht sie jedoch eindeutig über die Einziehung nach § 40 hinaus: Sie macht weder vor dem Eigentum tatunbeteiligter Dritter halt¹¹, noch ist sie in das freie Ermessen des Richters gestellt¹².

⁴ Dazu reicht jedoch auch Versuch und Teilnahme aus. Näheres unten S. 212 f., 214 ff.

⁵ Dazu zählen aber nicht nur die zur Tatbegehung tatsächlich benutzten, sondern auch die nur dazu „bestimmten“ Gegenstände, wie z. B. das Messer, das der Räuber zur Bedrohung seines Opfers vorsorglich mitgenommen hat, aber dann nicht einzusetzen braucht. Einzelheiten unten S. 322.

⁶ Vgl. Art. 11 Code Pénal; ähnlich noch die meisten Strafgesetze der welschen Schweiz (vgl. HAFTER, AT, 1926, S. 305).

⁷ Allerdings vermochte sich diese Einschränkung erst in der letzten Gesetzgebungsphase voll durchzusetzen. Denn selbst nach § 38 E 1870 sollten bei Tatprodukten die Eigentumsverhältnisse noch unerheblich sein, weil sie den verbrecherischen Charakter derart an sich trügen, daß der Strafzweck ihre Einziehung notwendig gebiete (vgl. Motive zum StGB S. 52).

⁸ Auch hier hatte der E 1870 noch einen strengeren Standpunkt vertreten und bei *producta scleris* die obligatorische Einziehung vorgesehen (§ 38). Erst im Reichstag setzte sich dann unter der Führung v. KISCHMANNs die jetzige Fassung durch (vgl. Reichstagsverhandlungen, 1870, 3. Bd. S. 218 f.).

⁹ Neben Schriften, Abbildungen und Darstellungen werden davon auch die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen erfaßt: § 41 I StGB a. F.

¹⁰ Vgl. die Nachw. oben S. 7 Anm. 18.

¹¹ So u. a. schon OPPENHOFF, § 41 Anm. 7, SCHWARZE, § 41 Anm. 9; vgl. ferner JAGUSCH, LK, 41 Anm. 1, MAURACH, AT S. 765, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 41 Rdnr. 1. — Dies kann man schon daraus schließen, daß, anders als bei § 40, hier die Maßnahme nicht auf den Täter oder Teilnehmer beschränkt wurde, sondern u. a. auch auf den Verleger und Buchhändler erstreckt wird (Abs. II).

¹² Ergibt sich aus „ist auszusprechen“; im Ergebnis unstreitig; vgl. statt aller SCHÖNKE-SCHRÖDER, aaO.

2. Weitere und teils noch empfindlichere Ausnahmen von der Allgemeinregel des § 40 finden sich jedoch schon in der Urfassung des StGB vor allem im *Besonderen Teil*. So sind z. B. die Anforderungen an die Anknüpfungstat in den §§ 360, 367, 369¹³ insofern gelockert, als hier schon eine *Übertretung*, ja u. U. sogar eine nur fahrlässig begangene¹⁴, die Einziehung bestimmter Tatwerkzeuge zu rechtfertigen vermag. Noch weiter ging § 152: Hier hat man Sinn und Wortlaut der Bestimmung dahin interpretiert, daß die Einziehung nachgemachten oder verfälschten Geldes selbst dann möglich sein soll, wenn nicht einmal der äußere Tatbestand eines Münzdelikts festgestellt ist¹⁵. Von daher war es dann nur konsequent, auch die *Eigentumsverhältnisse* an dem einzuziehenden Geld als *unerheblich* anzusehen¹⁶. Immerhin hätte aber der Gesetzgeber den Absolutcharakter dieser Einziehung klarer zum Ausdruck bringen können, so wie es in § 295 (Einziehung von Jagd- und Fischereigeräten) und auch bei §§ 360, 367 geschehen war. Problematisch wird die unterschiedslose Einziehung freilich vor allem dadurch, daß sie in einigen Fällen *zwingend* anzuordnen war. Doch während dies beim Falschgeld oder bei falschen Maßen (§§ 152, 369 I Nr. 2, II a. F.) einer langen Tradition¹⁷ und auch durchaus einem kriminalpolitischen Bedürfnis entspricht, stand an der Wiege des § 295 nachweislich die Jagdpassion einer einflußreichen Abgeordnetenphalanx¹⁸, die nicht einmal dem rationalen Argument zugänglich war, daß bei obligatorischer Fassung der Dritteinziehung konsequenterweise

¹³ Von dem ursprünglichen Einziehungskatalog sind bei § 360 nur die Nr. 2, 4 bis 6 und bei § 367 nur die Nr. 8 und 9 geblieben; die übrigen (§ 360 Nr. 1 und 14 bzw. § 367 Nr. 7) wurden durch andere Vorschriften ersetzt (vgl. die Nachw. bei SCHWARZ-DREHER, § 360 Anm. 1, 14; § 367 Anm. 7). § 369 I Nr. 2, II wurde durch die Maß- und GewichtsO 1908 (jetzt §§ 60, 61 Maß- und GewichtsG 1935) abgelöst.

¹⁴ Denn für die meisten dieser Übertretungen reicht Fahrlässigkeit aus; vgl. dazu allgemein MAURACH, AT S. 459, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 3 vor § 360 sowie im einzelnen SCHWARZ-DREHER, § 360 Anm. 2, 4, 5, 6, § 367 Anm. 8.

¹⁵ Näher dazu unten S. 279 f.

¹⁶ So die h. M. (vgl. bereits OPPENHOFF, § 152 Anm. 2, SCHWARZE, § 152 Anm. 1; ferner JAGUSCH, LK, § 152 Anm. 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 152 Rdnr. 1), obwohl die Wortfassung keine dahingehende Andeutung enthält.

¹⁷ Vgl. oben Anm. 3. — Dies dürfte auch der Grund dafür gewesen sein, daß die nachträgliche Einfügung des § 152 noch in der 3. Lesung ohne jede weitere Debatte erfolgte (vgl. Reichstagsverhandlungen, 1870, 3. Bd. S. 1170).

¹⁸ Denn obgleich in den Reichstagsverhandlungen (aaO, S. 728 ff.) wiederholt und nachdrücklich auf die möglichen Härten der obligatorischen Einziehung hingewiesen wurde, blieb die Uneinsichtigkeit der auf unbedingte Wahrung ihrer Jagd- (und Standes-)rechte bedachten Abgeordneten letztlich doch siegreich. Vgl. auch die Kritik von v. BURK, GS 30, 266 und NAGLER, VDB VIII S. 476. — Demgegenüber hat die französische Praxis aus der Erfahrung einer wechselvollen Geschichte hier in gewisser Weise sehr viel menschlicher reagiert: als Konzession an ihre heißblütige Empfindlichkeit hat man den Jagdfrevlern den Weg offengelassen, die Einziehung des Jagdgewehres durch Zahlung einer Geldsumme abzuwenden; vgl. im einzelnen NISSEN, Straßb. Festg. f. PLANCK, S. 102.

auch das für die Wilderei entwendete Jagdgewehr des betroffenen Jagdberechtigten einzuziehen sei¹⁹. Schon WAHLBERG hat dazu sarkastisch bemerkt, daß bei Jagd- und Pressevergehen „gleichsam die Hand der Gesetzgebung im Konfiskationsfieber zuckt“²⁰.

Auch in *gegenständlicher* Hinsicht sind noch einige Ausweitungen gegenüber der Grundregel des § 40 zu vermerken. So ermöglicht etwa § 360 II die Einziehung bloßer *Objekte* der Tat (verbotswidrig gesammelte Waffen oder feilgebotene Stempelpapiere u. dgl.), während bei § 335 durch zwingenden „Verfall“ des Bestechungslohnes ein *scelere quaesitum* erfaßt wird. Auch zeigt gerade § 335 bereits erste Ansätze für die später stark ausgeweitete *Ersatzeinziehung*: Ist nämlich das ursprünglich vom Bestochenen Empfangene nicht mehr greifbar, so ist eine seinem Wert entsprechende Geldsumme für verfallen zu erklären.

II. Neueinfügungen bis Ende des 2. Weltkrieges

1. Doch was auch immer die Gründe für diese Abweichungen von der Grundregel des § 40 gewesen sein mögen, fest steht, daß schon allein durch die Existenz von Sondervorschriften das Einfallstor für weitere geschaffen war. Der Gesetzgeber hätte dafür gar keinen besseren Beweis liefern können, als daß er bereits die erste Novelle zum StGB vom 26. 2. 1876²¹ dazu benutzte, um eine weitere Einziehungsbestimmung einzufügen: § 296 a. Nicht nur, daß danach bei unbefugtem Fischen in Küstengewässern unterschiedslos und zwingend die Fanggeräte einzuziehen sind; vielmehr soll hier auch der im Fahrzeug mitgeführte Fang, also das *scelere quaesitum*, miterfaßt werden. Doch obgleich gerade dies die eigentliche interessante Neuerung ist, findet sich zu ihrer Begründung in den Motiven kein Wort²².

¹⁹ Was von der Staatsanwaltschaft dann auch prompt beantragt wurde und vom RG nur mit zweifelhafter Berufung auf § 111 StPO abgelenkt werden konnte (RGSt 18, 43). So blieb die Frage noch lange höchst umstritten (vgl. näher EICHMANN, S. 43 ff., FRANK, § 295 Anm. I 2, OLHAUSEN, StGB, 10. Aufl., § 295 Anm. 4, SCHWABE, GA 60, 395 ff.) und führte letzten Endes wenigstens zur Einführung der später beispielhaften Härteklausele in Abs. II des § 295; vgl. unten S. 28.

²⁰ WAHLBERG, Criminalistische Gesichtspunkte S. 141. Scharf auch NAGLER gegen § 295 a. F.: „Die Ungerechtigkeit solcher Satzung ist mit Händen zu greifen“ (VDB VIII S. 482).

²¹ RGBl. S. 25.

²² Im Gegenteil: Glaubt man den Motiven, so sollte mit § 296 a lediglich eine inhaltliche Angleichung an § 295 getroffen werden (RT-Drs. 1875/76 Nr. 54 S. 66). Immerhin wird aber damit die Sache noch rätselhafter, denn entweder war dann dem Gesetzgeber die Nichtreineziehbarkeit des erlegten Wildes nach § 295 völlig entgangen, oder aber man wollte versuchen, die Ausdehnung der Einziehung durch § 296 a einfach „herunterzuspielen“; methodisch wäre beides wenig erfreulich. Daß freilich in sachlicher Hinsicht die Erstreckung auf den Fischfang durchaus berechtigt erscheint (vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 296 a Rdn. 1), ist eine ganz andere Frage.

Immerhin stellt aber der § 296 a noch eine unverkennbare Nachbildung des § 295 dar. Demgegenüber geht die nächste — allerdings erst nach weiteren vier Jahrzehnten erfolgte — Einfügung bereits neue Wege. § 284 b, als Teil des Gesetzes gegen das Glücksspiel vom 23. 12. 1919²³ aus der „Not als Teil des Gesetzes gegen das Glücksspiel“ geboren²⁴, löste zwar lediglich die fakultative Einziehung des Augenblicks²⁵, löste zwar lediglich die fakultative Einziehung nach § 360 I Nr. 14, II ab, brachte aber erstmals eine unterschiedliche Behandlung von Täter- und Dritteigentum: Während es bei letzterem bei der fakultativen Einziehung verblieb, wurde sie gegenüber dem Täter zu einer obligatorischen verschärft²⁶. Dabei ist es bis zu diesem Tage (§ 285 b n. F.) geblieben, obgleich die Not des damaligen Augenblicks heute kaum noch die gleiche sein dürfte.

2. Die bedeutsamste gesetzgeberische Einziehungswelle innerhalb des StGB setzt freilich erst in der Krisenzeit der 30er Jahre ein. Zunächst wird durch Notverordnung vom 6. 10. 1931²⁷ mit § 86 a die unterschiedslose Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung von Hochverrat gebraucht oder bestimmt waren, eingeführt. Eine sehr weite Vorverlegung der strafrechtlichen Verbrechensabwehr brachte das GewohnheitsverbrecherG vom 24. 11. 1933²⁸: Nach § 245 a III soll schon allein auf Grund eines abstrakten Gefährdungsdelikts sog. Diebeswerkzeug unterschiedslos und obligatorisch eingezogen werden.

Doch der gewaltigste Einbruch in die Einziehungskonzeption des StGB erfolgte durch das StAG vom 24. 4. 1934²⁹. Im Zusammenhang mit der allgemeinen Verschärfung der Staatsschutzbestimmungen lebten hier auch Konfiskationsvorstellungen wieder auf, die man längst tot und begraben glaubte: Gegenüber Urhebern und Rädelsführern von hochverräterischen Unternehmen sollte nach § 86 a wieder die *totale Vermögenseinziehung* zulässig sein. Welche rechtlichen Vorstellungen oder politische Zielsetzungen hinter dieser einschneidenden Maßnahme standen, war leider nicht zu ergründen, da die Materialien, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht sind. Jedoch dürfte man kaum fehlgehen in der Annahme, daß jenseits aller strafrechtlichen Vergeltungs- oder Präventionsgedanken hier sicher auch das Verlangen nach einem schlagkräftigen politischen Kampfmittel eine Rolle spielte³⁰. Um so mehr muß es

²³ RGBl. I 2145.

²⁴ So die Begründung des RJM (Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, 1920, Bd. 340, S. 4151 D).

²⁵ Zur Begründung dafür enthalten die Materialien lediglich die Bemerkung von JOEL, daß dadurch eine Einziehung dort vermieden werden solle, wo der Täter etwa mit veruntreutem Geld gespielt hat (Verhandlungen aaO, S. 4152 B).

²⁶ RGBl. I S. 566.

²⁷ RGBl. I S. 995.

²⁸ RGBl. I S. 341.

²⁹ Vgl. SCHÄFER-v. DOHNANYI, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, S. 143: Sinn der neuen Vermögenseinziehung sei „die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Verurteilten“. Im gleichen Sinne RIETZSCH, in GÜRTNER, Das kommende dt. Strafrecht, AT, 2. Aufl., S. 142 f. und die Begr. des E 1936 S. 42 f. zu § 40, wo daneben allerdings auch positive Momente anklingen (Erhaltung des

überraschen und bestürzen, daß sogar der Regierungsentwurf zum 1. StAG 1951 diese Anomalie noch beibehalten wollte, ohne auch nur ein Wort der Rechtfertigung dafür zu finden³⁰.

3. Indes bleibt aus jener Zeit auch noch ein Positivum zu erwähnen. Das StAG vom 28. 6. 1935³¹, das zwar einerseits den Bestand weiter vermehrte, indem es — unter ähnlichen Voraussetzungen wie bei § 245 a — die Einziehung von Jagd- und Fischereiwerkzeugen anordnete (§ 296), brachte andererseits auch die Härteklausele des § 295 II. Danach konnte von der Einziehung abgesehen werden, wenn das Tatwerkzeug „ohne Schuld des Eigentümers“ zu einem Wildereidelikt benutzt worden ist oder die Einziehung „eine unbillige Härte für den Betroffenen bedeuten würde“³². Damit war der Praxis endlich die Möglichkeit eröffnet, im Wege der Analogie auch bei anderen obligatorischen Einziehungsbestimmungen dem Einzelfall besser gerecht zu werden³³.

Vermögens als Einheit im Interesse etwaiger Arbeitnehmer u. dgl.). Daß die Wiedereinführung der Vermögenskonfiskation in § 86 a im übrigen nicht als Einzelschritt gedacht war, zeigt die Tatsache, daß sie auch in einigen Nebenstrafgesetzen bereits wieder aufgelebt war (vgl. unten S. 36) und vom E 1936 als reguläre Strafe vorgesehen war (§ 40). Einen gewissen Vorläufer hatten diese Vorhaben bereits im § 18 RepubliksschutzG 1922 bzw. § 10 RepubliksschutzG 1930, wo bei Auflösung staatsgefährlicher Vereinigungen die Einziehung des Vereinsvermögens vorgesehen war.

³⁰ Vgl. BT-Drs. I/1307 § 85. Offenbar glaubte man schon damit genug getan zu haben, daß neben der gänzlichen auch eine nur *teilweise* Vermögenseinziehung zulässig sein sollte (Begr. S. 32 zu § 85). Erst der Bundesrat hat ihre ersatzlose Streichung empfohlen (vgl. Anlage 2 S. 58 zu BT-Drs. I/1307); ebenso dann der Rechts- und Verfassungsausschuß des Bundestages (vgl. BT-Drs. I/2414).

³¹ RGBl. I 839.

³² Diese Härteklausele war allerdings nicht erst ein Geschöpf nationalsozialistischer Gerechtigkeitsvorstellungen, sondern der Sache nach schon seit dem E 1913 (§ 386 II, III) nahezu in allen Reformentwürfen gefordert worden (vgl. auch unten bei Anm. 83). Damit war jetzt wenigstens auch die Streitfrage um die Einziehung des dem Jagdberechtigten gestohlenen Jagdgeräts (vgl. oben S. 25 f.) aus der Welt geschafft (vgl. SCHÄFER-V. DOHNANYI, aaO, S. 221). Vgl. dazu auch RUNGE, GA 72, 26 ff.

³³ Mit Ausnahme des OLG Kiel (HRR 1936, 786), das in dieser Härteklausele einen allgemeinen Rechtsgedanken sah und dementsprechend auf die steuerrechtliche Einziehung anwandte, machte die Praxis von den Möglichkeiten dieser Klausel zunächst jedoch nur zögernd Gebrauch. So etwa hat das OLG München HRR 1940, 467 die analoge Anwendung des § 295 II auf die Einziehung gestohlener Diebeswerkzeuge nach § 245 a III abgelehnt, weil diese Vorschrift zusammen mit dem parallelen § 296 geschaffen worden sei, ohne daß ihnen eine dem § 295 II entsprechende Härteklausele beigegeben worden wäre. Gegen analoge Heranziehung des § 295 II StGB auch OLSHAUSEN, 12. Aufl., § 245 a Anm. 14 b, DALCKE, 32. Aufl., § 245 a Anm. 7 g, SCHÖNKE, 2. Aufl., § 295 Anm. III, ja selbst noch aus jüngerer Zeit WOLFER, S. 145 f., während K. SCHÄFER (DJ 1936, 1471) § 295 II jedenfalls überall dort anwenden wollte, wo die betroffene Sache dem Eigentümer widerrechtlich entzogen worden war. Der BGH dagegen hat sich schon in BGHSt 3, 163 (gestohlene Schmuggelware)

III. Die Entwicklung seit 1949

Eine grundlegende Neuorientierung im Sinne größerer rechtsstaatlicher Garantien setzte freilich erst nach dem 2. Weltkrieg ein, und zwar vor allem unter dem Einfluß des Grundgesetzes. Obwohl diese Entwicklung im Nebenstrafrecht viel augenfälliger zum Durchbruch kam, ging sie doch auch am StGB nicht spurlos vorbei. Zum Beweis sei auf § 86 verwiesen, der nach seiner ersatzlosen Aufhebung durch den Kontrollrat³⁴ auf Grund des 1. StAG vom 30. 8. 1951³⁵ in veränderter Form wiedereingeführt wurde und über §§ 98 II, 101 II, 104 b I, 109 i II praktisch für den gesamten Bereich der Staatsschutzdelikte gilt³⁶. Zwar ist damit das Einziehungsrecht um eine weitere, sehr komplexe Bestimmung vermehrt worden. Denn nicht nur, daß hier die Einziehung — ähnlich wie bei § 335 — auf das für die Straftat empfangene Entgelt (Abs. III) sowie generell auch auf die Surrogate³⁷ der Tatwerkzeuge und -produkte (Abs. I S. 2) erstreckt wird und damit in gegenständlicher Hinsicht weit über den Bereich des § 40 hinausgeht. Vielmehr sollen als Anknüpfungstaten bereits fahrlässige³⁸ oder auch nur rechtswidrige Handlungen³⁹ in Betracht kommen. Andererseits ist jedoch positiv hervorzuheben, daß in Abkehr von der obligatorischen Tendenz der Vorkriegsjahre hier die Einziehung prinzipiell in das Ermessen des Richters gestellt, ja diesem sogar die Möglichkeit eingeräumt wird, sich statt der Einziehung mit der u. U. schonenderen Unbrauchbarmachung zu begnügen (Abs. I S. 1).

Der eigentlich revolutionisierende Schritt ist jedoch in der *Entschädigungsregel* des Abs. II zu sehen. Zum ersten Male im Bereich des StGB ist hier zwingend vorgeschrieben, daß der durch eine Einziehung geschädigte Dritteigentümer aus der Staatskasse zu entschädigen ist, sofern er sich im Zusammenhang mit der Tat nicht auf andere Weise strafbar gemacht hat⁴⁰. Ähn-

von der früheren Rspr. gelöst und in BGHSt 9, 96/7 die Einziehung eines gestohlenen Diebeswerkzeuges unter Berufung auf § 295 II für unbillig erklärt (vgl. dazu auch die Anm. von JAGUSCH, LM Nr. 3 zu § 245 a StGB, und DÜNNEBIER, JR 1956, 306). Im gleichen Sinne etwa BayObLGSt 1957, 24 (bzgl. § 11 SprengstoffG a. F.), ferner JAGUSCH, LK, § 295 Anm. I 2, H. MAYER, AT S. 397.

³⁴ KontrollratsG Nr. 11 vom 30. 1. 1946 (Kontrollratsamtsblatt S. 55).

³⁵ BGBl. I 739.

³⁶ Zusammen mit § 104 b wurde in § 108 b III außerdem eine dem § 335 StGB entsprechende Verfallsvorschrift für Wahlbestechungsgelder geschaffen.

³⁷ Und zwar auf Surrogate im strengen Sinne und nicht nur auf einen Ersatz in Form einer entsprechenden Geldsumme. Insofern unterscheidet sich die Ersatz-einziehung nach § 86 a. F. sehr wesentlich von den sonstigen Formen des Wertersatzes; dazu näher unten S. 338 f.

³⁸ Vgl. § 84 a. F. und dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., Rdnr. 10, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., Anm. 3.

³⁹ H. M.; statt aller SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 86 Rdnr. 4, ferner unten S. 279 f.

⁴⁰ Auch diese Regelung hatte allerdings bereits Vorbilder im Nebenstrafrecht

lich wie bei der Härteklausele des § 295 II wurde damit auch für die Entschädigungsfrage eine Basis geschaffen, auf der man im Wege der Analogie auch bei anderen Dritteinziehungen zu erträglichen Ergebnissen kommen konnte⁴¹.

Von dieser Warte aus mußte der durch das 7. StAG vom 1. 6. 1964⁴² neu eingeführte § 311 c, der die Einziehung der producta und instrumenta von Sprengstoffdelikten vorsieht⁴³, als ein Rückschritt erscheinen. Dies schon wegen der wiederum ganz anders gearteten Konstruktion: Während in Abs. I S. 1 die auf Grund einer rechtswidrigen Tat zulässige Einziehung zunächst für fakultativ erklärt wird — und zwar ohne ausdrückliche Beschränkung auf Täter Eigentum⁴⁴ —, soll sie nach Satz 2 obligatorisch sein, wenn ein Sicherheitsbedürfnis besteht. Welcher Raum bleibt aber dann überhaupt noch für eine fakultative Dritteinziehung, da diese ja ohnehin nur aus Sicherheitsgründen zu rechtfertigen ist? Entweder hat man dies nicht bedacht oder die Dritteinziehung auch aus anderen Gründen zulassen wollen; beides gäbe Anlaß zu Kritik. Davon ganz abgesehen ist es zu bedauern, daß man hier so schnell zur obligatorischen Einziehung zurückgekehrt ist und dadurch die gegenläufige Tendenz zur Verstärkung des richterlichen Ermessens wieder einmal gestoppt hat.

Jedenfalls war damit der Hoffnung, daß von der im Nebenstrafrecht schon verschiedentlich vorweggenommenen Einziehungsregelung des E 1962⁴⁵ eine vereinheitlichende Wirkung ausgehen würde, wiederum ein schwerer Schlag versetzt. Nicht zuletzt die Tatsache, daß sich auch hier der Gesetzgeber zur Begründung seiner abweichenden Regelung mit dem schlichten Hinweis auf jene nebulösen „kriminalpolitischen Bedürfnisse“⁴⁶ begnügte, ließ wenig Gutes erwarten. Um so erfreulicher, daß dann wenigstens das EGOWiG die Vereinheitlichung ein wesentliches Stück vorangebracht hat. Doch zuvor sei noch ein Blick auf das Nebenstrafrecht geworfen.

(vgl. unten S. 37), ganz zu schweigen davon, daß sich schon der E 1930 für eine generelle Entschädigungsklausel ausgesprochen hatte (vgl. zum Ganzen unten S. 365 f.). Um so mehr überrascht es, daß trotz dieser Vorbilder der Regierungsentwurf des StAG 1951 die Entschädigungsfrage noch völlig übergangen hatte und sich erst der Bundesrat für eine grundrechtskonforme Berücksichtigung der Drittinteressen einsetzte (vgl. BT-Drs. Nr. I/1307 m. Anlage 2).

⁴¹ Vgl. BAUMANN, 4. Aufl., AT S. 657, DALCKE-SCHÄFER, § 86 Anm. 3, JAGUSCH, LK, § 86 Anm. 7, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 20, § 86 Rdnr. 12, STREE, Deliktsfolgen S. 126.

⁴² BGBl. I 337.

⁴³ Jetzt § 325 a StGB. Dem § 311 c a. F. entsprach inhaltlich § 11 SprengstoffG i. d. F. des gleichen Gesetzes.

⁴⁴ Daraus konnte zu Recht auf eine unterschiedslose Einziehung geschlossen werden: so SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 311 c Rdnr. 4, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 311 c Anm. 1 B.

⁴⁵ So u. a. in §§ 39 ff. AWG 1961 und §§ 414 ff. RAO 1961.

⁴⁶ BT-Drs. Nr. IV/1817, IV/2186 zu § 311 c.

B) Die Entwicklung im Nebenstrafrecht⁴⁷

Das Bild der Eigentumsanktionen wird noch bunter, wenn man auch die einschlägigen Bestimmungen des Nebenstrafrechts mit in den Blick nimmt. Auch hier braucht es indes nicht auf eine statistische Vollständigkeit anzukommen⁴⁸. Von Interesse sind vielmehr nur jene Regelungen, die für bestimmte Entwicklungsstufen oder Bereiche als typisch oder auch als rechtlich ungewöhnlich gelten können.

I. Die Rechtslage bei Inkrafttreten des StGB

Daß im Nebenstrafrecht die Abweichungen noch vielfältiger sind, kann nicht überraschen. Denn wenn schon das RStGB eine geschlossene Grundkonzeption vermissen läßt, so ist das in dem weithin von Augenblicksbedürfnissen bestimmten Nebenstrafrecht noch weniger zu erwarten.

1. Immerhin bewegt sich aber auch hier das Einziehungsrecht zunächst noch weitgehend in den Bahnen, die schon durch die Sondervorschriften des StGB vorgezeichnet waren. So sind neben den *unterschiedslosen* Einziehungsbestimmungen⁴⁹ auch die Fälle ihrer *obligatorischen* Anordnung bereits sehr zahlreich⁵⁰, was daraus zu erklären sein dürfte, daß es sich durchwegs um vorbeugenden Rechtsgüterschutz handelt. Als Anknüpfungstat reicht meist eine vorsätzliche oder auch fahrlässige *Übertretung* aus; auch dies erklärlich aus dem meist geringen Unwertgehalt der betreffenden Tatbestände.

Besonderer Erwähnung bedarf jedoch die Akzentverschiebung im *gegenständlichen* Bereich. Während § 40 StGB den Gegenständen, die lediglich das „Objekt“ einer Straftat sind, keinerlei Beachtung schenkt, ist es im Ne-

⁴⁷ Über die genauen Fundstellen der nachfolgend angeführten Nebenstrafgesetze vgl. das Gesetzregister (im Anhang).

⁴⁸ Zahlreiche Nachweise zum älteren Recht u. a. bei EHRENSBERGER, S. 87 ff., LINDENMAYER, S. 8 ff., SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 3 ff., 14 ff., SCHWABE, S. 9 ff. Aus neuerer Zeit vgl. DIETRICH, S. 23 ff., SEIDEL, S. 6 ff., sowie ERBS-KOHLHAAS, Registerband, 2. Aufl. 1967, unter „Einziehung“.

⁴⁹ So z. B. § 15 NahrungsmittelG 1879, der im inhaltsgleichen § 13 LebensmittelG 1936 fortlebte und auch für zahlreiche andere Vorschriften des Gesundheitsrechts vorbildlich war; vgl. § 13 FarbenG 1887, § 5 MargarineG 1897, § 9 WeinverkehrsG 1892. Weitere Nachw. bei RAHN, S. 41 f., SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 17. — Sofern die einzelnen Einziehungsvorschriften keine ausdrückliche Beschränkung auf Täter Eigentum enthielten, war streitig, ob sie dann die unterschiedslose Einziehung zulassen wollten. Meist wurde es bejaht. Vgl. aber auch LINDENMAYER, S. 11 ff.

⁵⁰ § 154 VereinszollG 1869, § 10 SpielkartenstempelG 1878, § 11 SprengstoffG 1884, § 28 SchlachtviehG 1900. Vgl. ferner RAHN S. 40 f., SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 14 f.

⁵¹ Vgl. etwa §§ 14, 15 NahrungsmittelG 1879, §§ 27, 28 SchlachtviehG 1900, weitere Nachw. unten S. 49 Anm. 3, sowie bei LINDENMAYER, S. 13 ff.

benstrafrecht weithin umgekehrt. Denn da es hier aus bestimmten Sicherungsgründen oder fiskalischen Interessen oft gerade darum geht, schon den vorschriftswidrigen Umgang oder Verkehr mit Gegenständen, die sich weder als Tatwerkzeuge noch als Tatprodukte klassifizieren lassen, zu unterbinden, muß sich die Einziehung gegen reine Tatobjekte richten. Angesichts der Schwierigkeit, den u. U. sehr weiten Bereich der Tatobjekte auf die einziehungswürdigen Fälle zu begrenzen, ist es gesetzestechisch sicher das Zweckmäßigste, wenn das Gesetz die einzuziehenden Objekte der inkriminierten Verhaltensweisen genau bezeichnet, so z. B. als die „verbotswidrig feilgebotenen Waren“⁵². In steigendem Maße findet sich aber auch eine wegen ihrer Vagheit nicht unbedenkliche „Beziehungs“-Formel, wonach alle Gegenstände einzuziehen sind, „auf die sich die Straftat bezieht“⁵³. Damit sollen etwa nach § 13 LebensmittelG nicht nur das verfälschte oder gesundheitsschädliche Lebensmittel und der Stoff, aus dem es hergestellt ist, erfaßt werden, sondern alle Objekte einer begangenen oder auch nur versuchten Herstellung- und Vertriebstätigkeit einschließlich des Verpackungs- und Werbematerials⁵⁴.

Eine Ausdehnung des gegenständlichen Bereichs ergibt sich ferner aus der im Nebenstrafrecht nicht seltenen *Ersatzeinziehung*⁵⁵ wie auch — in Parallele zu § 335 StGB — aus dem Entgeltverfall bei Bestechung von Angestellten⁵⁶.

2. Eine gewisse Sonderstellung nahmen von Anfang an die dem Schutz des geistigen Eigentums dienenden Sanktionen ein. Da sie in erster Linie den privatrechtlichen Schutz des Urheberberechtigten verstärken sollen⁵⁷, müssen sie elastisch genug sein, um sich dem individuellen Abwehrinteresse des Verletzten anpassen zu können. So kannte schon das LitUrhG 1870 die recht eigenartige Sanktion einer „Einziehung zum Zwecke der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung“ mit nachfolgender Rückgabe der verbliebenen Substanz (§ 21 I). Auch die neueren Urheberrechtsgesetze haben an diesem Grundsatz des *schonendsten Mittels* festgehalten, ja ihn sogar noch verstärkt. Denn während sich früher der Verletzte nur dann mit einer bloßen Unschädlichmachung zu begnügen brauchte, wenn der Eigentümer für die an-

fallenden Kosten der Maßnahme aufkam⁵⁸, läßt das UrhG 1965 — unter völligem Absehen von der Einziehung — die Vernichtung nur dann zu, wenn die Nachdrucke und Vervielfältigungsvorrichtungen nicht auf andere Weise unbrauchbar gemacht werden können (§ 98 III) und auch der Verletzte nicht bereit ist, die betroffenen Stücke gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung für die Herstellungskosten zu übernehmen (§ 99)⁵⁹.

II. Neuerungen im Gefolge des 1. Weltkrieges

Während sich die zuvor genannten Besonderheiten der nebenstrafrechtlichen Einziehungsbestimmungen noch durchaus auf der vom StGB vorgezeichneten Linie bewegen, treten in der Entwicklung seit dem 1. Weltkrieg gewisse neue Aspekte hervor, die teils eine ausdehnende, teils eine beschränkende Tendenz aufweisen.

1. Nur beiläufig erwähnt seien hier zunächst die sog. *Verfallserklärungen* des Kriegswirtschaftsrechts. Um zu verhindern, daß gesamtwirtschaftlich wichtige Güter (wie z. B. Getreidevorräte oder Edelmetalle) in die falschen Kanäle flossen, konnten sie bei Verstoß gegen bestimmte Bewirtschaftungsverordnungen oder bei Mißachtung gewisser Aus- und Einfuhrkontrollen ohne Entschädigung zugunsten der Allgemeinheit für verfallen erklärt werden, und zwar u. U. auch dann, wenn keine strafbare Handlung nachweisbar war⁶⁰.

Gewiß ist eine Ähnlichkeit dieser Maßnahmen mit der strafrechtlichen Einziehung nicht zu verkennen. Wie jedoch schon der Umstand erweist, daß ihre Anordnung weitgehend in Händen der Verwaltung lag, stehen hier eindeutig versorgungspolitische Interessen im Vordergrund, die eine schnelle und elastische Handhabung erfordern und deshalb von der Strafjustiz kaum sachgerecht hätten bewältigt werden können. Deshalb hat man hier zu Recht den spezifisch strafrechtlichen Einzie-

stand nichts Wesentliches geändert hat. Für die Zeit vor dem UrhG 1965 vgl. ULMER, Urheberrecht S. 390 ff.; im Vergleich zur heutigen Rechtslage v. GAMM, UrhG, § 110 Rdnr. 1 f. Zur Rechtsnatur der urheberrechtlichen Einziehung vgl. unten S. 87.

⁵² Vgl. § 42 LitUrhG 1901; ebenso § 37 KunstUrhG 1907. Vgl. ferner § 14 GeschmacksmusterG 1876.

⁵³ Vgl. näher v. GAMM, UrhG, § 99 Rdnr. 1 f., ULMER, Urheberrecht S. 396 ff. — Ähnliche Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitskriterien finden sich in den Eingriffsabstufungen des Markenschutzes (§ 17 MarkenschG 1879, jetzt § 30 WarenzG) wie auch im Maß- und Gewichtsschutz (§ 9 II FeingehaltsG 1884, § 22 II Maß- und GewichtG 1908, jetzt §§ 60, 61 Maß- und GewichtG 1935). Vgl. ferner § 5 SchankgefäßG 1881, § 18 WeinG 1909 (Alternative zwischen Einziehung und Vernichtung) und § 10 TierschG 1933 (anderweitige Unterbringung des Tieres statt Tötung).

⁶⁰ Von größerer praktischer Bedeutung waren vor allem § 70 RGetreideO 1917 i. d. F. vom 29. 5. 1918, RGBl. S. 425 (vgl. dazu näher KLAFFENBACH, DJZ 1919, 466 ff.), § 3 EinfuhrVO 1917 i. d. F. vom 22. 3. 1920, RGBl. S. 334 und § 8 AußenhandelskontrollVO 1919 (vgl. dazu vor allem NEUBERT, JW 1924, 141 ff.).

⁵² Vgl. § 13 FarbenG 1887, ferner § 6 Blei- und ZinkG 1897, § 5 MargarineG 1897, § 10 TierschG 1933, oder auch § 7 III DüngemittelG 1962, wo schlicht und doch durchaus treffend von den Düngemitteln, die „Gegenstand einer Zuwiderhandlung nach . . . waren“, die Rede ist. Vgl. zum Ganzen auch unten S. 329 f.

⁵³ Vgl. etwa § 3 EdelmetallG 1923, § 16 UnedelmetallG 1926, sowie grundsätzlich alle auf dem EGOWiG beruhenden Vorschriften für die Einziehung derartiger Gegenstände; vgl. die Nachw. unten S. 51 Anm. 21.

⁵⁴ Vgl. ZIPFEL, in ERS-KOHLHAAS, § 13 LebensmittelG, Anm. 2 A und C.

⁵⁵ Vgl. näher unten S. 51 f. und 338 ff.

⁵⁶ § 12 III UnlWettbewG 1909, § 5 I BestechungsVO 1917.

⁵⁷ Weshalb der Verletzte seine Abwehrrechte nicht nur im Zivilrechtswege, sondern auch im Rahmen eines Strafverfahrens verfolgen kann; vgl. § 110 UrhG 1965, wo sich insoweit an dem schon seit dem LitUrhG 1870 bestehenden Rechtszu-

hungscharakter verneint⁶¹. Im übrigen war es angesichts der verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit dieser Maßnahmen⁶² nur zu begrüßen, daß sie nicht zur Dauer-einrichtung wurden⁶³.

2. Von größerer Beständigkeit erwies sich dagegen eine strafgerichtliche Sanktion, die ebenfalls aus der Reaktion gegen das krisennützlerische Wucher- und Schiebertum hervorgegangen war: die sog. *Gewinnabschöpfung*. Nach ersten Versuchen in einzelnen wirtschaftlichen Teilbereichen⁶⁴ wurde hierfür grundlegend § 7 PreistreibereiVO 1918, wonach bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verstoß gegen bestimmte Preisvorschriften neben der Strafe „ein Betrag einzuziehen (war), der . . . dem erzielten übermäßigen Gewinn oder Verdienst (bzw.) . . . dem über den Höchstpreis erzielten Erlös entspricht“⁶⁵. Auf diese Weise sollten der Allgemeinheit die wirtschaftlichen Werte, die ihr in strafbarer Weise entzogen worden waren, wieder zugeführt werden⁶⁶.

Diese Bestimmung war nicht nur Vorbild für die Gewinneinzahlung nach § 29 IV der HandelsbeschränkungsVO 1923⁶⁷, sondern wurde auch den wirtschaftsrechtlichen Ordnungsplänen der NS-Zeit nutzbar gemacht⁶⁸ und in § 3 PreisstrafrechtsVO 1939 erstmals eingehend geregelt⁶⁹. Von besonderer Bedeutung war dabei der Verzicht auf eine volldeliktische Handlung — schon die Verwirklichung des äußeren Tatbestandes sollte ausreichen — und die Möglichkeit der Schätzung, falls sich die Höhe des Nebenerlöses ziffernmäßig nicht bestimmen ließ. Auf Grund einer weiter verfeinerten und von der Einziehung institutionell noch schärfer abgehobenen Fassung durch § 4 PreisstrafrechtsVO 1944⁷⁰ überlebte die Abführung des Mehrerlöses nicht nur den

⁶¹ Zu der damals sehr heftigen Abgrenzungsdiskussion, der nicht zuletzt im Hinblick auf die Eigentumsgarantie der Weimarer Verfassung eine eminent praktische Bedeutung zukam, vgl. u. a. KLAFFENBACH, DJZ 1919, 465, DOCHOW, JW 1922, 284, DAVID, JW 1923, 366, DEGNER, JW 1922, 701, KUNZE, JW 1922, 1512, NEUBERT, JW 1924, 141, FRIEDRICHS, JW 1924, 260 f., sowie SCHACHT, S. 19 ff., 38 und SCHEWE, S. 40 ff.

⁶² Vgl. im einzelnen die Arbeiten von KRÜCKMANN, SCHACHT und SCHEWE, passim.

⁶³ Allerdings wurden sie im Zuge der Bewirtschaftungsmaßnahmen am Beginn des 2. Weltkrieges zeitweilig wiederbelebt; vgl. im einzelnen TRÄNKMANN, DJ 1942, 701.

⁶⁴ Vgl. etwa § 3 a Web-, Wirk- und StrickwarenVO i. d. F. vom 14. 9. 1916 (RGBl. S. 1022).

⁶⁵ Vgl. ferner § 16 ff. PreistreibereiVO i. d. F. vom 13. 7. 1923 (RGBl. I 700).

⁶⁶ So RGSt 53, 89/92 zu den Motiven, die für die Einführung der Vorschrift bestimmend waren. Über die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Rechtsnatur der Gewinnabschöpfung vgl. unten S. 84 ff.

⁶⁷ Näheres dazu bei SCHNEIDEWIN, in STENGLEIN, Strafrechtliche Nebengesetze, 5. Aufl. 1928, Bd. I S. 1000; ebenso etwa Art. II § 3 V WuchergerichtsVO 1919.

⁶⁸ Vgl. u. a. § 4 PreisstoppVO 1936 und § 4 AuslandswarenpreisVO 1937. Dazu auch TRÄNKMANN, DJ 1942, 699 und GRAU-KRUG-RIETZSCH, Dt. Strafrecht I, S. 102.

⁶⁹ Näheres bei GRAU-KRUG-RIETZSCH, aaO, S. 109 f.

⁷⁰ Dabei wurde u. a. die umstrittene Frage der Rückerstattung des Mehrerlöses

2. Weltkrieg⁷¹, sondern ging über das WiStG 1949⁷² in das heute noch geltende WiStG 1954 ein⁷³. Falls die Reformpläne des E 1962 Wirklichkeit werden, wird sie als sog. Gewinnverfall auch im Katalog der allgemeinstrafrechtlichen Nebenfolgen erscheinen (§ 109 II) und damit schließlich für das gesamte Strafrecht Bedeutung erlangen⁷⁴.

3. Neben diesen spezifischen Neuentwicklungen lassen sich jedoch auch gewisse allgemeine Akzentverschiebungen beobachten, ohne daß aber dabei jedoch von einer einheitlichen oder gar vereinheitlichenden Tendenz die Rede sein könnte. Im Gegenteil, gerade in *formaler* Hinsicht tritt eher noch eine weitere Verwirrung ein. Ein Musterbeispiel von Kompliziertheit bietet etwa § 20 FernmAnG 1928: Nachdem in Satz 1 generell die fakultative Einziehung von Täter- und Dritteigentum vorgesehen ist, wird sie in Satz 2 bei fahrlässigen Vergehen auf Täter-eigentum beschränkt, nach Satz 3 aber zwingend vorgesehen, wenn die Anknüpfungstat eine Funkanlage betrifft und vorsätzlich begangen wurde. Auch hier lassen die Motive⁷⁵ nicht erkennen, ob man sich über die vordergründigen Sicherungserwägungen hinaus um die konstruktiven und sachlichen Abweichungen von den sonstigen Einziehungsbestimmungen überhaupt Gedanken gemacht hat.

Weitaus gewichtiger sind freilich einige *materielle* Verschlechterungen. Obgleich die Tatsache, daß sich zumindest der Gesetzgeber der Weimarer Zeit weithin mit der fakultativen Einziehung begnügte⁷⁶, den Anschein erwecken könnte, als ob sich nun endlich die gemäßigten Vorstellungen der Reformentwürfe⁷⁷ durchsetzen würden, stehen dem eher deutliche Verschärfungen

an den Geschädigten sowie die selbständige Abführung im objektiven Verfahren geregelt.

⁷¹ Vgl. OLG Hamburg MDR 1947, 103 m. Anm. TESAR sowie die Rspr. — Übersicht in NJW 1947/48, 502 Nr. 884. Vgl. ferner § 13 PreisG 1948.

⁷² §§ 49 bis 52. Vgl. im einzelnen DROST-ERBS, WiStG, S. 122 ff., KOSTERLITZ-ZOERE, Wirtschaftsstrafrecht S. 117 ff.

⁷³ Dabei wurde im Rahmen einer Neufassung (§§ 8 bis 11) zugleich auch noch eine Härteklausele eingefügt (§ 8 II). Einzelheiten bei EBISCH, WiStG, S. 133 ff.

⁷⁴ Im wesentlichen ähnlich § 83 AE. Dagegen ist für das Ordnungswidrigkeitenrecht keine selbständige Gewinnabschöpfung vorgesehen. Vielmehr sollen hier — ähnlich wie derzeit nach § 27 c II StGB — etwaige „wirtschaftliche Vorteile“, die der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, durch entsprechende Erhöhung der Geldbuße miterfaßt werden (§ 13 IV OWiG); näher dazu GÖHLER, OWiG, § 13 Anm. 4. Ebenso schon das bisherige Recht (§ 6 OWiG 1952). Vgl. zum Ganzen auch unten § 15.

⁷⁵ RT-Drs. Nr. 3682, S. 12 zu § 10 e (Reichstagsverhandlungen, 1927, Bd. 419).

⁷⁶ Vgl. u. a. § 3 III EdelMetallG 1926, § 16 III UnedelMetallG 1926, § 10 OpiumG 1929, § 48 MilchG 1930. Dagegen gewinnt in der NS-Zeit die obligatorische Einziehung wieder merklich an Boden: vgl. u. a. § 4 WaldverwüstungsG 1934, § 9 NitritG 1934, § 14 SammlungsG 1934.

⁷⁷ Denn immerhin hatte man dort endlich die Notwendigkeit erkannt, die Einziehungsregelung so elastisch zu gestalten, daß auch den Umständen des Einzelfalles Rechnung getragen werden kann; vgl. VE 1909 Begr. S. 185.

des Einziehungsrechts gegenüber, und zwar insbesondere im politischen Bereich. Das zeigt sich schon rein quantitativ an der wachsenden Zahl von Einziehungsvorschriften, die sich mit staatsfeindlichen Druckwerken, Waffen, Munition und sonstigen Hilfsmitteln staatsgefährlicher Betätigungen befassen⁷⁸; noch eklatanter aber in qualitativer Hinsicht, nämlich durch Wiederbelebung der längst totgeglaubten *allgemeinen Vermögenseinziehung*. Obgleich sich erste Ansätze dazu bereits in der Weimarer Zeit finden⁷⁹, wagte freilich auch hier erst der NS-Gesetzgeber den vollen Bruch mit dem bisherigen Konfiskations-Tabu und brachte diese auf breiter Front zur Anwendung, so vor allem im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts⁸⁰. Dies wurde auch keineswegs noch als eine Anomalie angesehen; denn wie bereits erwähnt, war die Vermögenseinziehung de lege ferenda ja auch für das allgemeine Strafrecht vorgesehen⁸¹.

4. Indessen darf auch ein *zukunftsweisender* Zug jener Jahre nicht verschwiegen werden: Zum ersten Male findet die Diskussion über die *nicht-sicherungsbedingte Dritteinziehung*, wie sie sich vor allem an der Einziehung gestohlener Jagdgeräte entzündet hatte⁸², jetzt auch das Ohr des Gesetzgebers. Zwar geht dieser nicht so weit wie die Reformentwürfe, die jedenfalls bei Jagdvergehen seit dem E 1913 die Dritteinziehung von der Schuld des Eigentümers an der rechtswidrigen Benutzung der Sache abhängig machen wollten⁸³. Zumindest wird aber das richterliche Einziehungsermessen

⁷⁸ Vgl. u. a. die §§ 20, 23 VO zum Schutze des deutschen Volkes vom 4. 2. 1933 (RGBl. I 35), § 6 VO gegen Verrat am deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe vom 28. 2. 1933 (RGBl. I 85), § 3 Ges. über Ein- und Ausfuhr von Kriegsges. vom 6. 11. 1935 (RGBl. I 1337), § 7 Ges. gegen Schwarzsender vom 24. 11. 1937 (RGBl. I 1298). Weitere Nachw. bei SEIDEL, S. 10 f.

⁷⁹ Außer den bereits oben in Anm. 29 angeführten Bestimmungen der Republik-schutzGe vgl. §§ 1, 2, 4 VO betr. die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für das Reichsgebiet notwendigen Maßnahmen vom 26. 9. 1923 (RGBl. I 905); Vermögenseinziehung bei Zuwiderhandlung gegen militärische Anordnungen, wenn dadurch eine gemeinsame Gefahr für Menschenleben oder der Tod eines Menschen herbeigeführt wird. Vgl. ferner § 4 VO zur Erhaltung des inneren Friedens vom 19. 12. 1932 (RGBl. I 548) oder die als Eilmaßnahme erlassene bayer. VO gegen Schleichhandel und Preistreiberei vom 25. 10. 1920 (GVBl. S. 463).

⁸⁰ So insbes. § 4 VO zum Schutze von Volk und Staat vom 28. 2. 1933 (RGBl. I 83) sowie speziell im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts § 1 Ges. über Wirtschafts-sabotage vom 1. 12. 1936 (RGBl. I 999) und § 1 KriegswirtschaftsVO vom 4. 9. 1939 (RGBl. I 1609) i. d. F. vom 25. 3. 1942 (RGBl. I 147). Dazu SIEGERT, Wirtschaftsstrafrecht S. 120 f. — Zu den primär auf Ausschaltung politischer Gegner oder bestimmter Volksgruppen gerichteten Konfiskationstatbeständen vgl. eingehend SEIDEL, S. 11 ff.

⁸¹ § 40 E 1936; dazu oben Anm. 29.

⁸² Vgl. näher dazu SCHWABE, GA 60, 400 ff., RUNGE, GA 72, 26 ff. m. weit. Nachw., sowie oben in und zu Anm. 19. Daß die Dritteinziehung von Gegenständen, die nicht absolut gefährlich sind, jedoch auch in anderen Bereichen Schwierigkeiten machten, zeigt die Diskussion um die OETKERSche Garantentheorie und um die dingliche Haftungslehre des RG (vgl. unten S. 77 ff.).

⁸³ § 386 III E 1913; vgl. ferner § 397 III E 1919, § 331 III E 1925.

an gewisse *Schuldskriterien* geknüpft, ohne daß allerdings dabei bereits eine völlig einheitliche Linie erkennbar wäre.

Am weitesten wagt sich noch § 45 I 3 DevisenG 1935 vor. Hiernach soll die Dritteinziehung unterbleiben, wenn der betroffene Eigentümer von der einziehungsbegründenden Tat weder Kenntnis hatte noch sie haben konnte und aus der fremden Tat auch keine eigenen Vorteile gezogen hat⁸⁴. Bemerkenswert lapidar, aber auch enger war die bereits erwähnte Härteklause des § 295 II StGB, die wenige Monate später erlassen wurde und den Richter lediglich dazu berechnete — nicht aber dazu verpflichtete —, von der Einziehung abzusehen, wenn die Sache ohne Schuld des Eigentümers zur Tat benutzt worden war⁸⁵. Die um einige Jahre jüngere Formel des § 123 III BrantwMonG 1939 hingegen liegt zwar wieder mehr auf der Linie des DevisenG 1935, will sich jedoch mit dem bloßen Mangel der Tatkenntnis nicht begnügen, sondern verlangt, daß der Eigentümer trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die Tat nicht verhindern konnte. Noch zurückhaltender zeigt sich § 9 V VerbrauchsregelungsstrafVO 1941. Denn hiernach soll die Dritteinziehung als solche nach wie vor unbeschränkt zulässig sein; doch ist der Dritteigentümer für seine Einbußen zu entschädigen, wenn er — und insoweit kommt die Formel des DevisenG wieder zur Geltung — weder Tatkenntnis noch Tatvorteile hatte⁸⁶. Immerhin hat aber damit endlich auch der *Entschädigungsgedanke* Eingang in das Einziehungsrecht gefunden.

⁸⁴ So dann auch § 3 II PreisstrafrechtsVO 1944. — Freilich ließ diese Formel die Frage offen, zu wessen Nachteil das Mißlingen der Schuldprüfung ausschlagen solle. Nach anfänglicher Unsicherheit hat man sich hier schließlich zu einem mittleren Weg entschlossen: Zwar soll einerseits der Betroffene keine Beweisführungspflicht im zivilprozessualen Sinne haben, sondern das Gericht von Amts wegen zur Aufklärung verpflichtet sein; mißlingt aber dabei der Beweis der Nichtschuld, so soll das zu Lasten des Betroffenen gehen, kurz: in dubio contra reum; in diesem Sinne eines Entlastungsbeweises des Betroffenen RG JW 1935, 535 m. Anm. KLEFISCH, RGSt 69, 385/9; 74, 326/332 m. Anm. TUROWSKI, DevArchiv 1941, 177 f.; vgl. ferner RGSt 72, 240/3 f. m. Anm. TUROWSKI, DevArchiv 1938, 1067, CARL, Devisenstrafrecht S. 48 f. sowie eingehend SCHUMACHER, DevArchiv 1941, 585 ff. Diese Auffassung fand auch nach dem 2. Weltkrieg noch namhafte Anhänger (vgl. unten S. 235 bei Anm. 60). Speziell zur Frage der Vorteilsziehung aus der Tat interessant RG DevArchiv 1941, 127 m. Anm. TUROWSKI: kein Vorteil bei Inbesitznahme preisgegebener Devisen, da keine unmittelbare Beziehung zwischen Tat und Vorteil. Vgl. im übrigen auch RGSt 72, 240/4; 74, 326/333 m. Anm. TUROWSKI, DevArchiv 1941, 177, RG DevArchiv 1941, 999/1001 und SCHUMACHER, DJ 1942, 469.

⁸⁵ Dazu oben S. 28.

⁸⁶ Vgl. dazu auch TRÄNKMANN, DJ 1942, 292.

C) Die Neuorientierung am Grundgesetz

I. Die allgemeinen Tendenzen

Jene ersten Anzeichen eines Wandels, wie er sich in einigen wirtschaftsstrafrechtlichen Einziehungsbestimmungen der 30er Jahre anbahnte, konnten freilich erst nach dem 2. Weltkrieg auf breiterer Basis zur Entfaltung kommen. Denn auch hier bedurfte es erst einer ernsthaften Rückbesinnung auf die verfassungsrechtlichen Grenzen, die auch der staatlichen Straf- und Polizeigewalt durch das Grundrecht des Eigentums, des Schuldgrundsatzes und des Rechtsstaatsprinzips gesetzt sind, um dem Einziehungsrecht eine neue Richtung zu geben. Im wesentlichen sind es drei Linien, die von nun an die weitere Entwicklung des Einziehungsrechts bestimmen: zum einen die weitere Zurückdrängung der obligatorischen Einziehung, zum anderen die Herausbildung eines Rechtfertigungskatalogs für die Dritteinziehung und zum dritten die Fortschritte in der Entschädigungsfrage.

Für alle drei Punkte lassen sich bereits das WiStG 1949 und das OWiG 1952 als Beispiele anführen, um hier nur die wichtigsten Gesetze aus dem Entstehungsstadium des Grundgesetzes zu nennen. Beide Gesetze kennen in ihren generalklauselartigen Regelungen nur noch die fakultative Einziehung⁸⁷, beide machen überdies die Dritteinziehung von einem Quasi-Verschulden des Eigentümers (Tatkenntnis, Vorteil) abhängig⁸⁸ und beide gewähren zumindest demjenigen, der durch Einziehung der Sache seine daran bestehenden Sicherungsrechte verliert, eine Entschädigung, allerdings auch unter dieser Beschränkung nur insoweit, als dem Drittberechtigten kein Quasi-Verschulden vorzuwerfen ist⁸⁹.

II. Der Beitrag der Rechtsprechung

Bevor die weiteren Schritte der Gesetzgebung verfolgt werden können, ist zunächst ein Blick auf die Rechtsprechung zu werfen. Denn trotz aller Bedenken, die noch gegen das zur Dritteinziehung entwickelte Fallrecht zu er-

⁸⁷ § 39 WiStG 1949 bzw. § 18 OWiG 1952.

⁸⁸ § 40 WiStG 1949 bzw. § 19 OWiG 1952; ähnlich auch § 21 IV GJS 1953. Damit lebt im wesentlichen die Formel des DevisenG 1935 (vgl. oben bei Anm. 84) fort, nur daß hier ein eigener Tatvorteil dem Dritteigentümer lediglich dann zum Schaden gereicht, wenn ihm dessen Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung erkennbar war. — Wenn dabei nur von einem „Quasi-Verschulden“ die Rede sein kann, so deshalb, weil sich die Tatkenntnis bzw. vorwerfbare Nichtkenntnis nicht bis zu einem nachweisbar vorsätzlichen oder fahrlässigen Verschulden i. S. des strafrechtlichen Schuldbegriffes verdichtet zu haben braucht; denn sonst wäre ja oft schon strafbare Teilnahme anzunehmen (vgl. ROTBERG, OWiG, § 19 Rdnr. 2 ff.). Näheres, auch zur Kritik, unten § 13.

⁸⁹ § 44 WiStG 1949 bzw. § 23 OWiG 1952. Vgl. im übrigen unten S. 365.

heben sein werden, kommt der neueren Rechtsprechung unbestreitbar das Verdienst zu, nicht nur die Einziehungspraxis in rechtsstaatlichere Bahnen gelenkt, sondern dabei zugleich den Boden für eine einheitliche Fortentwicklung des Einziehungsrechts bereitet zu haben. Jedenfalls wäre es ohne diese schöpferische Rechtsprechung, die im Zwang zur Analogie sich nicht mehr nur auf die jeweils in Frage stehende Vorschrift beschränken konnte, sondern auch etwaige Parallelfälle mit in Betracht ziehen mußte, kaum so weit gekommen, daß sich das Einziehungsrecht des StGB und das des Nebenstrafrechts immer stärker aufeinander zu entwickelten.

1. Ansatzpunkte dafür waren neben der Diskussion um § 295 StGB⁹⁰ vor allem die Auseinandersetzungen um die Einziehungshärten im *Steuerstrafrecht*. Nachdem schon die RAO 1919 die obligatorische und unterschiedslose Einziehung aller steuer- und zollpflichtigen Sachen, die Gegenstand eines Steuervergehens waren, vorgesehen hatte⁹¹, wurden durch die Neufassung der RAO 1931 ausdrücklich auch noch die bei der Tat benutzten Beförderungsmittel der Einziehung unterworfen, und zwar ohne Rücksicht auf Eigentumsverhältnisse und Wert (§§ 401, 414)⁹². Auch das RG tat noch ein übriges, um diese rigorose Maßnahme in vollster Schärfe zur Anwendung zu bringen. Nicht nur, daß es die „Kann“-Formel der Dritteinziehung nach § 414 RAO 1931 — mit einer zudem äußerst fragwürdigen Begründung — als obligatorisch interpretierte⁹³; auch glaubte es keine Möglichkeit zu sehen, um die geradezu skandalöse Dritteinziehung von Schmuggelware, die nachweislich dem Eigentümer gestohlen worden war, zu verhindern⁹⁴, ganz zu schweigen davon, daß die sich aufdrängenden Übermaßprobleme noch völlig außer Betracht blieben. Angesichts der wachsenden Kritik im Schrifttum⁹⁵ schien sich zwar auch das RG auf eine Revision seiner rigiden Judikatur vorzubereiten⁹⁶. Doch auch hier gelang der Durchbruch erst nach dem 2.

⁹⁰ Vgl. oben S. 25 f., 28.

⁹¹ §§ 365, 379 RAO vom 13. 12. 1919 (RGBl. S. 1993).

⁹² Näher dazu HARTUNG, *Steuerstrafrecht* S. 225 f.

⁹³ So insbes. in RGSt 66, 431/3 f.; vgl. ferner RGSt 66, 341/5, 411; 67, 215; 69, 385/9. Neben der harten Tradition im Steuerrecht (RGSt 66, 411/2: „Wesen des Steuerrechts mit seiner herkömmlichen Strenge“; Vorbild des obligatorischen § 154 VereinszollG; vgl. RGSt 21, 39; 30, 413; 37, 15) waren für das RG zweifellos auch Gesichtspunkte fiskalischer Zweckmäßigkeit maßgebend; vgl. dazu DOG NJW 1950, 652.

⁹⁴ Vgl. RGSt 66, 431; 73, 289/92, RG JW 1936, 3202; ähnlich auch schon RG R. I, 223, RGSt 21, 39; 37, 15; 46, 131/7.

⁹⁵ Vgl. u. a. JOACHIMCZYK, JW 1928, 2095, MEGOW, JW 1936, 3202, K. SCHÄFER, DJ 1936, 1471.

⁹⁶ So hat es z. B. die Einziehung des Beförderungsmittels in einem Fall abgelehnt, in dem der Täter die zollpflichtigen Waren durch einen gutgläubigen Fuhrunternehmer oder Spediteur hatte befördern lassen: RGSt 71, 58; vgl. auch RG HRR 1941, Nr. 1030. Vereinzelt hat es auch dann von der Einziehung abgesehen, wenn das zollpflichtige Gut unter gleichzeitiger Begehung einer Steuerhinterziehung aus der Zollniederlage gestohlen worden war: RGSt 19, 436. Im übrigen hatte laut HARTUNG

Weltkrieg, wobei vor allem HARTUNG das Verdienst gebührt, die umstrittenen Fragen wieder in ihrer ganzen Härte zur Diskussion gestellt zu haben⁹⁷.

2. Die weitere Entwicklung hat sich dabei vor allem in zwei gedanklichen Stufen vollzogen. Auf der ersten geht es zunächst nur um die Korrektur der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, mit dem Ziel, die Dritteinziehung in das pflichtgemäße *Ermessen* des Richters zu stellen.

Soweit ersichtlich, hat von den Obergerichten erstmals das OLG Koblenz in einer Entscheidung vom 10. 11. 1949⁹⁸ derartige Schritte unternommen⁹⁹, wobei es sich maßgeblich auf die vorerwähnte Arbeit von HARTUNG stützen konnte. Davon ausgehend, daß die „Kann“-Formel des § 414 RAO 1931 ihrem Wortlaut nach nicht völlig eindeutig ist, fragt das Gericht nach dem Sinn und Zweck der steuerrechtlichen Dritteinziehung. Da diese weder eine reine Sicherungsmaßregel sei — denn dafür fehle es in der Regel an der Gefährlichkeit der betroffenen Einziehungsobjekte — noch eine echte Strafe sein könne — denn dies würde eine strafbare Handlung des Eigentümers voraussetzen —, lasse sie sich nur als eine „strafähnliche Maßnahme“ erklären; denn „wer, obwohl er könnte, nicht verhindert, daß in seinem Eigentum stehende Sachen als Mittel zur Begehung einer strafbaren Handlung benutzt werden, muß sich deren Einziehung gefallen lassen“. Dies nicht zuletzt deshalb, weil sonst die zur Bekämpfung des Schmuggels notwendige Einziehung oft an Beweisschwierigkeiten scheitern würde. Allerdings müsse die Sanktion dort ihre Grenze haben, wo sie ihren Zweck offenbar nicht zu erreichen vermag, nämlich wo einwandfrei feststeht, daß ein an der Tat völlig Uneteiligter getroffen würde. Um solche Folgen, die jeder »inneren Rechtfertigung« entbehren würden, zu vermeiden, müsse § 414 RAO 1931 als Ermessensregel verstanden werden.

Auf der gleichen Basis argumentierten wenig später das OLG Köln¹⁰⁰, vor allem aber das DOG¹⁰¹, dessen Erkenntnissen wegen ihrer Verbindlichkeit für die untergeordneten Gerichte besondere Bedeutung zukam. Wie bereits dem OLG Koblenz, so dienten auch dem DOG als Maßstab des Ermessens die Quasi-Verschuldenskriterien, die in den bereits genannten Dritteinziehungsformeln der 30er Jahre¹⁰² enthalten waren. Dieser Ermessensbetrachtung sind im wesentlichen auch die übrigen Obergerichte gefolgt¹⁰³.

NJW 1949, 766 der 6. Strafsenat schon im Jahre 1941 einen Vorstoß unternommen, um die Rechtsprechung zu § 414 zu revidieren; wegen der Kriegsergebnisse wurde die endgültige Erledigung dieser Fragen jedoch einstweilen zurückgestellt. Vgl. zum Ganzen auch HARTUNG, *Steuerstrafrecht* (2. Aufl.) S. 237 f. sowie unten S. 360 ff.

⁹⁷ HARTUNG, NJW 1949, 765 ff. ⁹⁸ NJW 1950, 78.

⁹⁹ Noch um einige Monate früher war allerdings schon das LG Itzehoe VRS 2, 391 f. m. Anm. STORKE zu einem im wesentlichen gleichen Ergebnis gekommen.

¹⁰⁰ JMBINRW 1950, 120. ¹⁰¹ NJW 1950, 652; vgl. auch NJW 1951, 40/1.

¹⁰² Vgl. die Gesetzesnachweise oben S. 36 f.

¹⁰³ OLG Bremen DRZ 1950, 454; BayObLGSt 1951, 369/373; 1952, 196/8; OLG Braunschweig NdsRpfl. 1952, 88/9, sowie LG Siegen MDR 1950, 501. Vgl. insbes.

3. Auch der BGH schien sich, als er erstmals bereits in BGHSt 1, 351 mit § 414 RAO 1931 konfrontiert wurde, auf die Frage nach dem Ermessenscharakter dieser Vorschrift beschränken zu wollen. Doch in der Begründung stieß er zwangsläufig auf ein Problem vor, das zwar auch schon beim OLG Koblenz angeklungen, aber offenbar noch nicht in seiner prinzipiellen Bedeutung für die Dritteinziehung erkannt worden war: die *Rechtfertigungsfrage*. Denn wenn auch nach wie vor von Ermessen die Rede ist, so dürfte es der 1. Senat im Grunde doch als ein Zulässigkeitsproblem verstehen, wenn er den Grundsatz aufstellt, daß „aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit“ jede Dritteinziehung eines „besonderen Rechtfertigungsgrundes“ bedarf. Denn auch die neuere Gesetzgebung zeige, daß die Einziehung den unbeteiligten Eigentümer nur treffen soll,

„wenn diese Maßnahme von einem besonderen Rechtfertigungsgrund getragen wird, wenn also gegen den Eigentümer zwar kein zur Bestrafung ausreichender, aber doch ein anderer die Einziehung rechtfertigender Vorwurf erhoben werden kann, oder daß sie jedenfalls unterbleiben darf, wenn es an einem solchen Grunde fehlt“¹⁰⁴.

a) Damit war zugleich das Leitmotiv gegeben für eine Judikatur, die nun mosaikartig einen *Katalog* von *Dritteinziehungsgründen* entwickelte. Der BGH selbst hat dabei freilich gleich einen sehr weiten Rahmen gezogen. Denn anders als noch das DOG vorgeschlagen hatte, soll nach BGHSt 1, 351/6 f die Dritteinziehung nicht auf die „engen“ Voraussetzungen des § 40 WiStG 1949 (Tatkenntnis bzw. fahrlässige Nichtkenntnis oder eigener Tatvorteil) beschränkt sein; denn diese Kriterien könnten nur eine Richtschnur für das richterliche Ermessen abgeben, bei dessen Ausübung auch die „lebenswichtigen Interessen des Staates“ im Kampf gegen den in seinen Mitteln skrupellosen Schmuggel zu berücksichtigen seien.

b) Schon in BGHSt 2, 311, wo es um die Einziehung eines Tatfahrzeuges ging, taucht ein weiterer Rechtfertigungsgedanke auf: Die Dritteinziehung müsse jedenfalls auch dann zulässig sein, wenn der unschuldige Eigentümer dadurch *keinen Schaden erleidet*; so etwa, wenn er als Sicherungseigentümer für seine Restforderung gegen den Täter vom Staat Befriedigung erhält¹⁰⁵. Gleiches hat nach BGHSt 4, 344 für den Fall zu gelten, daß der Sicherungseigentümer anderweitig ausreichend gesichert ist. Dieser Gedanke des man-

auch OLG Bremen NJW 1951, 675 und OLG Tübingen ZfZ 1952, 187/9, wo ganz im Sinne einer reinen Ermessensregel betont wird, daß bei Mangel eines Quasi-Verschuldens der Richter zwar von der Einziehung absehen könne, aber nicht müsse.

¹⁰⁴ BGHSt 1, 351/4. So kurz darauf auch der 4. Senat in ZfZ 1952, 221/3 sowie im Prinzip alle nachfolgend genannten Entscheidungen des BGH.

¹⁰⁵ BGHSt 2, 311/3. Ähnlich hatte auch BayObLGSt 1951, 369/373 schon argumentiert, worauf sich dann auch BGHSt 1, 351/7 bei Ablehnung der engeren Voraussetzungen des § 40 WiStG 1949 berufen hat; vgl. ferner BayObLGSt 1952, 196/8.

gelnden Schadens war selbstverständlich auch auf das Vorbehaltungseigentum anwendbar. So hat einerseits BGHSt 3, 227 die Dritteinziehung schon dann für gerechtfertigt erklärt, wenn der Vorbehaltseigentümer seine Rechte ohnehin nicht geltend macht; andererseits wurde aber in BGHSt 8, 70 zumindest verlangt, daß der Staat alle Verpflichtungen übernimmt, von deren Erfüllung der Eigentumsübergang abhängig ist, so z. B. Vorzugszinsen oder Vertragsstrafen¹⁰⁸.

c) Eine andere Reihe von Entscheidungen befaßt sich mit der Dritteinziehung im Rahmen von *Vertretungsverhältnissen*. So soll bei Steuerhinterziehung eines Vertreters nach BGHSt 2, 320 die Einziehung gegenüber dem Vertretenen auch bei dessen völliger Schuldlosigkeit zulässig sein. Denn der „in seiner Person liegende besondere Umstand“, ohne den auch eine fiskalisch erwünschte Einziehung nicht möglich sei, könne hier darin gesehen werden, daß er Waren durch einen Vertreter habe einführen lassen und dafür, wie auch sonst im Steuerrecht, als Geschäftsherr hafte¹⁰⁷. Der darin durchschimmernde Risikogedanke wird in BGHSt 2, 328 dann auch gegenüber dem tatunbeteiligten *Mitgesellschafter* ins Feld geführt: er habe die Möglichkeit der Überwachung; auch die Gesellschaft sei eben eine Risikogemeinschaft¹⁰⁸. Dagegen wurde in BGHSt 2, 337 abgelehnt, das schuldlose *Kind* für die strafbare Verwendung seines Eigentums durch den Vater einstehen zu lassen. Denn die bürgerlich-rechtlichen Vertretungsvorschriften würden keine strafrechtliche Einziehung gegenüber dem Vertretenen rechtfertigen, wenn dieser schuldlos ist. Andererseits hindert dies den BGH aber nicht, die *Ehefrau* für ihren Ehemann als ihren steuerrechtlichen Vertreter haften zu lassen¹⁰⁹.

d) Daß auch das *Sicherungsbedürfnis* als ausreichender Rechtfertigungsgrund für die Dritteinziehung angesehen werden würde, war kaum anders zu erwarten. Eine tiefeschürfende Begründung dafür findet sich vor allem in BGHSt 27, 382 ff., wo im Hinblick auf § 123 Branntwein-MonG die entscheidenden Gesichtspunkte dargelegt werden¹¹⁰.

e) Ganz im Interesse des Dritteigentümers hat ferner BGHSt 6, 11 den auch schon früher überwiegend vertretenen Grundsatz erhärtet, daß als

¹⁰⁸ Enger noch OLG Koblenz NJW 1951, 166, wonach der Sicherungseigentümer zunächst versuchen müsse, sich auf andere Weise aus dem Vermögen des Täters zu befriedigen. Beachtliche Einwände hiergegen in BayObLGSt 1952, 196/9. Eingehend zum Ganzen unten S. 309 ff. Vgl. ferner BGHZ 27, 69/72 (Gleichstellung des Pfandgläubigers mit Vorbehalts- und Sicherungseigentümer) und BGHSt 19, 123 (zu den Anforderungen an die Überwachungspflicht des Sicherungsnehmers).

¹⁰⁷ Insoweit noch rigoröser BGH NJW 1954, 1129 (ausführlicher abgedruckt in JR 1954, 387 m. krit. Anm. SEEWALD): Einziehung gegenüber dem Vertretenen selbst nach § 19 OWiG 1952, obgleich dort subjektive Tatenkenntnis des Eigentümers gefordert wird.

¹⁰⁸ Zustimmend HARTUNG, JZ 1952, 487 f.

¹⁰⁹ JR 1953, 430; im Ergebnis ebenso OLG Stuttgart in OLGSt zu § 20 Fernm-AnlG; and. OLG Köln MDR 1956, 55.

¹¹⁰ Vgl. auch BGHSt 21, 66/9, BayObLGSt 1965, 15, OLG Celle NdsRpfl 1966, 131.

maßgebend für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse nicht der Zeitpunkt der Tatbegehung, sondern der des *Einziehungsurteils* anzusehen ist¹¹¹. Demzufolge bedarf die Einziehung auch dann eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, wenn der betroffene Gegenstand erst *nach der Tat* von einem unbeteiligten Dritten erworben wurde. Deshalb komme, was allerdings nur vage angedeutet wird, eine Einziehung u. a. nur dann in Betracht, wenn der Dritte beim Erwerb der Sache bezüglich ihrer Verwendung für die Tat nicht schuldlos gutgläubig war¹¹², ihm also der Tatmakel der Sache und ihre sich daraus ergebende Verstrickung in die Einziehung nicht ohne Schuld unbekannt war.

III. Der Einfluß auf Praxis und Reform

Die praktische Bedeutung dieser Grundsätze kann gar nicht hoch genug veranschlagt werden. Nicht nur, daß sie bald in zahllosen Entscheidungen übernommen¹¹³, ja gleichsam als „ungeschriebene Rechtfertigungskriterien“ in alle Dritteinziehungsbestimmungen hineingelesen wurden, die mangels irgendwelcher einschränkender Kriterien verfassungsrechtlich bedenklich waren¹¹⁴. Aber noch entscheidender ist vielleicht auf lange Sicht der Einfluß,

¹¹¹ Zu dem teils abweichenden Standpunkt der früheren Rechtsprechung vgl. RGSt 30, 413; 62, 49; eingehend dazu unten S. 216 ff.

¹¹² Vgl. BGHSt 6, 11/3.

¹¹³ Denn bis zur Neufassung der älteren Einziehungsvorschriften durch das EGOWiG gab es praktisch keine Dritteinziehungsentscheidung mehr, in der nicht auf jenen Rechtfertigungskatalog bzw. auf darauf beruhende neuere Gesetze Bezug genommen worden wäre: vgl. u. a. zuletzt wieder BGHSt 19, 123/5; 21, 66/8; BGH GA 1967, 371/2; BayObLGSt 1965, 15; 1966, 162; OLG Hamm NJW 1967, 1432; OLG Stuttgart in OLGSt zu § 20 FernmAnlG; im gleichen Sinne übrigens auch der östÖGH UJZ 1963, 442. Dabei verdient hervorgehoben zu werden, daß an die Stelle der anfänglich recht vagen Berufung auf „Gerechtigkeit und Billigkeit“ (vgl. BGHSt 1, 351/4) immer spezifischer auf die Eigentumsgarantie Bezug genommen wurde. — Auch im *Schrifttum*, sieht man von den Kritikern aus der steuerrechtlichen Praxis einmal ab (vgl. etwa v. ALPEN, ZfZ 1950, 225 ff., BRANDSTAETTER, ZfZ 1950, 156 ff., LENKEWITZ, ZfZ 1950, 299 f., RITTER, ZfZ 1952, 110, VAGT, ZfZ 1951, 205 f.; ferner GIERSCHEMANN, Grundlagen I S. 305, der selbst 1959 von der neuen Entwicklung noch keinerlei Notiz nimmt), hat diese Rechtsprechung weithin Beifall gefunden: vgl. u. a. BÜHLER-STICKRODT, Steuerrecht I S. 607 Anm. 1, SAX, in KMR, Vorbem. 1c vor § 430, SCHÄFER, in LOEWE-ROSENBERG, Vorbem. 5 a. E. vor § 430, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdn. 12, § 152 Rdnr. 2, § 245 a Rdnr. 22 ff., § 295 Rdnr. 7, STREE, Deliktsfolgen S. 106 f., ZIPFEL, LebMG, § 13 Rdnr. 2.

¹¹⁴ Ob indes durch diesen Rechtfertigungskatalog alle verfassungsrechtlichen Bedenken ausgeräumt waren, erscheint im Hinblick auf den „nullum crimen sine lege“ — Grundsatz (Art. 103 II GG) höchst zweifelhaft. Denn selbst wenn man in den von der Rechtsprechung entwickelten Quasi-Verschuldenskriterien eine Art Anknüpfungstatbestand für die Einziehung gegenüber dem Dritteigentümer sehen wollte (vgl. unten S. 232 f.), wäre noch nicht das Bedenken ausgeräumt, daß es sich bei diesen Kriterien lediglich um Geschöpfe der Rechtsprechung handelt, die den Mangel eines das Drittverhalten ausdrücklich pönalisierenden Anknüpfungstatbestandes nicht zu er-

den diese Rechtsprechung auf die Reformentwürfe und damit auf die Gesetzgebung ausgeübt hat. Nicht, als ob die Reformgesetze den Einziehungskatalog dieser Rechtsprechung sklavisch übernehmen würden. Doch atmen sie unverkennbar den Geist jener Grundsätze¹¹⁵.

Das ließe sich bereits an der Einziehungskonzeption des E 1956¹¹⁶ zeigen, die im wesentlichen unverändert auch in die E 1960/62 eingegangen ist¹¹⁷ und von da aus vorbildlich wurde für die Neuordnung der Einziehung in wichtigen Teilbereichen des Nebenstrafrechts: so vor allem im Steuer- und Außenwirtschaftsrecht¹¹⁸. Gewiß gibt es trotzdem manche neuere Gesetze, die von der Generallinie der Entwürfe abweichen und sowohl sachlich wie konstruktiv ihre eigenen Wege gehen, wie etwa das AtomG 1959¹¹⁹, das ArzneimittelG

setzen vermögen. Dem kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, daß die Rechtsprechung ja lediglich zu weit gefaßte Einziehungsvorschriften einschränken, nicht dagegen eine noch nicht vorhandene Strafbarkeit überhaupt erst begründen wollte. Denn dieser Einwand verkennt den tiefgreifenden Funktionswandel, den die quasi-schuldhaften Dritteinziehungskriterien für diese Form der Einziehung gebracht haben. Während die völlig vorbehalt- und unterschiedslosen Einziehungsnormen die Haftung des Dritteigentümers einfach an die Tat eines anderen anhängen (und dafür jedenfalls insoweit verfassungswidrig sind, als sie die Dritteinziehung ohne jegliche eigene Verantwortlichkeit des Eigentümers zuließen), wurde durch die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien die Dritteinziehung praktisch zu einer gleichsam eigenständigen Repressivsanktion gegenüber dem Dritteigentümer fortentwickelt. Das ließe sich aber nur dann lediglich als „Auslegung“ begreifen, wenn die betroffenen Bestimmungen für derartige Drittverhaltenskriterien bereits einen Anhaltspunkt geben würden. Doch das ist bei den älteren Bestimmungen gerade nicht der Fall, da sie die Dritteinziehung schlicht an die Tat eines anderen anknüpfen, ohne von dem Verhalten des Eigentümers auch nur Notiz zu nehmen, geschweige die Einziehung davon abhängig zu machen. Unter diesen Umständen handelt es sich bei Erfassung des Drittverhaltens durch Quasi-Verschuldenskriterien nicht mehr nur um interpretative Sanktionsbeschränkung, sondern bereits um richterliche Tatbestandsschöpfung. Und das dürfte — nicht zuletzt im Hinblick auf die Gesetzesgarantie des Art. 103 II GG — auch die Grenzen verfassungskonformer Gesetzesauslegung übersteigen (vgl. BVerfGE 8, 82; 10, 59/80; eingehend zu den Grenzen verfassungskonformer Auslegung Bögs, aaO, S. 54 f., 62 ff., 82 ff., ECKARDT, aaO, S. 42 ff., HAAK, aaO, S. 259 ff.).

¹¹⁵ Daß diese ihrerseits teilweise wieder auf wesentliche Beiträge des Schrifttums zurückgehen (so insbesondere auf die Arbeiten von HARTUNG, ZEIDLER, GILSDORF und STREE), soll damit selbstverständlich nicht geleugnet werden.

¹¹⁶ §§ 120 bis 126 E 1956.

¹¹⁷ §§ 113 bis 120 E 1960 bzw. E 1962.

¹¹⁸ §§ 414 bis 415 RAO 1961; §§ 39 bis 41 AWG 1961; hinwiederum bezugnehmend darauf etwa § 9 ÜberwachungsG 1961, § 123 BrantwMonG 1965.

¹¹⁹ Dieses fällt sogar noch hinter die Position des OWiG 1952 zurück, wenn es zwar einerseits die Dritteinziehung für zulässig erklären will (vgl. BT-Drs. Nr. III/759 S. 46 zu § 50; KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 49 AtomG Anm. 1), dies jedoch von keinem besonderen Rechtfertigungsgrund abhängig macht. Darüber hinaus ist das in § 49 I, II AtomG eingeräumte Einziehungsermessen durch Abs. III für den Fall eines Sicherungsbedürfnisses wieder wesentlich eingeschränkt. Dabei wird übersehen, daß das Sicherungsbedürfnis nicht erst Verschärfungsgrund sein darf, sondern bereits auf die Rechtfertigungsstufe gehört.

1961¹²⁰ oder das KriegswaffenG 1961¹²¹. Doch wenn nicht alles täuscht, scheint der Gesetzgeber jetzt entschlossen auf der Basis der von der Rechtsprechung beeinflussten Entwürfe weitergehen und dabei streng an einer vereinheitlichenden Linie festhalten zu wollen. Der erste Schritt auf diesem Weg war die Neugestaltung des Einziehungsrechts, wie sie das am 1. 10. 1968 in Kraft getretene EGOWiG gebracht hat¹²² und wie sie jetzt auch in die Reformgesetze von 1969 eingegangen ist¹²³.

Wenn auch diese Neugestaltung zumindest im Prinzipiellen keine völlig umstürzenden Veränderungen gebracht hat, so erscheint es doch zweckmäßig, hier wenigstens die Grundstruktur des nunmehr geltenden Rechts kurz darzustellen. Auf die verschiedenen Einzelkriterien wird dann im 2. Teil noch näher einzugehen sein.

§ 4 DIE GRUNDSTRUKTUR DER EIGENTUMSSANKTIONEN IM GELTENDEN RECHT

A) Die Allgemeinregelung

I. Was die Grundformen der Eigentumssanktionen anbelangt, so bleibt es auch weiterhin bei der hauptsächlich Dreiteilung in Einziehung, Unbrauchbarmachung und Verfall. Wie schon bisher, wird dabei auch künftig die Allgemeinregelung der *Einziehung* auf die Werkzeuge und Produkte vorätzlicher Vergehen und Verbrechen beschränkt sein, wenn freilich auch die Details der Regelung teils etwas erweitert oder eingeschränkt sind¹. Der

¹²⁰ Ähnlich wie bei § 311 c StGB (dazu oben S. 30) wird auch in § 50 I ArzneimittelG die zunächst allgemein für fakultativ erklärte Einziehung (Satz 1) für den Fall eines Sicherungsbedürfnisses wieder zur obligatorischen verschärft (Satz 2); und dies, obgleich § 71 BSeuchenG 1961, das es doch sicherlich mit nicht weniger gefährlichen Objekten zu tun hat, bei eben jenem Sicherungsbedürfnis nur die fakultative Einziehung zuläßt.

¹²¹ Auch bei § 24 KriegswaffenG 1961 kann man erst aus der Entschädigung für Dritteigentümer auf die vom Gesetzgeber beabsichtigte Zulassung der Dritteinziehung schließen (vgl. POTRYKUS, in ERBS-KOHLHAAS, § 24 KriegswaffenG Anm. 2), ganz zu schweigen davon, daß das Gesetz auf jede nähere Umschreibung der Rechtfertigungsvoraussetzungen verzichtet hat. Ob es sich dabei wohl nur um ein Versehen handelt oder der Gesetzgeber bewußt Raum für weitere Dritteinziehungsgründe lassen wollte? Beides wäre wenig erfreulich.

¹²² Zur Entstehungsgeschichte des neuen Einziehungsrechts vgl. insbes. Niederschriften III S. 203 ff., 283 ff., XII S. 206 ff., ferner Entwurf eines EGOWiG, BT-Drs. V/1319; dazu Sonderausschuß V/28, Sitzung S. 539 ff., V/53, bis 57. Sitzung S. 922 ff., V/61, Sitzung S. 1149 ff., V/65, Sitzung S. 1252 ff., V/90, Sitzung S. 1803 ff., V/110, Sitzung S. 2149 f., sowie die V/53, und 63. Sitzung des BT-Rechtsausschusses.

¹²³ Vgl. die §§ 74 bis 76 a StGB i.d.F. des 2. StRG, die mit Inkrafttreten jenes Gesetzes im Jahre 1973 an die Stelle der derzeitigen §§ 40 bis 42 StGB treten sollen. Gleichzeitig wird dann auch der generelle Verfall von rechtswidrigen Vermögensvorteilen aus der Tat (§§ 73 bis 73 d StGB 1973) in Kraft treten. Andererseits wurden bereits durch das 1. StRG die bisherigen §§ 245 a und 296 StGB ersatzlos aufgehoben.

¹ Die Allgemeinregelung der Einziehung findet sich für den Bereich des Strafrechts

Verfall von Tatentgelten oder sonstigen Gewinnen aus der Tat wurde vom EGOWiG ohnehin nicht miterfaßt, bleibt also nach wie vor besonderen Einzelfällen — so vor allem im Bereich der Bestechung und der Staatsschutzdelikte — vorbehalten². Lediglich bei der *Unbrauchbarmachung* gab es gewisse Veränderungen des Anwendungsbereichs: und zwar einerseits erweiternd, indem die Unbrauchbarmachung nicht nur bei Gegenständen bestimmter Art (z. B. bei Schriften strafbaren Inhalts)³ vorgesehen ist, sondern nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit als schonenderes Mittel *allgemein*, d. h. bei jedweder Art von Delikt oder Gegenstand, zum Zuge kommen kann⁴. Diese Generalisierung der Unbrauchbarmachung steht jedoch andererseits wiederum unter dem Vorbehalt, daß dem Sanktionszweck nicht bereits durch noch weniger einschneidende Maßnahmen (wie z. B. Kennzeichenbeseitigung oder Verfügungsaufgaben) genügt werden kann⁵.

II. Was nun näherhin die verschiedenen *Erscheinungsformen* der Einziehung (i. e. S.) betrifft, so lassen sich — je nach dem Einziehungsadressaten bzw. den entscheidenden Rechtfertigungsvoraussetzungen — auch künftig drei Haupttypen unterscheiden (ohne daß aber damit schon hier zu ihrer jeweiligen Rechtsnatur endgültig Stellung bezogen sei⁶):

1. Die gegen einen *Tatbeteiligten* (Täter oder Teilnehmer) gerichtete, aus seinem strafbaren Verhalten gerechtfertigte Einziehung (§ 40 II Nr. 1 StGB bzw. § 18 II Nr. 1 OWiG).

2. Die *unterschiedslos* gegen jeden Eigentümer gerichtete, aus Sicherungsgründen gerechtfertigte Einziehung, die auch auf Grund einer nichtschuldhaften Anknüpfungstat möglich ist (§ 40 II Nr. 2, III StGB bzw. § 18 II Nr. 2, III OWiG).

3. Die gegen einen nichttatbeteiligten *Dritten* gerichtete Einziehung, die nicht notwendig sicherungsbedingt ist, sondern aus einer *quasischuldhaften* Verwicklung des Dritteigentümers in die Tat gerechtfertigt wird (§ 40 a StGB bzw. § 19 OWiG)⁷.

in den §§ 40 bis 42 StGB, für den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts in den §§ 18 bis 25 OWiG. Die in diesen Bestimmungen vorgesehenen allgemeinen Regeln finden auch auf etwaige Sondervorschriften (dazu unten B) ergänzende Anwendung, soweit diese selbst keine abschließende Regelung enthalten; vgl. § 40 IV StGB; näher SCHÖNCKE-SCHRÖDER, Vorbem. 9 vor § 40, GÖHLER, OWiG, Vorbem. 1 vor § 18.

² Vgl. §§ 92 b II, 101 a II, 108 b III, 109 k II, 335 StGB. Tatgewinne werden etwa in § 296 a StGB (Fischfang) erfaßt; vgl. ferner die Nachw. unten S. 51, Anm. 23 bis 25). Anders im Anschluß an den E 1962 und den AE jetzt die § 73 ff. StGB 1973, wo der Verfall von Vermögensvorteilen künftig in genereller Form vorgesehen ist. Vgl. zum Ganzen auch unten S. 284 ff., 332 ff.

³ Vgl. § 41 StGB a. F. ⁴ Vgl. § 40 b II Nr. 1 StGB, § 20 II Nr. 1 OWiG.

⁵ Vgl. näher § 40 b II StGB, § 20 II OWiG. ⁶ Dazu unten S. 57 ff., 89 ff.

⁷ Allerdings kommt dieser Einziehungsgrund nur dort zum Zuge, wo dies in der betreffenden Vorschrift ausdrücklich vorgesehen ist. Dies ist im Rahmen des StGB in folgenden Fällen geschehen: §§ 92 b I, 101 a I, 109 k I, 285 b, 295, 296 a II, 298 V. Aus dem Nebenstrafrecht vgl. § 401 II RAO, § 24 KriegswaffenG, § 16 III Kultur-

III. In gegenständlicher Hinsicht ist insofern eine beträchtliche Erweiterung eingetreten, als jetzt generell ein dem Wert des Originalobjekts entsprechender Geldbetrag eingezogen werden kann (*Ersatzeinziehung*), wenn dieses beim Tatbeteiligten nicht mehr greifbar ist (§ 40 c StGB bzw. § 21 OWiG).

IV. Was die Frage des Anordnungsmessens anbelangt, so gibt es im Grundsatz nur noch die *fakultative* Einziehung, und zwar gleichgültig, ob sie sich gegen einen Tatbeteiligten oder gegen einen Dritten richtet (§ 40 StGB bzw. § 18 OWiG). Zudem ist die Einziehung — abgesehen von den Fällen, in denen sie zwingend anzuordnen ist⁸ — sowohl hinsichtlich ihrer Anordnung wie auch ihres Umfangs unter den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestellt (§ 40 b StGB bzw. § 20 OWiG).

V. Außerdem ist jetzt erstmals eine generelle *Entschädigungsregelung* getroffen (§ 41 c StGB bzw. § 24 OWiG).

VI. Schließlich soll eine generelle Organ- und *Vertreterklausel* den Durchgriff auch gegenüber einem selbst nicht handlungsfähigen Verband ermöglichen (§ 42 StGB bzw. § 25 OWiG).

B) Abweichende Sonderregeln

Trotz dieser umfassenden Allgemeinregelung glaubte der Gesetzgeber doch nicht auf jegliche *Sondervorschriften* verzichten zu können⁹. Nennenswerte Abweichungen von den in den §§ 40 bis 42 StGB bzw. §§ 18 bis 25 OWiG vorgesehenen Regeln finden sich vor allem in folgenden Punkten:

1. Hinsichtlich der *Anknüpfungstat* begnügen sich manche Sonderbestimmungen schon mit einem *Fahrlässigkeitsvergehen*¹⁰ oder gar mit einer (vorsätzlichen oder fahrlässigen) *Übertretung*¹¹.

2. Auch der Katalog der allgemeinen *Einziehungsgründe* ist zum Teil erweitert. So sind namentlich im Bereich des Staatsschutzes die Voraussetzungen dahin gelockert, daß auch ohne einen der in § 40 II StGB bzw. § 18 II OWiG aufgeführten Gründe die Einziehung zulässig sein soll, wenn dies zum Wohl der Bundesrepublik bzw. der Landesverteidigung erforderlich ist¹².

3. Hinsichtlich des erfaßbaren *Personenkreises* findet sich in § 41 StGB eine interessante Zwischenstufe zwischen der nur tätergerichteten Einziehung oder Unbrauchbarmachung einerseits und ihrer völlig unterschiedslosen Androhung gutG, § 8 IV Ges. über die Verfrachtung alkoholischer Waren, § 39 II AWG, § 40 II BJagdG, § 2 II NordseefischereiG.

⁸ Ob diese Einschränkung allerdings verfassungsrechtlich zulässig ist, ist eine andere Frage; dazu unten S. 353, 360 ff.

⁹ Daß in der Tat nicht ohne jede Sondervorschriften auszukommen ist, wird an anderer Stelle noch zu erörtern sein. Eine andere Frage ist jedoch, ob nicht auch im EGOWiG das Maß des Erforderlichen wiederum überschritten wurde.

¹⁰ So z. B. § 325 a i. V. m. § 311 IV, V StGB, § 7 i. V. m. § 2 WistG 1954, § 13 i. V. m. §§ 11 V, 12 V LebMG.

¹¹ §§ 360 I Nr. 2, 4, 5, 6, II; § 367 I Nr. 8, II StGB. Vgl. dazu auch oben S. 25.

¹² §§ 101 a I 3, 109 k I 3 StGB, § 24 I 2 KriegswaffenG.

andererseits: Danach kann die Sanktion zwar über den Kreis der eigentlichen Tatbeteiligten hinausgehen, bleibt aber immerhin auf bestimmte „tatnahe“ Personen beschränkt¹³.

4. Der gegenständliche Einziehungsbereich erfährt eine Erweiterung insbesondere dadurch, daß zahlreiche Vorschriften über die reinen Tatwerkzeuge und Tatprodukte hinaus auch die Einziehung sog. „Beziehungsobjekte“ zulassen¹⁴.

5. Auch das fakultative Prinzip wird immer wieder durch die Rückkehr zur *obligatorischen* Einziehung durchbrochen¹⁵.

6. Schließlich finden sich auch noch Vorschriften, die durch andersartige Differenzierungen aus dem allgemeinen Rahmen fallen: so z. B. § 285 b StGB, der hinsichtlich des Einziehungszwanges zwischen der (obligatorischen) tätergerichteten und der (fakultativen) drittgerichteten Einziehung unterscheidet; oder § 10 TierSchG, der die Einziehung zwar einerseits bereits auf Grund einer nur rechtswidrigen Tat zulassen will, sie aber andererseits auf Täter und Teilnehmer beschränkt¹⁶.

§ 5 TYPOLOGIE DER EIGENTUMSSANKTIONEN

Im Vorangegangenen ging es vornehmlich darum zu zeigen, wie sich mangels einer geschlossenen gesetzgeberischen Konzeption das Recht der Eigentumssanktionen zu einem Konglomerat verschiedenartigster Regelungen entwickelt hat, die auch der Reformversuch des EGOWiG noch auf keinen einheitlichen Nenner zu bringen vermochte. Es liegt auf der Hand, daß sich aus diesem noch ungeordneten Bild schwerlich schon allgemeingültige Schlüsse auf das materiale Wesen und damit letztlich auf die Voraussetzungen und Grenzen der in Frage stehenden Sanktionen ziehen lassen. Deshalb muß der ent-

¹³ So auf Personen, die bei der Vorbereitung (oder deren Vorbereitung) der fraglichen Exemplare mitgewirkt haben (Abs. II), bzw. auf Personen, für die der Tatbeteiligte gehandelt hat (Abs. III Nr. 1).

¹⁴ So im Rahmen des StGB die §§ 92 b I Nr. 2, 101 a I Nr. 2, 109 k I Nr. 2, 132 a IV, 152, 184 II, 219 III, 282, 325 a I Nr. 2, 360 II, 367 II. Im Nebenstrafrecht ist die Erfassung von Beziehungsobjekten noch weitaus häufiger; vgl. unten S. 51 Anm. 21.

¹⁵ So etwa in den §§ 41, 101 I 3, 109 k I 3, 152, 285 b (gegenüber Tatbeteiligten) StGB, § 24 I 2 KriegswaffenG sowie in den jetzt durch das 1. StRG aufgehobenen §§ 245 a, 296 StGB.

¹⁶ Die Motive sagen dazu kein Wort, was um so verwunderlicher ist, als es der Neufassung gerade um eine Verstärkung des Tierschutzes ging (vgl. BT-Drs. V/1319 S. 114 zu Art. 87). Dabei sind im Tierschutz doch gerade die Fälle besonders brennend, in denen sich der Eigentümer des gequälten Tieres nur schwerlich feststellen läßt. Auch für den Wegfall des bisherigen schonenderen Mittels (anderweitige Unterbringung des Tieres: § 10 I a. F.) fehlt es angesichts der ansonsten verstärkten Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an einer überzeugenden Begründung.

wicklungsgeschichtliche Aufriß zunächst noch durch eine gewisse Systematisierung des vorgefundenen Rechtsstoffes ergänzt werden.

Anders als in der Vergangenheit üblich, soll dies nicht auf deduktivem Wege geschehen, sondern durch induktive Verwertung des mannigfaltigen Materials, das die chronologische Betrachtung erbracht hat. Dazu seien zunächst an Hand der für die Eigentumssanktionen wesentlichen Typisierungskriterien die verschiedenen positivrechtlichen Variations- und Abstufungsmöglichkeiten aufgezeigt (A). Durch diese Übersicht werden nach Ausscheidung der unwesentlichen Momente dann auch die grundlegenden Erscheinungsformen der Einziehung stärker hervortreten (B). Dies wird uns zugleich der Frage nach ihrem materialen Rechtscharakter (unten § 6) einen wesentlichen Schritt näherbringen.

Wenn dabei auch noch die früheren Fassungen von solchen Bestimmungen mitverwertet werden, die inzwischen durch das EGOWiG modifiziert oder harmonisiert wurden, so geschieht dies nicht aus einem falsch verstandenen Historizismus heraus, sondern allein deshalb, weil sich gerade bei Mitberücksichtigung überkommener Standpunkte die Variationsbreite der Eigentumssanktionen besonders eindrucksvoll vor Augen führen läßt.

A) Die maßgeblichen Typisierungskriterien und ihre positiv-rechtlichen Modalitäten

Der chronologischen Übersicht läßt sich entnehmen, daß die verschiedenen Einziehungsregelungen im Grunde immer nur in der Abwandlung bestimmter Grundelemente bestehen. In ihnen können daher die für jede Eigentumssanktion typischen Merkmale gesehen werden.

1. Von Bedeutung ist zunächst die rechtliche Qualität der einziehungsbegründenden *Anknüpfungstat*. Hier finden sich, abgestuft nach der Strenge der Anforderungen folgende Positionen:

- a) vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen¹,
- b) vorsätzliche Übertretungen²,
- c) fahrlässige Straftaten³ oder Ordnungswidrigkeiten⁴,

¹ §§ 40 I, 245 a, 285 b, 295, 296, 296 a StGB, § 113 E 1962, § 401 RAO 1931, § 10 TierschutzG. Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich Gesetzesnachweise ohne weiteren Zusatz auf die derzeit geltende Fassung, während mit a. F. die Urfassung bzw. gegebenenfalls die vor dem EGOWiG zuletzt geltende Fassung gemeint ist. Bezüglich der genauen Fundstellen der angeführten Gesetze vgl. das Gesetzesregister im Anhang.

² §§ 360 I Nr. 2, 4, 5, 6, II; 367 I Nr. 8, II StGB.

³ § 325 a i. V. m. § 311 IV, V StGB, § 13 i. V. m. II 11 V, 12 V LebensmittelG, § 28 WeinG, §§ 12, 13 FarbenG (vgl. ZIPFEL, in ERBS-KOHLHAAS, § 12 FarbenG Anm. 2 a), § 11, 12 ReblausG, §§ 38 II, 40 I BJagdG, §§ 34 II, 39 AWG, §§ 15, 20 FernmAnlG, § 3 EdelMetG, § 16 III UnedelMetG (vgl. KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 16 UnedelMetG Anm. 3).

⁴ §§ 39, 40 I BJagdG, §§ 2, 7 WiStG 1954, §§ 33, 39 AWG.

- d) schuldlos rechtswidrige Handlungen⁵,
- e) nur äußere Tatbestandsverwirklichungen⁶.

II. Sehr zahlreich sind auch die Variationen, die sich hinsichtlich des potentiellen *Sanktionsadressaten* (täter- oder dritgerichtete Einziehung) und der jeweiligen Voraussetzungen hierfür feststellen lassen:

a) Einerseits findet sich die Beschränkung auf das Eigentum eines Tatbeteiligten⁷,

b) andererseits die unbeschränkte Erstreckung auf Dritteigentum⁸.

Zwischen diesen beiden Extremen, die freilich durch die oben dargestellte Rechtsprechung⁹ bereits einander angenähert waren, findet sich eine Reihe von Abstufungen: so z. B.

c) Beschränkung der Dritteinziehung auf Vorsatztaten¹⁰,

d) Dritteinziehung nur aus Sicherheitsgründen¹¹

e) Dritteinziehung nur auf Grund eines eigenen quasi-schuldhaften Verhaltens des Dritten, wobei aber die Voraussetzungen im einzelnen wiederum voneinander abweichen können¹², ferner

f) Dritteinziehung sowohl aus Sicherheitsgründen wie auf Grund quasi-schuldhaften Verhaltens des Eigentümers¹³, sowie schließlich

g) Dritteinziehung beschränkt auf einen bestimmten „tatnahen“ Personenkreis¹⁴.

III. Noch zahlreicher sind die Unterscheidungen, die sich in *gegenständlicher* Hinsicht nach dem Kreis der einziehbaren Objekte treffen lassen:

⁵ § 325 a i. V. m. § 311 IV, V StGB, § 13 i. V. m. §§ 11 V, 12 V LebensmittelG, I 2 KriegswaffenG.

⁶ So § 86 I a. F. StGB nach der Rspr.; vgl. im einzelnen unten S. 279 ff. Noch weitergehend wollte bei § 152 StGB die h. M. sogar auf die Erfüllung des äußeren Tatbestandes eines Münzdelikts verzichten (Näheres unten S. 279 Anm. 124).

⁷ § 335 StGB, § 10 TierschutzG, § 21 III StVG, so wohl auch § 40 I BJagdG a. F. (vgl. DIETRICH, S. 22; a. A. LORZ, in ERBS-KOHLHAAS, Anm. 1).

⁸ So die meisten früheren Sondervorschriften: vgl. die a. F. von §§ 86, 152, 245 a III, 284 b, 295, 296 III, 296 a II, 311 c, 360 II, 367 II StGB; ferner u. a. die a. F. von § 13 LebensmittelG, § 13 FarbenG, § 19 MargarineG, § 48 MilchG, § 24 KriegswaffenG, § 3 III EdelMetG (aber anders offenbar § 16 III UnedelMetG), § 24 HopfenherkunftG, § 6 III AuskunftsspflichtVO. Vgl. ferner DIETRICH, S. 20 ff.

⁹ Vgl. oben S. 38 ff. ¹⁰ § 20 FernmAnlG a. F.

¹¹ § 40 I Nr. 2 StGB, § 18 II Nr. 2 OWiG (jeweils soweit nicht darüber hinaus noch § 40 a StGB bzw. § 19 OWiG ausdrücklich zugelassen sind), § 61 III LuftverkehrsG. So hinsichtlich der Tatwerkzeuge im praktischen Ergebnis auch der — gesetzestheoretisch völlig mißglückte — § 39 II, III AWG 1961 (vgl. KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, AWG, § 39 Anm. 5 ff., 9).

¹² § 19 OWiG 1952 und i. V. damit § 7 WiStG 1954 und § 40 III BJagdG a. F.; ferner § 21 IV GJS a. F.

¹³ So in allen Fällen, in denen über § 40 II Nr. 2 StGB und § 18 II Nr. 2 OWiG hinaus § 40 a bzw. § 19 OWiG zur Anwendung kommt; vgl. die Nachw. oben S. 46 Anm. 7. Ganz allgemein in dieser Weise §§ 113 II Nr. 2 bis 4, 114 E 1962, § 39 II Nr. 2 bis 4 AWG 1961, § 414 II Nr. 2 bis 4 RAO 1961.

¹⁴ § 41 II, III StGB; vgl. dazu oben S. 47 f.

a) Einmal werden alle Gegenstände, auf die sich die Tat bezieht oder die sonstwie als instrumenta oder producta mit ihr in Berührung kommen, erfaßt¹⁵;

b) in anderen Fällen dagegen wird die Sanktion auf bestimmte Tatwerkzeuge¹⁶ oder sonstige namentlich genannte Tatobjekte¹⁷ beschränkt.

Meist erfolgt die Umschreibung des gegenständlichen Bereichs jedoch durch die Erfassung *bestimmter Kategorien*: So etwa kann sich die Sanktion beziehen auf

c) alle (aber auch nur die) Tatwerkzeuge¹⁸,

d) nur die Tatprodukte¹⁹,

e) sowohl die Tatwerkzeuge wie die Tatprodukte²⁰,

f) alle Gegenstände, auf die sich die Tat bezieht²¹,

g) alle Beziehungsgegenstände und Tatwerkzeuge²²,

h) Gegenstände, die durch die Tat erlangt wurden²³,

i) die für die Tat empfangenen Entgelte und Belohnungen²⁴,

j) die aus der Tat gezogenen Gewinne oder Mehrerlöse²⁵.

Eine besondere Gruppe bildet ferner die *Ersatzeinziehung*, wo anstelle der Originalobjekte entweder

k) deren Surrogate²⁶ oder

¹⁵ § 49 AtomG, § 31 NaturschutzVO, § 39 I AWG 1961.

¹⁶ §§ 41, 152, 285 b, 295, 296 a II StGB, § 401 II Nr. 2 RAO, § 40 I BJagdG.

¹⁷ §§ 152, 285 b, 296 a II StGB, § 21 III StVG, § 61 III LuftverkehrsG, § 10 TierschutzG, § 24 KriegswaffenG, § 27 III SchutzbereichsG, § 7 III DüngemittelG, § 20 FernmAnlG, § 1432 III RVO, § 154 III AngestelltenVersG, § 11 IV BlindenwarenertriebsG, § 4 WaldverwüstungsG.

¹⁸ § 20 FernmAnlG, § 21 IV GJS a. F., § 3 SklavenraubG.

¹⁹ § 282 StGB, § 154 AngestelltenversichG, § 37 BankG, § 3 BanknotenG, § 3 SchuldurkundenpapierG.

²⁰ § 40 StGB.

²¹ Die Zahl derartiger Bestimmungen, die neben reinen Tatobjekten (dazu unten S. 318 ff.) freilich teils auch echte Tatprodukte und Tatwerkzeuge miteinbeziehen, ist kaum noch zu übersehen: zum StGB vgl. die Nachw. oben S. 48 Anm. 14; aus dem Nebenstrafrecht u. a. § 11 SprengstoffG, § 401 II Nr. 1 RAO, § 50 ArzneimittelG, § 71 BSeuchenG, § 24 KriegswaffenG, § 16 III UnedelMetG, § 3 III EdelMetG, § 13 LebensmittelG, § 48 MilchG, § 9 NitritG, § 10 V OpiumG, § 28 WeinG, § 9 II PapageienkrankheitsG, § 24 I HopfenherkunftG, § 15 IV Saat- und PflanzgutG. Vgl. ferner unten S. 329 f.

²² § 40 BJagdG, § 39 AWG, § 61 III LuftverkehrsG, § 7 WiStG 1954, § 27 III SchutzbereichsG, § 16 a OrdensG.

²³ So etwa die verbotswidrig gefangenen oder erlegten Tiere (§ 296 a II StGB) oder sonstigen Naturprodukte (§ 22 NaturschutzG, § 4 WaldverwüstungsG, § 30 II NurtzholzVO). Vgl. ferner § 14 des — inzwischen allerdings für nichtig erklärt (BVerfGE 20, 150) — SammlungsG: Ertrag der nicht genehmigten Sammlung.

²⁴ §§ 92 b II, 101 a II, 108 b III, 109 k II, 335 StGB, § 5 BestechungsVO, § 12 III UnlWettbewerbG, § 109 I E 1962, § 83 AE, § 73 I StGB 1973.

²⁵ § 8 WiStG 1954, § 109 II E 1962, § 83 AE, § 73 I StGB 1973.

²⁶ § 86 I 2 StGB a. F., § 109 IV E 1962, § 73 II 2 StGB 1973.

l) wertentsprechende Geldbeträge²⁷ verfallen sein können.

Darüber hinaus ließe sich die Ersatzeinziehung noch insofern weiter differenzieren, als die Voraussetzungen, unter denen sie jeweils zulässig oder sogar geboten ist, im einzelnen oft stark voneinander abweichen²⁸.

IV. Auch hinsichtlich des richterlichen *Ermessensspielraums* findet sich zwischen der

a) unterschieds- und ausnahmslos obligatorischen Einziehung²⁹ einerseits und der

b) uneingeschränkt fakultativen Einziehung³⁰ andererseits eine reiche Skala feiner Abwandlungen. So ist die Einziehung in manchen Fällen

c) nur gegen Tatbeteiligte zwingend, gegen Dritte fakultativ³¹,

d) grundsätzlich zwingend, doch in Härtefällen fakultativ³²,

e) grundsätzlich zwingend, aber bei bestimmten Fahrlässigkeitstaten fakultativ³³,

f) grundsätzlich fakultativ, aber aus bestimmten Sicherungsgründen obligatorisch³⁴,

g) grundsätzlich fakultativ, jedoch bei gewissen Vorsatztaten obligatorisch³⁵,

h) grundsätzlich fakultativ, aber unter sonstigen besonderen Umständen zwingend³⁶.

V. Auch in der *Intensität* der Sanktion gibt es gewisse Abstufungen. Neben der

a) Einziehung im eigentlichen Sinne, die zum vollen Verlust des betroffenen Gegenstandes führt³⁷, wird nur der

b) Vernichtung³⁸ eine vergleichbare Wirkung zukommen.

²⁷ §§ 40 c, 335 StGB, § 21 OWiG, § 5 BestechungsVO, § 12 UnlWettbewerbG, §§ 110, 115 E 1962, § 73 a StGB 1973.

²⁸ Vgl. im einzelnen unten S. 337 ff.

²⁹ So (wenn freilich auch immer unter der Voraussetzung, daß bei der unterschiedslosen Einziehung das erforderliche Sicherheitsinteresse vorliegt) §§ 101 a I 3, 109 k I 3, 152, 245 a III, 296 III StGB, § 24 I 2 KriegswaffenG, § 1432 III RVO, § 154 III AngestelltenVersG.

³⁰ So heute die weitaus überwiegende Zahl der Einziehungsvorschriften; vgl. u. a. §§ 40, 92 b, 132 a IV, 184 II, 219 III, 282, 298 V, 325 a StGB, § 18 OWiG, § 401 II RAO, § 21 III StVG, § 7 WiStG 1954, § 39 AWG, § 13 LebMG, § 13 FarbenG, § 48 MilchG.

³¹ § 285 b StGB.

³² § 295 II StGB a. F.

³³ § 28 II WeinG a. F.

³⁴ §§ 101 a I, 109 k I StGB, § 24 I KriegswaffenG.

³⁵ § 20 FernmAnlG a. F.

³⁶ § 4 WaldverwüstungsG a. F.: Einziehung zwingend, wenn sich der Eigentümer durch Flucht in das Ausland der Bestrafung entzogen hat.

³⁷ Dies ist heute überall anzunehmen, wo die Sanktion schlechthin als „Einziehung“ bezeichnet ist; vgl. § 41 a StGB, § 22 OWiG.

³⁸ § 98 UrhG, § 14 GeschmacksmusterG, § 30 WarenzeichenG. Vgl. ferner oben S. 32 f.

Dagegen wird bei der

c) Unbrauchbarmachung³⁹ oder

d) sonstigen Formen der Unschädlichmachung einer Sache⁴⁰ im Regelfall die Substanz dem betroffenen Eigentümer verbleiben.

VI. Schließlich sind auch bei der sog. *selbständigen* (objektiven) Einziehung, die im Gegensatz zu früher⁴¹ heute allgemein zulässig ist⁴², im wesentlichen zwei Fallgruppen zu unterscheiden.

In allen *nicht sicherungsbedingten* Einziehungsfällen, wie vor allem bei der rein tätergerichteten Strafeinziehung und der sog. strafähnlichen Dritteinziehung, ist eine vom subjektiven Verfahren gegen den Täter unabhängige Einziehung nur dann möglich, wenn alle materiellrechtlichen Einziehungsvoraussetzungen gegeben und der persönlichen Verfolgung des Täters lediglich tatsächliche Hindernisse entgegenstehen (so z. B. wegen Unauffindbarkeit oder Flucht des Täters ins Ausland)⁴³.

Soweit es dagegen um eine *sicherungsbedingte* Maßnahme geht, soll eine selbständige Einziehung selbst dann möglich sein, wenn nicht nur aus tatsächlichen, sondern auch aus rechtlichen Gründen (z. B. Schuldunfähigkeit, Verjährung) ein subjektives Verfahren gegen den Täter nicht möglich ist⁴⁴.

Trotz der materiellrechtlichen Elemente, die für die jeweiligen Voraussetzungen der selbständigen Einziehung mitbestimmend sind, handelt es sich hierbei im wesentlichen doch nur um eine besondere Verfahrensform⁴⁵. Deshalb braucht sie im folgenden nur am Rande mitbetrachtet zu werden⁴⁶.

B) Die Grundtypen der Eigentumssanktionen

Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als habe die buchstäbliche Auflöschung der Einziehungsregelungen in ihre verschiedenartigen Bauelemente nur

³⁹ §§ 40 b II Nr. 1, 41 I 2 StGB, § 20 I Nr. 1 OWiG. Dazu oben S. 7.

⁴⁰ Wie z. B. die Beseitigung falscher Einrichtungen oder Kennzeichen eines Gegenstandes (§ 40 b II Nr. 2 StGB, § 20 II Nr. 2 OWiG; vgl. ferner § 30 WarenzeichenG, § 9 II FeingehaltsG a. F.) oder Verfügungsaufgaben an den Eigentümer (§ 40 b II Nr. 3 StGB, § 20 II Nr. 3 OWiG).

⁴¹ Bis zum EGOWiG war ein selbständiges Einziehungsverfahren nur dort möglich, wo es in der betreffenden Vorschrift ausdrücklich zugelassen war: so z. B. in §§ 42, 86 IV, 152, 311 c StGB a. F., § 414 IV RAO 1961, § 50 II ArzneimittelG a. F., § 39 IV AWG; weitere Nachw. bei SCHÄFER, in LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 5 b vor § 430, SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 5 ff.

⁴² § 41 b StGB, § 23 OWiG.

⁴³ § 41 b I, III StGB, § 23 I, III OWiG; vgl. im einzelnen SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 b Rdnr. 4 ff., SCHWARZ-DREHER, § 41 b Anm. 3 A, B, GÖHLER, OWiG, § 23 Anm. 2, 3.

⁴⁴ § 41 b II StGB, § 23 II OWiG; Näheres bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 b Rdnr. 8 f., SCHWARZ-DREHER, § 41 b Anm. 3 C, GÖHLER, OWiG, § 23 Anm. 4.

⁴⁵ SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 b Rdnr. 1 f.

⁴⁶ Über Einzelheiten vgl. die einschlägigen Kommentare zu § 41 b StGB, § 23 OWiG und § 440 StPO.

zum Ziele gehabt, den ohnehin schon evidenten Eindruck der Uneinheitlichkeit, um nicht zu sagen der Willkürlichkeit, noch weiter zu vertiefen. In der Tat ist dadurch über alle Zweifel deutlich geworden, wie häufig sich der Gesetzgeber zu immer wieder neuen Variierungen der Einziehung verleiten ließ, weil er sich offenbar auf keine bestimmte Einziehungskonzeption festgelegt sah.

Dennoch wäre es verfehlt anzunehmen, als erschöpfe sich diese Manifestation der Vielfalt in dem — gleichsam destruktiven — Nachweis der gesetzgeberischen Konzeptionslosigkeit. Vielmehr lassen sich aus dieser formalen Analyse der Einziehungsregelungen auch gewisse konstruktive Aspekte gewinnen. Denn schon allein die Tatsache, daß die gesetzgeberischen Bemühungen trotz aller Abweichungen in den eingenommenen Positionen im Grunde doch immer um die gleichen zentralen Punkte kreisen, legt die Vermutung nahe, daß sich offenbar auch der Gesetzgeber — bewußt oder unbewußt — von bestimmten *Denkmodellen* leiten ließ. Diese grundlegenden Einziehungstypen gilt es nunmehr aufzudecken.

Dabei ist von vorneherein ein Spezifikum der Einziehung im Auge zu behalten, das ihr eine gewisse Doppelgesichtigkeit gibt. Denn anders als etwa die Freiheits- und Körperstrafen trifft sie nicht nur die Person des Betroffenen, sondern ergreift auch eine Sache, so daß sie schon von ihrem äußeren Erscheinungsbild her eine *Person- und Objektsbezogenheit* aufweist. Deshalb ist es von entscheidender Bedeutung, auf welcher Stoßrichtung — Person oder Gegenstand — das innere Gewicht der Sanktion liegt.

Prüft man die oben aufgewiesenen Kriterien durch, so spricht alles dafür, daß der Gesetzgeber nicht von einer einseitigen Akzentuierung, sondern von zielverschiedenen Grundmodellen ausgegangen ist.

I. Das täterbezogene Grundmodell

Zunächst lassen sich eine Reihe von Momenten nennen, die auf einen primär *täterbezogenen* Einziehungstyp hindeuten. Dazu gehört in erster Linie die Beschränkung der Einziehung auf das Eigentum von *Tatbeteiligten*. Denn selbst wenn es in diesen Fällen zugleich um den Entzug einer nicht ungefährlichen Sache (z. B. des Tatwerkzeugs) geht, so kommt demgegenüber dem Umstand, daß davon nur Tatbeteiligte betroffen werden sollen, doch die essentielle Bedeutung zu.

Ähnliche täterbezogene Überlegungen dürften dafür ausschlaggebend sein, daß die Einziehung in manchen Fällen nur mit *Taten* einer bestimmten *Qualifikation* verknüpft wird, so etwa mit volldeliktischen Verbrechen oder Vergehen. Auch diese Beschränkung wäre auf dem Boden einer reinen Objektsbezogenheit nicht zu rechtfertigen; denn je weiter die Anforderungen an die Anknüpfungstat gelockert werden, desto stärker rückt das Objekt mit den von ihm ausgehenden Gefahren in den Vordergrund. Hinzu kommt, daß es

bei leichteren Taten schwieriger ist, die Schwere der Sanktion dem Grad der Tatschuld entsprechend anzupassen.

Aus ähnlichen Erwägungen würde in ein täterbezogenes Grundmodell *weder die obligatorische Einziehung noch ihre selbständige Anordnung* passen; denn in beiden Fällen bliebe dem Richter kein Raum für eine tat- und tätergerechte Gesamtwürdigung.

In *gegenständlicher* Hinsicht dagegen ist es für eine Sanktion, die primär den Täter treffen will, regelmäßig gleichgültig, welche *Qualität* das betroffene Einziehungsobjekt aufweist, ob es gefährlich oder ungefährlich ist, zur Begehung der Tat gedient hat, aus ihr hervorgegangen oder mit einem sonstigen Makel der Tat behaftet ist. Gewiß kann diesen Momenten auch eine täterbezogene Bedeutung zukommen; dies aber nur insofern, als sie je nach der Rolle, die sie in der Motivation und den deliktischen Plänen des Täters gespielt haben, beim Entzug der Sache die subjektive Einwirkung auf den Täter zu verstärken vermögen.

Insgesamt sind demnach folgende Elemente für den rein täterbezogenen Einziehungstyp kennzeichnend: die Beschränkung auf das Eigentum von Tatbeteiligten, die Anknüpfung an volldeliktische Taten von einem gewissen Gewicht, der fakultative Charakter und der Ausschluß der Einziehung in einem objektiven Konfiskationsprozeß. Je vollständiger diese Kriterien in einer Einziehungsregelung vertreten sind, desto näher kommt sie dem Grundmodell — und desto leichter wird sie sich dann auch als Strafe begreifen lassen.

II. Das objektbezogene Grundmodell

Doch auch für ein rein *objektbezogenes* Grundmodell finden sich in den verschiedenen Einziehungsmodalitäten klare Anhaltspunkte.

Unzweifelhaft gehört hierher der nicht seltene *Verzicht auf eine volldeliktische Anknüpfungstat*. Denn mit einer schuldlos rechtswidrigen oder gar nur tatbestandsmäßigen Handlung kann sich die Einziehung allenfalls dort begnügen, wo sie primär nicht den Täter, sondern den in die Tat verstrickten Gegenstand treffen will, sei es, weil er auch weiterhin eine Gefahr für die Rechtsordnung darstellt (z. B. typisches Diebeswerkzeug) oder schon seine Existenz im Widerspruch zu bestimmten rechtlichen oder wirtschaftlichen Einrichtungen steht (z. B. schwarz hergestellter Brannntwein). Hier kommt es in erster Linie darauf an, daß der betreffende Gegenstand aus dem Verkehr gezogen wird. Inwieweit dadurch auch der Eigentümer getroffen wird, ist vom primären Schutzzweck der objektbezogenen Einziehung her irrelevant.

Aus diesem Grunde kann sich dieses Grundmodell auch nicht auf das *Täteneigentum* beschränken. Deshalb gehören die Fälle der *Dritteinziehung* jedenfalls insoweit hierher, als sie in einem *Sicherungsbedürfnis* begründet sind.

Ferner liegt auf der Hand, daß für eine objektbezogene Einziehung auch der *Beschaffenheit des Gegenstandes* u. U. eine sehr *wesentliche* Bedeutung

zukommt. Denn je gefährlicher er ist, desto tiefer gerät er in die Zielbereich der Einziehung und desto weiter tritt dahinter die Person des Täters zurück.

Auch die *obligatorische* und die *selbständige* Einziehung passen am besten in ein objektbezogenes Einziehungsmodell, da es hier nicht so entscheidend auf eine individuelle Bewertung der Schuld und der Persönlichkeit des Täters ankommt, sondern u. U. auch schon objektive Gefährlichkeitsindizes zu einer Einziehung zwingen können.

Was schließlich noch die Intensität der Maßnahme anlangt, so ist auch eine *am Sicherungsbedürfnis ausgerichtete Abstufung*, wie sie den verschiedenen Graden der Unschädlichmachung zugrunde liegt, nur im Rahmen eines nachbezogenen Einziehungsmodells sinnvoll. Denn den Täter als Subjekt einer Strafsanktion wird man meist nur durch die volle Entziehung der fraglichen Gegenstände wirksam treffen können.

Im *Ergebnis* ist somit das objektbezogene Einziehungsmodell durch folgende Elemente gekennzeichnet: Unerheblichkeit der Schuld des Täters, kein Haltmachen vor dem Eigentum Dritter, in der Sache begründete Gefährlichkeitsmomente, obligatorische und u. U. auch objektive Anordnung, die Möglichkeit der Abstufung je nach dem Grad des Sicherungsbedürfnisses. Je zahlreicher diese Kriterien in einer Einziehungsvorschrift enthalten sind, desto näher liegt es, sie als Sicherungsmaßregel zu verstehen.

III. Das eigentümerbezogene Einziehungsmodell

Nun lassen sich freilich einige der in unserer Analyse aufgewiesenen Elemente selbst bei großzügiger Betrachtung weder in das täter- noch in das objektbezogene Grundmodell einordnen.

Dies gilt vor allem für die Konstellation der *nichtsicherungsbedingten Dritteinziehung*, den Fall also, daß ungefährliche Gegenstände dem tatunbeteiligten Dritteigentümer entzogen werden, obgleich ihm allenfalls nur ein quasischuldhaftes Verhalten vorzuwerfen ist. Da es des Schutzes vor dem Gegenstand nicht bedarf, wäre eine objektbezogene Maßnahme sinnlos. Mit der täterbezogenen Einziehung hat sie zwar die subjektive Zielrichtung gegen die Person des Eigentümers gemeinsam; trotzdem ist eine völlige Identifizierung nicht möglich, weil dem betroffenen Dritteigentümer gerade das abgeht, was für die täterbezogene Einziehung charakteristisch ist: die Tatschuld. Deshalb wird man in der nichtsicherungsbedingten Dritteinziehung und ihren konstituierenden Elementen einen besonderen *eigentümerbezogenen* Einziehungstyp sehen müssen.

IV. Das reparative Einziehungsmodell

Auch die für den Vorteilsverfall, insbesondere die Gewinnabschöpfung typischen Komponenten sperren sich der zwanglosen Einordnung in einen der genannten Einziehungstypen.

Kennzeichnend für diese Formen des Verfalls ist das Objekt in Gestalt des *scelere quaesitum*: sei es nun der durch die Tat erlangte Gegenstand, oder sei es der aus der Tat gezogene Vorteil, wie z. B. ein vorschriftswidriger Überpreis. Wenn das Gesetz die Entziehung dieser Vorteile vorschreibt, soll dann damit — um in den Kategorien des täter- oder objektbezogenen Grundmodells zu sprechen — in erster Linie der Täter getroffen werden, oder kommt es vornehmlich auf die Entziehung der „illegitimen“ Vorteile an? Für das erste würde zweifellos die Überlegung sprechen, daß der Täter keinesfalls in den Genuß der verbotenen Früchte seiner Tat kommen soll und ihm dies durch ihren Verfall nachdrücklich vor Augen zu führen ist.

Andererseits ließe sich aber mit dieser Stoßrichtung gegen den Täter kaum vereinbaren, daß u. U. auch schon schuldlose Rechtsverletzungen den Verfall der unerlaubten Gewinne begründen können⁴⁷, es also offenbar weniger um die Auferlegung eines Opfers als um die Erlangung des unredlichen Gewinnes geht. Hinzu kommt, daß die fraglichen Vorteile regelmäßig auf Kosten des Tatopfers oder zumindest der Allgemeinheit erlangt wurden und damit auch ein restitutives Interesse an der Rückführung des Vorteils besteht.

Das sind nur einige der Erwägungen, die dazu drängen, im Vorteilsverfall einen besonderen, gemischt personsachbezogenen, oder besser: *reparativen* Einziehungstyp zu sehen. Bei der Frage nach seiner Rechtsnatur wird noch Gelegenheit sein, auf die volle Komplexheit dieses Gebildes näher einzugehen.

V. Mischformen

Darüber hinaus könnte man gewiß noch weitere Elemente nennen, die sich nur schwer in einen der genannten Typen einfügen lassen. Aber da es sich dabei meist nur um unwesentliche Abnormalitäten handelt, und es hier gerade darauf ankommt, aus der Vielzahl der positivrechtlichen Einziehungsmodalitäten in Gestalt der Grundmodelle gewissermaßen die kleinsten Nenner herauszufinden, würde das perfektionistische Konstruieren weiterer Zwischenformen das Bild nur wieder verwirren⁴⁸.

§ 6 DIE RECHTSNATUR DER EIGENTUMSSANKTIONEN

A) Die Relevanz der Fragestellung

Bei der vorangegangenen Typologie ging es im wesentlichen nur darum, aus den zahlreichen gesetzlichen Variationen der für die Eigentumsanktionen

⁴⁷ So z. B. nach § 8 I 2 WiStG 1954, § 83 I AE, § 73 I StGB 1973; näheres unten S. 286 f.

⁴⁸ Aus diesem Grunde erscheint auch der Gruppierungsversuch von CREIFELDS, JR 1955, 403 ff., der sich von den auffälligen Besonderheiten bestimmter Einziehungsvorschriften zu einer weitergehenden Differenzierung verleiten läßt, nicht recht glücklich, so sehr auch einzuräumen ist, daß dadurch wesentliche Gesichtspunkte in das Zentrum der Betrachtung gerückt werden.

grundlegenden Komponenten gleichsam die idealtypischen Denkmodelle herauszuschälen. Damit ist freilich zunächst nur eine abstrakte, weil von den konkreten Erscheinungsformen des positiven Rechts losgelöste Kategorisierung gewonnen, die zwar als allgemein theoretische Vorklärung notwendig ist, jedoch noch keinen endgültigen Aufschluß über den dogmatischen Standort der einzelnen Sanktionen geben kann. Um dieser Frage näherzukommen, wird man sich daher über alle abstrakt-formalen Einordnungskriterien hinaus auch nach der materiellen Zielsetzung der einzelnen Sanktion fragen müssen.

Damit ist eine Frage aufgeworfen, die schon SCHOETENSACK als ein „Schmerzkind der strafrechtlichen Theorie“ bezeichnet hat¹. Trotz langer Auseinandersetzungen, die vor allem bis in die 20er Jahre Stoff für manche Abhandlung geliefert haben, kann auch heute der ewige Streit um die Rechtsnatur der Einziehung noch nicht als beendert gelten. Vielleicht könnte man ihn auf sich beruhen lassen, wenn er tatsächlich nicht mehr wäre als ein Spielfeld für akademische Begriffsübungen. Doch dem ist nicht so; denn jedenfalls de lege lata handelt es sich bei der Frage, ob man die verschiedenen Formen der Eigentumsanktionen nun als Strafe, als Sicherungsmaßregel oder als Sanktion sonstiger Art versteht, um ein Rechtsproblem von dogmatischer und praktischer Relevanz.

Ohne hier einen erschöpfenden Überblick über die wesensrelevanten Punkte geben zu wollen², sei jedoch wenigstens auf folgende unterschiedlichen Konsequenzen hingewiesen. Nicht nur, daß die *Sanktionsvoraussetzungen* verschieden sein können, je nachdem, ob man die betreffende Sanktion etwa als Strafe oder als Sicherungsmaßregel begreift³; auch für die Frage

¹ SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß (1905) S. 2.

² Eingehend zum Ganzen WOLFER, S. 18 ff.; vgl. ferner die (allerdings teilweise überholten) Ausführungen von FRIEDRICHS, JW 1924, 260 f. sowie DROST, NJW 1950, 128. Vgl. im übrigen auch die allgemeine Literatur zur unterschiedlichen Behandlung von Strafen und Maßregeln; denn insoweit kann für den jeweiligen Sanktionscharakter der Einziehung nichts anderes gelten.

³ So etwa müssen bei einer strafweisen Einziehung jedenfalls alle Strafbarkeitselemente, insbesondere einschließlich des Verschuldens gegeben sein, während demgegenüber bei der Sicherungseinziehung die subjektiven Momente weitgehend zurücktreten können (vgl. DROST, NJW 1950, 128, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. I 1). Gleiches gilt für eine quasi-konditionelle Mehrerlöseinziehung (vgl. RGSt 53, 81/8 f., 320/1; 57, 3). — Dagegen spielt die früher umstrittene Frage, ob bei Idealkonkurrenz nur die präventiv-polizeilichen und sonstigen nichtstrafrechtlichen Nebenfolgen des verdrängten Gesetzes (wie z. B. Unbrauchbarmachung und Sicherungseinziehung) noch zum Zuge kommen dürfen, nicht dagegen etwaige Nebenfolgen mit Strafcharakter (so schon RGSt 6, 180; grundlegend dann auch RGSt 46, 131; vgl. im einzelnen OLSHAUSEN, § 73 Anm. 17 und v. REDWITZ, S. 171 ff.), seit der Entscheidung des GrS in RGSt 73, 148 keine Rolle mehr; denn seitdem ist auch in der Rspr. allgemein anerkannt, daß neben den Strafen des schwersten Gesetzes auch die Nebenfolgen des milderen Gesetzes anzuwenden sind, gleichgültig, welche Rechtsnatur sie aufweisen; vgl. statt aller SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 73 Rdnr. 28; so jetzt auch § 73 IV StGB i.d.F. des 1. StRG. Gleiches soll seit BGHSt 1, 152/5 auch bei Gesetzeskonkurrenz hinsichtlich der Nebenfolgen des verdrängten Gesetzes gelten: BGHSt 8, 46/52, BGH

der Rückwirkung ist dies von größter Bedeutung. Während Sicherungsmaßregeln gemäß § 2 IV StGB immer in der Form und Schärfe anzuwenden sind, die sie zur Zeit der Entscheidung haben, braucht der Täter im Hinblick auf Strafen nachträgliche Verschärfungen nicht zu fürchten; denn insoweit kommt gemäß § 2 II StGB immer nur das mildeste Gesetz zum Zuge⁴.

Ähnliche Unterschiede ergeben sich im Hinblick auf das prozessuale *Verbleibungsverbot*. Folgt man der Auffassung, daß sich das Verbot der *reformatio in peius* (§§ 331, 358 II, 373 II StPO) nur auf Haupt- oder Nebenstrafen mit Strafcharakter⁵ oder allenfalls noch auf Sicherungsmaßregeln i. S. der §§ 42 a ff StGB⁶ beschränkt⁷, so können Sicherungseinziehung und Unbrauchbarmachung auch noch im Rechtsmittelverfahren angeordnet werden⁸. Gleiches würde für die Mehrerlösabführung zu gelten haben, soweit diese nicht eine Strafe, sondern eine quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme darstellt⁹.

MDR 1964, 431/2, BAUMANN, AT S. 630, LACKNER-MAASSEN, § 73 Anm. III 1 c, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 85 vor § 73, SCHWARZ-DREHER, Vorbem. 2 B b vor § 73.

⁴ In diesem Sinne für die Anwendung des milderen Gesetzes bei strafweiser Einziehung OLG Hamm NJW 1962, 827/8; JAGUSCH, LK, § 2 Anm. IV, § 40 Anm. I 1, MAURACH, AT S. 113 f., SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdnr. 57, Vorbem. 10 vor § 40. Umgekehrt für die Rückwirkung bei Sicherungseinziehungen bereits RGSt 53, 89/94; 67, 215; KG JW 1934, 1373, ferner BGHSt 16, 49/56; 19, 63/9. Doch angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken, die sich gegen diese Durchbrechung des Rückwirkungsverbots erheben (eingehend dazu W. DIFENBACH, Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 Abs. 4 StGB, Diss. Frankfurt/Main 1966), ist es zu begrüßen, daß § 2 V StGB 1973 den Verfall, die Einziehung und die Unbrauchbarmachung den Strafen gleich behandeln will; noch weitergehend für ein generelles Rückwirkungsverbot § 1 II AE.

⁵ So die reichsgerichtliche Praxis: vgl. die Nachw. in RGSt 67, 215/7; ebenso BayOBLGSt 1924, 113, CRETFELDS, JR 1955, 404, MÜLLER, in KMR, § 331 Anm. 3c, d., wohl auch SCHWARZ-KLEINKNECHT, § 331 Anm. 3.

⁶ BGHSt 5, 168/178, wobei jedoch verkannt wird, daß die Sicherungseinziehung und Unbrauchbarmachung auch in ihrer polizeilich-präventiven Zielsetzung den „Maßregeln der Sicherung und Besserung“ i. S. der §§ 42 a ff. StGB sehr viel näher stehen als der „Einziehung“ des Führerscheins nach § 42m II (jetzt III S. 2) StGB; denn letztere dient lediglich dem Vollzug der sich aus der Entziehung der Fahrerlaubnis ergebenden Konsequenzen. Darüber hinaus vermißt man eine Auseinandersetzung mit dem strengeren Verständnis des Verschleierungsverbots in BGHSt 4, 157.

⁷ Gegen diese Beschränkungen wird jedoch zu Recht eingewendet, daß in § 331 II StPO nur die Unterbringung in bestimmte Besserungsanstalten vom Verschleierungsverbot ausgenommen ist: JAGUSCH, in LÖWE-ROSENBERG, § 331 Anm. 6 f., PETERS, Strafprozeß S. 545; Eb. SCHMIDT, § 331 Rdnr. 16; im gleichen Sinne OLG Köln NJW 1947/48, 148 und BayOBLGSt 1955, 246/8. Vgl. auch RGSt 53, 89/91 ff.

⁸ So konsequent die in Anm. 5 Angeführten, ebenso Eb. SCHMIDT § 331 Rdnr. 18 f., soweit dadurch nicht der Angeklagte selbst, sondern ein Dritter betroffen wird. Dagegen enthält BGH NJW 1952, 892 keinen Fall einer tatsächlichen Verschlechterung, sondern lediglich die Korrektur einer falschen Beurteilung der Eigentumsverhältnisse durch den Tatrichter.

⁹ So JAGUSCH, in LÖWE-ROSENBERG, § 331 Anm. 6 f. und Eb. SCHMIDT, § 331

Auch für einen etwaigen Verfolgungs- oder Vollstreckungsausschluß spielt der Rechtscharakter der Sanktion eine entscheidende Rolle. So steht beispielsweise die Verjährung nur einer „Straf“verfolgung im Wege (§ 66 StGB), so daß trotz § 67 V StGB selbst eine verjährte Tat jedenfalls noch Grundlage für eine objektive Einziehung oder Unbrauchbarmachung sein könnte¹⁰. Ähnlich werden von Amnestien, Begnadigungen oder sonstigen allgemeinen oder persönlichen Strafaufhebungsgründen im allgemeinen nur die Einziehungen mit Strafcharakter, nicht dagegen die Sicherungseinziehungen erfaßt¹¹, da mit dem zeitbedingten Verblissen des Strafinteresses nicht notwendig auch das Sicherungsbedürfnis schwindet¹². Aus ähnlichen Erwägungen scheidet selbstverständlich auch eine Anrechnung der Untersuchungshaft auf sichernde Sanktionen aus¹³. Dagegen wurden Strafeinziehungen, wie z. B. die Wertersatzeinziehung oder der Entgeltverfall, schon verschiedentlich für anrechnungsfähig erklärt¹⁴.

Rdnr. 21, wenn auch in gewissem Widerspruch zu ihrer strengen Handhabung des Verschlechterungsverbots (siehe oben Anm. 7). Gegen reformatio in peius jedoch auch insoweit konsequent OLG Köln NJW 1947/48, 148 und BayObLGSt 1955, 246/8, sowie MÜLLER, in KMR § 331 Anm. 3 c, da in Mehrerlösabführung offenbar eine Strafe erblickend.

¹⁰ So schon bisher die h. M.: u. a. BGHSt 6, 62/3; 19, 63/71; 21, 367/370, KOHLRAUSCH-LANGE, § 67 Anm. 1, LACKNER-MAASSEN, § 67 Anm. 4, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 67 Rdnr. 24; and. JAGUSCH, LK, § 67 Anm. 6, MAURACH, AT S. 797, SCHÄFER, in LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 4 a vor § 430. Enger jetzt auch § 41 b StGB: nur in sicherungsbedingten Einziehungsfällen (vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 14. Aufl., § 41 b Rdnr. 6, 8, SCHWARZ-DREHER, § 41 b Anm. B, C). — Bei Ordnungswidrigkeiten ist auch eine selbständige Einziehung nach Verjährung durch § 27 OWiG ausgeschlossen (GÖHLER, OWiG, § 23 Anm. 4, § 27 Anm. 2). Entsprechendes gilt für die Mehrerlösabführung nach § 8 V WiStG 1954.

¹¹ Allg. Meinung; vgl. u. a. RGSt 50, 386, 392; 53, 124, 307; 67, 215/7, RG HRR 1942, 46, DROST, NJW 1950, 128, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. I 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 b Rdnr. 8, SCHWARZ-DREHER, § 41 b Anm. 3 C, GÖHLER, OWiG, § 23 Anm. 4. Natürlich kann sich aus einer abweichenden Regelung des betreffenden Straffreiheitsgesetzes eine andere Beurteilung ergeben: vgl. z. B. § 13 StraffreiheitsG 1954 und dazu BGHSt 7, 90 bzgl. der Mehrerlösabführung.

¹² Fast sollte man aus dogmatischen Gründen für diese Trennungslinie dankbar sein. Denn wie sich an einer Unzahl einschlägiger Amnestieentscheidungen zeigen ließe, wäre wahrscheinlich die Rechtsnatur sehr vieler Einziehungsfälle ungeklärt geblieben, hätten nicht die Straffreiheitsgesetze die „Wesensfrage“ aufgezwungen; vgl. etwa RGSt 50, 386 und 392; 53, 124, 307; 55, 12 sowie die zahlreichen Amnestieentscheidungen, die sich mit der Rechtsnatur der Wertersatzeinziehung auseinanderzusetzen hatten: u. a. RGSt 74, 183; KG DR 1939, 1518; 1943, 81; OLG Hamburg DR 1940, 1841; OLG Düsseldorf NJW 1950, 279, BGH NJW 1953, 874; BayObLGSt 1954, 100.

¹³ JAGUSCH, LK, § 60 Anm. 4c, LACKNER-MAASSEN, § 60 Anm. 3, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 60 Rdnr. 11, SCHWARZ-DREHER, § 60 Anm. 3 B c.

¹⁴ RGSt 68, 2; RG HRR 1939, 1279; BGHSt 10, 235/7; zustimmend KOHLRAUSCH-LANGE, § 60 Anm. VI, LACKNER-MAASSEN, § 60 Anm. 3, MAURACH, AT S. 724. Krit. hingegen (wegen mangelnder Komensurabilität von Freiheitsentzug und geldlichen Sanktionen) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 60 Rdnr. 11, SCHWARZ-DREHER, § 60 Anm. 3

B) Stand und Kritik der Meinungen

I. Die Unergiebigkeit der Materialien

Angesichts der divergierenden Konsequenzen, die sich demnach aus der unterschiedlichen Rechtsnatur der Eigentumssanktionen ergeben, war die Frage nach ihrem materialen Wesen unvermeidlich. Wenn es dabei zu einem so langwierigen Theorienstreit gekommen ist, so trägt daran nicht zuletzt die Konzeptionslosigkeit des Gesetzgebers einige Schuld. Nicht als ob man zu einem Zeitpunkt, in dem es gerade erst gelungen war, die allgemeine Vermögenskonfiskation aus dem Strafrecht zu verbannen¹⁵, bereits ein geschlossenes System der Einzeleinziehung hätte erwarten können. Doch selbst in den folgenden Jahrzehnten konnte sich der Gesetzgeber nie zu einer klaren Konzeption durchringen, so daß er sich in seinen kasuistischen Sonderregelungen oft sehr weit von den zuvor skizzierten Grundmodellen entfernte¹⁶.

Leider haben die *Motive*, soweit sie sich überhaupt zu Sinn und Zweck der betreffenden Einziehungsbestimmung äußerten, oft noch ein übriges dazu getan, um durch abyllinische Mehrdeutigkeit die Auslegung zu erschweren. Erinnert sei hier nur an die widersprüchlichen Begründungen zur Einziehung und Unbrauchbarmachung des StGB. Während es zu § 38 (dem nachmaligen § 40 a. F.) heißt, daß die Einziehung, obschon nicht als Vermögensstrafe, so doch als

„Nebenstrafe (!), welche zur Sicherung des Strafzwecks dienen und insbesondere zur Verhütung fernerer strafbarer Handlungen mitwirken soll“, aufzufassen sei¹⁷, fahren die *Motive* zu § 39 (dem nachmaligen § 41 a. F.) fort:

„in weiterer Anerkennung des Grundsatzes, daß die Einziehung keine Vermögensstrafe, vielmehr in der Hauptsache eine Präventivmaßregel (!) sein soll, ist ... vorgeschrieben, daß nicht die Vernichtung, sondern nur die Unbrauchbarmachung der Exemplare ... ausgesprochen werden soll“¹⁸.

„Soviel Worte, soviel Widersprüche!“ So hat schon LOBE¹⁹ dieses Nebeneinander völlig heterogener Gesichtspunkte kommentiert. Gewiß wird man diese Begriffsverwirrung zum Teil daraus erklären können, daß eine so scharfe Scheidung von Straf- und Sicherungselementen, wie sie dann der Schulenstreit gebracht hat, dem Gesetzgeber des RStGB noch weitgehend fremd war. Um so weniger hat es aber dann einen Sinn, sich zur Begründung der einen oder anderen Auffassung auf die *Motive* des StGB berufen zu wollen²⁰. Im Gegenteil: gerade der offensichtliche Mangel einer klaren gesetzgeberischen Konzeption, der sich leicht noch an weiteren Beispielen belegen ließe²¹, hat dem bald hereinbrechenden Theorienstreit überhaupt erst den Zündstoff geliefert.

B c; WAGNER, MDR 1964, 887. JAGUSCH dagegen hat seinen abweichenden Standpunkt in LK, § 60 Anm. 4 c mit seiner Anm. zu BGHSt 10, 235 in LM § 60 StGB Nr. 9 wieder weitgehend eingeschränkt.

¹⁵ Vgl. oben S. 20 ff., 23.

¹⁶ Vgl. im einzelnen oben § 3 passim.

¹⁷ *Motive* zum Entwurf eines StGB für den Norddeutschen Bund, S. 39.

¹⁸ AaO, S. 60. ¹⁹ LZ 1919, 290; vgl. auch LOBE, LK (1. Aufl.), § 40 Anm. 1.

²⁰ Darauf haben zu Recht schon GLÜCKSMANN, S. 8 f., SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 8 f. und LINDENMAYER, S. 27 hingewiesen.

²¹ Vgl. etwa die Reichstagsdebatte um den Zweck der Einziehung unerlaubter

II. Die monistischen Einziehungstheorien

Zunächst wurde das Feld von den sog. *Einheitstheorien* beherrscht. Ihnen ist das Ziel gemeinsam, die Einziehung als eine in ihrer Rechtsnatur völlig einheitliche Sanktion zu begreifen. Freilich gehen sie dabei in jeweils völlig entgegengesetzte Richtungen, wenn die einen die verschiedenen Erscheinungsformen der Einziehung allein als Strafe, die anderen sie allein als Sicherungsmaßregel verstehen wollen.

Obgleich diese Versuche von der Rechtsentwicklung längst ad absurdum geführt worden sind, seien sie hier doch kurz erörtert, da in ihnen die denkbaren Extrempositionen markiert sind.

1. Nachdem die generelle Vermögenskonfiskation traditionsgemäß als Strafe verstanden worden war²², überrascht es nicht, daß man auch die moderne Einzeleinziehung zunächst ausschließlich als *Strafe* gedeutet hat.

Als Vertreter dieser Auffassung sind vor allem FRANCKE²³, GLÜCKSMANN²⁴, JASTROW²⁵ und JOHN²⁶ zu nennen²⁷, denen sich später auch noch OETKER²⁸,

Nachdrucke nach § 21 LitUrHG. Während die Motive des Regierungsentwurfes von einer Sicherungsmaßregel sprechen (Aktenstücke des RT, 1870, S. 135), weist der Abdrucker zurück, da es sich bei dieser Art der erstmals so genannten „Einziehung“ (vgl. S. 10 Anm. 28) um einen „civilrechtlichen Anspruch des Verletzten, einen Präventivanspruch“ zur Verhinderung weiteren Mißbrauches handele (vgl. die Darstellung dieser Auseinandersetzung in RGSt 13, 324/330 f.). Indes ist nicht ersichtlich, warum diese zivilrechtliche Komponente zur Verneinung des strafrechtlichen Sicherungscharakters zwingen sollte. Oder: Bezüglich der Einziehung nach § 15 NahrungsmittelG 1879, die angesichts der generellen Gefährlichkeit der betroffenen Gegenstände den Sicherungscharakter geradezu auf der Stirne trägt (vgl. HOLT-HÖFER-JUCKENACK-NÜSE, Lebensmittelrecht I, § 13 Rdnr. 2), erklären die Motive, daß sie „eine Verschärfung des den Schuldigen treffenden Strafübels sein“ solle (wie dergegeben bei ZIPFEL, LebensmittelG, § 13 Rdnr. 1). Prompt wurde sie dann in RGSt 26, 406/7 allgemein als Nebenstrafe verstanden und erst in RGSt 55, 12 in eine Sicherungsmaßregel umgedeutet.

²² Vgl. FEUERBACH, Peinl. Recht S. 258, GLÜCKSMANN S. 6 f., HEFFTER, Lehrbuch S. 112, JARCKE, Handbuch I S. 274 ff.

²³ GA 20, 19 ff.

²⁴ S. 8 ff.

²⁵ GA 33, 51 ff.

²⁶ ADSitzZ 12, 57 ff.

²⁷ Vgl. ferner MEVES, in HOLTZENDORFFS Handbuch des Strafprozessrechts II S. 458, SEUFFERT, in STENGEL, Wörterbuch des dt. Verwaltungsrechts S. 310 ff. und J. WEBER, S. 28 ff., KOHLER, Patentrecht S. 575 ff. Auch das RG hat in seiner Frühzeit ganz klar in diese Richtung tendiert: so etwa, wenn es in R. 8, 330 zur Rechtsnatur des § 295 StGB bemerkt, daß die Einziehung ihren Strafcharakter jedenfalls da nicht ändere, wo das fragliche Gewehr dem Täter gehört. Aber auch da, wo dies nicht der Fall ist, könne aus der Einziehung „eine empfindliche Strafe für ihn aus der Verantwortlichkeit dem Eigentümer gegenüber entstehen“; im gleichen Sinne auch schon RGSt 7, 311/2; vgl. ferner RGSt 15, 164/6, OLG Stuttgart, Jahrb. für die Württemberg. Rechtspflege 16, 222 ff. Zur späteren Rspr. des RG. Näheres unten S. 73 ff.

²⁸ GS 92, 39. Vgl. ferner die Nachw. unten S. 78 ff. zur Deutung der Dritteinziehung als Tätergarantenschaft.

HOFACKER²⁹ und MEZGER³⁰ angeschlossen haben. Auf den ersten Blick scheint diese Auffassung in der Tat die Systematik des Gesetzes für sich zu haben, da sich die grundlegenden Bestimmungen über die Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§ 40 bis 42) im Abschnitt über die „Strafen“ finden³¹. Indes ist dies ein sehr vordergründiges Argument. Nicht nur, daß der gleiche Abschnitt auch Deliktsfolgen enthält, deren präventivpolizeiliche Zielsetzung kaum zu leugnen ist³²; auch sprach § 42 a. F. in bezug auf die §§ 40, 41 a. F. ausdrücklich nur von „Maßnahmen“, so daß man daraus u. U. sogar auf einen Maßregelcharakter der Einziehung und Unbrauchbarmachung hätte schließen können³³. Überdies wäre der Titel des Abschnitts ohnehin nur für den Allgemeinen Teil zwingend, nicht dagegen für die im Besonderen Teil verstreuten Einziehungsbestimmungen, ganz zu schweigen von denen des Nebenstrafrechts³⁴.

Diese Unzulänglichkeit der rein formal-systematischen Argumentation hat nach FRANCKE³⁵ vor allem GLÜCKSMANN durch materielle Anhaltspunkte auszugleichen versucht. Ein erstes Strafkriterium sieht er darin, daß die Einziehung an eine *kriminelle Tat* anknüpft. Das ist im theoretischen Ansatz sicher richtig³⁶, aber positiv-rechtlich nicht immer der Fall, so insbesondere nicht bei der Unbrauchbarmachung nach § 41 StGB. Um trotzdem konsequent bleiben zu können, forderte GLÜCKSMANN daher auch hier eine volldeliktische Anknüpfungstat³⁷. In gleicher Weise verfuhr er bei der selbständigen Einziehung nach §§ 42, 152 a. F.³⁸

²⁹ Staatsverwaltung S. 278.

³⁰ Lehrbuch S. 493.

³¹ So u. a. die Argumentation von FRANCKE, GA 20, 20, JASTROW, GA 33, 51 f. und TOLKIEMIT, S. 7. Im gleichen Sinne wird auch immer wieder auf rechtsvergleichende Parallelen hingewiesen, so etwa auf Art. 11 des französischen Code Pénal, wo die confiscation ausdrücklich zu den „peines communes“ gerechnet wird; vgl. GLÜCKSMANN S. 7 m. weit. Nachw.

³² So z. B. bei der Polizeiaufsicht nach § 38: vgl. BGHSt 18, 66, JAGUSCH, LK, § 38 Anm. 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 38 Rdnr. 1 m. weit. Nachw. auch zu abw. Meinungen; über den früheren Streitstand vgl. vor allem v. REDWITZ, S. 54 ff.

³³ So etwa ROCHOLL, S. 10. Vgl. aber auch KÖBNER, S. 5, LINDENMAYER, S. 28 und NISSEN, Straßb. Festg. f. PLANCK, S. 94 gegen den Versuch, aus dem Satz „a potiori sit denominatio“ etwas Verbindliches für die Frage der Rechtsnatur herauszuholen.

³⁴ Jedenfalls müßten sich diejenigen, die aus dem Namen auf eine immer gleich gültige innere Natur schließen wollen, entgegenhalten lassen, daß gerade der Terminus „Einziehung“ dazu erfunden wurde, den zivilistisch bestimmten Sanktionen des LitUrHG den Anschein einer strafrechtlichen Maßnahme zu nehmen (vgl. oben Anm. 21). Bedenkt man ferner die gesetzliche Willkür in der Verwendung der „Verfallserklärung“, so kann man dem terminologischen Argument keinen Beweiswert mehr zuerkennen.

³⁵ Vgl. insbes. GA 20, 20 ff.

³⁶ Vgl. oben S. 54 f.

³⁷ GLÜCKSMANN, S. 10 f.; and. die h. M.: vgl. u. a. RGSt 22, 352; 29, 402; 36, 145/6; 61, 293; FRANK, § 41 Anm. II 4, JAGUSCH, LK, § 41 Anm. 2b, KOHLRAUSCH-LANGE, § 41 Anm. II, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 41 Rdnr. 4, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 41 Anm. 3; vgl. aber auch BINDING, Grundriß S. 263, SCHOFFEN-SACK, Konfiskationsprozess S. 19.

³⁸ AaO, S. 11 ff.

Ein zweites Strafkriterium sah er im *Übelscharakter* für den Schuldigen. Um dennoch am Schuldgrundsatz festhalten zu können³⁹, wollte er die drittgerichtete Unbrauchbarmachung damit erklären, daß hier praktisch immer nur Mitschuldige betroffen seien⁴⁰; und soweit dies einmal nicht der Fall sei, habe der Schuldige ja immer eine Regreßpflicht gegenüber dem Eigentümer, so daß nicht dieser, sondern nur der Täter der eigentlich Betroffene sei⁴¹. Komme ein derartiger Schadensausgleich jedoch einmal tatsächlich nicht in Frage, so sei das nur eine „zufällige Nebenwirkung des ausschließlich gegen den schuldigen Täter gerichteten Gesetzes“⁴². Im übrigen seien etwaige präventive Nebentendenzen im Rahmen der allgemeinen Strafzwecke zu berücksichtigen⁴³.

Abgesehen von dem zuletzt genannten Argument, das sich angesichts der heutigen Vorstellungen vom gleichzeitigen Repressions- und Präventionszweck der Strafe durchaus halten ließe, steht diese punitive Einheitstheorie auf schwachen Füßen. Schon methodisch ist es eine glatte *petitio principii*, daß hier zum Beweis des monistischen Postulats einzelne Strafelemente zu einem Axiom verabsolutiert werden, um daran die gesetzliche Wirklichkeit zu messen oder notfalls auch zurechtzubiegen. Dadurch werden zugleich die sachlichen Einziehungsdimensionen verzerrt. Soweit etwa bei der Dritteinziehung nicht ohnehin mit zweifelhaften Schuldvermutungen operiert werden muß⁴⁴, verrät die Verweisung des tatunbeteiligten Dritteigentümers auf seinen Schadensanspruch gegen den Täter ein derartiges Maß von Disrespekt vor dem Schutz des Eigentums, daß ein solcher Wille des Gesetzgebers, ließe er sich tatsächlich nachweisen, vor der Grundrechtsgarantie des Art. 14 GG nicht mehr bestehen könnte⁴⁵, ganz zu schweigen davon, daß hinter diesem Regreßgedanken sich eine bedenkliche Identifizierung von unmittelbarer öffentlicher Strafe und mittelbarer zivilrechtlicher Ersatzpflicht verbirgt⁴⁶. Auch ist es mehr als nur ein Schönheitsfehler, daß zur Durchhaltung des postulierten Prinzips unliebsame Konsequenzen in „zufällige Nebenwirkungen“ des gesetzlichen Willens bagatellisiert werden müssen. Das mag in Ausnahmefällen noch hingehen, nicht dagegen, wenn dadurch ein Großteil der nebenstrafrechtlichen Einziehungsbestimmungen praktisch sinnentleert würde⁴⁷.

³⁹ AaO, S. 14. Deshalb wendet er sich auch ausdrücklich gegen den Gedanken JOHNS (ADStrZ 12, 64), die selbständige Einziehung sei keine Strafe für den Verbrecher, sondern für das Verbrechen. Ähnlich gewagt hat dann auch TOLKIEMIT, S. 51 mit einem „objektiven Strafübel“ argumentiert.

⁴⁰ AaO, S. 15 ff.

⁴¹ AaO, S. 17 f. So auch schon FRANCKE, GA 20, 21 f. und später E. BAUMANN, S. 39. Vgl. auch bereits RG R. 8, 330.

⁴² GLÜCKSMANN, S. 18. ⁴³ AaO, S. 19 ff.

⁴⁴ Vgl. SCHWABE, GA 60, 403 ff., RUNGE, GA 72, 26 ff.

⁴⁵ Eingehend dazu unten § 10.

⁴⁶ Daher scharf ablehnend auch SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 19; vgl. auch HEINZE, GA 5, 173.

⁴⁷ Vgl. im übrigen auch die (teils jedoch schon überholte) Kritik von HERSCHEL,

2. Auch die gegenteilige Auffassung, die die Einziehung ausschließlich als *Sicherungsmaßregel* versteht und so prominente Namen wie BELING⁴⁸, BERNER⁴⁹, GERLAND⁵⁰, GOLDSCHMIDT⁵¹, HENKEL⁵², v. HIPPEL⁵³, v. LISZT⁵⁴ und M. E. MAYER⁵⁵ zu ihren Anhängern zählt⁵⁶, dürfte auf Grund ihrer monistischen Blickverengung auf einer voreingenommenen Vereinfachung des tatsächlich weitaus vielgestaltigeren gesetzlichen Materials beruhen. Leider sind auch hier die Begründungen meist nur sehr knapp. Einzig bei NISSEN und KÖBNER findet sich der Versuch einer breiteren Grundlegung.

Dabei besteht eine sachliche Übereinstimmung zwischen beiden freilich nur insoweit, als es um die *Leugnung der pönalen Elemente* im geltenden Einziehungsrecht geht. Das war am einfachsten dort, wo die Strafeinziehungs- theorie am sichtbarsten in Schwierigkeiten geraten war: bei der Sicherungsein- ziehungs- und der selbständigen Einziehung. Beide sind für die Sicherungsein- ziehungstheorie entscheidende Indizien dafür, daß sich die Einziehung als Gesamterscheinung nicht aus Straf-, sondern allenfalls aus präventiv-polizei- lichen Zielsetzungen erklären lasse⁵⁷. Ferner würden der Einziehung, und zwar gerade auch der angeblich tätergerichteten nach § 40 StGB a. F., Ele- mente abgehen, die für eine Strafe sehr wesentlich seien: so ihre mangelnde Anpassungsfähigkeit an die Schwere der Tat und Schuld wie auch die Nicht- berücksichtigung der individuellen Vermögensverhältnisse des Täters, so daß, gleichgültig ob ein vollendetes Verbrechen oder nur ein versuchtes Vergehen vorliegt, der Reiche vielleicht nur einen geringfügigen Gegenstand, der Un- bemittelte dagegen u. U. das einzige Stück seiner ganzen Habe verlieren könne⁵⁸.

Warum jedoch die Einziehung nun umgekehrt ausschließlich polizeilichen Charakter haben soll, darüber gehen die Begründungen auseinander. NISSEN bringt hier im wesentlichen nur das historisch-pragmatische Argument, daß

S. 12 ff., KÖBNER, S. 4 ff., LINDENMAYER, S. 23 ff., 40 ff., NISSEN, Straßb. Festg. f. PLANCK, S. 84 ff., RAHN, S. 20 ff., ROCHOLL, S. 11.

⁴⁸ Grundzüge S. 4, 113 sowie in ZStW 26, 868 f.

⁴⁹ Lehrbuch S. 226.

⁵⁰ Lehrbuch S. 220, 256.

⁵¹ VDA IV S. 282.

⁵² Strafvollstreckungsrecht S. 490 Anm. 1; aber offenbar anders die 2. Aufl. S. 419

und 2.

⁵³ Lehrbuch S. 437 f.

⁵⁴ Lehrbuch (12. Aufl.) S. 251. Später hat sich v. LISZT jedoch der Lehre von der Doppelnatur der Einziehung angeschlossen; vgl. unten S. 73 Anm. 109.

⁵⁵ AT S. 475 f.

⁵⁶ Vgl. ferner BOZI, GA 39, 416 ff., v. CALKER, Strafrecht S. 100, FUMIAN, Zeitschr. f. Rpfl. in Bayern 1912, 476 ff., KÖBNER, S. 2 ff., NAGLER, GS 113, 1, NISSEN, in Straßb. Festgabe f. PLANCK, S. 83 ff., ROCHOLL, S. 13 ff., SCHÜLL, S. 22 ff., 27. Auch PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 115 f. tendiert stark in diese Rich- tung, betont aber neben dem Sicherungszweck noch den Gedanken der Entziehung unbilliger Gewinne (so z. B. bezüglich der *producta sceleris*). Vgl. ferner jetzt BAU- MANN, AT S. 673.

⁵⁷ KÖBNER, S. 5, NISSEN, aaO, S. 85; ferner SCHÜLL, S. 18 f.

⁵⁸ KÖBNER, S. 4 f., NISSEN, aaO, S. 85; ferner ROCHOLL, S. 15.

die Einziehung gefährlicher Gegenstände traditions- und funktionsgemäß ein Geschäft der Polizei sei, dem diese auch fürderhin nachkommen würde, wenn es nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen (verstärkter Schutz des Eigentums u. dgl.) dem Strafrichter übertragen worden wäre⁶⁰.

KÖBNERs Standpunkt ist demgegenüber stärker dogmatisch fundiert. Nach ihm ist jede Form der Einziehung primär von Gefährlichkeitskriterien bestimmt. Bei den instrumenta sceleris sei dies offensichtlich; denn in der Hand des Delinquenten wären sie ein Anreiz zu stets neuem verbrecherischem Mißbrauch. Doch auch die producta seien wegen ihrer deliktischen Herkunft geradezu dafür prädestiniert, künftigen Verbrechen als instrumenta zu dienen⁶¹. Wenn daher die Entziehung dieser Gegenstände primär aus präventiven Rücksichten erfolge, so zeige das, daß die Maßnahme nicht gegen den Eigentümer als Person, sondern gegen die Sache gerichtet sei und demzufolge eine Sicherungsmaßregel für die Zukunft darstelle. Soweit damit eine Vermögens-einbuße für den Betroffenen verbunden ist, sei das lediglich eine sekundäre Begleitfolge; keinesfalls sei damit eine Vergeltung vergangenen Unrechts bezweckt⁶².

Ungeachtet der Einwände, die bereits von anderer Seite hiergegen erhoben wurden⁶³, steht und fällt die präventiv-polizeiliche Einheitstheorie schon mit der fragwürdigen Behauptung, daß die Einziehung de lege lata immer nur gegen gefährliche Gegenstände gerichtet sei. Soweit es um die Entziehung von scelere quaesita oder um Gegenstände geht, die lediglich das Objekt einer Straftat waren — und derartige Vorschriften sind jedenfalls heute nicht mehr so selten, daß man sie einfach unterschlagen könnte⁶⁴ —, ist die Annahme einer generellen Gefährlichkeit schlicht eine Fiktion⁶⁵. Doch selbst bei den Tatwerkzeugen und Tatprodukten ist eine solche Annahme nicht zwingend. Denn wie sollte etwa eine speziell für einen abgeschlossenen Prozeß gefälschte und als solche erkannte Urkunde noch weiter gefährlich sein können? Oder was spräche für die Wahrscheinlichkeit, daß die Axt des lebenslänglich einsitzenden Mörders nochmals zu einem derartigen Verbrechen erhoben würde⁶⁶?

⁶⁰ NISSEN, aaO, S. 87 ff. Ebenso im praktischen Ergebnis (wenn auch in sich widerspruchsvoll) SCHÜLL, S. 22 ff.

⁶¹ KÖBNER, S. 4, 9 ff. Bezeichnenderweise seien daher auch die scelere quaesita nicht in den allgemeinen Einziehungskatalog aufgenommen; vgl. S. 12 ff.

⁶² KÖBNER, S. 12 f. Ähnlich BELINGS Argument vom „Unlustgefühl“, das die Strafe in dem zu Strafenden hervorgerufen habe und bei der Einziehung und Unbrauchbarmachung nicht bezweckt sei (Grundriß S. 4, 113).

⁶³ Vgl. u. a. die Kritik von FRIEDLÄNDER, S. 18 ff., HERSCHEL, S. 16 ff., LINDEN-MAYER, S. 30 ff., v. REDWITZ, S. 81 ff., SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 9 ff.

⁶⁴ Vgl. die Nachweise oben S. 51 Anm. 21 bis 25.

⁶⁵ So ist z. B. unbestritten, daß Sachen, die Gegenstand einer Steuerhinterziehung sind, nicht notwendig auch gefährlich sein müssen; vgl. HARTUNG, Steuerstrafrecht (2. Aufl.) S. 236.

⁶⁶ Vgl. BINDING, Grundriß S. 259 f., SCHOETENSACK, S. 10. Auch v. BURI, GS 30, 250 bemerkt schon zu Recht, daß „die Neigung und Fähigkeit zum Verbrechen nur

Die These der präventiv-polizeilichen Auffassung ließe sich deshalb nur dann durchhalten, wenn man, wie dies M. E. MAYER⁶⁰ konsequenterweise auch tut, die Einziehung nur bei nachweislicher Gefährlichkeit des fraglichen Gegenstandes zuließe. Aber ein solches Kriterium läßt sich den rein tatergerichteten Einziehungsvorschriften nun einmal nicht entnehmen — es sei denn, man würde es zuvor hineinlesen. Und genaugenommen wird das auch getan. Denn verführt durch die unverkennbaren Schwierigkeiten der Strafeinziehungstheorie, die sich insbesondere bei der unterschiedslosen Einziehung nur mit Hilfe von Sicherungsgedanken lösen ließen, wird die objektbezogene Komponente der Einziehung zum Prinzip verallgemeinert. Dabei wird übersehen, daß die augenfällige Zielrichtung gegen die Sache, die naturgemäß jeder Einziehung innewohnt, keineswegs ausschließt, daß damit zugleich — oder sogar primär — auf den Willen des angesprochenen Täters eingewirkt werden kann und vielleicht auch soll. Solange aber diese personale Zielrichtung nicht ausnahmslos verneint werden kann — und wie sollte es, wenn die Beschränkung der Einziehung auf Täteneigentum dann überhaupt noch einen vernünftigen Sinn haben soll⁶⁷? —, läßt sich die Prämissen einer generellen Objektbezogenheit der Einziehung nicht halten. Damit ist auch einer ausschließlich präventiv-polizeilichen Einziehungstheorie der Boden entzogen.

Im übrigen ließe sich diese Auffassung, wie ihre Vertreter selbst einräumen, ohnehin nicht auf die Fälle der Entgelteinziehung erstrecken⁶⁸. Schon aus diesem Grunde könnte von einem völlig einheitlichen Verständnis der Einziehung keine Rede sein.

III. Die dualistischen Einziehungstheorien

Damit haben sich die beiden Einheitstheorien als Sackgassen erwiesen; denn von welcher Richtung auch immer sie in das Wesen der Einziehung einzudringen versuchen, an einem bestimmten Punkt stoßen sie sich an der vielgestaltigeren Wirklichkeit des positiven Rechts. Deshalb wurde schon sehr

ausnahmsweise an den Besitz eines bestimmten als Werkzeug tauglichen Gegenstandes geknüpft sein wird“. Trotzdem taucht die generelle Gefährlichkeitstheorie KÖBNERs auch heute immer wieder auf; vgl. etwa GÖHLER, in Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 551.

⁶⁰ AT S. 475.

⁶⁷ Bezeichnenderweise wird ja auch von KÖBNER, S. 32, 38 f. selbst zugegeben, daß sich sowohl diese Beschränkung auf Täteneigentum wie auch das Vorsatzerfordernis bei § 40 StGB a. F. nur aus pönalen Gesichtspunkten erklären lasse; vgl. auch LINDENMAYER, S. 30, 35.

⁶⁸ So versteht NISSEN, aaO, S. 106 den § 335 StGB als Fall einer zivilistischen Einziehung i. S. der römisch-rechtlichen Verwirkung (commisum), während ihm GERLAND, Lehrbuch S. 250 f. und KÖBNER, S. 15, 62 ff., Strafcharakter beimessen. Widersprüchlich BAUMANN; vgl. einerseits AT S. 673 (Sicherungsmaßregel), andererseits AT S. 730, 735 (Dominanz des Nebenstrafcharakters).

frühzeitig der Versuch unternommen, die Einziehung als ein ambivalentes Gebilde zu begreifen, das je nach Zielsetzung und Gestaltung der in Frage stehenden Regelung eine verschiedenartige Rechtsnatur aufweisen kann. Inzwischen hat diese Lehre von der *Doppelnatur* der Einziehung in Rechtsprechung und Schrifttum nahezu allgemeine Anerkennung gefunden.

Dennoch wäre es verfehlt, daraus schon auf Einmütigkeit zu schließen. Denn trotz der Übereinstimmung im mehrspurigen Grundsatz zeigen sich bei der Grenzziehung im einzelnen doch sehr tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten, die in den undifferenzierten Darstellungen der Literatur leider nicht immer klar genug gesehen werden.

1. Von fundamentaler Bedeutung für die Lehre von der Doppelnatur war die — soweit ersichtlich, erstmals von HEINZE ausgesprochene und dann auch von WAHLBERG aufgegriffene — Erkenntnis, daß die Einziehung von Natur aus eine *doppelte Bezogenheit* aufweist: zum einen gegen die betroffene Sache als solche; zum anderen gegen die Person, die durch die Entziehung der Sache eine vermögensrechtliche Einbuße und damit ein der Geldstrafe vergleichbares Übel erleidet. Vom Zweck der Strafe her gesehen ist nur der personbezogene Aspekt der Übelszufügung interessant, während der Zugriff auf die Sache lediglich das Mittel dafür hergibt. Bei der polizeilichen Maßregel hingegen liegt der Schwerpunkt auf der betroffenen Sachspezies; die Person des Eigentümers tritt dahinter zurück⁶⁹.

Diese ersten Ansätze zu einem mehrspurigen Verständnis der Einziehung haben vor allem durch CARL STROOSS eine weitere Vertiefung erfahren⁷⁰. Anders als die meisten Vertreter der Einheitstheorien geht er nicht von einer Interpretation der fraglichen Vorschriften aus, sondern stellt zunächst — ähnlich der oben in § 5 versuchten Typologie — ganz vorurteilslos die Frage, welche Merkmale eine Einziehungsregelung aufweisen muß, um entweder als eine pönale oder als eine polizeiliche charakterisiert werden zu können⁷¹. Während erstere im Wege der vermögensmindernden Sachentziehung den Willen des Eigentümers „affizieren“ will und als solche ihre Rechtfertigung nur aus dessen strafbarem Verhalten beziehen kann⁷², geht es der polizeilichen um die Entfernung eines gemeinwohlgefährlichen Gegenstandes. Deshalb sei insoweit die Konfiszierung eine „unpersönliche“ Maßnahme, die allein aus dem objektiven Schutzbedürfnis, nicht dagegen an den subjektiven Umständen der betroffenen Person (wie etwa am Verschulden) auszurichten sei⁷³. Je nach dem Grad der Gefährlichkeit könne die polizeiliche Einziehung

⁶⁹ HEINZE, GA 5, 170 ff., WAHLBERG, Criminalistische Gesichtspunkte S. 142. Vgl. auch schon oben S. 55 f.

⁷⁰ In seiner grundlegenden Untersuchung „Zur Natur der Vermögensstrafen“ (1878). Ihm hat sich dann im wesentlichen SCHULTZ, Civilrechtliche Bedeutung S. 19 ff. angeschlossen; weithin folgend auch v. BURI, GS 30, 247 ff.

⁷¹ STROOSS, Vermögensstrafen S. 33.

⁷² AaO, S. 37 f., 45 f. ⁷³ AaO, S. 33 ff.

jedoch absoluten oder relativen Charakter haben. Ersteres sei der Fall, wo die Gefährlichkeit auf der Beschaffenheit der Sache (z. B. gesundheitsschädliche Lebensmittel) oder der naheliegenden Möglichkeit des Mißbrauchs (z. B. Falschgeld, unrichtige Maße) beruhe; hier sei die Einziehung absolut notwendig und deshalb zwingend anzuordnen⁷⁴. Dagegen könne man sich mit einer fakultativen Einziehung begnügen, wo sich der Gegenstand nur in der Hand des Tatbeteiligten und damit als nur relativ gefährlich erwiesen hat, wie dies regelmäßig bei den instrumenta sceleris der Fall sei⁷⁵. Diese Unterscheidung wird vor allem für das Verhältnis der polizeilichen zur pönalen Einziehung von Bedeutung sein.

Doch zuvor sei noch auf eine weitere, von STROOSS herausgearbeitete Einziehungskategorie hingewiesen: die sog. civilrechtliche Confiscation. Dazu rechnet er die Entziehung von Gegenständen, die zwar nicht gefährlich sind, wegen ihrer deliktischen Erlangung jedoch in der Hand des Betroffenen unrechtes Gut darstellen, kurz: die *scelere quaesita*, wie etwa der Bestechungslohn, das Geld aus verbotenen Spielen oder Diebesgut, das aus irgendwelchen Gründen nicht an den rechtmäßigen Eigentümer zurückgegeben werden kann⁷⁶. Da es STROOSS für unerträglich hält, diese Gegenstände auch dann dem deliktischen Erwerber zu belassen, wenn sie mangels Verschuldens ihm nicht strafweise entzogen werden könnten, greift er hier auf die römischrechtliche Kondiktion „ob turpem vel iniustam causam“⁷⁷ zurück⁷⁸.

Überträgt man diese Kategorien auf die positiv-rechtlichen Einziehungsbestimmungen, so ist im Entgeltverfall nach § 335 StGB unschwer eine zivilistische Konfiskation zu erkennen⁷⁹, mit dem Vorbehalt freilich, daß in Abweichung von der STROOSS'schen Konzeption das Gesetz hier eine schuldhaft Straftat voraussetzt. Doch auch seine pönale Kategorie sieht STROOSS in § 40 StGB a. F. insofern nur unvollkommen verwirklicht, als nach § 42 a. F. StGB diese tätergerichtete Einziehung auch selbständig verhängbar sein soll⁸⁰. Ähnliche gesetzliche Inkonsistenzen stellt er bei der absoluten und der relativen polizeilichen Einziehung fest, für die er als Beispiele den § 152 bzw. § 295 StGB nennt⁸¹. Im Prinzip jedoch läßt er an der mehrspurigen Einziehungskonzeption des StGB keinen Zweifel.

Was freilich das Verhältnis der einzelnen Einziehungskategorien zueinander betrifft, so bleibt selbst bei einer prinzipiell ambivalenten Einziehungskonzeption die Frage, ob damit auch ein und dieselbe Sanktion eine duali-

⁷⁴ AaO, S. 34 ff. ⁷⁵ AaO, S. 39 ff.

⁷⁶ Vgl. Art. 59 II des schweizerischen StGB von 1937, an dessen Vorbereitung STROOSS ja bekanntlich maßgeblichen Anteil hatte.

⁷⁷ Dazu oben S. 16 f. ⁷⁸ STROOSS, aaO, S. 46 ff.

⁷⁹ AaO, S. 48, 54 (aber anders zum späteren Art. 59 I SchwStGB; vgl. unten Anm. 159). Wie bereits erwähnt (oben Anm. 68), vertritt auch NISSEN diese zivilistische Auffassung; ferner FRIEDLÄNDER, S. 9, RAHN, S. 32 und SCHULTZ, S. 57 ff. Im Prinzip ebenso KÖBNER, S. 15, 62 ff., der jedoch deswegen noch keineswegs den Strafcharakter des Entgeltverfalls leugnen will.

⁸⁰ STROOSS, aaO, S. 50 ff.

⁸¹ AaO, S. 53 ff.

stische Rechtsnatur haben kann. Auch dazu finden sich bei Strooss bereits beachtliche Erwägungen. Was das Verhältnis der pönalen zur absoluten Sicherungseinziehung anlangt, hält er eine Kombination beider Funktionen in der gleichen Sanktion mit guten Gründen für ausgeschlossen; denn da es sinnlos wäre, den Schuldigen mit der Einziehung eines Gegenstandes zu „bestrafen“, den er ohnehin aus polizeilichen Gründen einbüßen müßte, würde die pönale Einziehung einer absolut gefährlichen Sache eine „inhaltlose“ Strafe darstellen. Deshalb kann eine derartige Einziehung nur präventiv-polizeilichen Charakter haben⁸². Aus einem ähnlichen Gesichtspunkt sieht er die pönale auch durch die zivilistische Einziehung verdrängt; denn was dem Fiskus schon aus einem zivilistischen Kondiktionsgrund verfallen ist, könne dem Schuldigen nicht überdies noch strafweise entzogen werden⁸³. Anders liege es dagegen bei der Einziehung relativ gefährlicher Gegenstände. Da hier die Entziehung nicht zwingend geboten, sondern nur als eine der Wohlfahrt förderliche Maßnahme erscheint, könne von dem verbleibenden Ermessensspielraum zum Zwecke der Strafe, nämlich zur Einwirkung auf den Willen des schuldigen Eigentümers Gebrauch gemacht werden. Ja, Strooss geht sogar so weit, hier dem pönalen Moment den Vorrang vor dem polizeilichen einzuräumen, nicht zuletzt, um dadurch zu einer juristisch eindeutigen Charakterisierung der fraglichen Sanktion zu kommen⁸⁴.

2. Mit der Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen Konfiskationsfunktionen zueinander ist bereits der neuralgische Punkt in der Lehre von der Doppelnatur der Einziehung getroffen; denn dies ist auch dogmengeschichtlich genau die Stelle, an der selbst innerhalb des dualistischen Lagers die Wege in verschiedene Richtungen weiterführen, ohne daß dies jedoch im Rahmen der oft nur sehr knappen Stellungnahmen immer in aller Deutlichkeit erkannt, geschweige begründet würde.

Betrachten wir zunächst die ältere Richtung, wie sie vor allem durch BINDING⁸⁵, A. MERKEL⁸⁶ und SCHOETENSACK⁸⁷ repräsentiert wurde⁸⁸, aber auch

⁸² AaO, S. 36 ff., 39.

⁸³ AaO, S. 48 f.

⁸⁴ AaO, S. 42 ff.; ebenso im Ergebnis E. BAUMANN, S. 22 ff., 39 f. Konsequenterweise will Strooss deshalb die Einziehung relativ (d. h. in der Hand des Täters) gefährlicher Gegenstände de lege ferenda nur unter pönalen Gesichtspunkten zulassen und damit vor allem auf das Eigentum von Tatbeteiligten beschränken (AaO, S. 46).

⁸⁵ Handbuch I S. 84 f., 497; Normen I S. 31 f., Grundriß AT, S. 259 ff.

⁸⁶ Lehrbuch S. 227 f.

⁸⁷ Konfiskationsprozeß S. 7 ff., 18 ff.

⁸⁸ Gleicher Auffassung im wesentlichen auch schon HÄLSCHNER, System I S. 631, MEYER, Lehrbuch S. 7 Anm. 18, 443 ff., OPPENHOFF, § 40 Anm. 1, 4, § 41 Anm. 1, 6 (vgl. aber auch dort Anm. 12, wo nur von „Präventiv“-Maßregel die Rede ist), § 42 Anm. 1; ferner EICHMANN, S. 36 ff., HAGEMANN, DStZ 1918, 362, HERSCHEL, S. 11 ff., LINDENMAYER, S. 26 ff., 44, RAHN, S. 13 ff., 21 ff. sowie (sehr eingehend) GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 240 ff. Im Ergebnis ist wohl auch FRIEDLÄNDER, S. 14 ff. hierher zu rechnen, ebenso die (allerdings sehr widerspruchsvollen) Darlegungen von KRZYWICKI, S. 11 ff., 17.

heute wieder, wie etwa die Ausführungen bei H. MAYER⁸⁹, SAX⁹⁰, STREE⁹¹ und WELZEL⁹² erkennen lassen, an Boden zu gewinnen scheint⁹³. Auf ihren kürzesten Nenner gebracht, kann man diese Auffassungen als *konkret-dualistisch* bezeichnen; denn je nachdem, ob durch die konkrete Einziehung ein Tatbeteiligter oder ein Dritter betroffen wird, soll sie Straf- oder Sicherungscharakter haben. Für BINDING und MERKEL ergab sich dies daraus, daß die Einziehung zwar grundsätzlich sowohl Straf- wie auch Sicherungszwecke verfolgen könne, daß aber dem Strafzweck ein Vorrang zukomme. Wo dieser versage, wie vor allem gegenüber einem tatunbeteiligten Eigentümer, könne zwar der Sicherungszweck fort dauern, der Strafcharakter hingegen müsse abgestreift werden⁹⁴. Wie dann insbesondere noch SCHOETENSACK hervorgehoben hat, könne dies allerdings nur im Hinblick auf den Dritten gelten; denn es sei kein Grund ersichtlich, warum eine gegen einen Schuldigen verhängte Sanktion, die grundsätzlich Strafcharakter haben kann, allein deshalb in eine Polizeimaßregel umschlagen soll, weil sie auch gegen einen tatunbeteiligten Eigentümer verhängt werden könnte⁹⁵.

Im Ergebnis soll daher die Einziehung — und Gleiches gilt für die Unbrauchbarmachung — immer nur Dritten gegenüber Sicherungsmaßregel sein, während sie für den Täter in jedem Falle eine Strafe sei⁹⁶. Demzufolge kann auch der Entgeltverfall des § 335 StGB, da nur gegen Tatbeteiligte zulässig, lediglich Strafcharakter haben⁹⁷. Für den Fall einer selbständigen Anord-

⁸⁹ AT S. 397. Vgl. aber jetzt auch Studienbuch S. 172 (Einziehung mehr polizeiliche Maßregel) sowie unten S. 76 f.

⁹⁰ In KMR, Vorbem. 1b vor § 430.

⁹¹ Deliktsfolgen S. 84 f.

⁹² Strafrecht S. 246.

⁹³ In die gleiche Richtung tendieren DIETRICH, S. 13 ff., 20, DROST-ERBS, WiStG, Vorbem. I vor und Anm. 3 zu § 39, EBISCH, WiStG, § 7 Anm. 2, GERNER-WINCKLER, WiStG, § 7 Anm. 1a, MAYR, in ERBS-KOHLHAAS, §§ 50, 51 ArzneimittelG Anm. 1 und ROTBERG, OWiG, § 17 Rdnr. 3. Vgl. ferner neuestens JESCHECK, AT S. 524 f.

⁹⁴ BINDING, Handbuch I S. 497, MERKEL, Lehrbuch S. 227 f. In diesem Sinne gelegentlich auch das RG, so z. B. in RGSt 66, 427/9; 68, 181/3 in bezug auf §§ 401, 414 RAO a. F.

⁹⁵ SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 18. Im gleichen Sinne STREE, Deliktsfolgen S. 85: „Für den Täter, dem das Eigentum wegen seines schuldhaften Verhaltens entzogen wird, soll diese Maßnahme, auch wenn mit ihr ein weiterer Zweck (Sicherungszweck) verfolgt wird, ein Strafübel bleiben.“ Eingehend hierzu auch GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 250 ff., insbes. S. 253, sowie LINDENMAYER, S. 40 ff.

⁹⁶ Vgl. im einzelnen die Nachweise in Anm. 85 bis 93. Speziell zur doppelten Rechtsnatur der Unbrauchbarmachung SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 23 ff. Abweichend von der im übrigen gebilligten Generallinie wollen jedoch HÄLSCHNER, System I S. 631 und HERSCHEL, S. 23 ff. in der Unbrauchbarmachung nach § 41 StGB ausnahmslos eine Sicherungsmaßregel sehen. Insoweit stimmen sie mit den unten bei 3. genannten Autoren überein.

⁹⁷ So unter Ablehnung der zivilistischen Verfallslehre von NISSEN und STROOSS (oben bei Anm. 79) u. a. BINDING, Grundriß, S. 261, LINDENMAYER, S. 37 ff., SCHOETENSACK, AaO, S. 16 f.

nung hingegen sollen die betreffenden Maßnahmen Sicherungscharakter annehmen, da es hier, wie beispielsweise die Möglichkeit der Verhängung nach dem Tode des Täters beweise, gerade nicht darauf ankomme, daß der Täter persönlich betroffen wird⁹⁸.

Ob sich nicht auch gegen diese Lehre Einwände erheben ließen, mag hier zunächst dahinstehen. Unbestreitbar ist jedenfalls, daß sie mit der *inneren Ambivalenz der Einziehung* wirklich ernst macht, indem sie diese bis in die konkrete Sanktion zweck- und wesensbestimmend hineinwirken läßt. Trotz eines Restes von Starrheit, der mit dem formelhaften Abstellen auf die Person des Betroffenen noch bleibt und der sich wohl auch erst mit einer final-dualistischen Betrachtungsweise überwinden läßt, ist aber hier der Duplizitätsgedanke schon in einem Grade verwirklicht, wie ihn StROOSS noch nicht billigen wollte. Denn für ihn konnte der einzelne Einziehungstatbestand jeweils nur das eine oder das andere sein, ohne daß die subjektiven Umstände des konkret Betroffenen daran etwas hätten ändern können⁹⁹.

3. In diesem Punkt würde ihm auch die *abstrakt-dualistische* Lehre zustimmen, die vor allem seit der Jahrhundertwende immer größeren Anhang gefunden hat und auch heute noch herrschend ist. Schon für OLSHAUSEN¹⁰⁰, FRANK¹⁰¹, FINGER¹⁰² und KÖHLER¹⁰³, sowie später für JAGUSCH¹⁰⁴, KOHLRAUSCH-LANGE¹⁰⁵, LACKNER-MAASSEN¹⁰⁶, SCHWARZ-DREHER¹⁰⁷ und wohl auch MAURACH¹⁰⁸, um hier nur die profiliertesten Vertreter dieser Auffassung zu nennen¹⁰⁹, scheint es ein untragbares Unterfangen zu sein, die Rechtsnatur einer Sanktion von der Person des konkret Betroffenen abhängig zu machen und damit den Zufälligkeiten des Einzelfalles zu überlassen. Denn bei aller Anerkennung einer dualistischen Natur der Einziehung müsse doch wenigstens für den jeweiligen Einziehungstatbestand *generell* feststehen, ob dieser dem Richter nun eine Strafsanktion oder eine Sicherungsmaßregel in die Hand gibt. Entscheidend dafür müsse der *überwiegende Zweck* der einzelnen Bestimmung sein. Richtet sich die Sanktion nach dem Willen des Gesetzes primär gegen die Person des Täters, dann habe sie Strafcharakter; geht es ihr dagegen im wesentlichen nur um die Entfernung der in Frage stehenden Sache,

⁹⁸ SCHOETENSACK, aaO, S. 27 ff., 35; vgl. ferner BINDING, Grundriß S. 263, Normen I S. 31, HERSCHEL, S. 25 f., LINDENMAYER, S. 44 ff. Insoweit jedoch abw. DIETRICH, S. 11.

⁹⁹ Vgl. oben S. 70.

¹⁰⁰ 2. Aufl. 1886, § 40 Anm. 10; so auch noch 12. Aufl. 1942, § 40 Anm. 1, 2, § 41 Anm. 1.

¹⁰¹ Vgl. 2. Aufl. 1901, § 40 Anm. I, ferner 18. Aufl. 1931, § 40 Anm. I, § 41 Anm. I, § 295 Anm. I 2.

¹⁰² Lehrbuch S. 495 f. ¹⁰³ Strafrecht S. 611, 618.

¹⁰⁴ LK, § 40 Anm. I 1, § 41 Anm. 1. ¹⁰⁵ § 40 Anm. I. ¹⁰⁶ § 40 Anm. I.

¹⁰⁷ 29. Aufl., § 40 Anm. 1 A, B; vgl. aber jetzt 30. Aufl. § 40 Anm. 2.

¹⁰⁸ AT, S. 700 f., JZ 1964, 529. Vgl. aber auch unten in und bei Anm. 130.

¹⁰⁹ Vgl. ferner BECKMANN, GA 1960, 208, BÖHLER, S. 17 ff., 21 f., CREIFELDS, JR 1955, 403 ff., EHRENSBERGER, S. 108 ff., GRÜNBAUM, S. 13 ff. (eingehend zur Un-

dann sei die Sicherungsmaßregel, was freilich nicht ausschließe, daß daneben auch noch pönale bzw. im ersten Fall präventive Motive mitschwingen könnten.

Da eine primäre Stoßrichtung gegen den einziehungsbetroffenen Gegenstand überall dort anzunehmen sei, wo die Sanktion auch gegen einen Unbeteiligten verhängt werden kann¹¹⁰, müsse in den unterschiedslosen Einziehungsbestimmungen generell eine Sicherungsmaßregel gesehen werden, gleichgültig, ob davon im Einzelfall ein Dritter oder ein Tatbeteiligter betroffen wird. Umgekehrt hätten die auf Täter Eigentum beschränkten Einziehungstatbestände nur Strafcharakter, und damit selbstverständlich auch der Entgeltverfall nach § 335 StGB¹¹¹. Diese *formale* Abgrenzung soll nach einem Teil der Lehre sogar für die objektive Einziehung verbindlich sein; denn auch die Möglichkeit einer selbständigen Verhängung könne die sich aus der materiellen Bestimmung ergebende Rechtsnatur der Sanktion nicht berühren, geschweige innerlich verändern¹¹².

4. Dieser *abstrakt-dualistischen* Betrachtungsweise hat sich dann auch die *Rechtsprechung* angeschlossen, wenn auch recht spät und nicht immer geradlinig¹¹³.

Bereits in anderem Zusammenhang wurde erwähnt, daß das RG anfänglich der einseitig pönalen Einziehungsauffassung zuneigte, und zwar sogar gegenüber Dritten¹¹⁴. Indes finden sich aus der gleichen Zeit auch Entscheidungen, die sich teils sowohl für die konkret- als auch für die abstrakt-dualistische Lehre ins Feld führen ließen. So wird etwa in RGSt 5, 101/4 zur Rechtsnatur der Unbrauchbarmachung durchaus im Sinne BINDINGS bemerkt, daß diese, soweit dadurch der Täter betroffen wird, brauchbarmachung), KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 17 OWiG Anm. 2, LORZ, Naturschutz, § 40 BJagdG Anm. 1, § 10 TierschG Anm. 1, MEYER-ALLFELD, Lehrbuch S. 266 ff., v. REDWITZ, S. 76 ff. (sehr sorgfältig und ausgewogen), REITER, S. 4 ff., 24 ff., SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahme S. 159 (vgl. aber auch unten S. 85), SCHWARZ-KLEINNECHT, Vorbem. 1 vor § 430, STELLING, GS 108, 377 f., WOLFER, S. 3 ff., ZIPFEL, in ERBS-KOHLHAAS, § 13 LebensmittelG Anm. 1. Auch v. LISZT hat sich in Abkehr von der ursprünglich vertretenen präventiven Einheitstheorie (vgl. oben S. 65) später der Lehre von der abstrakten Doppelnatur angeschlossen; vgl. Lehrbuch 21./22. Aufl. S. 235, 238, aufrechterhalten bei v. LISZT-SCHMIDT, 25. Aufl., S. 349, 356.

¹¹⁰ Über sonstige Kriterien, die den Charakter der Sicherungsmaßregel mitbestimmen können, eingehend v. REDWITZ, S. 103 ff.

¹¹¹ Vgl. im einzelnen die in den Anm. 100 bis 109 genannten Nachweise; ferner (speziell zu § 335) FRANK, § 335 Anm. III, HUMMEL, S. 51 f., KOHLRAUSCH-LANGE, § 335 Anm. I, MAURACH, AT S. 697, SCHWARZ-DREHER, § 335 Anm. 1, WERNER, LK, § 335 Anm. I, WOLFER, S. 40 ff.

¹¹² So BECKMANN, GA 1960, 205, JAGUSCH, LK, § 42 Anm. 2, KOHLRAUSCH-LANGE, § 42 Anm. I, OLSHAUSEN, § 42 Anm. 1; in diesem Sinne wohl auch RGSt 53, 124/6; 74, 41/2. Dagegen (vom Boden der abstrakten Theorie aus) generell für Sicherungscharakter bei objektiver Einziehung u. a. MEYER-ALLFELD, Lehrbuch S. 269, v. REDWITZ, S. 94 ff. und wohl auch BGHSt 20, 253/4.

¹¹³ Vgl. zum Folgenden auch die Rspr.-Übersicht bei FUMIAN, Zeitschr. f. Rpfl. in Bayern 1912, 477 f. und FRIEDRICHS, JW 1924, 260 ff.

¹¹⁴ Vgl. im einzelnen oben Anm. 27.

wenigstens zugleich den Charakter einer Nebenstrafe habe. In RGSt 14, 161 ff. hingegen wird gerade der entgegengesetzte Standpunkt vertreten; denn hier werden die unterschiedslose Einziehung und Unbrauchbarmachung nach §§ 41, 152 StGB ganz im Sinne der abstrakten Theorie als polizeiliche Präventivmaßnahmen verstanden, da nicht deren zufällige Wirkung, sondern der „maßgebende Gesichtspunkt der Verhängung“ entscheidend sein müsse¹¹⁵. Dies wiederum hat das RG jedoch nicht gehindert, die unterschiedslose Einziehung nach § 15 NahrungsmittelG in RGSt 26, 406/7 gegenüber dem Täter für eine Strafe zu erklären, da sie (nach den Motiven des Gesetzes) eine „Verschärfung des den Schuldigen treffenden Straßübels“ sein solle¹¹⁶. Noch weiter in die pönale Richtung gehend wird in RGSt 30, 415/5 die Einziehung nach § 154 VereinszollG als Strafe charakterisiert, gleichgültig, ob davon nur der Täter oder auch Dritte betroffen werden.

Dieses unsichere Schwanken zwischen den konträrsten Standpunkten ist erst mit der grundlegenden Entscheidung des IV. Strafsenats vom 18. 6. 1912 (RGSt 46, 131) zu einem vorläufigen Abschluß gekommen. Auch das RG vermochte freilich keine wesentlich neuen Gesichtspunkte beizutragen. Zumal mit der kategorischen Ablehnung des konkret-dualistischen Standpunktes hat es sich sicherlich zu leicht gemacht, wenn es diesem einfach die nicht näher begründete Maxime entgegenstellte, daß für die Rechtsnatur nur maßgebend sein könne, „welche Bedeutung der die Einziehung anordnenden Bestimmung in dem einzelnen Gesetz an sich und unabhängig davon innewohnt, wie die Maßregel im Einzelfall wirkt“ (RGSt 46, 134)¹¹⁷. Immerhin räumt es aber zugunsten einer verstärkten Berücksichtigung der Doppelnatur ein, daß mit der gleichen Maßregel sowohl der Strafzweck als auch der Zweck polizeilicher Sicherung verfolgt werden könne (S. 134 f.). Indes wird man dieses Zugeständnis an die konkret-dualistische Betrachtungsweise nicht überbewerten dürfen. Denn mit dem Kriterium des „ausschlaggebenden Zweckes“, der jeder Bestimmung „in der einen oder anderen Richtung ihr besonderes, eigenartiges Gepräge“ geben könne (S. 135), sorgt das RG dann doch dafür, daß der einzelne Einziehungstatbestand praktisch immer entweder nur Straf- oder nur Sicherungscharakter hat. Damit kann die Einziehung letztlich *nur abstrakt als Rechtsinstitut*, nicht aber als konkrete Sanktion eine ambivalente Rechtsnatur haben.

Trotzdem war es im Interesse der Rechtssicherheit zu begrüßen, daß sich das RG hier zu einer bestimmten Richtung durchgerungen und gleich einen wichtigen *Anhaltspunkt* dafür gegeben hat, wenn nun der eine oder der andere Einziehungszweck ausschlaggebend und damit wesensbestimmend sein soll: nämlich die *Erstreckbarkeit* der Einziehung auf *tatunbeteiligte Personen*¹¹⁸.

¹¹⁵ Im gleichen Sinne RGSt 17, 311/2.

¹¹⁶ Anders dann RGSt 55, 12.

¹¹⁷ Auch RGSt 50, 386/9 begnügt sich zur Ablehnung der konkret-dualistischen Auffassung mit dem schlichten Satz: „Es erscheint nicht angängig, sie (je nach ihrer Wirkung) verschieden zu beurteilen.“

¹¹⁸ Vgl. insbes. RGSt 46, 131/5 f. Da man nach damaliger Auffassung noch keine

In seiner eingehenden Begründung dazu könnte man allenfalls noch den in der Lehre hervorgehobenen Gedanken vermissen, daß die unterschiedslose Einziehung nicht gegen eine Person, sondern gegen die Sache als solche gerichtet sei¹¹⁹. Doch diesen „materialen Gesichtspunkt“¹²⁰ hat das RG dann bald in RGSt 50, 386/8 f. nachgeliefert, als es mit der Rechtsnatur der unterschiedslosen Einziehung nach dem WeinG befaßt war und die innere Zielsetzung dieser Sanktion gegen die betroffenen Gegenstände gerichtet sah. Allerdings hat die gleiche Entscheidung aber auch einer gewissen Formelhaf-tigkeit bei der Bestimmung des „ausschlaggebenden Zweckes“ in die Hände gearbeitet. Denn während noch RGSt 46, 131/5 die Unterschiedslosigkeit der Einziehung nur als „Anhaltspunkt“ verstanden wissen wollte, sieht RGSt 50, 386/9 darin offenbar sogar einen „Beweis“ des Sicherungscharakters¹²¹.

Doch welche Bedeutung auch immer diesem Sprachgebrauch zukommen mag, fest steht, daß damit der Kurs des RG und später auch des BGH im Prinzip auf die abstrakt-dualistische Einziehungslehre festgelegt war¹²². Dennoch fehlen auch hier nicht die *Ausnahmen*. Damit sind nicht die gelegentlichen Abweichungen in den Begründungen gemeint¹²³. Vielmehr geht es hier um die eigenartige Zwitterstellung, die der *steuerstrafrechtlichen* Einziehung zugestanden wurde.

Die RAO kannte in ihrer Fassung von 1931 drei Einziehungstatbestände: den § 406, der u. a. die Einziehung von steuerpflichtigen Erzeugnissen vorsah, die in vorschriftswidriger Verpackung angetroffen wurden; den § 401, der Gegenstände und Beförderungsmittel, die Objekt oder Werkzeug eines Steuervergehens waren, der Einziehung unterwarf; sowie den § 414, der die nach § 401 zulässige Einziehung auch auf täterfremde Objekte erstreckte.

Bedenken hatte, in der Belassung unsteuerter Ware eine Gefahr für die Einnahmequellen des Fiskus zu sehen, war in dem zur Entscheidung stehenden Fall die unterschiedslose Einziehung konsequent als Sicherungsmaßregel anzusehen. Anders dann RGSt 62, 49 bzgl. des Branntweinmonopols; näher dazu unten S. 80 f.

¹¹⁹ Vgl. oben S. 68 und 72 f.

¹²⁰ MAURACH, JZ 1964, 530.
¹²¹ Ganz in diesem Sinne hat bereits RGSt 55, 12/3 die Verneinung des Strafcharakters als eine „notwendige Folge“ der unterschiedslosen Einziehung erklärt.

¹²² Vgl. u. a. RGSt 53, 124/6 (m. krit. Anm. DICKEL, JW 1920, 53); 53, 307; 55, 12; 63, 379; 66, 427/9; 69, 385/8; 74, 41/2; RG GA 60, 74; RG HRR 1929, 280; BGHSt 6, 62; 8, 165; 10, 28/33; 15, 399/400; 16, 210/4; 21, 66/7. Im gleichen Sinne OLG Hamburg MDR 1947, 103/4; KG VRS 3, 125/6; OLG Köln SJZ 1950, 218; BayObLGSt 1954, 86/7 und auch der BFH BStBl 1965 III 278 (= NJW 1965, 1248 L) m. zust. Anm. HOFFMANN, Finanz-Rundschau 1965, 466 f. — Auch die unten in Anm. 125 genannten Entscheidungen wollen dieses Abgrenzungsprinzip als solches nicht antasten.

¹²³ So etwa heißt es in BGHSt 20, 253/4, daß die unterschiedslose Einziehung nach § 86 StGB a. F. wenn es sich im konkreten Fall um Täter Eigentum handele, auch den Täter treffen wolle. Vgl. auch OLG Bremen SJZ 1950, 761/2 (zu §§ 39 ff. WiStG 1949), OLG Hamm NJW 1962, 827/8 (Einziehung gegen Tatbeteiligten immer Strafe!) und BGHSt 8, 205/212, wo vom „Straf- und Sicherungszweck“ des tätergerichteten § 40 StGB a. F. die Rede ist. Zur älteren Rspr. vgl. FRIEDRICH, JW 1924, 263.

Während man nun allenfalls der allein an einen äußeren Sachverhalt anknüpfenden Einziehung nach § 406 RAO eine völlig eigenständige Stellung einräumen könnte¹²⁴, müssen die §§ 401, 414 RAO zweifellos als ein Komplementärtatbestand verstanden werden; denn die Dritteinziehungsklausel des § 414 könnte der Sache nach ebenso gut in § 401 enthalten sein. Würde man daher der abstrakt-dualistischen Betrachtungsweise folgen, könnte auch die Einziehung nach § 401, 414 immer nur Sicherungsmaßregel sein. Doch nicht so die Folgerung des RG, das lediglich die Dritteinziehung nach § 414 als Sicherungsmaßregel verstand, die tätergerichtete Einziehung nach § 401 hingegen als Strafe behandelte¹²⁵. Gewiß hatte man für dieses Abweichen vom „Entweder-Oder“-Standpunkt der abstrakten Theorie auch ein Argument zur Hand: in § 414 war die Einziehung nach § 401 ausdrücklich als „Strafe“ bezeichnet. Doch wenn sich das RG weder beim WeinG noch beim NahrungsmittelG daran störte, daß die unterschiedslose Einziehung dieser Gesetze in den Motiven jeweils als „Nebenstrafe“ begründet worden war¹²⁶, warum sollte dann dem formalen Sprachargument in der RAO so viel größeres Gewicht beizumessen sein? Nur deshalb, weil hier der Terminus „Strafe“ in den gesetzlichen Wortlaut einging? Immerhin hätte aber dann die Frage nahegelegen, ob der Gesetzgeber nicht auch in sonstigen Fällen die unterschiedslose Einziehung gegenüber dem Täter als Strafe verstanden wissen wollte. Jedenfalls wären die Unstimmigkeiten, die sich für die abstrakte Betrachtungsweise bei den §§ 401, 414 RAO a. F. ergaben, Grund genug gewesen, auch die konkret-dualistische Lehre einmal mit größerer Aufgeschlossenheit zu betrachten, statt sie mit einem lakonischen „ist nicht zugänglich“ a limine zurückzuweisen.

5. Indes scheint es, als sei selbst die konkret-dualistische Betrachtungsweise noch zu starr, um eine wirklich elastische und fallgerechte Handhabung der Einziehung zu ermöglichen. Denn obgleich sie auf die Person des konkret Betroffenen abstellt, erlaubt sie doch nicht, auch sonstige Umstände oder Bedürfnisse des individuellen Falles für die Zweck- und Wesensbestimmung der in Frage stehenden Sanktion mit zuberücksichtigen. Demgegenüber werden seit jüngerer Zeit beachtliche Stimmen laut, die die Rechtsnatur der Einziehung nach der spezifischen Zielsetzung der individuellen Sanktion bestimmen wollen, weshalb man sie schlagwortartig als *individuell-finale* Doppellehre bezeichnen könnte.

Schon H. MAYER hat darauf hingewiesen, daß selbst die täterbezogene Einziehung nicht in jedem Falle Strafe sein könne, so namentlich dann nicht,

¹²⁴ So RGSt 66, 427/9; 69, 385/8 zu § 406 i. S. einer Sicherungsmaßregel.

¹²⁵ RGSt 66, 427/8 f.; 67, 215/8; 69, 385/9, RG JW 1936, 3201, BayObLGSt 1956, 174/5, LG Bremen ZfZ 1955, 219/221. Vgl. auch RÜMELIN, ZfZ 1957, 71 und GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 257 ff. über weitere Einzelheiten und den Meinungsstand im Steuerrecht.

¹²⁶ Vgl. RGSt 50, 386/9 und RGSt 55, 12.

wenn eine rechtmäßige Benutzung des betreffenden Gegenstandes, wie etwa bei Falschgeld, überhaupt nicht denkbar ist¹²⁷. Deshalb müsse unter derartigen Umständen die Einziehung selbst dann als Sicherungsmaßregel verstanden werden, wenn sie sowohl abstrakt wie konkret nur gegen einen Tatbeteiligten gerichtet ist¹²⁸. Aus ähnlichen Gründen wendet sich DROST¹²⁹ gegen eine zu generelle und schematische Charakterisierung der Einziehung. Daher tendiert auch er dahin, den jeweils konkret verfolgten Zweck über die Rechtsnatur der Einziehung entscheiden zu lassen. Selbst bei Autoren, die im Prinzip der konkret- oder abstrakt-dualistischen Linie folgen, finden sich individualisierende Andeutungen, die im Sinne einer individuell-finalen Betrachtungsweise verstanden werden können¹³⁰.

Am weitesten hat sich aber bislang wohl SCHRÖDER vorgewagt. Bei ihm ist klar ausgesprochen, daß für die Bestimmung der Rechtsnatur nur der Zweck maßgeblich sein könne, „der im Einzelfall mit der Einziehung verfolgt wird“¹³¹. Wie noch zu zeigen sein wird, scheint dies in der Tat der einzige Weg zu sein, um die Eigentumssanktionen zu einem kriminalpolitisch sinnvollen und praktikablen Instrument zu gestalten.

IV. Sonderlehren zur Dritteinziehung

Wenn bisher immer nur von Doppelnatur und Dualismus die Rede war, so war das augenommen nicht ganz korrekt; denn in den Auseinandersetzungen um die Rechtsnatur der Eigentumssanktionen haben sich zwischen die

¹²⁷ H. MAYER, AT S. 397. — Wenn man demgegenüber darauf hinweisen wollte, daß das illegitime Objekt ja immerhin einen wirtschaftlichen Wert und seine Wegnahme deshalb einen finanziellen Verlust darstellen könne (so GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 251 m. Anm. 52), so wäre dem mit STROOS entgegenzuhalten, daß eine Sache, die der Eigentümer schon aus polizeilichen Gründen einbüßen muß, sinnvollerweise nicht auch noch zur Strafe entzogen werden kann, da dies eine inhaltlose Strafe wäre (oben S. 70). Vgl. zum Ganzen aber auch unten S. 349 ff., 359.

¹²⁸ Das von H. MAYER, aaO, gegebene Beispiel des Falschgeldes paßt hierzu freilich nicht, da dieses nach § 152 (jetzt i. V. m. § 40 II Nr. 2) StGB ja ohnehin unterschiedslos einzuziehen ist. Aber man braucht statt dessen ja nur an das raffiniert konstruierte Quäl- und Mordinstrument des sadistischen Triebtäters zu denken!

¹²⁹ NJW 1950, 128.

¹³⁰ Vgl. etwa ROTBERG, OWiG, § 17 Rdnr. 3, der insoweit auf DROST verweist. Ferner HARTUNG, Steuerstrafrecht S. 234 f., LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 1, SAX, in KMR Vorbem. 1 b vor § 430, WELZEL, Strafrecht, S. 246. Auch nach MAURACH, AT S. 701 soll in Überschneidungsfällen der „im konkreten Fall vorwiegende Zweck der Einziehung“ entscheidend sein. Im gleichen Sinne aufgrund der Neufassung der §§ 40 ff. StGB jetzt wohl auch BAUMANN, AT S. 730 (wenn auch unter starker Hervorhebung des Sicherungsgedankens) und GÖHLER, OWiG, Vorbem. 2 B vor § 18 sowie seine Ausführungen im Sonderausschuß, V/28. Sitzung S. 550 ff., V/54. Sitzung S. 1030 ff.

¹³¹ So bereits in SCHÖNKE-SCHRÖDER, 12. Aufl. 1965, § 40 Rdnr. 6, jetzt 14. Aufl., Vorbem. 10 ff., 15 vor § 40.

Alternative der Strafe und der Sicherungsmaßregel auch noch andere Begriffe eingeschoben. Davon betreffen die einen vor allem die unterschiedslose Einziehung, die anderen jene Einziehungsfälle, in denen möglicherweise zivilistische Elemente stecken könnten, wie etwa im Entgeltverfall und in der Mehrerlösabführung. Hier soll es zunächst nur um besondere Deutungen der unterschiedslosen Einziehung gehen, wobei die verfassungsrechtliche Rechtfertigungsproblematik vorerst ausgeklammert bleibt¹³².

1. Da dem deutschen Recht, insbesondere auf dem Gebiet des Polizei-, Abgaben- und Pressewesens, der Gedanke einer *Haftung für fremde Schuld* schon länger bekannt ist¹³³, lag es nicht ferne, diese Rechtsfigur auch zur Erklärung der Dritteinziehung heranzuziehen. Der entscheidende Anstoß dazu kam von OETKER¹³⁴. Für ihn handelt es sich bei den verschiedenen Formen der Haftung für fremde Schuld um die Konsequenz einer „kriminellen Garantie“¹³⁵, die der Gesetzgeber im Interesse eines möglichst sicheren und umfassenden Schutzes bestimmter Rechtsgüter über den eigentlichen Täterkreis hinaus auch anderen Personen auferlegt. Indem er auch ihnen für den Fall eines Rechtsverstoßes bestimmte Rechtsfolgen, wie etwa den Verlust ihres Eigentums, in Aussicht stellt, versucht er sie an der Achtung des Gesetzes zu „interessieren“, damit sie auf andere, insbesondere auf die ihrem Einflußbereich Unterstehenden, entscheidend einwirken¹³⁶.

Je nach der rechtlichen Konstruktion und Schärfe dieser kriminellen Haftung Dritter spricht OETKER von (formeller oder materieller) Deliktsgarantie oder von *Tätergarantenschaft*. Hier interessiert vor allem letztere. Anders als bei der Deliktsgarantie, die zur Haftung des eigentlichen Täters hinzutritt oder sie ersetzen soll und damit konstruktiv immer noch Haftung für einen bestimmten Anderen bleibt¹³⁷, ist es bei der Tätergarantenschaft dem Gesetzgeber völlig gleichgültig, ob er in dem konkret Haftenden den Täter oder nur einen Garanten vor sich hat; denn statt die Strafe auf den Täter zu

¹³² Dazu eingehend unten §§ 10 und 13.

¹³³ Vgl. dazu insbes. die zahlreichen Nachweise bei OETKER, Kriminelle Haftung und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen, in: Rostocker Festschr. f. JHERING, S. 87 ff.; aus neuerer Zeit GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 189 ff., SEELIGER, JW 1936, 1865 ff., TRÄNKMANN, DJ 1942, 778 ff. (zu Fällen der Mithaftung im Wirtschaftsrecht der 30er Jahre), RUMMLER (zur Nachhaftung Dritter im Forst- und Steuerstrafrecht), SIEGERT, NJW 1953, 527 (zur Haftung für fremde Schuld im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht) sowie neuestens SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 218 ff. (im Hinblick auf Personenverbände).

¹³⁴ OETKER, Kriminelle Haftung S. 85 ff., Strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, 1893, sowie JW 1930, 325 ff.

¹³⁵ OETKER, Kriminelle Haftung S. 89 ff. Über andere Deutungsversuche der Haftung für Dritte näheres bei GOETZELER, aaO, S. 180 f., und SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 222 ff.

¹³⁶ OETKER, aaO, S. 93 f. Zu diesem Gedanken des „Interessierens“ vgl. auch JHERING, bei EXNER, Sicherungsmaßregel S. 12.

¹³⁷ Vgl. OETKER, aaO, S. 94 ff., GOETZELER, aaO, S. 182 f.

beschränken und daneben etwa noch eine Haftbarkeit Dritter auszusprechen, wird nach OETKER hier einfach ein Tatbestand unter Strafe gestellt und eine bestimmte Person, die Täter sein kann, aber vielleicht auch nur Garant ist, dafür zur Rechenschaft gezogen:

„Die Haftung soll den A treffen, wenn er entweder Täter oder Garant ist, ob nun das eine oder das andere im Einzelfall zutrifft, erscheint dem Rechte gleichgültig.“¹³⁸

In Fortführung dieser Gedanken hat dann vor allem VORBERG, ein Schüler OETKERS, die Haftung des Dritteigentümers als einen Fall der Täter-Garantenschaft gedeutet, da auch hier das Gesetz allein an der Sanktionierung des Rechtsverstoßes interessiert sei, nicht dagegen an der Person des dadurch Betroffenen¹³⁹. Dennoch sei darin im Anschluß an OETKER eine personenbezogene Prophylaxe zu sehen¹⁴⁰; deshalb sei die Täter-Garantenschaft des tatunbeteiligten (Eigentümer-)Garanten als Strafe zu begreifen; denn wenn andere Personen als der Verbrecher zur Entrichtung einer Strafe herangezogen werden, so liege darin eine „öffentlich-rechtliche Verpflichtung vor, die nur als Strafe aufgefaßt werden“ könne¹⁴¹.

Ogleich sich diese Lehre schon bald dem naheliegenden Vorwurf ausgesetzt sah, daß sie den Schuldgrundsatz mißachtet¹⁴², fand sie, wenn auch mit gewissen Akzentverschiebungen, auch in der Folgezeit noch Anhänger. Nach v. REDWITZ¹⁴³ war es vor allem GOETZELER, der auf die Täter-Garantenschaft zurückgriff. Nach seiner Auffassung ist der Dritteigentümer jedoch nicht Garant für ein fremdes Tun, sondern *Garant seines Eigentums*¹⁴⁴. Diese dinglich begrenzte Haftung, die er offenbar weder als echte Strafe noch als Sicherungs-

¹³⁸ OETKER, aaO, S. 154 f.

¹³⁹ VORBERG, S. 30 ff., 37 f. — Für diese rechtliche Beurteilung ist es natürlich dogmatisch völlig unerheblich, ob im Einzelfall Täter und Dritteigentümer der Person nach tatsächlich bekannt sind oder nicht; gegen derartige Zweifel bei v. REDWITZ, S. 121 f. schon GOETZELER, aaO, S. 257 Anm. 12.

¹⁴⁰ Vgl. OETKER, aaO, S. 89 ff., insbes. S. 94: „Die Tätigkeit des Gesetzgebers in der Androhung der Haftbarkeit ist stets prävenierend, die haftbaren Personenkategorien sollen, in ihrem Interesse getroffen, das Unterbleiben der Missetat garantieren. Der Vollzug der angedrohten Rechtsfolge ist entweder repressiv oder präventiv...“ Vgl. auch VORBERG, S. 31 ff. und GOETZELER, aaO, S. 189 ff., 256 f.

¹⁴¹ VORBERG, S. 47. Vgl. ferner S. 44, wonach die „Einziehung ohne Rücksicht auf das Eigentum pönalen Charakter“ habe. Im gleichen Sinne J. WEBER, S. 31 f.

¹⁴² So bereits HERSCHEL, S. 22 und RUNGE, GA 72, 29 sowie neuestens insbes. SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 91 ff., 221 f., 233 ff. Generell zur Problematik etwaiger Schuldvermutungen ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip S. 116 ff., SAX, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHÜNER, Grundrechte III/2 S. 934 ff., STREE, Deliktsfolgen S. 51 ff.; ders., In dubio pro reo S. 15 f. Vgl. auch BGHSt 1, 351/6, sowie unten S. 234 ff.

¹⁴³ v. REDWITZ, S. 118 ff., der die Dritteinziehung neben dem Gedanken einer Schuldpräsomption auch durch präventiv-polizeiliche Komponenten bestimmt sieht.

¹⁴⁴ GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 254 ff.

maßregel verstanden wissen will¹⁴⁵, ergebe sich aus der *Sachherrschaft des Eigentümers* und der damit verbundenen Pflicht, für den Gebrauch bzw. Mißbrauch seines Eigentums einzustehen¹⁴⁶; denn

„der Eigentümer haftet mit seiner Sache, weil er Eigentümer ist und sein Eigentum nicht im Rahmen der gesetzlichen Vorschrift gebraucht hat. Sein Eigentum ist also Haftungsgrund und gleichzeitig Haftungsgegenstand“¹⁴⁷.

2. Ganz in diesem Sinne einer eigenständigen Sanktion war auch schon in der *Rechtsprechung* der späten 20er Jahre der Gedanke der „dinglichen Haftung“ aufgetaucht.

Ansatzpunkt war auch hierfür wieder einmal das Steuerstrafrecht. Zur Entscheidung stand die Einziehung von Sprit, hinsichtlich dessen sich der Vorbesitzer des derzeitigen Eigentümers einer Branntweinmonopolhinterziehung schuldig gemacht hatte. Bis dahin hatte das RG nie Bedenken gehabt, den Schutz der staatlichen Steuer- und Monopolansprüche, die durch die Existenz unversteuerter Waren hätten gefährdet werden können, als ausreichenden Sicherungsgrund für eine präventiv-polizeiliche Einziehung anzusehen. Noch mehr: gerade anhand des Tabaksteuermonopols hatte das RG noch in RGSt 46, 131 in grundsätzlicher Form demonstriert, daß die unterschiedslose Einziehung von unversteuerten Zigaretten als Sicherungsmaßregel zu charakterisieren sei¹⁴⁸. Um so mehr mußte es überraschen, daß es dann schon wenig später in RGSt 62, 49 nicht mehr für möglich gehalten wurde, die Dritteinziehung von unversteuertem Branntwein als Sicherungsmaßregel zu verstehen.

Leider nennt das Gericht keine Gründe für seine Meinungsänderung¹⁴⁹. Doch wie man annehmen darf, konnte wohl auch dem RG nicht mehr länger entgangen sein, daß bei Gegenständen, die lediglich Objekt eines Steuervergehens waren, von einer präventionsbedürftigen „Gefährlichkeit“ im Regelfall keine Rede sein kann¹⁵⁰. Damit blieb auch für eine Sicherungsmaßregel kein Raum mehr. Da andererseits die Alternative einer strafweisen Einziehung nur gegen den Täter in Betracht gekommen wäre, sah das RG offenbar nur

¹⁴⁵ Vgl. aaO, S. 258 ff., insbes. seine Bemerkungen zur Rspr. des RG und zu MUNDT und LELEWER. Vgl. aber auch aaO, S. 250 ff., 254, wo die unterschiedslose Einziehung jedenfalls im Ansatz als präventiv-polizeilich verstanden wird.

¹⁴⁶ AaO, S. 256.

¹⁴⁷ AaO, S. 257 (Sperrung bereits im Original).

¹⁴⁸ Näher dazu oben S. 73 f. So auch nach OLG Dresden JW 1931, 334/6, m. krit. Anm. GOETZELER.

¹⁴⁹ Und dies, obgleich es sich dadurch in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung setzt; denn der seinem Schutzzweck nach völlig gleichartige Dritteinziehungstatbestand des § 414 RAO 1931 wird nach wie vor als Sicherungsmaßregel verstanden: vgl. RGSt 66, 427/8 f.; 67, 215/8; 69, 385/9; RG JW 1936, 3201.

¹⁵⁰ Das ist heute nahezu allgemeine Meinung: vgl. u. a. OLG Koblenz NJW 1950, 78/9, BUSSE, NJW 1958, 1417; 1959, 1211, CREIFELDS, JR 1955, 404, DIETRICH, S. 89, SEIBERT, NJW 1959, 973 f.; vgl. aber auch BGHZ 27, 382/9.

noch in der *Garantenlehre* einen Ausweg. Die Begründung begnügt sich freilich auch insoweit mit einem einzigen Satz:

„Sie (die unterschiedslose Einziehung) ist nur dem Täter gegenüber Strafe; dem Eigentümer gegenüber, der an der Tat in keiner Weise beteiligt ist, bedeutet sie ein Einstehenmüssen mit der ihm gehörigen, von der Straftat betroffenen und deshalb gewissermaßen mit einem Makel behafteten Sache für die strafbare Handlung eines anderen, eine dingliche strafrechtliche Haftung“ (RGSt 62, 49/51).

3. Obwohl das RG diese Haftungsform selbst nie verallgemeinert¹⁵¹, ja in merkwürdigem Widerspruch hierzu die Dritteinziehung nach § 414 RAO 1931 auch weiterhin noch als Sicherungsmaßregel verstanden hat¹⁵², fand sie im Schrifttum doch bald weitgehende Anerkennung¹⁵³. Selbst heute lebt sie der Sache nach noch fort. Zwar spricht man nicht mehr von dinglicher Haftung. Auch soll nicht schon die Eigentümerstellung als solche die Garantienhaftung auslösen, denn dadurch könnte man zu leicht mit Art. 14 GG und mit dem Schuldgrundsatz in Konflikt geraten¹⁵⁴. Deshalb fordern die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung zumindest ein quasi-schuldhaftes Verhalten des Dritteigentümers¹⁵⁵. Doch für den entscheidenden Schritt bis hin zur echten Strafe reicht auch das noch nicht. Man nennt deshalb die nicht sicherungsbedingte, aber quasi-schuldhaft Dritteinziehung schlicht „*strafähnliche Maßnahme*“¹⁵⁶.

Nun ist zwar hier nicht der Ort, um über die verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit dieser Konzeption zu reden¹⁵⁷. Doch schon dogmatisch stellt sich

¹⁵¹ Vgl. RGSt 63, 23/5 (m. zust. Anm. OETKER, JW 1930, 325); 69, 385/8 f., wo jeweils nur im Hinblick auf das BranntweinMonG die dingliche Haftung i. S. von RGSt 62, 49/51 bestätigt wird. Vgl. aber auch RGSt 66, 85/7, wo in allgemeiner Form der „alte Rechtsgedanke der Opferung und Hingabe des Gegenstandes, der die Rechtsverletzung verursacht hat“, beschworen wird. Ebenso allgemein ist in RGSt 74, 326/9 vom „Makelgedanken“ die Rede; so auch noch LG Düsseldorf MDR 1954, 311.

¹⁵² Vgl. die Nachw. oben in Anm. 149.

¹⁵³ Vgl. GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 259 ff. m. zahlr. Nachw. zum damaligen Schrifttum; ferner aus jüngerer Zeit (wobei freilich die Terminologie nicht immer einheitlich ist und wohl auch nicht gleich verstanden wird), BRANDSTAETTER, ZfZ 1951, 159, CREIFELDS, JR 1955, 404, EBISCH, WiStG, § 7 Anm. 15, JESCHECK, ZStW 65, 215, H. MAYER, AT S. 398, SCHÄFER, in DALCKE (36. Aufl.), § 40 StGB Anm. 7 a (vgl. aber auch unten Anm. 154). R. SCHMITT, Strafrechtl. Maßnahmen S. 159 ff. (der jedoch daneben noch die fiskalische oder volkswirtschaftliche Zielsetzung bestimmter Einziehungsfälle hervorhebt). Ebenso dogmatisch deutend, wenn auch im Ergebnis verwerfend, SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 220 ff., 233 ff.

¹⁵⁴ Dies ist etwa die Begründung, mit der SCHÄFER, in DALCKE (37. Aufl.), § 40 StGB Anm. 7 a den früher vertretenen Gedanken der dinglichen Haftung aufgegeben hat. Treffend dazu auch SEILER, aaO, S. 233 ff.

¹⁵⁵ Vgl. im einzelnen oben S. 38 ff.

¹⁵⁶ So im Anschluß an HARTUNG, NJW 1949, 769 heute die nahezu allgemeine Sprachregelung; vgl. die Nachw. unten S. 222 Anm. 5.

¹⁵⁷ Dazu unten S. 224 ff., 232 ff.

die Frage, ob mit diesen Bezeichnungen sehr viel für die Wesenserhellung der betreffenden Sanktionen gewonnen ist. Abgesehen von der Verselbständigung, die ihnen mit dieser Terminologie gegenüber der Strafe und der Sicherungsmaßregel verschafft wurde, ist allenfalls ihr besonderer Haftungsgrund einer theoretischen Klärung näher gebracht. Doch daß damit auch schon über das etwaige Eigengepräge der darauf gestützten Sanktion etwas Verbindliches ausgesagt wäre, ist zu bezweifeln. Denn dazu wäre erst noch die innere Zielsetzung dieser Haftungsform zu klären. Würde sich dabei ergeben, daß sie — ähnlich wie die überkommenen Deliktsfolgen — der Repression oder der personenbezogenen Prävention dienen, wäre die weitere Frage, ob man sie dann nicht gleich als Strafe verstehen sollte, statt sie wenig griffig mit „strafähnlich“ zu umschreiben.

Selbstverständlich steht dem Gesetzgeber nichts im Wege, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen auch neuartige Sanktionen mit neuen Zielsetzungen zu schaffen. Dogmatisch verfehlt erscheint es jedoch, aus der Konstanzierung eines anomalen Haftungsgrundes auf die Anomalie oder Eigenständigkeit der darauf gestützten Sanktion zu schließen. Bis jetzt ist allenfalls dargetan, daß sich die quasi-schuldhaft Dritteinziehung in ihren Voraussetzungskriterien, namentlich in ihrem Mangel einer echten Tatbeteiligung des Eigentümers, von denen der echten Strafeinziehung unterscheidet. Inwieweit dagegen Zielsetzung und Wirkung dieser angeblich nur „strafähnlichen“ Sanktion der echten Strafe nun eigentlich entsprechen und inwieweit nicht, hat bislang noch niemand zu zeigen vermocht. Deshalb scheint auch hier der Name den Charakter der Sanktion eher zu verschleiern als zu erhellen. Das sei hier lediglich zum Methodisch-Terminologischen bemerkt. Auf die dogmatische und verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit dieser Einziehungskonzeption wird an anderer Stelle (unten § 13) noch einzugehen sein.

V. Zivilistische Deutungen

Auch durch das Eindringen gewisser zivilistischer Elemente hat der primär am Straf- und Sicherungscharakter ausgerichtete Dualismus der Einziehung noch eine weitere Auflockerung erfahren. Dabei handelt es sich freilich nur selten um den Versuch, bestimmte Erscheinungsformen der Einziehung als privatrechtliche Institute zu begreifen. Eher geht es darum, die etwaigen privatrechtlichen Wurzeln gewisser Sanktionen aufzudecken, um auf diese Weise ihre Eigentümlichkeit besser erfassen zu können. Das wird sich nicht zuletzt kriminalpolitisch als bedeutsam erweisen.

1. An erster Stelle ist hier der Verfall der *scelere quaesita* zu nennen. Nicht ohne Grund war die Einziehung der aus einer Tat erlangten Vorteile schon von jeher das Paradebeispiel aller zivilistischen Einziehungstheorien. Denn gerade hier läßt sich über das prALR und das Gemeine Recht die historische

Abstammung von der römisch-rechtlichen „*condictio ob turpem causam*“ und dem damit verwandten Grundsatz des „*turpia lucra extorqueri*“ am deutlichsten zurückverfolgen¹⁵⁸. Auch damals schon hat sich das allgemeine Rechtsbewußtsein daran gestoßen, daß der Verbrecher den für seine Tat empfangenen Lohn oder einen sonstigen Vorteil seines strafbaren Tuns ungestört sollte genießen können. Wenn nun der Geber oder Geschädigte selbst nicht in der Lage war, dem Täter die Früchte seiner Tat wieder zu entziehen, dann sollten diese dem Staat verfallen sein. Da dies im Wege einer zivilrechtlichen Kondiktion oder auch auf Grund eines „*commisum*“ geschah, haben vor allem StROOSS und NISSEN geglaubt, auch die moderne Einziehung der *scelere quaesita* als eine — von der Straf- und Sicherungseinziehung zu unterscheidende — zivilrechtliche Konfiskation begreifen zu können¹⁵⁹.

Diese Auffassung wurde jedoch, jedenfalls soweit der *Entgeltverfall* i. S. des § 335 StGB in Frage steht, allgemein abgelehnt¹⁶⁰. Und dies wohl zu Recht. So tief der Entgeltverfall auch in privatrechtlichen Institutionen des römischen Rechts verwurzelt sein mag, für seine wahre Rechtsnatur besagt das dennoch wenig. Denn nicht zuletzt, weil den Römern eine so reinliche Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht und zwischen zivil- und strafrechtlichen Rechtsfolgen, wie sie uns heute geläufig ist, noch nicht bekannt war¹⁶¹, stellt sich die Frage, ob sich nicht gerade im zivilistischen Gewande des „*turpia lucra extorqueri*“ dem Wesen nach öffentlich-rechtliche, wenn nicht sogar spezifisch strafrechtliche Motive verbergen. Selbst wenn man annimmt, daß das „*extorqueri*“ primär dem makelbehafteten Tatvorteil als solchem gegolten hat und weniger gegen den unlauteren Täter gerichtet war, so wäre doch auch dieser „Ausrottungsgedanke“ im Grunde als ein öffentlich-

¹⁵⁸ Vgl. die Nachweise oben S. 16 f., 20 und 22; vgl. ferner RGSt 54, 215/6. Allerdings gilt es seit neuerer Zeit als erwiesen, daß die römisch-rechtlichen Stellen, in denen unlauter erlangte Gegenstände an den Fiskus verfielen, im Gemeinen Recht in unzulässiger Weise verallgemeinert wurden. Dies vermag indes nichts daran zu ändern, daß sich die Partikularrechte davon tatsächlich beeinflussen ließen und die *scelere quaesita* deshalb in sehr weitem Umfang für verfallen erklärten; vgl. im einzelnen KÖBNER, S. 13 ff., m. weit. Nachw.

¹⁵⁹ StROOSS, Vermögensstrafen S. 46 ff., NISSEN, in Straßb. Festg. f. PLANCK, S. 106 ff.; vgl. auch PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 116 und WAGNER, MDR 1964, 887 (zu § 86 III StGB a. F.). Weitere Nachw. oben in Anm. 79. Im gleichen Sinne zum heutigen Schweiz. Entgeltverfall (Art. 59 SchwStGB) BÖHLER, S. 44 f. und (mit Vorbehalt) auch HAEMMERLI, S. 7, während ihn die h. M., da er keine schuldhaft Tat voraussetzt (vgl. BGE 76 IV 16 ff., SCHWANDER, SchwStGB, Nr. 478), als Sicherungsmaßregel erklären will; so z. B. GERMANN, SchwStGB, Vorbem. vor Art. 57, Bem. zu Art. 59, HAFTER, AT S. 420 und (entgegen seiner ursprünglich zivilistischen Auffassung) auch StROOSS, SchwZStR 44, 265. Vgl. aber dazu unten Anm. 163.

¹⁶⁰ So (unter Annahme von Strafcharakter) u. a. RGSt 54, 215/6; 57, 232; 68, 404/6; BGHSt 11, 345/8; 13, 328/9; 20, 210/1 f.; BINDING, Grundriß S. 261, FRANK, § 335 Anm. III, HUMMEL, S. 51 f., KOHLRAUSCH-LANGE, § 335 Anm. I, MAURACH, AT S. 697, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 335 Rdnr. 1, SCHOBTENSACK, Konfiskationsprozeß S. 16 f., SCHWARZ-DREHER, § 335 Anm. 1, WERNER, LK, § 335 Anm. I.

¹⁶¹ Vgl. oben S. 17.

rechtliches Ordnungsmotiv zu verstehen, hinter dem der rein restitutive Kondiktionsgedanke zurücktritt. Überdies waren es vielleicht sogar pönale Gedanken der Vergeltung und Warnung, die den Staat veranlaßt haben, dem Verbrecher seine deliktischen Vorteile abzunehmen. Denn wenn man schon dem § 817 S. 2 BGB, der den Gegenstand der unsittlichen Leistung immerhin im Privatbereich beläßt, eine strafrechtliche Zielsetzung glaubt entnehmen zu können¹⁶², um wieviel mehr muß das dann dort gelten, wo der Staat selbst eingreift, um den bemakelten Gegenstand aus dem Verkehr zu ziehen!

Doch welche Motive auch immer die römisch-rechtlichen Verwirklichungsfälle bestimmt haben mögen, für den heutigen Entgeltverfall wird man die Strafnatur nicht leugnen können. Denn über alle Makelgedanken hinaus beruht die Entziehung unlauterer Tatvorteile auf der realistischen Erkenntnis, daß die Hauptstrafe ihre Wirkung weitgehend verfehlen müßte, würden dem Verurteilten die aus seiner Tat gezogenen Vorteile verbleiben. Wenn man sie ihm daher entzieht, dann geschieht das nicht, um einen Entreicherten zu schädigen — denn der Fiskus selbst ist ja wirtschaftlich oft gar nicht betroffen; vielmehr besteht das Hauptziel darin, durch die Entgeltentziehung die Wirksamkeit der Strafe zu erhöhen, ja den Täter vielleicht überhaupt erst für die Strafe empfänglich zu machen. Und das ist eine pönale Zielsetzung^{163 164}.

2. Bei der *Gewinnabschöpfung* hingegen lassen sich gewisse zivilistische Reparationsgesichtspunkte nicht von der Hand weisen. Zwar herrschen auch hier angesichts der uneinheitlichen Regelungen große Meinungsverschiedenheiten. Während etwa der BGH die Mehrerlösabführung nach § 8 I WiStG 1954 als Sicherungsmaßregel versteht, da sie auch bei Schuldlosigkeit des Täters verfügt werden kann¹⁶⁵, hat das RG darin keinen Hinderungsgrund ge-

¹⁶² So vor allem die zivilrechtliche Rechtsprechung: vgl. u. a. RGZ 151, 70, BGHZ 8, 348, 370 m. w. Nachw. Dies wird jedoch von der Lehre weitgehend bestritten; vgl. im einzelnen ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht S. 904 f., ESSER, Schuldrecht S. 798 f., MÜHL, in SOERGEL-SIEBERT, BGB, § 817 Rdnr. 5.

¹⁶³ Im gleichen Sinne SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 175 f. Zu sonstigen Gesichtspunkten, die noch für den Strafcharakter des Entgeltverfalls sprechen, vgl. die Nachw., oben 160.

¹⁶⁴ Für eine derartige pönale Zielsetzung ist freilich nur dort Raum, wo der Entgeltverfall auf schuldhafte Taten beschränkt wird (deshalb konsequent OLG Köln bei WAGNER, GA 1963, 228, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 86 Rdnr. 8; and. offenbar OLG Hamburg bei WAGNER, aaO). Ist das nicht der Fall, wie beispielsweise in Art. 59 I SchwStGB und jetzt in § 92 b II StGB, so wird man entgegen den in Anm. 159 genannten Schweizer Autoren, auch mit einer Sicherungsregel kaum weiter kommen; denn wo sollte hier die sicherungsbedingende Gefährlichkeit liegen? (vgl. dazu treffend BÖHLER, S. 44). Will man dann nicht bei antiquierten Makelgedanken Zuflucht nehmen (dazu unten S. 123 ff.), so bleiben in der Tat nur noch zivilistische Kondiktionserwägungen. In diesem Sinne sieht SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 92 b Rdnr. 10 im Entgeltverfall nach § 92 b II StGB zu Recht nur eine „öffentlich-rechtliche Abschöpfungsmaßnahme“. Vgl. zum Ganzen auch S. 113 und 335 f.

¹⁶⁵ BGHSt 15, 399/400: „Abschreckungsmittel“, das der Sicherung eines angemessenen Preisgefüges dient. Ebenso schon OLG Köln NJW 1947/1948, 148/9, und

sehen, um umgekehrt die ganz ähnliche Vorschrift des § 3 VI Preisstrafrechts-VO 1939 als Strafe zu deuten¹⁶⁶. Wiederum anders hatte das RG bei der Gewinnentziehung nach § 18 PreistreibereiVO 1918 den Strafcharakter entschieden verneint und statt dessen von einer „öffentlich-rechtlichen Maßnahme von wirtschaftlicher Bedeutung“ gesprochen, die im wesentlichen an bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen ausgerichtet sei; denn trotz ihres strafrechtlichen Namens gehe es ihr nicht um die Bestrafung bestimmter Personen, sondern nur darum,

„daß die Gesamtheit für die ihr aus dem Preiswucher erwachsenden Nachteile wirtschaftlich einen Ausgleich findet. Die Vorteile, die jemand aus ihrem Schaden gezogen hat, sollen ihm abgenommen und der Gesamtheit dadurch wieder zugeführt werden, daß der Staat . . . die Gewinnbeträge für sich hereinholt“¹⁶⁷.

Diese Deutung der Gewinnabführung als eine *quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme*, die wohl auf LOBE zurückgeht¹⁶⁸, hat in Rechtsprechung und Schrifttum bald weitere Anhänger gefunden¹⁶⁹. De lege ferenda haben sich vor allem KOFFKA¹⁷⁰, R. SCHMITT¹⁷¹ und neuerdings LANG-HINRICHSSEN¹⁷² für eine reparative Zielsetzung dieser Sanktion ausgesprochen¹⁷³.

Dem ist im Prinzip zuzustimmen. Denn anders als beim Entgeltverfall, wo der Geber meist selbst mit in die Tat verstrickt sein wird und deshalb keinen Schutz verdient, haben Gewinne, die etwa unter Mißachtung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften erzielt wurden, regelmäßig Nachteile auf Seiten der

OLG Oldenburg NJW 1951, 814. Vgl. ferner GRAU-KRUG-RIETZSCH, Dt. Strafrecht S. 109 f., WIMMER, MDR 1947, 249, BLAU, NJW 1953, 332 und RG HRR 1929, 280 (Verfall gesetzwidriger Rennwetteinsätze als „vorbeugende Verwaltungsmaßregel“) sowie R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 220.

¹⁶⁶ RGSt 77, 145/7. Ebenso TRÄNKMANN, DJ 1941, 1141, DROST-ERBS, WiStG, § 49 Anm. I und wohl auch MÜLLER, in KMR, § 331 Anm. 3 c. Im gleichen Sinne sprechen OLG Celle NdsRpfl. 1951, 170/1 und SCHAPEUTLE, Niederschriften XII S. 209 von „strafähnlicher“ Maßnahme.

¹⁶⁷ RGSt 53, 89/92 f.

¹⁶⁸ LOBE, LZ 1919, 289 ff.; vgl. ferner LK, 3. Aufl. 1925, § 40 Anm. 1 c.

¹⁶⁹ Auf der Linie von RGSt 53, 89/92 ff. liegt bereits RGSt 53, 81/9 und BayObLG JW 1919, 253 f. Vgl. ferner FRIEDRICHS, JW 1924, 260 f., JAGUSCH, LK, § 27 Anm. 5 b (zurückhaltender in LÖWE-ROSENBERG, § 331 Anm. 6 f.), WINNEFELD, MDR 1947, 149 f., R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 161 sowie insbes. OLG Hamburg MDR 1947, 104 (Mehrerlösabführung als öffentlich-rechtlicher Vermögensausgleich“) m. zust. Anm. TESAR, und OLG Bamberg MDR 1951, 246 m. zust. Anm. DIPPER. — And. KG JW 1920, 302, ALSBERG, in krit. Anm. JW 1919, 834 zu RGSt 53, 89. Nach der damaligen Rechtslage wohl zu Recht differenzierend KIRCHBERGER, JW 1919, 69 f., STARKE, LZ 1919, 996 ff. und JW 1920, 819 ff. m. w. Nachw.

¹⁷⁰ Niederschriften III S. 280.

¹⁷¹ Strafrechtliche Maßnahmen S. 219 ff.

¹⁷² H. MAYER-Festschrift S. 69 ff.

¹⁷³ Vgl. ferner SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 251 ff., der jedoch stark die strafrechtliche Eigenständigkeit dieser Maßnahme herausstellt.

Gesamtwirtschaft oder auch bestimmter Einzelner im Gefolge. Gleiches trifft für die Erlangung sonstiger Tatfrüchte zu. Hier von dem Begünstigten einen Ausgleich des Schadens durch Herausgabe der unlauteren Vorteile zu verlangen, kann selbst dann berechtigt sein, wenn dieser nicht schuldhaft gehandelt hat. Deshalb ist die Feststellung, daß eine Gewinnverfallsvorschrift sich mit einer nur rechtswidrigen Anknüpfungstat begnügt, noch lange kein Beweis dafür, daß die Sanktion ausschließlich als Sicherungsmaßregel zu verstehen wäre¹⁷⁴.

Gleiches gilt für die Behauptung, daß die Gewinnabschöpfung als „Abschreckungsmittel“ zur Sicherung eines angemessenen Preisgefüges dienen solle¹⁷⁵. Eine derartige Warnungsfunktion wohnt letztlich jedem Zwang zur Reparation inne; denn selbst ein einfacher zivilrechtlicher Vertragsbruch wird kaum wiederholt werden, wenn er sich auf Grund der Ersatzpflicht im Endeffekt nicht gelohnt hat¹⁷⁶ — ganz davon abgesehen, daß dieser Appell an den Täter als Person gerichtet ist und daher eher pönale Momente aufweist. Will man deshalb nicht schon aus jeder sanktionsimmanenten Abschreckung auf einen Sicherungscharakter schließen, so könnte man auch der Gewinnabschöpfung nur dann eine präventiv-polizeiliche Zielsetzung entnehmen, wenn es zum Schutz bestimmter Rechtsgüter gerade auf die Einziehung dieser oder jener Gewinne ankäme, wenn also ihre Belassung beim Täter eine weitere Gefahr bedeuten würde. Doch das wird man in der Regel nicht sagen können¹⁷⁷. Demgegenüber liegt es viel näher, den Hauptzweck der Gewinnabschöpfung oder der Einziehung sonstiger Tatfrüchte im Ausgleich der Nachteile zu sehen, die der Allgemeinheit oder einem ihrer Glieder durch die Mißachtung der Rechtsordnung entstanden sind¹⁷⁸.

Dies hindert freilich nicht, den Gewinnverfall gegenüber einem schuldigen Täter auch dem *Strafzweck* dienstbar zu machen. Denn ähnlich wie der Verfall des Entgeltes wird auch die Entziehung des Gewinnes regelmäßig eine entscheidende Voraussetzung dafür sein, daß der Täter für die Hauptstrafe überhaupt erst empfänglich wird. Deswegen wird man sich auch hier nicht auf einseitig zivilistische Deutungen versteifen dürfen, sondern Raum für mehrspurige Zielsetzungen lassen müssen¹⁷⁹.

¹⁷⁴ So aber BGHSt 15, 399/400. Zu diesem fehlerhaften „Kurzschluß“, der sich auch bei anderen Einziehungsfragen beobachten läßt, vgl. unten S. 228 ff.

¹⁷⁵ Vgl. oben Anm. 165.

¹⁷⁶ Im gleichen Sinne SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 252 f. und wohl auch TRÄNKMANN, DJ 1941, 1141 und EBISCH, WiStG, § 8 Anm. 1.

¹⁷⁷ Treffend dazu BÖHLER, S. 44.

¹⁷⁸ Ob es sich dabei um eine bürgerlich-rechtliche (so in der Tendenz RGSt 53, 89/92 f.) oder um eine spezifisch öffentlich-rechtliche Ausgleichspflicht (so OLG Hamburg MDR 1947, 104) handelt, ist demgegenüber eine sekundäre Frage. Über weitere Einzelheiten, insbes. inwieweit dabei etwaige vorteilmindernde Schadensersatzpflichten gegenüber Dritten zu berücksichtigen sind, vgl. unten S. 284 ff., 294 ff.

¹⁷⁹ Im Prinzip ebenso GERNER-WINCKLER, WiStG, Vorbem. a, b, vor § 8 WiStG. Vgl. im übrigen auch unten S. 113, 120 ff.

3. Auch der *urheberrechtlichen* Vernichtung und Unschädlichmachung wird allgemein eine zivilistische Deutung gegeben. Das liegt schon deshalb nahe, weil diese Maßnahmen in engem Zusammenhang mit den sonstigen zivilrechtlichen Abwehr- und Ersatzansprüchen des Urhebers stehen und von diesem sowohl im Straf- wie im Zivilrechtsweg verfolgt werden können¹⁸⁰. Deswegen wollte schon das Berliner Obertribunal¹⁸¹ in der früheren urheberrechtlichen „Einziehung“ zwecks Vernichtung bzw. Unbrauchbarmachung (§ 21 LitUrHG 1870) eine rein „privatrechtliche, den Schadensersatz an den Verletzten bezweckende“ Rechtsfolge sehen. Allerdings wird in dieser Entscheidung der Sanktionszweck noch zu einseitig auf bloße Reparation beschränkt. Daher kam das RG dem Kern der Sache sicher näher, als es in RGSt 13, 324/332 die urheberrechtliche Einziehung als ein

„Korrelat . . . des zivilrechtlichen Anspruches des durch den Nachdruck Beschädigten (oder Gefährdeten) auf Sicherung gegen weiteren Nachdruck oder künftige Verbreitung von Nachdrucksexemplaren“

umschrieb. Denn hier ist nicht nur das Präventionselement gesehen, sondern auch klar herausgestellt, daß die fragliche Sicherung weniger der Allgemeinheit als vielmehr dem individuellen Urheberrechtsinhaber gewährt werden soll, hier das Strafrecht also eindeutig in den Dienst bestimmter privater Rechte gestellt wird¹⁸².

An dieser Charakterisierung der urheberrechtlichen Eigentumsanktionen wird sich heute noch weniger deuten lassen als früher. Nach dem alten Rechtszustand unterschieden sich die urheberrechtlichen Maßregeln von den sonstigen strafrechtlichen Eigentumsanktionen nämlich nur insoweit, als sie einen besonderen Antrag des Berechtigten erforderten. Lag dieser vor, dann konnten sie sowohl im subjektiven Strafverfahren gegen den Verletzer wie auch im objektiven Verfahren angeordnet werden¹⁸³. Seit der Neugestaltung des Urheberrechts von 1965 hingegen ist die strafrechtliche Geltendmachung dieser Rechte nur noch im Adhäsionsverfahren nach den §§ 403 ff StPO möglich¹⁸⁴ und damit in ein Verfahren verwiesen, das in der Sache eindeutig zivilprozessuale Ziele verfolgt. Dadurch kommt jetzt auch verfahrensrechtlich ihr zivilistischer Charakter noch klarer zum Ausdruck.

¹⁸⁰ Vgl. näher die §§ 97 ff., insbes. die §§ 98, 110 des UrHG 1965. Im Prinzip ebenso schon die §§ 18 ff. LitUrHG 1870 bzw. §§ 36 ff. LitUrHG 1901 sowie die §§ 31 KunstUrHG 1907. Über Änderungen, die das neue Urheberrecht in Einzelheiten gebracht hat, vgl. etwa FROMM-NORDEMAN, Urheberrecht S. 279 ff., insbes. S. 292 ff. Vgl. ferner oben S. 32 f.

¹⁸¹ GA 24, 562/6.

¹⁸² In diesem Sinne eines dem Schutz des Urhebers dienenden Sicherungsmittels auch HUBMANN, Urheberrecht S. 267, v. GAMM, UrHG, § 98 Rdnr. 1 f., § 110 Rdnr. 1 und ULMER, Urheberrecht S. 398. Vgl. ferner RGSt 22, 55/7.

¹⁸³ Vgl. §§ 42, 46, 47 LitUrHG 1901; ebenso §§ 37, 42, 43 KunstUrHG 1907.

¹⁸⁴ § 110 UrHG 1965. Vgl. dazu FROMM-NORDEMAN, Urheberrecht S. 310, v. GAMM, UrHG, § 110 Rdnr. 1 f.

4. Über diese zivilrechtsnahen Einzelkomplexe hinaus ist die Einziehung gelegentlich auch schon *allgemein* mit *Reparationsgesichtspunkten* in Beziehung gebracht worden. So etwa hat das RG, als es sich erstmals zur dinglichen Haftung bekannte, zugleich beiläufig erklärt, daß die Einziehung nach § 128 BranntweinMonG neben seiner Straffunktion

„außerdem auch der Entschädigung (!) des Monopolberechtigten für die Verletzung seiner Gerechtsame (diene), ebenso wie schon nach römischem und mittelalterlichem Recht und nunmehr nach dem Vereinszollgesetz die Konfiskation der Entschädigung des Zollberechtigten dienen soll“ (RGSt 62, 49/51).

Im gleichen Sinne weist R. SCHMITT der devisenrechtlichen Einziehung, da sie dem Staat eine Entschädigung für den eingetretenen Devisenverlust verschaffen solle, eine „rein fiskalische“ Natur zu¹⁸⁵. Auch die Wertersatzstrafe des § 401 II RAO 1931 wird von OLG Bremen¹⁸⁶ als eine Zusatzstrafe angesehen, „die den Staat für die Gefährdung seiner Hoheitsrechte entschädigen soll“.

Indes ließen sich auch für die *gegenteilige* Auffassung, die dem Entschädigungsgedanken keinerlei Einfluß auf die Einziehung einräumen will, nicht weniger gewichtige Stimmen anführen. So hat es beispielsweise der BGH abgelehnt, eine Forderung des Täters einzuziehen, um damit den Geschädigten schadlos zu halten; denn der § 40 StGB diene weder der Sicherstellung der Geschädigten noch der Bevorzugung des Fiskus vor diesen, sondern der Bestrafung des Täters¹⁸⁷. Die gleiche Auffassung hat er zum Wertersatz nach § 401 RAO 1931 vertreten¹⁸⁸.

In der Tat wird man — abgesehen von der Gewinnabschöpfung und der urheberrechtlichen Vernichtung — weder den Motiven noch dem Sinn und Wortlaut der geltenden Einziehungsbestimmungen eine zivilistische Wiedergutmachungsfunktion entnehmen können, jedenfalls nicht in dem Maße, daß dadurch der jeweilige Straf- oder Sicherungscharakter verdrängt würde. Eine andere Frage jedoch ist, ob der Reparationsgedanke nicht wenigstens *de lege ferenda* größere Beachtung verdienen würde. Darauf wird in der kriminalpolitischen Grundlegung noch zurückzukommen sein.

¹⁸⁵ R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 160 f.; ebenso BECKER, RAO, § 369 Anm. 1, und CARL, Devisenstrafrecht S. 51, 54.

¹⁸⁶ NJW 1954, 691/2.

¹⁸⁷ BGHSt 8, 205/214; allerdings ist an anderer Stelle (S. 212) auch einmal vom „Straf- und Sicherungszweck“ des § 40 die Rede.

¹⁸⁸ BGHSt 4, 305/7. Vgl. auch die hinsichtlich der Berücksichtigung zivilrechtlicher Momente recht interessante Entscheidung des OLG Köln NJW 1953, 1762 zum Wertersatz nach § 9 des Preuß. ForstdiebstahlG.

C) Eigene Auffassung

Aus der kritischen Würdigung der verschiedenen Einziehungstheorien läßt sich im Hinblick auf das geltende Recht thesenartig folgendes Fazit ziehen:

I. Ein *monistisches* Verständnis der verschiedenen Einziehungsmodalitäten ist weder im Sinne der pönalen noch im Sinne der präventiv-polizeilichen Einheitstheorie möglich. Soweit derartige Deutungsversuche nicht ohnehin an den wenigen Einziehungsbestimmungen des StGB verhaftet blieben und schon deshalb keine Allgemeingültigkeit beanspruchen können, scheitern sie an der gesetzlichen Wirklichkeit des Nebenstrafrechts. Denn wie bereits die Typologie der Eigentumssanktionen (§ 5), die im Interesse größtmöglicher materieller Unvoreingenommenheit bewußt rein formal ausgerichtet war, ergeben hat, lassen sich die zahlreichen positiv-rechtlichen Varianten der Eigentumssanktionen auf geradezu konträre Grundmodelle zurückführen: so vor allem auf das personbezogene einerseits, das objektbezogene andererseits¹⁸⁹. Diese Gegensätze mit Rücksicht auf ein axiomatisches Einheitspostulat in eine uniforme Sanktionsfigur zu pressen, kann der Gesetzgeber, wenn die Unterschiedlichkeit der Regelungen überhaupt noch einen Sinn haben soll, nicht gewollt haben¹⁹⁰.

Deshalb ist mit den dualistischen Lehren von einem doppel- oder *mehrspurigen* Charakter der Eigentumssanktionen auszugehen.

Entsprechend dem mehrspurigen Aufbau unseres geltenden Sanktionssystems kann die Einziehung entweder Strafe oder Sicherungsmaßregel sein. Doch auch als quasi-konditionelle Ausgleichssanktion kommt sie in Betracht¹⁹¹.

II. Die *Abgrenzung* ist im wesentlichen durch die Kriterien vorgezeichnet,

¹⁸⁹ Vgl. im einzelnen oben S. 53 ff.

¹⁹⁰ Dies mag bedauerlich sein. Doch niemand wird ernsthaft bestreiten wollen, daß es dem Gesetzgeber weder verwehrt ist, sich für die Entziehung bestimmter Gegenstände von unterschiedlichen Zielsetzungen leiten zu lassen, noch daß er Eigentumssanktionen verschiedenen Charakters unter einem gemeinsamen Oberbegriff der „Einziehung“ zusammenfassen könnte. Deshalb stößt auch der Vorwurf von NISSEN, daß bei Ablehnung der Einheitstheorie die Einziehung als Institut „zertrümmert“ und als terminus technicus unbrauchbar würde (Straßb. Festschr. f. PLANCK, S. 85), ins Leere; denn zertrümmern kann man nur etwas, was als Einheit gewollt war; und gerade das wäre erst zu beweisen, aber angesichts des positiv-rechtlichen Befundes schwerlich beweisbar. Vgl. auch die Kritik von SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 7, 18 f., 23 f., der den Einheitstheorien Unwissenschaftlichkeit vorwirft, weil die Begriffsbestimmung nicht am Anfang, sondern immer erst am Ende einer Untersuchung erfolgen könne.

¹⁹¹ Das mag zwar eine Besonderheit sein, ist aber nicht einmalig; denn auch die nach §§ 188, 231 StGB zugunsten des Verletzten auszusprechende Buße hat nach ganz überwiegender Meinung zivilrechtlichen Entschädigungscharakter; vgl. die zahlreichen Nachw. bei PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 117, sowie aus neuerer Zeit MAURACH, AT S. 700, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 17 ff.; dort auch weiteres über sonstige Deliktsfolgen mit zivilrechtlichem Einschlag.

nach denen sich auch die Strafe generell von den Sicherungsmaßregeln unterscheidet. Dafür ist nach heute herrschender Auffassung maßgeblich der Zweck der jeweiligen Sanktion bestimmend: Will sie — zumindest auch — vergeltend auf die Person des Täters einwirken, so ist sie Strafe; will sie — ohne Rücksicht auf die Schuld des Täters — die Gemeinschaft vor künftigen Gefahren schützen, so ist sie Sicherungsmaßregel¹⁰². Schlagwortartig ausgedrückt: einerseits tatvergeltende, am Maß der Schuld ausgerichtete Repression (die allerdings auch von präventiven Momenten mitbestimmt sein kann), andererseits durch die Tat veranlaßte, am Grad der Gefährlichkeit ausgerichtete Prävention¹⁰³.

Demgemäß hat die Einziehung Strafcharakter, wenn sie die *Person des Täters* treffen will, sei es, um damit die repressive Tendenz der Hauptstrafe zu verschärfen oder den spezialpräventiven Effekt zu erhöhen. Dient die Einziehung dagegen primär der *Abwehr von Gefahren*, die sich aus dem Verbleib der *Sache* im Verkehr ergeben, dann hat sie Sicherungscharakter. Steht statt dessen ein *Reparationszweck* im Vordergrund, so handelt es sich um eine quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme.

III. Damit stellt sich als weiteres die Frage nach den *Anhaltspunkten*, aus denen sich entnehmen läßt, ob eine Sanktion im Einzelfall nun diese oder jene Funktion verfolgt oder verfolgen soll.

Ungeachtet der noch zu erörternden Frage, ob dafür letztlich die abstrakte, konkrete oder eine individuell-finale Betrachtung entscheidend sein soll, ist

¹⁰² Vgl. u. a. BAUMANN, AT S. 637 ff., 712 ff., BRUNS, Strafrechtslehre S. 235 ff., MAURACH, AT S. 45 ff., 676 f., MEZGER-BLEI, AT S. 362 f., PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 58 f., SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 147, SCHRÖDER, ZStW 66, 186 sowie in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 1 vor § 13, Vorbem. 1 ff. vor § 42 a, SIEVERTS, in: Handw. der Kriminologie, II, S. 589, STREE, Deliktsfolgen S. 219, WELZEL, Strafrecht S. 231 ff.; v. WEBER, DRiZ 1951, 153.

¹⁰³ Dagegen kann im Übelseffekt als solchem, wie gelegentlich behauptet wird, kein unterscheidendes Kriterium gesehen werden; denn für den Betroffenen selbst wird jede Sanktion, da sie regelmäßig mit einem Eingriff in seine Rechte verbunden ist, ein Übel bedeuten, gleich, welchem Zweck sie dient. Ein Unterschied besteht insoweit allenfalls in der *Übelsintention* der Sanktion: Während die Strafe im Interesse möglichst nachhaltiger Repression den Übelseffekt bezwecken wird, stellt dieser bei der Sicherungsmaßregel eine zwar meist unvermeidliche, aber durchaus unbeabsichtigte Nebenfolge dar (vgl. LANG-HINRICHSSEN, in: Grundfragen der Strafrechtsreform S. 121, MAURACH, AT S. 67, PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 58). — Natürlich sind wir uns bewußt, daß in dieser Kurzformel nicht alle Nuancen, die in einer sehr reichhaltigen Literatur schon zur Wesens- und Zweckbestimmung der Strafen und Maßregeln vorgebracht wurden (vgl. die in Anm. 192 angeführte Lit. m. weit. Nachw.) zum Ausdruck kommen konnten. Aber da es im Rahmen dieser Bestandsaufnahme nur darum geht, die dualistische Rechtsnatur der Einziehung mit der zugrundeliegenden Doppelspurigkeit von Strafen und Maßregeln in Einklang zu bringen, mußten die heute für gültig angesehenen Abgrenzungskriterien zum Maßstab genommen werden. Über die eigene Auffassung zum Zweck der Strafe und ihr Verhältnis zur Sicherungsmaßregel vgl. näher unten S. 109 ff., 136 ff.

in erster Linie nach der *generellen Stoßrichtung* der betreffenden Einziehungsnorm zu fragen.

Die Antwort hierauf läßt sich meist schon abstrakt nach dem Grad der Übereinstimmung geben, den die fragliche Vorschrift mit einem der grundlegenden Einziehungsmodelle¹⁰⁴ aufweist: Je mehr Elemente des täterbezogenen Grundmodells sie enthält, desto stärker tendiert sie zur Strafe. Je zahlreicher die objektbezogenen Elemente in ihr enthalten sind, desto näher steht sie der Sicherungsmaßregel. Daraus ergibt sich für die einzelnen Sanktionstypen:

1. Die auf Täter Eigentum beschränkte, an eine schuldhaftes Straftat anknüpfende und allein im subjektiven Strafverfahren verhängbare Einziehung ist generell *Strafe*. Das gilt etwa für § 335 StGB¹⁰⁵ und § 21 III StVG. Abgesehen von der Möglichkeit der selbständigen Anordnung kommen dem auch die § 40 II Nr. 1 StGB, § 18 Nr. 1 OWiG und § 10 TierschutzG sehr nahe. Näheres zu diesem Einziehungstyp unten in § 12.

2. Die gegen einen gefährlichen Gegenstand gerichtete unterschiedslose, sich mit einer nur rechtswidrigen Anknüpfungstat begnügende und selbständig verhängbare Einziehung (oder Unbrauchbarmachung) ist in aller Regel eine *Sicherungsmaßnahme*, und zwar ein sog. „sachliches Sicherungsmittel“¹⁰⁶. Das gilt etwa für § 40 II Nr. 2 StGB und § 18 II Nr. 2 OWiG. Näheres dazu unten in § 14.

3. Wo die Sanktion dagegen weder einen Schuldigen zu treffen braucht noch gegen gefährliche Gegenstände gerichtet ist, dafür aber der Reparation eines gesamtwirtschaftlichen Schadens dienen kann, haben wir es regelmäßig mit einer quasi-konditionellen *Ausgleichsmaßnahme* zu tun. Das ist beispielsweise bei der Mehrerlösabführung nach § 8 WiStG 1954 der Fall. Näheres dazu unten in § 15.

4. Damit fehlt von den oben genannten vier Grundmodellen nur noch das der *nichtsicherungsbedingten Dritteinziehung*¹⁰⁷. Falls man hier nicht die mit dem Schuldgrundsatz in Konflikt stehenden Garantschaftslehren bemühen will, fehlt es an einer Parallele dieses Einziehungstyps im allgemeinen Sanktionssystem. Deshalb muß versucht werden, die nichtsicherungsbedingte Dritteinziehung von anderen Sanktionstypen her in den Griff zu bekommen. Da sie — jedenfalls nach heute herrschender Auffassung — wenigstens ein quasi-schuldhaftes Verhalten des Dritteigentümers voraussetzt¹⁰⁸ und zu-

¹⁰⁴ Vgl. oben S. 54 ff.

¹⁰⁵ Jedenfalls in seiner derzeitigen Fassung, wie oben S. 82 ff. näher dargelegt. Würde es dagegen an einem Verschuldenserfordernis fehlen (wie etwa in § 92 b II StGB) und damit für pönale Motivationen kein Raum mehr sein, dann käme, ähnlich wie bei der Mehrerlösabführung, der zivilistische Kondiktionsgedanke zum Zuge (vgl. oben Anm. 164).

¹⁰⁶ EXNER, Sicherungsmittel S. 57 f.; vgl. auch SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 103 ff.

¹⁰⁷ Vgl. oben S. 77 ff.

¹⁰⁸ Vgl. oben S. 38 ff., 43 ff.

dem repressive Ziele verfolgt, ist sie der echten Strafeinziehung sehr ähnlich¹⁹⁹, wenn nicht gar gleich. Auf die sich daraus ergebende Problematik wird in § 13 näher einzugehen sein.

IV. Die Abgrenzung nach dem Grad der Übereinstimmung mit einem bestimmten Grundmodell kann natürlich nur dort einwandfrei funktionieren, wo die maßgeblichen Kriterien der fraglichen Einziehungsvorschrift eindeutig auf den einen oder anderen Typ hinweisen. Und das ist de lege lata bei weitem nicht immer der Fall. Eine Lösung erscheint in den zahlreichen Grenzfällen auf zweierlei Weise denkbar: Entweder man versucht die maßgeblichen Kriterien in *generell-abstrakter* Betrachtung gegeneinander abzuwägen, um Zweck und Rechtsnatur dann an der größeren Nähe zu einem der Grundmodelle auszurichten. Oder aber man stellt ganz auf die Umstände des *konkreten* Falles ab und fragt, welchem Zweck die Vorschrift am besten dienstbar gemacht werden kann.

1. Mit dieser Frage nach dem maßgeblichen *Betrachtungsstandpunkt* ist ein Kernproblem der dualistischen Einziehungslehren aufgeworfen. Wie die Übersicht über den Meinungsstand ergeben hat, stehen sich in dieser Frage im wesentlichen drei Auffassungen gegenüber, wobei einzig die individuell-finale Doppeltheorie die Zielsetzung der Sanktion von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängig macht, dagegen sowohl die abstrakt-dualistischen wie auch die konkret-dualistischen Lehren von einer generalisierenden Betrachtung ausgehen; denn nach beiden Auffassungen soll die einzelne Einziehungsnorm ihr rechtliches Gepräge durch den überwiegenden Zweck, den sie generell verfolgt, erhalten und auch ungeachtet besonderer Umstände des Einzelfalles behalten. Die konkret-dualistische Auffassung macht hier eine Einschränkung nur insofern, als je nach der konkret betroffenen Person (Tatbeteiligter oder Dritter) die Einziehung Straf- bzw. Sicherungscharakter haben soll. Doch auch diese Differenzierung gilt dann generell für alle Fälle²⁰⁰.

Da andere Lösungswege im geltenden Recht nicht möglich erscheinen²⁰¹, muß die Entscheidung zwischen einem dieser Betrachtungsstandpunkte fallen. Dabei sind sowohl pragmatische wie dogmatische Aspekte zu beachten.

2. Für die Rechtsanwendung scheint sich vor allem die *abstrakt-dualistische* Methode als besonders „arbeitsökonomisch“ anzubieten: Weist etwa die in Frage stehende Einziehungsnorm überwiegend Präventivkriterien auf, so kann sie der Richter ohne Rücksicht auf etwaige Besonderheiten des Einzelfalles und ungeachtet des konkreten Gefährdungsgrades geradezu blindlings als Sicherungsmaßregel behandeln.

¹⁹⁹ Insofern haben die Vertreter der sog. „strafähnlichen“ Dritteinziehung (oben S. 81) im Ansatz sicher recht.

²⁰⁰ Vgl. oben S. 70 ff.

²⁰¹ Über den im künftigen Recht einzuschlagenden Weg, der jedoch heute angesichts der zahlreichen voneinander abweichenden Einzelbestimmungen nicht gangbar ist, vgl. unten S. 140 ff.

Doch diese Bequemlichkeit kostet auch ihren Preis. Nicht nur, daß sie zu einer mechanistischen Handhabung verleitet. Noch schwerer wiegt, daß die abstrakte Zweckbestimmung leicht an den Bedürfnissen des Einzelfalles vorbeigeht und es damit unmöglich wird, den möglichen Sinngehalt einer Einziehungsnorm in jedem Falle voll auszuschöpfen.

3. Demgegenüber bietet die *individuell-finale* Betrachtung ein weitaus größeres Maß von Elastizität. Sie erlaubt es, die Einziehung im Rahmen ihrer gesetzlichen Voraussetzungen jeweils gerade zu dem Zweck einzusetzen, der primär nach Befriedigung verlangt. Da nur so die kriminalpolitischen Möglichkeiten der Eigentumssanktionen voll ausgeschöpft werden können, ist jedenfalls aus praktisch-kriminalpolitischen Gründen dieser Lehre der Vorzug zu geben.

Diese Betrachtungsweise hat freilich zur Folge, daß die einzelne Einziehungsvorschrift keine im voraus feststehende Rechtsnatur mehr hat, sondern diese sich erst aus der Zielsetzung der konkreten Einzelsanktion ergibt. Dogmatisch bedeutet dies die Anerkennung eines *in abstracto ambivalenten Einziehungscharakters*, der seine *spezifische Konkretisierung als Strafe oder Sicherungsmaßregel erst durch die richterliche Zweckebestimmung erhält*²⁰².

Es wäre nicht verwunderlich, wenn diese entscheidungsabhängige Variabilität der Sanktionsnatur schon deshalb für „nicht angängig“ erklärt würde, weil sie in anderen Rechtsbereichen kaum ihresgleichen findet; denn selbst die konkrete Betrachtungsweise BINDINGS und MERKELS wurde ja bereits vom RG mit eben dieser Erklärung abgetan²⁰³. Auch scheint M. E. MAYER auf den ersten Blick recht zu haben, wenn er meint, daß ein variabler Charakter in Wirklichkeit gar kein Charakter sei²⁰⁴. Dennoch erscheint der individualisierende Ansatz der finalen Betrachtung auch dogmatisch vertretbar, wenn man sich die positivrechtliche Lage im Gesamtbereich der Eigentumssanktionen vor Augen hält.

Wie die chronologische und typologische Übersicht über das geltende Recht ergeben hat, läßt sich weder den Motiven, noch dem Wortlaut, noch dem Gesamtzusammenhang der verschiedenen Einziehungsvorschriften eine bestimmte Konzeption entnehmen. Gleiches trifft für die Frage des maßgeblichen Betrachtungsstandpunktes zu; denn auch insoweit gibt das geltende Recht weder für die eine noch für die andere Auffassung etwas Verbind-

²⁰² Der Einfachheit halber sei hier immer nur vom Begriffspaar der Strafe und Sicherungsmaßregel die Rede. Selbstverständlich gilt Entsprechendes auch für die Fälle, in denen der Einziehung eine quasikonditionelle Ausgleichsfunktion zukommt.

²⁰³ Vgl. oben Anm. 117.

²⁰⁴ M. E. MAYER, Lehrbuch S. 496. Wohl aus ähnlichen Erwägungen hat auch schon OLSHAUSEN (6. Aufl. 1900), § 41 Rdnr. 1 davor gewarnt, in das Rechtsinstitut der Unbrauchbarmachung „den Charakter der Duplizität hineinzutragen“. Vgl. ferner STROOS, oben S. 70.

liches her. Deshalb muß es im Sinne einer objektiv-teleologischen Auslegung²⁰⁵ zulässig sein, die einzelnen Einziehungsbestimmungen auch hinsichtlich ihrer Rechtsnatur so zu verstehen und zu handhaben, daß ihre kriminalpolitischen Möglichkeiten voll zur Entfaltung kommen können. Und das ist nur nach der individuell-finalen Betrachtungsweise möglich.

Freilich könnte auch hiergegen M. E. MAYER noch seinen Vorwurf der „Charakterlosigkeit“ eines variablen Einziehungsverständnisses erheben. Denn darin steckt der im Grunde berechtigte Gedanke, daß man Zweck und Wesen eines rechtlichen Phänomens nicht ohne weiteres in eins setzen kann²⁰⁶. Wo jedoch dem Zweck der Sanktion eine so wesensbestimmende Funktion zukommt, wie das im Verhältnis von Strafe und Sicherungsmaßregel der Fall ist²⁰⁷, erscheint es müßig, über die begriffliche Differenzierung von Zweck und Wesen in einen Prinzipienstreit einzutreten. Denn was auch immer sonst noch zum Wesen der Sanktion gehören mag, ihren spezifischen Eigencharakter erhält sie in jedem Falle erst durch ihre besondere Zielsetzung. Wenn aber diese variabel sein kann, dann muß sich damit auch der Gesamtcharakter der Sanktion ändern können.

Freilich könnte man sich immer noch daran stören, daß die wesensbestimmende Zielsetzung der Einziehung von der konkreten Entscheidung des Richters abhängen soll. Doch auch diese Bedenken erscheinen nicht mehr so groß, wenn man sie im Zusammenhang mit dem weiten strafrichterlichen Ermessen sieht. Nach den tiefeschürfenden Untersuchungen über die „Konkretisierung“ des Rechts, wie sie insbesondere ENGISCH²⁰⁸ angestellt hat, kann das Gesetz heute ohnehin nicht mehr als eine in sich abgeschlossene, aus sich selbst heraus verständliche, normative Aussage angesehen werden. Vielmehr hat sich, was dem englischen Rechtsdenken schon lange geläufig ist, auch bei uns die Erkenntnis durchgesetzt, daß das Gesetz im Grunde erst durch den Richter seine konkrete Aktualisierung erfährt²⁰⁹. Damit ist zwar hauptsächlich die Konkretisierung im Wege der Auslegung und Rechtsanwendung gemeint. Doch wie vor allem LARENZ betont hat, kann sich gerade im Strafrecht die Aktu-

alisierungsmacht des Richters bis zu einer echten „Rechtsgestaltung“ steigern²¹⁰. Das zeigt sich vornehmlich bei der Strafzumessung. Denn hier ist dem Richter ja nicht nur die Macht eingeräumt, innerhalb des meist sehr weiten Strafrahmens zunächst einmal das für den konkreten Fall tat- und schuldangemessene Straflimit zu finden; vielmehr ist ihm oft auch ein Wahlrecht zwischen durchaus verschiedenartigen Strafen und Maßregeln gegeben²¹¹. Auch wie er innerhalb des im Einzelfall zulässigen „Spielraums“ hinsichtlich der einzelnen Strafzwecke die Akzente setzen will, unterliegt weitgehend seinem Ermessen²¹².

Von hier aus bedeutet es nur einen kleinen Schritt, dem Richter auch das Recht zu geben, eine in ihrer Zielsetzung ambivalente Einziehungsvorschrift im Blick auf die Umstände des Einzelfalles zu aktualisieren und dadurch die zur Entscheidung stehende Sanktion auch in ihrem Rechtscharakter endgültig als Strafe oder Sicherungsmaßregel zu konkretisieren. Nichts anderes soll durch eine individuell-finale Betrachtungsweise ermöglicht werden²¹³.

4. Diese Gestaltungsmacht hat freilich auch gewisse immanente *Schranken*.

Auch bei den Eigentumsanktionen darf der Richter keinesfalls über die *allgemeinen Deliktsvoraussetzungen* hinweggehen, die für eine Strafe bzw. Sicherungsmaßregel jeweils gegeben sein müssen. So kann die Einziehung beispielsweise nur dort zum Zwecke der Strafe verhängt werden, wo der Betroffene schuldhaft gehandelt hat. Umgekehrt kann die Sicherungsmaßregel nur dort sein, wo das Einziehungsobjekt wegen seiner art- oder umständebedingten Gefährlichkeit den Schutz der Gemeinschaft erheischt.

Besondere gesetzliche Hürden können hinzukommen. Wo etwa eine Einziehungsvorschrift eine schuldhafte Handlung voraussetzt, da ist bei einer nur

²¹⁰ LARENZ, Methodenlehre S. 229 ff., 232. Vgl. auch WARDA, Dogmatische Grundlagen S. 81 ff.

²¹¹ Näheres bei PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 38 ff. und in Gutachten S. 7 ff., SCHRÖDER, Gutachten S. 77 ff., WARDA, Dogmatische Grundlagen S. 82 ff. Eine ähnliche weite Gestaltungsfreiheit ist meist auch dem ausländischen Richter eingeräumt; vgl. die Beiträge von ANCEL, LUDWIG und NUVOLONE in SchwZStr 75 (1959) 187 ff., 199 ff. bzw. 220 ff. Zurückhaltend gegenüber einer Ausdehnung der richterlichen Gestaltungsmacht bei der Rechtsfolgebestimmung jedoch BAUMANN, in Semmum Jus S. 132 ff.

²¹² So jedenfalls nach der heute vorherrschenden „Spielraumtheorie“: vgl. u. a. BGHSt 7, 28/32; 20, 264/7, MAURACH, AT S. 712 ff., SCHRÖDER, Vorbem. 4 vor § 13, SPENDEL, Zur Lehre vom Strafmaß S. 176 ff., STREE, Deliktsfolgen S. 38 ff.; krit. jedoch insbes. BADURA, JZ 1964, 342 f., BAUMANN, Kleine Streitschriften S. 146, DREHER, ZStW 66, 571, JZ 1967, 41 ff., JESCHECK, GA 1956, 109, ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip S. 261. Eingehend zum Ganzen (und im Ergebnis ablehnend) neuestens BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 270 ff. und in H. MAYER-Festschrift S. 75 ff.

²¹³ Keinesfalls können hiergegen aus Art. 103 II GG irgendwelche Bedenken hergeleitet werden. Denn hier geht es ja nicht um die Verhängung einer an sich gar nicht zulässigen Deliktsfolge, sondern allein darum, einer gesetzlich genau umschriebenen, aber inhaltlich noch ambivalenten Sanktionsandrohung durch Konkretisierung ihres aktuellen Zweckes in ihrem Rechtscharakter zu spezifizieren.

²⁰⁵ Vgl. dazu im einzelnen ENGISCH, Einführung S. 85 ff., ESSER, Grundsatz und Norm S. 174 ff., 256 ff., 264 ff., LARENZ, Methodenlehre S. 237 ff., MAURACH, AT S. 86 f., SCHRÖDER, § 2 Rdnr. 30 ff.

²⁰⁶ Über diese allgemeine Problematik der Begriffsbildung näheres bei LARENZ, Methodenlehre S. 322 ff.

²⁰⁷ Vgl. oben S. 89 f. sowie unten S. 136 ff. Vgl. auch v. WEBER, DRiZ 1951, 153; „Ob eine Maßnahme Strafe ist, ergibt sich . . . aus ihrem Wesen (!), das durch die ihr vom Gesetz zugeschriebene Funktion (!) bestimmt wird.“

²⁰⁸ ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unse-
rer Zeit, 1953.

²⁰⁹ Vgl. dazu auch ESSER, Grundsatz und Norm S. 14 ff., 242 ff., LARENZ, Methodenlehre S. 111 ff., 147 ff., 189 ff., 222 ff.; ferner HENKEL, Rechtsphilosophie S. 351 ff. über Typus und Individualität im Recht.

rechtswidrigen Anknüpfungstat auch jede Sicherungseinziehung ausgeschlossen, gleichgültig, wie groß die Gefährlichkeit des fraglichen Gegenstandes auch sein mag. Wenn daher der Dolch des geisteskranken Triebmörders nach § 40 StGB a. F. nicht eingezogen werden konnte — jedenfalls nicht strafrechtlich —, so mag das verwundern; doch an dem Schuldnerfordernis jener Vorschrift war nicht zu deuteln²¹⁴.

Auch aus *faktischen Gründen* kann sich eine Beschränkung des richterlichen Zweckermessens ergeben. Wo etwa das Tatwerkzeug absolut gefährlich und deshalb schon aus Sicherungsgründen einzuziehen ist, da wäre eine strafweise Einziehung, wie schon STROOSS überzeugend dargetan hat²¹⁵, einfach sinnlos. Hier kann deshalb die Einziehung praktisch nur Sicherungscharakter haben. Andererseits würde sich eine Sicherungseinziehung dort verbieten, wo die Maßnahme im konkreten Fall ohnehin nicht geeignet wäre, den gewünschten Sicherungseffekt herbeizuführen²¹⁶. Wenn überhaupt, könnte dann allenfalls noch eine strafweise Einziehung sinnvoll sein. Nicht zu vergessen ist schließlich das Verhältnis zur Hauptstrafe; denn auch daraus kann sich der Spielraum einer Nebenfolge verengen. Wo etwa die Hauptstrafe schon so empfindlich ist, daß daneben die strafweise Einziehung eines ohnehin nicht wertvollen Tatwerkzeuges geradezu lächerlich wirken müßte, käme nur noch eine Sicherungseinziehung in Betracht.

Diese Andeutungen müssen hier genügen. Dies um so mehr, als das allgemeine Verhältnis der Hauptstrafen zu den Eigentumssanktionen und damit die ganze Problematik der Gesamtstrafzumessung bei Einziehungen bislang so vernachlässigt wurde, daß diesen Fragen noch in einem besonderen Abschnitt nachzugehen ist²¹⁷.

V. Als *Ergebnis* bleibt festzuhalten, daß nur eine individuell-finale Betrachtungsweise dem ambivalenten Rechtscharakter der Eigentumssanktionen gerecht zu werden vermag. Das schließt nicht aus, daß man zunächst abstrakt nach dem primären Einziehungszweck der jeweiligen Vorschrift fragt; für die Antwort kann dabei vor allem dem Grad der Übereinstimmung mit einem der genannten Grundmodelle ein mehr oder weniger starker Indizwert zukommen. Letztlich entscheidend bleibt jedoch die Zielsetzung, die der Richter unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles der Sanktion zu geben hat. Denn erst dadurch erhält die inhaltlich zunächst noch mehrspurige Sanktionsandrohung ihre straf-, sicherungs- oder ausgleichsspezifische Konkretisierung.

Wenn freilich selbst dann noch gewisse Lücken und Widersprüche bleiben,

²¹⁴ Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 3, 10. — Jetzt könnte derartige Fälle über § 40 III StGB abgeholfen werden.

²¹⁵ STROOSS, Vermögensstrafen S. 36 ff., 39. Vgl. dazu auch unten S. 351.

²¹⁶ So z. B. bei einem aus Lineal und Bandfaden bestehenden „Angelgerät“; vgl. unten S. 276 f.

²¹⁷ Unten S. 34 ff., 356 f.

so liegt das an der inneren Konzeptionslosigkeit des geltenden Rechts. Insofern kann nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen.

§ 7 GESAMTBURTEILUNG

Wenn es an dem nuancenreichen Bild, das diese Bestandsaufnahme gebracht hat, etwas zu bewundern gäbe, dann wohl allein die Unbekümmertheit, mit der sich der Gesetzgeber zu immer wieder neuartigen Einziehungsvorschriften verleiten ließ. Hätte es sich dabei jeweils nur um terminologische Abweichungen gehandelt, so hätte man sich vielleicht damit abfinden können, obgleich auch das kein Ruhmesblatt moderner Gesetzgebungskunst wäre. Tatsächlich reichen die Mängel jedoch tiefer: Sie sind ein Symptom für das Fehlen einer maßvollen und ausgereiften gesetzgeberischen Konzeption.

Welche Gefahren dadurch für die Gleichheit und Rechtssicherheit im Bereich der Eigentumssanktionen entstanden sind, hat sich an zahlreichen Fehlentwicklungen des Einziehungsrechts gezeigt. Erinnerung sei nur an die unbeschränkte Dritteinziehung, die unelastischen obligatorischen Vorschriften und an die lückenhafte Entschädigungsregelung — alles praktisch höchst bedeutsame Bereiche, in denen auch die Rechtsprechung jeweils nur mit Mühe rechtsstaatlich erträgliche Verhältnisse zu schaffen vermochte; oder an die auffälligen Ungleichheiten im Lebensmittelrecht, von denen man nicht weiß, ob sie ein Kind des Zufalls oder einer bewußten gesetzgeberischen Gestaltung waren¹. Auch gab es zwischen den einzelnen Schutzbereichen manche Unter-

¹ So ist beispielsweise kaum einzusehen, warum bei den a. F. des § 13 LebMG und § 9 NitritG die Einziehung obligatorisch, bei § 6 IV BrotG, § 13 FarbenG und § 48 MilchG fakultativ war und zwischen beiden Extremen stehend § 28 WeinG eine differenzierende Regelung vorsah; denn sollte man nicht annehmen, daß die Notwendigkeit, gesundheitsschädliche, verfälschte oder sonstwie minderwertige Nahrungs- oder Genußmittel aus dem Verkehr zu ziehen, überall gleich stark ist? Auch über die wechselvolle Geschichte des § 28 WeinG kann man nur staunen: So hatte sich das WeinG 1892 in seinem § 9 auf die fakultative Einziehung beschränkt, obwohl bereits § 15 NahrungsmittelG 1879 die obligatorische Einziehung vorgesehen hatte. Ohne nähere Begründung ging dann auch § 18 WeinG 1901 zur grundsätzlich obligatorischen Einziehung über (vgl. RT-Drs. Nr. 129, Session 1900/02, Bd. I der Anlagen). Eine weitere Differenzierung, allerdings auch hier ohne besondere Begründung, brachte dann § 28 des neugefaßten WeinG 1930, das sich damit noch weiter von der Einziehungsregelung des LebensmittelG entfernte. Andererseits muß es überraschen, daß demgegenüber das im gleichen Monat ergangene MilchG in seinem § 48 überhaupt nur die fakultative Einziehung kennt. Selbst in neuerer Zeit finden sich noch Vorschriften, in denen dem Gesetzgeber das Verständnis für die anzustrebende Vereinheitlichung offenbar völlig abging, so bei dem durch das 7. StAG von 1964 eingefügten § 311 c StGB. Lediglich zum Einziehungszwang findet sich hier eine Begründung (BT-Rrs. Nr. IV/1817, IV/2186); daß aber durch die übrigen Besonderheiten dieser Bestimmung eine weitere Zersplitterung des Einziehungsrechts herbeigeführt wurde, scheint den Gesetzesverfassern wenig Sorge bereitet zu haben; vgl. auch oben S. 30, 44 f.

schiede in den Voraussetzungen und dem Ausmaß der verschiedenen Einziehungsbestimmungen, ohne daß dies durch den Unrechtsgehalt der Tat oder durch besonders schutzwürdige kriminalpolitische Bedürfnisse zu rechtfertigen gewesen wäre². Von einer ernsthaften Gleichbehandlung gleichgearteter Sachverhalte, wie sie heute von Verfassungen wegen auch vom Gesetzgeber erwartet wird³, konnte dabei weithin keine Rede sein.

Gewiß hat die Novellierung durch das EGOWiG manche erfreuliche Verbesserungen gebracht. Dennoch wäre es verfrüht, hier bereits von einer völligen Bereinigung zu sprechen. Nicht nur, daß noch eine umfassende und in das Einziehungsrecht integrierte Regelung des Entgelt- und Gewinnverfalls aussteht⁴. Auch was die Grundtypen der neuen Einziehungskonzeption betrifft, darf jedenfalls über das Fortleben der strafähnlichen Dritteinziehung noch nicht das letzte Wort gesprochen sein. Dies gilt auch für sonstige Mängel und Ungleichheiten, die das EGOWiG belassen oder neu hinzugebracht hat: So etwa die unterschiedlichen Anforderungen an den Entgeltverfall bei der Bestechung einerseits (§ 335 StGB: schuldhaftes Anknüpfungstat), im Staatsschutzrecht andererseits (§ 92 b II StGB: nur rechtswidrige Anknüpfungstat), wie ja überhaupt bei letzterem wiederum der Keim zu gefährlichen Auswucherungen des Einziehungsrechts gelegt zu sein scheint⁵. Auch daß etwa der Jagdschutz weiterhin durch Zulassung der strafähnlichen Dritteinziehung privilegiert wird (§ 295 S. 2 StGB), ist kaum anders zu erklären denn als fragwürdige Perpetuierung eines einstmals klassebedingten Jagdmonopols⁶. Ebenso wenig erscheint erklärlich, warum bei gefälschten Versicherungsmarken unbedingt eine obligatorische Einziehung notwendig sein soll⁷, wenn bei sonstigen gefälschten Urkunden oder Wertzeichen eine fakultative Einziehung für ausreichend befunden wird⁸. Darüber hinaus stellt sich bei den obligatorischen Bestimmungen ganz allgemein die Frage, ob dabei auch jeweils mit bedacht wurde, daß in diesen Fällen dann auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, insbesondere das Ausweichen auf weniger einschneidende Mittel, ausgeschlossen ist⁹.

² So etwa die Unterschiede zwischen Jagd- und Lebensschutz: Während beispielsweise das gestohlene Jagdgewehr, das bei einem rückschlägigen Wilderer vorgefunden wird, nach § 296 III StGB a. F. auch dem völlig unschuldigen Eigentümer entzogen werden konnte, bestand dort, wo es von einem chronischen Epileptiker als Mordwaffe benutzt wurde, keine Möglichkeit der Einziehung. Gleiches galt etwa im Verhältnis von Diebes- und Abtreibungswerkzeugen.

³ Vgl. BVerfGE 1, 52, 107; 2, 340; 3, 377/380.

⁴ Vgl. aber §§ 73 bis 73 d StGB 1973, wo immerhin für die nähere Zukunft eine verallgemeinerte Verfallsregelung vorgesehen ist.

⁵ So neben dem Einziehungszwang durch die Einführung besonderer Sicherungsgründe in §§ 101 a I 3, 109 k I 3 StGB, § 24 I 2 KriegswaffenG; und dies, obgleich hierfür bei vernünftiger Auslegung doch auch die Klausel des § 40 II Nr. 2 StGB ausreichen könnte. ⁶ Vgl. oben S. 25 f.

⁷ § 1432 III RVO, § 154 III AngestelltenVersG.

⁸ § 282 StGB.

⁹ Vgl. § 40 b I („Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben“) bzw. in Abs. II die

Schon diese wenigen Ungereimtheiten, zu denen im folgenden noch weitere hinzukommen werden, dürften zeigen, daß auch in der neuen Einziehungskonzeption des EGOWiG in der Tat „kein Meisterwerk des Gesetzgebers“¹⁰ gesehen werden kann. Daß dem mit einigen punktuellen Korrekturen abzuhelpen wäre, wagt man angesichts der Lehren der Vergangenheit kaum zu hoffen. Deshalb bleibt die *Gesamtreform* der Eigentumssanktionen auch weiterhin noch ein der Verwirklichung harrendes kriminalpolitisches Ziel.

Verweisung allein auf die fakultativen §§ 40 und 40 a (vgl. dazu auch unten S. 364). — So ist beispielsweise nicht einzusehen, warum nicht auch bei nachgemachten Münzen bereits eine Einschmelzung unter Belassung der Substanz dem Sicherungszweck genügen könnte.

¹⁰ BAUMANN, AT S. 730.

§ 8 DIE SACHLICHE ZIELSETZUNG

A) Die allgemeinen Leitprinzipien

Bevor auf kriminalpolitische Einzelfragen einzugehen ist, seien zunächst wenigstens thesenartig die allgemeinen Leitlinien herausgestellt, denen eine grundlegende Reform der Eigentumssanktionen zu folgen hat. Dabei gilt es vor allem die Lehren aus den Fehlern der Vergangenheit zu ziehen und die Grundsätze zu berücksichtigen, die nach heutigen Rechtsüberzeugungen an ein in die Zukunft wirkendes Recht anzulegen sind.

I. Einheitlichkeit der Grundkonzeption

1. Um zu verhindern, daß sich das Einziehungsrecht wiederum zu einem unorganischen Gebilde unterschiedlichster Einzelregelungen auswächst, ist sicherzustellen, daß die verschiedenen Arten der Eigentumssanktionen in sich und auch im Verhältnis zueinander „stimmig“ bleiben. Dazu bedarf es in einer Linie einer einheitlichen und geschlossenen Grundkonzeption. Diese setzt ihrerseits voraus, daß sich der Gesetzgeber darüber klar wird, zu welchen Zwecken er die Einziehung einsetzen will und vernünftigerweise auch einsetzen kann.

2. Um der Flucht in Sondervorschriften vorzubeugen, muß diese Konzeption in eine möglichst umfassende Allgemeinregelung eingefangen werden. Dennoch muß sie dabei so elastisch bleiben, daß auch besonderen kriminalpolitischen Bedürfnissen Rechnung getragen werden kann.

3. Im Interesse der Praktikabilität soll die Regelung klar und einfach sein. Deshalb sind die Sanktionsvoraussetzungen so genau wie möglich zu umschreiben. Dabei muß aber ein Ermessensspielraum bleiben, der weit genug ist, dem Richter auch die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles zu erlauben.

II. Systemgerechtigkeit

Die Einziehungskonzeption muß jedoch nicht nur in sich stimmen, sondern auch systemgerecht sein, d. h. in das System der übrigen strafrechtlichen Sanktionen hineinpassen.

1. Deshalb müssen auch die Eigentumssanktionen an den allgemeinen strafrechtlichen Deliktsvoraussetzungen ausgerichtet sein.

2. In ihrer Zielsetzung müssen sie den sonstigen allgemeinen Straf- und Sicherungszwecken angepaßt sein, so daß sie weder einander neutralisieren noch sich in übersteigerter Weise kumulieren.

3. Das macht speziell für den Einzelfall eine Gesamtstrafzumessung not-

2. KAPITEL

DIE KRIMINALPOLITISCHEN ZIELE EINER NEUORDNUNG
DER EIGENTUMSSANKTIONEN

Über Kriminalpolitik zu reden setzt zunächst Verständigung über das gesetzte Ziel voraus. Kriminalpolitik kann entweder der Versuch sein, das überkommene Strafsystem in seiner Gesamtheit in Frage zu stellen und von Grund auf neu zu formulieren, oder sie kann sich darauf beschränken, gewisse allgemeine Vorentscheidungen als gegeben hinzunehmen, um in Anpassung daran nur einen bestimmten Teilbereich neu zu regulieren.

Die folgenden Untersuchungen gehen den zweiten Weg. Dies weniger deshalb, weil etwa die kriminalpolitischen Grundentscheidungen, wie sie sowohl der E 1962 als auch der AE zugunsten eines Tat-Schuld-Strafrechts und für die Zweispurigkeit getroffen haben, über alle Zweifel erhaben wären, sondern mehr aus pragmatischen Gründen: Zum einen hieße es, „das Pferd vom Schwanz aufzäumen“, wollte man von einem peripheren Teilbereich des Sanktionssystems her ein kriminalpolitisches Gesamtprogramm entwickeln. Zum anderen dürfte dem Vorankommen der Reform mehr gedient sein, wenn man sich über alle Vorbehalte hinweg auf den Boden der nun einmal getroffenen Vorentscheidungen stellt, um innerhalb des dadurch verbleibenden Rahmens eine optimale Neuordnung der Eigentumssanktionen zu versuchen.

Aus dieser Grundeinstellung heraus sei auch bewußt auf eine nähere Auseinandersetzung mit der allgemeinen Reformliteratur verzichtet¹. Statt dessen sei hier gleich nach den kriminalpolitischen Zielen einer sich dem Gesamtsanktionssystem anpassenden Reform der Eigentumssanktionen gefragt. Dabei geht es zunächst nur um die anzustrebenden Sachziele (§ 8). Wie sich diese in konstruktiver Hinsicht am besten verwirklichen lassen, wird dann in einem besonderen Abschnitt zu prüfen sein (§ 9).

¹ Zuletzt eingehend dazu G. KAISER, ZStW 78, 100 ff. m. umfassenden Nachweisen zu dem kaum noch überschaubaren Schrifttum. Vgl. ferner neuestens das von J. BAUMANN herausgegebene und mitverfaßte „Programm für ein neues Strafgesetzbuch“, 1968, in dem die kriminalpolitischen Vorstellungen des AE erläutert werden.

wendig, in der die Haupt- und Nebenfolgen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

III. Konformität mit der Verfassung

1. Über allen rechtspolitischen Erwägungen hat schließlich als „legislatorischer Imperativ“ die unabdingbare Forderung nach der verfassungsrechtlichen Konformität zu stehen. Denn von welcher Einziehungskonzeption auch immer man ausgeht: für ihre Rechtfertigung und Ausgestaltung dürfen nicht allein die vielberufenen, aber leider oft nur ominösen „praktischen Bedürfnisse“ ausschlaggebend sein, sondern letztes Richtmaß bleibt immer die Verfassung.

Dies muß bereits bei der generellen Absteckung des künftigen Einziehungsrahmens im Auge behalten werden. Auch wenn das nicht zu bedeuten braucht, daß deshalb hier schon alle verfassungsrechtlichen Einzelfragen miteinbezogen oder gar vorweggenommen werden könnten, muß die rechtspolitische Diskussion doch von vorneherein auf die Positionen ausgerichtet sein, die auch verfassungsrechtlich tragbar erscheinen¹.

2. In gleichem Maße muß das Bemühen um eine sinnvolle Neuordnung des Einziehungsrechts von der Entschlossenheit getragen sein, im Interesse größtmöglicher Rechtssicherheit und Unanfechtbarkeit auf alle fragwürdigen Kompromisse zu verzichten, selbst wenn dabei überkommene Positionen aufgegeben werden müssen. Denn eine strafrechtliche Sanktion würde ihre rechtspolitische Wirkung verfehlen, wenn ihre innere Legitimation nicht allseitig anerkannt wäre oder gar als ungerecht oder exzessiv empfunden werden müßte. Deshalb bliebe die Neuordnung Stückwerk, würde die seltene Chance einer umfassenden Gesamtreform des Einziehungsrechts nicht gleichzeitig zu einer unerschrockenen Entrümpelung genutzt. Was dies bedeutet, wird sich vor allem bei der Dritteinziehung zeigen. Doch auch mit den Grundsätzen der Verhältnis-

¹ Insofern hat G. KAISER, ZStW 78, 125 sicher recht, wenn er es für unmöglich ansieht, die rechtspolitische von der verfassungsrechtlichen Fragestellung zu trennen; denn in der Tat kann kein wirklichkeitsgemäßer kriminalpolitischer Ansatz ohne die verfassungsmäßig vorgegebenen Richtpunkte und Grenzen sinnvoll gedacht, geschweige verwirklicht werden. Dennoch erscheint es methodisch vertretbar, zunächst einmal in großen Zügen das kriminalpolitische Programm zu entwickeln, bevor man in die detaillierte verfassungsrechtliche Würdigung einsteigt. Dies schon deshalb, weil man sonst möglicherweise gezwungen wäre, die verfassungsrechtlichen Erörterungen mit Gesichtspunkten zu belasten, die schon aus rechtspolitischen Rücksichten als nicht mehr diskussionswürdig erscheinen. Deshalb sei auch hier die Frage nach der verfassungsrechtlichen Grundlegung der Eigentumsanktionen im wesentlichen zurückgestellt (dazu unten 3. Kap.), um zunächst einmal zu sondieren, welche überhaupt noch als sinnvoll erscheinen. — Zweifellos wäre es für eine umfassende kriminalpolitische Grundlegung auch höchst förderlich gewesen, etwaige kriminologische Erfahrungen mit den Eigentumsanktionen mitzuverwerten. Leider fehlt es aber dazu bislang noch an jeglichen Vorarbeiten. Allgemein zur Bedeutung der Kriminologie für die Kriminalpolitik neuestens G. KAISER, MSchrKrim 1968, 1 ff. m. eingehenden Nachw. zum Meinungsstand.

mäßigkeit und Erforderlichkeit, um nur einige der wichtigsten Reformpunkte herausgreifen, müßte viel mutiger ernst gemacht werden, als dies bislang geschehen ist. Je maßvoller der Staat seine Sanktionen handhabt, desto bereitwilliger wird sie der Bürger anerkennen und hinnehmen.

B) Die einziehungspolitische Grundentscheidung

I. Gegen die allgemeine Vermögenskonfiskation

Wer es mit einer Generalbereinigung des Einziehungsrechts ernst meint, darf auch vor der radikalen Frage, inwieweit Eigentumsanktionen überhaupt noch eine Existenzberechtigung haben, nicht zurückschrecken. In einem Punkt ist hierauf eine ganz unzweifelhafte Antwort möglich: Für eine *unspezifische Vermögensentziehung*, gleichgültig, ob sie sich auf das gesamte Vermögen oder nur auf Bruchteile erstreckt, ist in einem modernen Strafrecht *kein Raum mehr*. Dies eigens zu betonen, erscheint nicht schon deshalb überflüssig, weil es sie weder im geltenden deutschen Recht gibt noch die Reformentwürfe zu ihr zurückkehren wollen. Denn die 30er Jahre, in denen sie trotz ihrer harten Kämpfe Abschaffung im 19. Jahrhundert² aus kriminal-, wenn nicht sogar machtpolitischen Augenblicksinteressen wiederbelebt wurde³, liegen noch nicht lange zurück. Auch sollte es zu denken geben, daß selbst der Regierungsentwurf zum StAG von 1951 bei bestimmten Staatsschutzdelikten noch an der gänzlichen oder bruchteiligen Vermögensentziehung festhalten wollte⁴.

Tatsächlich könnten sich ihre Befürworter auch heute noch auf manche ausländischen Vorbilder berufen. In der westlichen Hemisphäre war es neben Österreich⁵ vor allem Frankreich, das im Gefolge des 1. Weltkrieges die „confiscation de tous les biens“ wiedereingeführt und über temporäre Einschränkungen hinweg⁶ bis auf den heutigen Tag vornehmlich für Hoch- und Landesverrat beibehalten hat⁷. Auch die sozialistischen Länder glauben offen-

² Vgl. oben S. 20 ff.

³ Vgl. oben S. 27 f. und 36.

⁴ Vgl. BT-Drs. I/1307 § 85. Auch daß die Geldstrafe immer wieder von verkappten konfiskatorischen Tendenzen freigehalten werden muß (vgl. etwa OLG Hamm NJW 1968, 2245), ist symptomatisch dafür, daß selbst heute noch manche Restbestände konfiskatorischen Denkens zu überwinden sind.

⁵ Näher RITTNER, AT S. 321 f.

⁶ Näheres dazu bei BOUZAT-PINATEL, Traité de droit pénal I, Nr. 579, MERLE-VITU, Traité de droit criminel, Nr. 562, ROUSSELET, Rev. Sc. Crim. 1946, 172 ff.

⁷ Vgl. die Art. 37 bis 39 Code Pénal. Einzelheiten bei BOUZAT-PINATEL, aaO, Nr. 580 f., MERLE-VITU, aaO, Nr. 563 und ROUSSELET, Rev. Sc. Crim. 1946, 361 ff. Dort auch näheres über die Konfiskationsbeschränkungen zugunsten des Ehegatten und der Verwandten. — Dagegen hat Dänemark die bisherige Möglichkeit der Vermögensentziehung bei Staatsverbrechen (§ 118 b) durch die Novelle vom 4. 6. 1965 wieder abgeschafft: MARCUS, ZStW 78, 537/553.

bar auf die Vermögenseinziehung nicht verzichten zu können. So etwa hat sie schon das jugoslawische StGB von 1951 bei Staatsschutzdelikten und anderen antisozialistischen Taten neben schwerem Gefängnis vorgesehen⁸, und mit gewissen Abweichungen im einzelnen enthalten z. B. auch die Strafgesetzbücher von Rußland⁹, Bulgarien¹⁰, Rumänien¹¹, der Tschechoslowakei¹² und neustens der DDR¹³ entsprechende Bestimmungen. Während sie in den genannten Ländern jedoch meist nur als zusätzliche „Strafe“ verstanden wird, kennt Ungarn sie außer bei Todesstrafen und Freiheitsentzug über 5 Jahre auch noch in Verbindung mit einer mehr als 3jährigen Freiheitsstrafe, „sofern dies zum Schutze der Gesellschaft notwendig ist“¹⁴, also als zusätzliche Sicherungsmaßregel. Dem Interesse der mitbetroffenen Angehörigen wird dabei meist nur insoweit Rechnung getragen, als dem Verurteilten das für seinen persönlichen und familiären Unterhalt Unerläßliche verbleiben soll¹⁵.

Angesichts dieses neu erwachten Interesses an der allgemeinen Vermögenseinziehung glaubt KIELWEIN sogar feststellen zu können, daß sie offenbar zu einer regulären Sanktion für schwerste Staatsverbrechen soll¹⁶.

Doch wie groß das kriminalpolitische Bedürfnis für eine derart rigorose Sanktion u. U. auch erscheinen mag: die Gründe, die einst zu ihrer Abschaffung führten, haben auch heute noch nichts an Gültigkeit verloren. Denn nicht nur, daß sie, wie die Geschichte tausendfach bewiesen hat, leicht der Gefahr des politischen Mißbrauchs ausgesetzt ist und wegen ihrer mangelnden Abstufbarkeit schwerere und leichtere Taten, Vermögende und Unvermögende ungleich trifft; noch mehr muß es unserem heutigen Verständnis von persönlicher Schuld und Strafe widerstreben, daß durch die Vermögenseinziehung

⁸ Art. 24 Nr. 6, Art. 36, 123, 134 des jugoslawischen Strafgesetzbuches vom 2. 3. 1951 (Sammlung Nr. 56, 1952).

⁹ Vgl. die Art. 35, 64 ff. des StGB der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik vom 27. 10. 1960 i. d. F. vom 6. 5. 1963 (Sammlung Nr. 82, 1964): ganze oder teilweise Vermögenskonfiskation bei Staatsverbrechen und schweren Verbrechen aus Gewinnsucht.

¹⁰ Vgl. die Art. 22 Nr. 3, Art. 25, 26 sowie u. a. Art. 99, 112, 125 des StGB von Bulgarien vom 2. 2. 1951 (Sammlung Nr. 73, 1957): vornehmlich bei Staatsschutz- und bestimmten antisozialistischen Delikten.

¹¹ Als „zusätzliche Strafe“ nach Art. 25 Nr. 6 des rumänischen StGB vom 27. 2. 1948 i. d. F. vom 1. 12. 1960 (Sammlung Nr. 81, 1964): vorwiegend bei Staatsverbrechen und antisozialistischen Taten.

¹² Nach den §§ 27 Ziff. f, 51, 52 des tschechoslowakischen StGB vom 29. 11. 1961 (Sammlung Nr. 85, 1964): in Verbindung mit Todesstrafe und unbedingter Freiheitsstrafe.

¹³ § 57 StGB vom 12. 1. 1968 (GBI. I 1): Neben Staatsschutzdelikten insbes. auch bei Verbrechen gegen die sozialistische Volkswirtschaft, sofern mindestens 3 Jahre Freiheitsstrafe ausgesprochen werden. Auch die selbständige Anordnung ist möglich.

¹⁴ Vgl. die § 35 II Nr. 5, § 55 (insbes. dort Ziff. b), § 56 des ungarischen StGB vom 22. 12. 1961 (Sammlung Nr. 83, 1964).

¹⁵ Vgl. z. B. Art. 35 II des Russischen StGB (oben Anm. 9) und Art. 25 Nr. 6 des rumänischen StGB (oben Anm. 11).

¹⁶ KIELWEIN, Materialien II AT S. 123.

auch unschuldige Angehörige in einem Grade mitbetroffen werden, wie dies bei anderen Strafen bei weitem nicht der Fall ist¹⁷.

Diese Einwände sind auch heute noch gewichtig genug, um jegliche Formen von unspezifischen und damit in ihren Auswirkungen letztlich nicht über-schaubaren Vermögenseinziehungen für alle Zukunft aus dem Strafrecht zu verbannen¹⁸, ganz davon abgesehen, daß sie, wie W. WEBER überzeugend dargetan hat, jedenfalls de constitutione lata am Garantiesystem des Grundgesetzes scheitern müßte¹⁹.

II. Für die Einzeleinziehung

Dagegen besteht für die Beibehaltung der spezifischen, d. h. der auf bestimmte Gegenstände ausgerichteten Einzeleinziehung, nach wie vor ein berechtigtes Interesse. Noch mehr: Wirft man einen Blick auf das ausländische Recht, so scheint es, als sei die Zeit der Einzeleinziehung überhaupt erst richtig gekommen. Denn heute gibt es kaum noch ein Land, in dem sie, wie etwa nach österreichischem Recht²⁰, nur für bestimmte Einzelfälle vorgesehen wäre. Vielmehr ist ähnlich der in Deutschland schon während des 19. Jahrhun-

¹⁷ Vgl. oben S. 18 ff. Vgl. ferner die Kritik von RITTNER, AT S. 321 f. und BOUZAT-PINATEL, Traité I Nr. 578: La confiscation générale „est une peine efficace, car elle est très rigoureuse et par là même très intimidante. Mais elle est injuste, car, plus encore que l'amende, elle rejait sur la famille du condamné et voile le principe de la personnalité des peines“. Treffend auch die Begründung, mit welcher der Bundesrat die ersatzlose Streichung der Vermögenseinziehung im Regierungsentwurf des StAG 1951 verlangt hat (BT-Drs. Nr. 1/1307 Anlage 2 S. 58 zu § 85): „Die Vermögenseinziehung im Ganzen oder zu einem Teil erweckt Bedenken, weil es erforderlich ist, daß jede Strafe und Nebenstrafe schuldangemessen sein muß. Als prophylaktische Maßnahme ist sie, wenn sie der Richter anordnen soll, angreifbar und als Zweckmäßigkeitsentscheidung in Fällen, wo es schwierig ist, den Vermögensumfang genauer festzustellen, unangebracht, weil der Richter die Verpflichtung hat, alles zur Erforschung des Vermögensumfanges Erforderliche zu tun (Gefahr der Mißdeutung als Sippenhaftung).“

¹⁸ Scharf ablehnend auch FREY, ZStW 65, 14: „Die Vermögenseinziehung ist keine Strafe, sondern ein im modernen Rechtsstaat in keiner Weise zu rechtfertigender brutaler, auf wirtschaftliche Vernichtung des Betroffenen und seiner Familie ausgerichteter staatlicher Willkürakt.“

¹⁹ W. WEBER, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, Grundrechte II S. 365 ff: Soweit es sich um Vermögensentziehungen aus politischen Motiven handelt, kann ohnehin nur ein Verwirkung nach Art. 18 GG zum Zuge kommen. Für eine strafrechtliche Vermögenseinziehung hingegen fehlt es an dem notwendigen Zusammenhang zwischen dem Objekt der Entziehung und dem Gegenstand des Mißbrauchs; denn „der gemeinschaftswidrige Handelnde verwirkt nicht sein Vermögen schlechthin, sondern er verschärft den Schutz nur für die konkreten Vermögensteile, in denen und mit denen sich der Tatbestand des Mißbrauchs verwirklicht“ (aaO, S. 366). Im gleichen Sinne v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. II 6 c und 12, VI, 5 m. weit. Nachw. Vgl. im übrigen auch unten S. 188, 194 f.

²⁰ Vgl. RITTNER, AT S. 320 f. m. zahlr. Nachw.

derts erreichten Generalisierung die Einzeleinziehung heute auch in den meisten anderen Rechten als allgemeine Nebenfolge anerkannt²¹. Dabei sind die Niederlande auf Grund der Strafrechtsnovelle vom 22. 5. 1958 inzwischen sogar so weit gegangen, die Einzeleinziehung in Fällen, in denen für die betreffende Tat nicht mehr als sechs Jahre Gefängnis angedroht sind, an die Stelle der Hauptstrafe treten zu lassen²². Dadurch ist hier die Einziehung über eine bloße Nebenfolge hinausgewachsen, ein Gedanke, der auch für das deutsche Recht noch in Erwägung zu ziehen ist.

Was freilich die *Ausgestaltung* im einzelnen anlangt, so zeigen sich nicht nur im Anwendungsbereich, sondern auch in der grundsätzlichen Zielsetzung teilweise noch tiefgreifende Unterschiede. Während die pönale Grundtendenz wohl nur noch in der Einziehungsregelung des spanischen StGB vorherrscht²³, hat sie als reine Sicherungsmaßregel nach dem Vorangang Italiens²⁴ und der Schweiz²⁵ vor allem in den sozialistischen Ländern²⁶ bemerkenswerten Anhang gefunden²⁷. In der Mehrzahl der Länder jedoch wird sie, ähnlich wie im deutschen Recht, sowohl als Strafe wie auch als Sicherungsmaßregel eingesetzt. Aus der jüngeren Zeit sei dazu vor allem auf die Neuregelungen von Dänemark²⁸ und der Niederlande²⁹ hingewiesen³⁰. Darüber hinaus scheint

²¹ Vgl. im einzelnen die (allerdings teils schon überholte) rechtsvergleichende Übersicht von GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 88 ff. sowie SCHARFF, Materialien II AT S. 253 ff. Auch der ÖstE 1964 sieht jetzt in seinen §§ 23 und 32 den Entgeltverfall bzw. die Einziehung von Tatwerkzeugen und -produkten als allgemeine Nebenfolgen vor.

²² Art. 33 II des StGB der Niederlande; vgl. näher CIRPKA, System der Strafen S. 32 f.; ähnlich § 56 des tschechoslowakischen StGB (vgl. auch Anm. 12). Im gleichen Sinne hatte auch schon Art. 28 des — vornehmlich auf StROOSS zurückgehenden — schweizerischen Reformentwurfs von 1893 die Einziehung auch „statt einer Geldstrafe“ zulassen wollen.

²³ Vgl. Art. 27 des Spanischen StGB vom 23. 12. 1944 (Sammlung Nr. 69, 1955), wo unter den „Nebenstrafen“ auch die Entziehung von Tatwerkzeugen und -objekten aufgeführt wird. Vgl. aber auch § 602 über die Einziehung bestimmter gefährlicher Gegenstände.

²⁴ Vgl. Art. 240 des italienischen StGB vom 19. 10. 1930 (Sammlung Nr. 50, 1933). Hier ist die Einziehung der Tatinstrumente, -produkte und -profite eindeutig unter die „Sicherungsmaßregeln gegen das Vermögen“ eingereiht. Dennoch hat sich ein Teil der Lehre dadurch nicht gehindert gefühlt, die Sanktion im Einzelfall auch anders zu deuten. Näheres dazu bei SCHARFF, Materialien II AT S. 254.

²⁵ Vgl. Art. 58 und 59 des Schweiz. StGB vom 21. 12. 1937. Über den angeblich rein präventiven Charakter des Verfalls von Zuwendungen herrscht freilich keine volle Einigkeit; vgl. oben S. 83 Anm. 159.

²⁶ So u. a. in Jugoslawien (§ 62; vgl. dazu auch MUNDA, in MEZGER-SCHÖNKE-JESCHECK I S. 369 ff., 395 bzw. 402), Rumänien (Art. 80) und Ungarn (§ 63). Im StGB der DDR hingegen ist auch die Einzeleinziehung als „Zusatzstrafe“ bezeichnet (§ 56).

²⁷ Vgl. ferner Griechenland: Art. 76 des StGB vom 17. 8. 1950 (Sammlung Nr. 59, 1953).

²⁸ §§ 75 bis 77a des dänischen StGB i.d.F. vom 30. 6. 1965. Näheres bei MARCUS, ZStW 78, 553 ff.

aber auch dem Wiedergutmachungsgedanken eine wachsende Bedeutung beigemessen zu werden³¹.

Im Prinzip jedenfalls kann an der weiteren Existenzberechtigung der Einzeleinziehung kein Zweifel bestehen. Auch die deutschen Entwürfe haben sie daher zu Recht nicht grundsätzlich in Frage gestellt³².

C) Die Zwecke der Einzeleinziehung im einzelnen

I. Die allgemeine Tendenz

Was indes die mögliche Zieleinsetzung dieser Einzeleinziehung anbelangt, kann von Einmütigkeit keine Rede sein. Die unterschiedlichen Auffassungen, die in dieser Hinsicht in den ausländischen Rechten festzustellen waren, spiegeln sich bis zu einem gewissen Grade auch in den deutschen Reformbemühungen wider.

Bis zum E 1930 wollten — jedenfalls im Prinzip — alle Entwürfe an der Straf- und Sicherungseinziehung festhalten³³. Eine Ausnahme machten nur

³¹ Art. 33 ff. des niederländischen StGB i. d. F. vom 22. 5. 1958. Näheres bei CIRPKA, System der Strafen S. 32 ff.

³² Vgl. ferner BOUZAT-PINATEL, Traité I Nr. 582 ff. zum französischen Recht, die §§ 34 bis 36 des norwegischen StGB vom 22. 5. 1902 (Sammlung Nr. 20, 1904; dazu aus neuerer Zeit ANDENAES, in MEZGER-SCHÖNKE-JESCHECK IV S. 263 ff.), die §§ 27 Ziff. h, 55, 56 und 73 des tschechoslowakischen StGB (oben Anm. 12), sowie RITTNER, AT S. 320 f. zum geltenden österreichischen Recht; an der Doppelnatur hält auch der ÖstE 1964 fest (vgl. § 23 zum strafweisen Entgeltverfall einerseits, § 32 zur sicherungsweisen Einziehung andererseits). Auch die §§ 72 bis 77 des Vorwurfs eines japanischen StGB vom 20. 12. 1961 (Sammlung Nr. 80, 1963), die ihre Ähnlichkeit mit der Einziehungs- und Verfallsregelung unseres E 1960 nicht verleugnen können, gehen von einem dualistischen Sanktionscharakter aus.

³³ Bereits das finnische StGB i.d.F. vom 13. 5. 1932 (Sammlung Nr. 66, 1954) hat eine Entschädigung des Tatopfers aus der Verwertung der eingezogenen Sache und außerdem auch den Schutz von Drittgläubigern vorgesehen (§ 16 III; zum finnischen Einziehungsrecht im allgemeinen vgl. auch HONKASOLO, in MEZGER-SCHÖNKE-JESCHECK II S. 7 ff., 42 ff.). Auch nach schweizerischem Recht kann der Erlös aus eingezogenen Gegenständen dem Opfer der Tat zuerkannt werden, falls vom Schädiger ein Ersatz des Schadens voraussichtlich nicht zu erwarten ist (Art. 60 I). Vgl. ferner § 77 des dänischen StGB, sowie SCHARFF, Materialien II AT S. 258 f. zur Verwirklichung des Reparationsgedankens im französischen Recht und in einigen südamerikanischen Ländern. Vgl. im übrigen auch unten S. 116 ff.

³⁴ Für Beibehaltung selbst GOLDSCHMIDT im Resümee seines sehr kritischen rechtsvergleichenden Gutachtens, VDA IV S. 443 ff.; ferner EBERMAYER, in Verhandlungen des 29. DJT, S. 299 f.

³⁵ Wobei der VE 1909 (§§ 54 bis 56), der E 1913 (§§ 91 bis 93), der E 1919 (§§ 83 bis 86), der E 1925 (§§ 60 bis 62; dazu LANG, S. 38 ff.), der E 1927 (§§ 52 bis 54) und auch der Entwurf KAHL 1930 (§§ 52 bis 54) weitgehend der Einziehungsregelung des StGB folgten, ohne sich freilich in der Frage der Rechtsnatur für den Einzelfall festlegen zu wollen (vgl. etwa die Begr. zum VE 1909 S. 184 oder die Denkschrift zum E 1919 S. 79 ff.). In der Sache besteht jedoch kein Zweifel, daß

der Entwurf RADBRUCH 1922 und in weitgehender Übereinstimmung damit der E 1925, indem sie durch die systematische Einordnung der Einziehung unter die Sicherungsmaßnahmen ihren präventiv-polizeilichen Charakter herausstellten³⁴. In diesem Sinne wollte dann auch der E 1936 allein die allgemeine Vermögensentziehung (§§ 39, 40) sowie den Entgeltverfall (§§ 39, 47, 340) als Strafe verstehen, im übrigen aber die Einzeleinziehung und Unbrauchbarmachung nur noch zu Sicherungszwecken zulassen (§§ 77 bis 79)³⁵. Ähnlichen Vorstellungen — abgesehen von der zu Recht völlig verworfenen Vermögensentziehung — folgte auch der erste Entwurf, den SCHÄFER als Berichterstatter der Großen Strafrechtskommission vorgelegt hat³⁶. Doch im weiteren Verlauf entschied sich die Kommission dann doch wieder für eine dualistische Konzeption³⁷, so wie sie schließlich in den E 1962 (§§ 109 bis 120) einging und jetzt auch der Neuordnung durch das EGOWiG zugrunde liegt³⁸.

Demgegenüber will der AE auf die strafweise Einziehung völlig verzichten; denn auch soweit er neben der sicherungsbedingten Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§ 88 bis 90) noch den Entgelt- und Gewinnverfall (§§ 83 bis 87) vorsieht, läßt er sich nicht von pönalen Erwägungen leiten, sondern ist offenbar von dem schon dem „turpe lucrum extorqueri“ zugrunde liegenden Gedanken bestimmt, daß rechtswidrig erlangte Vorteile aus kriminalpolitischen Gründen nicht dem Empfänger verbleiben sollen³⁹.

II. Die Straffunktion

Wenn es in diesem Widerstreit der Reformer einen *eigenen* Standpunkt zu gewinnen gibt, soll zunächst zur problematischsten Erscheinungsform der Einziehung Stellung genommen werden: ihre Verhängung als *Strafe*. Wie gezeigt, ist sie in dieser Form heute in eine Krise geraten⁴⁰. Dennoch

diese Entwürfe sich zumindest grundsätzlich zur Doppelnatur der Einziehung bekannten (vgl. auch SCHÄFER, Niederschriften III S. 390). Dies gilt auch für den GE 1911, der nur insofern eigene Wege ging, als er durch eine umfassende Allgemeinregelung (§ 80) sonstige Sondervorschriften überflüssig machen wollte.

³⁴ In beiden Entwürfen die § 42 Nr. 10, §§ 60 bis 62. Vgl. dazu die Kritik von OETIKER, GS 92, 39 ff.

³⁵ Vgl. näher E 1936 Begr. S. 42 f., 47 f., 72 ff. und RIETZSCH, in GÜRTNER, Das kommende deutsche Strafrecht I S. 142 f., 158 ff.

³⁶ Niederschriften III (Anhang Nr. 30) S. 388 ff.; vgl. auch dort SCHÄFER, S. 206 ff.

³⁷ So der Sache nach bereits der 1. Entwurf des BJM in Niederschriften III (Anhang Nr. 31) S. 403 ff.; vgl. ferner die Beschlüsse der Großen Strafrechtskommission in Niederschriften III (Anhang Nr. 34) S. 414 ff.

³⁸ §§ 40 bis 42 StGB n. F. Vgl. auch GÖHLER, in Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 552 f.

³⁹ AE Begr. S. 157.

⁴⁰ Vgl. die Nachweise oben Anm. 24 bis 27 zu den ausländischen Rechten, die

sollte sie deswegen nicht schon von vorneherein abgeschrieben werden. Freilich kann sie als Strafe selbstverständlich nur dort sinnvoll sein, wo das Sanktionssystem noch „Strafen“ und nicht nur sichernde und bessernde Maßnahmen kennt. Doch das darf für die deutschen Verhältnisse nach dem derzeitigen Stand der Strafrechtsreform als gegeben angesehen werden⁴¹, so daß es müßig wäre, in diesem Rahmen den alten Streit zwischen der „klassischen“ und der „soziologischen“ Schule wieder aufzurollen⁴².

Wenn dem aber so ist, wenn man sich also schon zur Strafe als möglicher „Reaktion“ des Staates auf die rechtswidrig-schuldhaftige „Aktion“ des Täters bekennt, dann sollten auch wirklich alle Mittel, die geeignet erscheinen, den Zwecken der Strafe dienen, soweit opportun, dafür eingesetzt werden. Daher ist auch die Einziehung auf ihre *pönale Tauglichkeit* und *Erforderlichkeit* hin zu überprüfen.

1. Das setzt natürlich zunächst einmal Klarheit darüber voraus, welche *Zwecke* die staatliche Strafe heute legitimerweise überhaupt noch verfolgen kann. Auch dies ist freilich eine Frage, die sich, wenn man sie von allen Seiten beleuchten wollte, nicht ohne umfängliche Untersuchungen beantworten ließe. Da dies hier zu weit führen würde, bleibt keine andere Wahl, als sich auf eine formelhaft kurze Darlegung des eigenen Standpunktes zu beschränken und im übrigen auf das umfangreiche Schrifttum zu dieser Problematik zu verweisen⁴³.

Wie zuletzt wieder ROXIN überzeugend dargetan hat⁴⁴, vermag keine der absoluten oder relativen Straftheorien Sinn und Zweck staatlichen Strafens allseits befriedigend zu erklären, und zwar weder je für sich allein, noch in einer — heute üblichen — kumulativen Verbindung. Erst wenn man die verschiedenen Aspekte der General- und Spezialprävention, der Sühne und Vergeltung in ihrer gegenseitigen Verschränkung und Begrenzung begreift, wird

die Einziehung nur noch als Sicherungsmaßregel vorsehen. Mit Ausnahme des Entgelt- und Gewinnverfalls ebenso der OstE 1964 (§ 32; vgl. Begr. S. 55) und der AE (§§ 88 bis 90; vgl. Begr. S. 161). Skeptisch gegen die strafweise Einziehung auch HAFTER, AT S. 416, da die übrigen Strafmittel ausreichen würden.

⁴¹ Und zwar sowohl nach dem E 1962 (vgl. Begr. S. 96 ff.) wie auch nach dem AE (vgl. Begr. S. 29, 71). Vgl. auch das leidenschaftliche Plädoyer für die grundsätzliche Beibehaltung der Strafe bei H. MAYER, Strafrechtsreform S. 15 f., 31 ff., 40 ff., 49 ff., 119 ff.

⁴² Näheres dazu bei v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht I S. 457 ff., 483 ff., MAURACH, AT S. 58 ff., je m. weit. Nachw.

⁴³ Aus neuerer Zeit vgl. dazu insbes. BAUMANN, Kleine Streitschriften S. 135 ff., BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 235 ff., MAURACH, in FREUDENFELD, Schuld und Sühne S. 26 ff., NOLL, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, PETERS, Kriminalpädagogik S. 81 ff., ROXIN, JuS 1966, 377 ff., SAX, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, Grundrechte III/2 S. 954 ff., SCHMIDHÄUSER, Vom Sinn der Strafe, 1963, sowie die Beiträge von KLUG und ROXIN, in BAUMANN (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 36 ff. bzw. 75 ff.

⁴⁴ ROXIN, JuS 1966, 377 ff.; vgl. auch SCHMIDHÄUSER, aaO, S. 40 ff.

man dem Legitimationsgrund und der inneren Zielsetzung staatlichen Straßens näherkommen⁴⁵.

Ausgangspunkt dafür ist die Erkenntnis, daß der moderne säkulare Staat sich nicht dazu versteigen darf, gleichsam im Auftrag höherer Gerechtigkeit Vergeltung oder Sühne auferlegen zu wollen. Vielmehr ist auch das Strafrecht reines Zweckrecht: Als eine Art sozialer Notwehr dient es dem Schutz und der Selbstverteidigung der Gemeinschaft⁴⁶. Insofern verfolgt es sowohl ein *generalpräventives* wie ein *spezialpräventives* Ziel: Abschreckung der Allgemeinheit und Bewährung der Rechtsordnung einerseits und Besserung des Täters andererseits. Da dies durch die ohnehin selbstverständliche Pflicht zur Wiedergutmachung allein nicht zu erreichen ist, jedenfalls in der Regel davon kein hinreichend nachhaltiger Eindruck erwartet werden kann⁴⁷, muß dem Rechtsbrecher ein Mehr an Opfern auferlegt werden, was mangels sonstiger eindrucksvoller Mittel (leider) meist nur durch Eingriff in die eigene Rechtssphäre des Täters möglich ist. Und das bedeutet praktisch die bewußte Auferlegung eines Übels. Insofern — aber auch nur insofern — erlangt die Strafe als eine bewußt abschreckende Reaktion auf den Rechtsbruch de facto den Charakter der *Vergeltung*.

Wie jeder hoheitliche Eingriff unterliegt freilich auch die strafrechtliche Sanktion dem rechtsstaatlichen Prinzip des *Übermaßverbots*. Daraus ergibt sich neben den Grundsätzen der Zwecktauglichkeit und Verhältnismäßigkeit insbesondere auch die Beschränkung auf das schonendste Mittel. Das ist nicht nur für das Maß der generalpräventiven Erforderlichkeit, sondern ebenso für die Art der spezialpräventiven Einwirkung auf den Täter von Bedeutung. Denn danach muß im Hinblick auf seine menschliche Würde auch die Strafe den Täter in seiner selbstverantwortlichen Persönlichkeit unangetastet lassen und sich darauf beschränken, ihn zur Selbstbesinnung kommen zu lassen und seine Eigenkräfte zur Besserung zu wecken. Das hat selbstverständlich nur dort Aussicht auf Erfolg, wo der Verurteilte das ihm auferlegte Übel als sinnvoll, tat- und schuldgerecht empfindet. Nur dann besteht die — nicht erzwingbare, sondern allenfalls erhoffbare — Aussicht, daß sich der Verurteilte auch mit der Rechtsgemeinschaft wieder „versöhnt“, d. h. die Strafe als Chance einer „Bereinigung“ seiner mißbilligten Tat begreift.

So gesehen begründet sich die Legitimation staatlichen Straßens aus dem Abwehrrecht der Gesellschaft, in Art und Maß beschränkt durch das Über-

⁴⁵ Ob damit zugleich auch ihre „Sinnhaftigkeit“ erwiesen wäre — ein vor allem von SCHMIDHÄUSER, aaO, S. 39 ff. scharfsinnig herausgestelltes Problem —, muß hier ebenso dahinstehen wie die umstrittene Frage, inwieweit sich Begriff, Wesen, Sinn und Zweck der Strafe decken; vgl. dazu MAURACH, AT S. 62 ff. und PETERS, Kriminalpädagogik S. 81 ff.

⁴⁶ Vgl. NOLL, Ethische Begründung, insbes. S. 20 f.; SAX, aaO, S. 956 ff. und SCHMIDHÄUSER, aaO, S. 48 ff.

⁴⁷ Was freilich nicht heißen soll, daß der Wiedergutmachungsgedanke für die Sinnerfüllung der Strafe ohne jede Bedeutung wäre: vgl. unten S. 116 ff.

maßverbot und die Achtung der Menschenwürde. Für die Gedanken der General- und Spezialprävention, der Sühne und Vergeltung bedeutet das, daß keiner dieser traditionellen Strafrechte verabsolutiert werden darf, sondern daß sie gleichsam in einer „integrativen Verschränkung“ zur Sinnerfüllung der Strafe beizutragen haben⁴⁸.

2. Von dieser Basis aus wird man auch die punitive *Tauglichkeit* einer Straf-Einziehung kaum verneinen können.

Daß die Entziehung eines Gegenstandes für den betroffenen Eigentümer eine Vermögenseinbuße und damit ein Übel bedeutet, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Auch daß dieses Übel, wenn zur Verschärfung der Hauptstrafe auferlegt⁴⁹, eine abschreckende Wirkung entfalten kann, liegt auf der Hand⁵⁰. Dies umso mehr, als gerade durch die Einziehung der Tatwerkzeuge und -produkte der Allgemeinheit in besonders augenfälliger Weise gezeigt werden kann, daß sich der Einsatz letztlich doch nicht gelohnt hat und unrecht Gut nicht gedeiht. Dieses *psychologische* Moment ist auch für die erzieherische Aufgabe der Spezialprävention⁵¹ von hervorragender Bedeutsamkeit. Schon die Alltagserfahrung der Pädagogik lehrt, Verfehlungen mit solchen Mitteln zu beantworten, die in besonders engem Zusammenhang mit ihnen stehen. Der Junge, der zu maßregeln ist, weil er mit seinem Ball mutwillig ein Fenster des Nachbarn eingeworfen hat, wird eine Tracht Prügel im Regelfall verhältnismäßig schnell verschmerzen, wenn er sie nicht gar als inadäquat empfinden wird. Anders die Weisung, für eine bestimmte Zeit das Ballspielen zu unterlassen: Dies wird selbst dem Kind viel eher als verdient erscheinen; daher kann auch dem Verbot ein größerer erzieherischer Effekt zukommen. Gerade diesen pädagogischen Vorzug hat die Einziehung manchen anderen Strafmitteln voraus. Dem Jäger, der die Grenzen seines Reviers „übersieht“ oder die Schonzeit nicht einhält, wird sich das Unrechtmäßige seines Tuns sehr viel nachhaltiger einprägen, wenn seine Jagdwaffe eingezogen wird, als wenn er sein Vergehen nur mit einem Griff in die Brieftasche zu begleichen braucht. Auch der Schmuggler wird sich durch die Einziehung der „heißen Ware“ oder, bei entsprechend hoher Tatschuld, seines PKWs, meist stärker beeindrucken lassen als durch eine gleichwertige Geldstrafe. Natürlich kann

⁴⁸ Ob man statt dessen auch von einer „dialektischen“ Vereinigung der verschiedenen Strafzwecke sprechen könnte, wie dies ROXIN aus seiner — teils anders akzentuierten — Sicht der Dinge empfiehlt (JuS 1966, 387), ist hier nur von zweitrangiger Bedeutung.

⁴⁹ Vgl. BGHSt 4, 305/6, BGH NJW 1955, 1327.

⁵⁰ Vgl. etwa KG VRS 3, 125/6: „Eine wiederholte und der Öffentlichkeit bekanntgegebene Einziehung von Kraftwagen in Fällen der Fahrerflucht ist durchaus geeignet, erzieherisch zu wirken und gegebenenfalls Autofahrer davon abzuhalten, sich mit ihrem Wagen von der Unfallstelle zu entfernen und sich damit der Gefahr eines Verlustes ihres Wagens auszusetzen.“ Vgl. auch OLG Köln SJZ 1950, 218 und unten S. 318 ff.

⁵¹ Dazu allgemein PETERS, Kriminalpädagogik S. 95 ff.

nicht unterstellt werden, daß das in jedem Falle so sein müsse. Im ganzen gesehen kann jedoch kein Zweifel sein, daß die Einziehung, wie schon A. ARNDT⁵² treffend bemerkt hat, „nicht so phantasielos“ ist wie die Freiheits- oder Geldstrafe, ihr vielmehr *besondere general- und spezialpräventive Möglichkeiten* innewohnen.

Allerdings wird gegen eine strafweise Einziehung immer wieder ins Feld geführt — und damit ihre Tauglichkeit als Vergeltungsmaßstab bezweifelt —, daß sie weder nach Tatschwere und Tatschuld noch nach den Verhältnissen des Betroffenen abgestuft werden könne. Dieser Einwand, der schon von den Vertretern der präventiv-polizeilichen Einheitstheorie erhoben wurde⁵³ und auch neuerdings in der Argumentation des AE wieder auftaucht⁵⁴, wäre jedoch nur dann berechtigt, wenn die Einziehung jeweils starr und unabhängig von der übrigen Gesamtstrafzumessung zu verhängen wäre. Daß dies — nicht zuletzt infolge der bedauerlichen Vernachlässigung dieser Problematik — bislang meist so geschehen ist, sei nicht geleugnet, braucht aber deswegen künftig nicht so zu bleiben. Im Gegenteil: wie an anderer Stelle noch zu zeigen sein wird, dürfen die Nebenfolgen eben nicht nur als zufällig hinzutretende, außerhalb der Hauptstrafbemessung stehende Sanktionen verstanden werden, sondern müssen als Teil der *Gesamtentscheidung* über die Rechtsfolgen gesehen und entsprechend berücksichtigt werden⁵⁵. Wenn dies geschieht, so ist etwa nicht nur beim Einzeltäter eine die psychologischen Vorzüge der Einziehung nutzende und trotzdem ausgewogene Gesamtreaktion auf die Tat erreichbar, sondern auch bei mehreren Mittätern kann dem einen durch angemessene Herabsetzung der Hauptstrafe der Umstand angerechnet werden, daß er außerdem seiner Tatwerkzeuge verlustig geht. Daß dies zu Ungerechtigkeiten führen müsse, ist für den Regelfall nicht einzusehen. Soweit aber die Einziehung im Einzelfall tatsächlich das Gleichgewicht der Strafzumessung stören würde, müßte eben darauf verzichtet werden; denn nicht zuletzt deshalb soll sie ja künftig prinzipiell im Ermessen des Richters stehen und je nach den Bedürfnissen des Einzelfalles auf einen Teil der einziehungsverstrickten Gegenstände beschränkt werden können.

Natürlich kann nicht bestritten werden, daß die Einziehung trotzdem nie den gleichen Grad quantitativer Abstufbarkeit erreichen wird, wie dies bei den Freiheits- und Geldstrafen der Fall ist. Aber wieviel nützt letztlich dieser Vorzug, wenn sich das für die Strafart und -höhe so entscheidende Maß der Schuld angesichts der Schwäche unseres menschlichen Erkenntnisvermögens ohnehin nur in Näherungswerten bestimmen läßt?

3. Freilich ist die Beibehaltung der strafweisen Einziehung nicht nur eine Frage der Geeignetheit, sondern auch der *Erforderlichkeit*: Bedarf es denn neben Freiheits- und Geldstrafen heute überhaupt noch spezifischer Eigentumsanktionen? Auch diese Frage glauben wir bejahen zu müssen.

⁵² In Sonderausschuß, V/54. Sitzg. S. 1034 f.

⁵³ Vgl. oben S. 65.

⁵⁴ AE Begr. S. 161 zu § 88.

⁵⁵ Unten S. 356 f.

a) Für den Verfall der rechtswidrigen *Tatvorteile* liegt dies auf der Hand. Bereits zum Entgeltverfall nach geltendem Recht wurde bemerkt, daß die Hauptstrafe ihre Wirkung weitgehend verfehlen müßte, wollte man dem Verurteilten die aus der Tat gezogenen Gewinne oder sonstigen Vorteile belassen. Denn nicht nur, um das Strafübel zu verschärfen, sondern vielleicht sogar, um den Täter überhaupt erst für die Strafe empfänglich zu machen, sind ihm die durch die Tat zugeflossenen Vorteile wieder zu entziehen⁵⁶. Aus diesem Grunde hat zwar auch schon § 27 c II (jetzt § 27 b I) StGB vorgesehen, daß bei Bemessung der Geldstrafe etwaige Tatvorteile mitzubetrachten sind. Doch schon de lege lata konnte diese Möglichkeit der Strafverschärfung, da sie nur bei den Geld-, nicht aber bei Freiheitsstrafen in Betracht kommt, den kriminalpolitischen Bedürfnissen nicht genügen⁵⁷, und noch weniger könnte sie das bei Einführung des geplanten Tagesbußensystems⁵⁸. Deshalb erscheint die strafweise Einziehung der *scelere quaesita*, so wie sie in der einen oder anderen Form heute in fast allen Reformentwürfen vorgesehen ist⁵⁹, unentbehrlich, ganz abgesehen davon, daß auch hier der Warnungseffekt um so größer sein wird, je augenfälliger dem Täter gerade das wieder entwunden wird, was er durch seine Tat erstrebt hatte.

b) Nicht zuletzt aus diesem kriminalpädagogischen Grunde dürfte auch die *Einziehung anderer Tatobjekte* eine sinnvolle Ergänzung der übrigen Strafen darstellen⁶⁰. Dies um so mehr, als gerade im Erwachsenenstrafrecht eine

⁵⁶ Vgl. oben S. 84 sowie die Begr. des E 1962 S. 241 vor § 109: Der Verfall „dient vorwiegend dazu, die Strafe durch Wegnahme des Gewinns aus der Tat in sinnvoller Weise zu ergänzen“. Und weiter zu § 109: „Es ist nicht sinnvoll, den Täter zu bestrafen, zugleich aber ihm den durch die Tat unrechtmäßig zugeflossenen Gewinn zu belassen.“ — Hierzu hat GALLAS, Niederschriften III S. 280 treffend bemerkt, daß es unerträglich wäre, wenn der Täter bei Belassung eines hohen Gewinnes die etwaige zweimonatige Gefängnisstrafe lediglich als „Betriebsrisiko“ einzukalkulieren bräuhete. Vgl. auch BGHSr 11, 345/7 sowie die Nachweise zum schweizerischen Recht bei HAEMMERLI, S. 3. — Keinesfalls läßt sich der Strafcharakter mit der Begründung verneinen, daß dem Täter der rechtswidrige Vorteil ja ohnehin nicht zustehe und daher seine Entziehung keinen Verlust bedeute (so KOFFKA, Niederschriften III S. 280). Ganz davon abgesehen, daß hier eine Verwechslung von Einziehungs- (Verwirkung) und Einziehungs-Zweck (Strafe) vorliegt, geht dieser „konstruierte“ Gedanke (GALLAS, Niederschriften III S. 280) schlicht am Leben vorbei; denn daß der Vorteil zumindest einen wirtschaftlichen Wert darstellt, ist schlechterdings nicht zu leugnen.

⁵⁷ Vgl. E 1962 Begr. S. 241.

⁵⁸ E 1962, aaO, sowie S. 172; vgl. auch JESCHECK, AT S. 523, WOESNER, NJW 1966, 325. Bezeichnenderweise haben daher gerade auch die skandinavischen Länder, von denen das Tagesbußensystem übernommen worden ist, besondere Regelungen über den Verfall illegaler Gewinne getroffen; vgl. GÖHLER, in Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 542.

⁵⁹ So in § 109 E 1962, § 83 AE (vgl. aber dazu auch unten S. 127 ff.), § 73 I StGB 1973, § 23 östE 1964; vgl. ferner Art. 59 I schweizStGB. Von den früheren Entwürfen hatte erstmals der E 1919 den allgemeinen Verfall von Tatentgelten vorgesehen (§ 85).

⁶⁰ Zu der praktisch höchst bedeutsamen Rolle, die die Strafeinziehung vor allem

wachsende Verarmung der Sanktionsmittel zu konstatieren ist⁶¹. Soweit das die kurzzeitigen Freiheitsstrafen betrifft, ist es zweifelsohne zu begrüßen. Denn die Einwände, die bekanntlich schon v. LISZT gegen diesen sozial deklassierenden, die Resozialisierung erschwerenden Freiheitsentzug erhoben hat, haben inzwischen eher noch an Gewicht zugenommen⁶². Daher kann man die Versuche, wie sie bis zu einem gewissen Grade schon vom E 1960/62⁶³, aber noch weitaus radikaler vom GE BAUMANN⁶⁴ und dem jetzigen AE⁶⁵ zur Verdrängung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe unternommen wurden⁶⁶, nur lebhaft unterstützen. Allerdings muß man sich darüber klar sein, daß damit für die untere und mittlere Kriminalität, da hierfür Freiheitsstrafen regelmäßig nicht in Betracht kommen, praktisch nur die Geldstrafe bleibt⁶⁷. Doch gerade bei der Geldstrafe erscheint die Gefahr der Anonymität, des Nicht-persönlich-betroffen-Fühlens⁶⁸, der mangelnden Kongruenz mit der Tat besonders groß, ganz ungeachtet der Tatsache, daß sie sich nie restlos von dem Odium wird befreien können, daß hier strafwürdiges Unrecht wie irgendein Blechschaden schlicht „abbezahlt“ wird⁶⁹. Nicht, als ob das ein Grund wäre, zu den kurz-

im Nebenstrafrecht spielt, vgl. GÖHLER, in Sonderausschuß, V/28, Sitzg. S. 549 ff., sowie speziell zum Steuerrecht v. ALPEN, ZfZ 1950, 226/9 bzw. zum Lebensmittelrecht HIERONIMI, LebMittelG, § 13 Anm. 2.

⁶¹ Im gleichen Sinne DREHER, Sonderausschuß V/54, Sitzg. S. 1033, wenn er in der Einziehung eine Bereicherung der Möglichkeiten strafrechtlicher Reaktionen sieht.

⁶² Eine eingehende Übersicht über die vielfältigen Bedenken, die gegen die kurzzeitigen Freiheitsstrafen sprechen, findet sich bei BAUMANN, Beschränkung des Lebensstandards S. 15 ff. und bei ZIPF, Geldstrafe S. 18 ff. m. weit. Nachw.

⁶³ So z. B. durch Erhöhung der Mindestdauer der Gefängnisstrafe auf 1 Monat (§ 46 E 1962; beachte aber dafür die Einführung der kurzzeitigen Strafhafte § 47 E 1962) und durch Ausbau der Geldstrafe i. S. eines Tagesbußensystems (§ 51 E 1962).

⁶⁴ Vgl. etwa § 33 I 2 i. V. m. § 37 GE BAUMANN, wonach bei Gefängnisstrafen unter 1 Jahr in der Regel eine Ersatzgeldstrafe eintritt. Vgl. dazu auch BAUMANN, Kleine Streitschriften S. 48 ff.

⁶⁵ Vgl. insbesondere § 36 AE: Mindestdauer der (Einheits-) Freiheitsstrafe 6 Monate! Zum Ganzen AE Begr. S. 71 ff. und BAUMANN, Beschränkung des Lebensstandards S. 32 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu auch die bemerkenswerten Vorschläge von ZIPF, Geldstrafe S. 97 ff., und in ZStW 77, 526 ff., sowie H. MAYER, Strafrechtsreform S. 130 ff.

⁶⁷ Vgl. im einzelnen ZIPF, Geldstrafe S. 22 ff. Auch das Fahrverbot, das von § 55 IV AE als weitere Hauptstrafe vorgesehen ist, vermag praktisch nur für den Teilbereich der Verkehrsdelikte eine gewisse Entlastung zu bringen.

⁶⁸ Was jedoch nicht zu verwechseln ist mit mangelnder Nachhaltigkeit. Denn daß jedenfalls die Laufzeitgeldstrafe als Lebensstandardbeschränkung eine höchst effektive Sanktion sein könnte, hat jüngst BAUMANN gegenüber unbegründeten Befürchtungen einer Strafrechtsverweichung durch den AE überzeugend dargetan (BAUMANN, Beschränkung des Lebensstandards S. 27 ff., 38 ff., 78 ff. und im Programm für ein neues Strafgesetzbuch S. 128 ff.).

⁶⁹ Allerdings ist zuzugeben, daß diese Befürchtung jedenfalls bei der Lebensstandardbeschränkung unbegründet wäre. Über sonstige, vor allem auch praktische Nachteile der Geldstrafe vgl. ZIPF, Geldstrafe S. 26 ff. und LACKNER, JZ 1967, 517 f.

zeitigen Freiheitsstrafen zurückzukehren. Im Gegenteil: gerade um ihre Verdrängung auch den Skeptikern leichter zu machen, ist nach Wegen zu suchen, die dem Richter, ähnlich wie im Jugendstrafrecht, eine größere Auswahl an tatangemessenen Sanktionen bieten.

Das Fahrverbot war bereits ein erster erfreulicher Schritt in diese Richtung⁷⁰. Ihm liegt der zutreffende Gedanke zugrunde, daß der Täter auf eine „tatadäquate“ Weise, nämlich durch einen Denkkzettel anzusprechen ist, der gewissermaßen eine Spiegelung seines rechtswidrigen Verhaltens darstellt: Weil er seine Fahrerlaubnis durch Verstoß gegen bestimmte Vorschriften mißbraucht hat, soll sie für eine bestimmte Zeit suspendiert sein⁷¹. Nun kann es heute sicherlich nicht mehr darum gehen, das alte Talionsprinzip wiedereinzuführen⁷². Immerhin hat aber der in ihm steckende Symbolgedanke den kriminalpolitisch nicht zu unterschätzenden Vorzug, dem Verurteilten die innere Verknüpfung von Tat und Strafe besonders deutlich zu Bewußtsein zu bringen. Der anonymen Geldstrafe geht dieser Aspekt völlig ab. Dagegen wohnt er ebenso wie dem Fahrverbot bis zu einem gewissen Grade auch der Einziehung inne, wenn dem Täter gerade jener Gegenstand weggenommen wird, der als Werkzeug, Produkt oder Objekt im Zentrum seines verbrecherischen Handelns stand. Warum sollte man diese Symbolkraft nicht nutzen?

c) Freilich dürfte die Einziehung, wenn sie wirklich voll zur Entfaltung kommen sollte, nicht mehr nur zufällige Nebenfolge sein, sondern müßte — ähnlich wie dies der AE für das Fahrverbot (§ 55 IV) vorsieht — auch als Hauptstrafe die Stoßrichtung der Sanktion bestimmen können. Das ist durchaus kein völlig neuartiger Gedanke. Denn schon Stooß wollte in seinem berühmten Vorentwurf eines schweizerischen StGB von 1893 die Einziehung nicht nur neben, sondern auch anstelle der Hauptstrafe zulassen⁷³. Auch in den Niederlanden und der Tschechoslowakei wird dies neuerdings praktiziert⁷⁴. Selbstverständlich kann das kein jederzeit brauchbares Patent-

⁷⁰ Vgl. § 37 StGB, § 58 E 1962. Noch weitergehend will der AE das Fahrverbot zu Recht auch als Hauptstrafe zulassen (§ 55 IV).

⁷¹ Vgl. v. WEBER DRIZ 1951, 155: „Der Täter wird in dem Interesse getroffen, für das er gefehlt, er verliert das Recht, das er mißbraucht hat.“

⁷² Insofern wendet sich auch BAUMANN, Kleine Streitschriften S. 46 mit Recht gegen ein naives Talion-Denken, in dem Übel gegen Übel gesetzt wird.

⁷³ Art. 27 des Strosschen Vorentwurfs. Zustimmung v. LILIENTHAL, ZStW 15, 307.

⁷⁴ Art. 33 II des Niederländischen StGB i. d. F. vom 22. 5. 1958; dies wird damit begründet, daß es Fälle gibt, in denen es der Richter nicht für notwendig erachtet, eine Freiheits- oder Geldstrafe aufzuerlegen, doch gerade in der Einziehung das tunlichste Besserungsmittel sieht (vgl. BRONGERSMA, ZStW 78, 562 und CIRPKA, System der Strafen S. 33). Das Tschechoslowakische StGB von 1961 (vgl. oben Anm. 12) sieht in § 56 den Verfall von Entgelten, Tatwerkzeugen oder -produkten u. a. dann als selbständige Strafe vor, „wenn im Hinblick auf den Charakter der begangenen Straftat und die Möglichkeit einer Besserung des Täters die Verhängung einer anderen Strafe zur Erreichung des Strafzwecks nicht erforderlich ist“.

rezept sein. Sicherlich ließen sich aber genügend Fälle denken, in denen schon allein die Einziehung eine angemessene und ausreichende Antwort auf die Tat wäre: so etwa die Einziehung der Schmuggelware, des wiederholt zum Fahren ohne Fahrerlaubnis benutzten Kraftfahrzeugs, der nicht genehmigten Sendeanlage. Zwar ist all dies im geltenden Recht ja ohnedies als Nebenfolge vorgesehen. Aber entweder wird dann schon die Hauptstrafe so hoch bemessen, daß die zusätzliche Einziehung eines wertvollen Gegenstandes als ungerecht empfunden wird; oder aber die Hauptstrafe wird mit Rücksicht auf die Einziehung so niedrig angesetzt, daß sie sich daneben als lächerlich ausnimmt. Hier wäre die glatteste Lösung zweifellos die, in geeigneten Fällen die Einziehung auch anstelle der an sich vorgesehenen Hauptstrafe zuzulassen.

Dies hätte auch gewisse praktische Vorteile. Zu den ungelösten, wenn nicht sogar unlösbaren Problemen der Geldstrafe gehören nach wie vor die Schwierigkeiten ihrer Eintreibung und die Gefahr ihrer Abwälzung auf andere⁷⁵. Bei der Einziehung von Sachgegenständen stellen sich diese Fragen kaum. Denn da sie bereits durch vorläufige Beschlagnahme der betroffenen Objekte abgesichert werden könnte⁷⁶, ließe sie sich meist schnell und ohne viel Aufwand realisieren⁷⁷. Auch eine Abwälzung des Strafübels auf Familienangehörige, wie dies vor allem bei ratenweiser Abzahlung von Geldstrafen häufig zu geschehen scheint, ist bei der Einziehung zumindest erschwert, wenn sich auch nicht völlig ausschließen läßt, daß hinterher die Familie wieder mitbemißt wird, einen gleichwertigen Ersatzgegenstand zu beschaffen. Trotzdem würde die augenfällige Wegnahme des Einziehungsobjekts immer noch einen nachhaltigeren Eindruck hinterlassen als die Geldstrafe, bei der dem Verurteilten faktisch sogar die Möglichkeit bleibt, das Strafübel unmittelbar aus fremder Tasche zu begleichen.

4. Noch ein weiteres Moment wäre hier zu berücksichtigen: das der Wiedergutmachung. Bedauerlicherweise hat die Tatsache, daß sich staatliche Strafe und zivilistische Entschädigung im Laufe der Zeit dogmatisch und prozessual immer weiter auseinander entwickelt haben, fast vergessen lassen, daß beide im Gedanken der „restitutio“, d. h. der öffentlich- und privatrechtlichen Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens, ihre gemeinsame Wurzel haben⁷⁸. Das hat vor allem im deutschen Recht dazu geführt, daß das Strafverfahren — von praktisch wenig bedeutsamen privatrechtlichen Relikten einmal abgesehen⁷⁹ — heute nur noch auf die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruches ausgerichtet ist und dadurch das Ersatzinteresse des Tatgeschädigten

⁷⁵ Näheres dazu bei ZIPF, Geldstrafe S. 29 ff., 34 f. sowie (insbesondere zu den Möglichkeiten einer Behebung dieser Mängel) in ZStW 77, 547 ff.

⁷⁶ Vgl. § 94 StPO.

⁷⁷ Vgl. BayObLGSt 1961, 277/9.

⁷⁸ Vgl. näher v. HIPPEL, Dt. Strafrecht I S. 27 ff., 32 ff., 38 ff., SCHÖNKE, Adhäsionsprozeß S. 3 ff., 145 ff., KÜHLER, ZStW 71, 624 ff.

⁷⁹ So die Privat- und Nebenklage, das Adhäsionsverfahren und die Buße nach §§ 188, 231 StGB.

völlig aus den Augen verloren hat⁸⁰. Daß dies neben unleugbaren prozeßtechnischen Vorzügen auch zu einer rechtspolitisch bedenklichen Vernachlässigung des Tatopfers und zur Zerstörung der ursprünglichen Sinneinheit der Wiedergutmachung geführt hat, wurde mit Recht schon oft genug beklagt⁸¹. Deshalb ist es nur zu begrüßen, daß man sich seit einiger Zeit erneut darum bemüht, auch die Interessen des Verletzten wieder stärker in das Strafverfahren einzubeziehen, und zwar nicht nur prozessual, wie etwa durch Verbesserung des Adhäsionsverfahrens⁸², sondern auch materiell, indem die öffentlich-rechtliche Strafe zugleich der Wiedergutmachung des privaten Schadens dienstbar gemacht wird.

Entscheidende Impulse sind auch hierzu vor allem von StROOS ausgegangen. Um die Interessen des Tatopfers zu fördern, wollte er in seinem vielbeachteten Vorentwurf zu einem schweizerischen StGB von 1893 nicht nur den Verurteilten bei Wiedergutmachung des Schadens von der Strafvollstreckung freistellen (Art. 46), sondern auch der Ertrag einer Geldstrafe sowie die Erlöse aus der Verwertung eingezogener Gegenstände sollten in erster Linie dem Geschädigten zuerkannt werden (Art. 29). Inzwischen sind diese Gedanken, die weithin zustimmenden Widerhall fanden⁸³, in vielen Ländern bereits gesetzliche Wirklichkeit geworden⁸⁴. In Deutschland hingegen will man die Wiedergutmachung bislang nur als Bewährungsaufgabe vorsehen⁸⁵.

Ähnlich wie etwa im schweizerischen und dänischen Recht⁸⁶ sollte man daher auch hiezulande die strafbare Einziehung zugleich in den Dienst der Wiedergutmachung stellen. Und zwar nicht nur in der Weise, daß der Ge-

⁸⁰ Über das ausländische Recht, in dem den Interessen des Verletzten auch im Strafverfahren meist sehr viel großzügiger Rechnung getragen wird (z. B. in Frankreich und Italien), vgl. im einzelnen die eingehenden Übersichten bei SCHOETENSACK, VDA II S. 467, SCHÖNKE, Adhäsionsprozeß S. 54 ff. und HOEFLIGER, Schadensdekung, sowie aus neuerer Zeit vor allem GLOSS, Materialien II AT S. 277 ff., JESCHECK, JZ 1958, 591 ff. und KÜHLER, ZStW 71, 618 ff.

⁸¹ Vgl. vor allem FERRI, Il diritto di punire come funzione sociale S. 28 f., sowie in seinen Principii di diritto criminale S. 408 ff., 597 ff.; ferner EXNER, SchwZStr 43, 19 ff., HAFTER, AT S. 421, JESCHECK, JZ 1958, 592 ff. und KÜHLER, ZStW 71, 624 ff. m. weit. Nachw.

⁸² Dazu insbes. SCHÖNKE, Adhäsionsprozeß, S. 153 ff., NAGLER, GS 113, 49 ff. und JESCHECK, JZ 1958, 594 f.

⁸³ So u. a. bei GAUTIER, SchwZStr 7, 72, MERKEL, SchwZStr 7, 8 f., v. LILIENTHAL, ZStW 15, 155 f. Selbstverständlich zustimmend auch die „scuola positiva“, die darin eine Verwirklichung ihrer Ideen sah: vgl. FERRI, der die StROOSSschen Vorschläge u. a. als einen „trionfo completo delle nostre idee sul risarcimento dei danni“ bezeichnete (zit. nach v. LILIENTHAL, ZStW 15, 131, 155).

⁸⁴ Vgl. im einzelnen die in Anm. 80 genannten Übersichten sowie die Nachw. oben Anm. 31. Über die vielfältigen Wiedergutmachungstendenzen im heutigen schweiz. Recht vgl. ferner HAFTER, AT S. 421 f., HAEMMERLI, S. 51 f. und HOEFLIGER, aaO.

⁸⁵ Vgl. § 24 I Nr. 1 StGB. Auch die Reformentwürfe — mit Ausnahme des § 56 AE — gehen darüber praktisch nicht hinaus (vgl. § 74 E 1962). Lediglich über die Rücksichtnahme auf den Geschädigten beim Gewinnverfall hat man noch heftig diskutiert: vgl. insbes. Sonderausschuß, V/53.Sitzg. S. 994 ff. sowie unten S. 294 ff.

⁸⁶ Vgl. oben Anm. 31.

schädigte auf Grund irgendwelcher Vollzugsvorschriften in Härtefällen gnadenhalber aus dem Erlös der Einziehungsgegenstände befriedigt werden kann. Vielmehr sollte in den Einziehungsvorschriften selbst ganz offen klar gestellt sein, daß die strafweise Einziehung auch positiv dazu dienen soll, aus dem Erlös die legitimen Interessen des Tatopfers zu befriedigen. Den rechtspolitischen Wert einer solchen Regelung sollte man, solange die Praxis nicht das Gegenteil bewiesen hat, nicht voreilig zu gering veranschlagen. Denn einerseits würde dadurch dem Verletzten, dem als juristischem Laien ohnehin meist jedes Verständnis für die Doppelgeleisigkeit von Straf- und Zivilverfahren abgehen wird⁸⁷, das rechtsentfremdende Gefühl genommen, daß er vom Staat, der offenbar nur seine eigenen Interessen kennt, seinem Schicksal überlassen wird⁸⁸. Andererseits hätte es auch einen hohen *kriminalpädagogischen* Sinn, dem Verurteilten zu Bewußtsein zu bringen, daß seine Bestrafung nicht nur negativ die Auferlegung eines Übels bedeutet, sondern *positiv* der Heilung des angerichteten Schadens und damit letztlich der *Wiederherstellung sowohl des öffentlichen wie privaten Friedens* dienen soll⁸⁹.

Insgesamt dürften diese Überlegungen gezeigt haben, daß der strafweisen Einziehung, sofern man überhaupt am Strafgedanken festhält, auch heute die kriminalpolitische Berechtigung nicht abgesprochen werden kann. Deshalb sollte sie auch im künftigen Recht die in ihr steckenden Möglichkeiten zur Entfaltung bringen können.

III. Die Sicherungsfunktion

Im Gegensatz zur pönalen Zielsetzung steht die *präventive* Sicherungsfunktion der Eigentumssanktionen heute praktisch außer Streit⁹⁰. Ja, wie be-

⁸⁷ Treffend dazu JESCHECK JZ 1958, 592.

⁸⁸ Vgl. SIMON bei SCHÖNKE, Adhäsionsprozeß S. 147. Um dem abzuweichen, will die FERRISCHE Schule in der Ersetzung des Schadens aus dem Delikt sogar eine öffentlichrechtliche Angelegenheit sehen (vgl. die Nachw. oben Anm. 81 sowie EXNER, SchwZStr 43, 30 f. und HAFTER, AT S. 421 f.). Ob man in der Tat so weit gehen müßte, wäre erst noch zu prüfen. Jedenfalls hat dieser Gedanke im italienischen und in einigen lateinamerikanischen Rechten weitgehende gesetzliche Anerkennung gefunden (vgl. im einzelnen GLOSS, Materialien II AT S. 279 ff. und KÜHLER ZStW 71, 621 ff.).

⁸⁹ Vgl. KÜHLER ZStW 71, 625, SCHÖNKE, Adhäsionsprozeß S. 146 ff. und PETERS, Kriminalpädagogik S. 624.

⁹⁰ Selbst soweit die Sicherungsmaßregeln heute noch in ihrer Legitimität angezweifelt werden (so z. B. von H. MAYER, Strafrechtsreform S. 43, 49 ff., 55), betrifft das im wesentlichen nur die gegen Personen gerichteten Maßnahmen; so nimmt auch H. MAYER die Sicherungseinziehung ausdrücklich von seinen Einwänden aus (aaO, S. 119). Generell zur Rechtfertigungsproblematik der Sicherungsmaßregeln BRUNS, ZStW 71, 211 ff., GRÜNWALD, ZStW 76, 633 ff.; vgl. auch G. KAISER, ZStW 78, 107 ff. m. weit. Nachw.

reits festgestellt, geht eine ganze Reihe ausländischer Rechte⁹¹ und auch deutscher Reformentwürfe⁹² so weit, den einzigen legitimen Zweck strafrechtlicher Eigentumssanktionen überhaupt nur noch in der sachgerichteten Gefahrenabwehr zu sehen.

Indes, völlig selbstverständlich ist das nicht. Denn da auch der Polizei in vielen Bereichen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung das Recht zu Beschlagnahmen, Einziehungen, Unschädlichmachungen und ähnlichen sichernden Maßnahmen eingeräumt ist⁹³, könnte man durchaus die Frage stellen, ob es sinnvoll ist, daneben auch den Srafrichter noch mit derartigen Aufgaben zu betrauen. Hinzu kommt, daß es das Strafrecht wesensgemäß mit dem Täter als Menschen, der bestraft, gebessert oder sicherheitshalber in Verwahrung genommen werden soll, zu tun hat, die Sicherungseinziehung und Unbrauchbarmachung dagegen primär sachbezogen ist.

Trotzdem wird man dem gegenwärtigen Trend zur spezifisch strafrechtlichen Sicherungseinziehung die kriminalpolitische Berechtigung nicht absprechen können. Denn entwicklungsgeschichtlich handelt es sich dabei nicht um ein isoliertes Phänomen, sondern um die Folgeerscheinung einer Bewegung, die praktisch das ganze Sanktionssystem ergriffen hat. Nicht nur, daß das Monopol der Strafen prinzipiell durch die Einführung sichernder und bessernder Maßregeln beschränkt wurde; ebenso wenig ist die Sicherungseinziehung der einzige Fall, in dem eine strafrechtliche Maßnahme ein spezifisch verwaltungsrechtliches Pendant hat: Man denke nur an die Entziehung der Fahrerlaubnis⁹⁴ und die Verwahrung Geisteskranker⁹⁵. Wenn hier der Srafrichter geradezu in Konkurrenz zu bestimmten Verwaltungsbehörden mit typisch präventiv-polizeilichen Aufgaben betraut wird, so kann das heute seinen Grund weniger darin haben, daß damit eine größere Rechtssicherheit gewährleistet wäre⁹⁶; denn seitdem auch polizeiliche Anordnungen im vollen Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen⁹⁷, ist die Gefahr eines Mißbrauchs kaum noch zu befürchten. Entscheidend dürfte dagegen der

⁹¹ Vgl. die Nachweise oben S. 106 Anm. 24 bis 27.

⁹² So z. B. der Entwurf RADBRUCH 1922 (§§ 60, 61), der E 1936 (§§ 77 bis 79) und neuerdings der AE (§ 88; dazu die Begr. S. 161); ebenso der östE 1964 (§ 32). In diesem Sinne auch schon DICKEL, JW 1920, 53. Vgl. ferner oben S. 107 f.

⁹³ Vgl. oben S. 9.

⁹⁴ Einerseits § 42 m StGB, andererseits § 4 StVG, § 15 b StVZO. Vgl. dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 m Rdnr. 6.

⁹⁵ Einerseits § 42 b StGB, andererseits die Unterbringung nach den landesrechtlichen Verwahrungsgesetzen. Näheres dazu bei BAUMANN, Unterbringungsrecht, insbes. S. 45 ff.

⁹⁶ So aber noch die Vertreter der präventiv-polizeilichen Einheitstheorie (vgl. insbes. NISSEN, Straßb. Festg. f. PLANCK, S. 87 ff.; dazu oben S. 66). Doch auch in der Begr. des E 1962 S. 208 taucht noch das Argument größerer Rechtsstaatlichkeit bei gerichtlicher Anordnung auf.

⁹⁷ Vgl. im einzelnen EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, § 42 Rdnr. 12 ff. m. weit. Nachw.

Gedanke der größeren Sachnähe sein. Da die strafrechtlichen Eigentumsanktionen ja nicht allein am Begriff des polizeiwidrigen Zustands ausgerichtet sind, sondern an ein straftatbestandsmäßiges Verhalten anknüpfen, dessen Feststellung dem Richter aufgegeben ist, liegt es nahe, diesen auch die Entscheidung über die möglichen Rechtsfolgen zu übertragen. Daß diese auch in einer Sicherungsmaßregel bestehen können, erscheint in einem dualistischen Sanktionssystem nicht mehr justizfremd. Überdies wäre es in höchstem Maße unökonomisch, wenn der Richter, der im Rahmen eines Strafverfahrens sich von der sicherungsbedingten Einziehungsbedürftigkeit eines bestimmten Tatobjektes überzeugen konnte, zwar den Täter bestrafen, die Entscheidung über die Einziehung der gefährlichen Sache jedoch an eine Polizeibehörde abgeben müßte⁹⁸.

Wenn daher gegen die strafrechtliche Sicherungseinziehung und Unbrauchbarmachung heute keine ernsthaften Bedenken mehr erhoben werden können, so bedeutet das freilich nicht, daß an der Ausgestaltung der geltenden und geplanten Regelungen im einzelnen nicht noch manches zu korrigieren wäre. Darauf wird im besonderen Teil (unten § 14) noch zurückzukommen sein.

IV. Die Ausgleichsfunktion

Bereits bei der Diskussion um die Rechtsnatur hat sich gezeigt, daß bei manchen Eigentumsanktionen rein pönale bzw. präventiv-polizeiliche Deutungen nicht ausreichen, sondern zivilistische Reparationsgesichtspunkte im Vordergrund stehen. Das war vor allem bei der *Gewinnabschöpfung* festzustellen⁹⁹. Dem sollte künftig noch stärker Rechnung getragen werden.

Wenn sich das Rechtsgefühl dagegen sträubt, daß die unter Mißachtung strafrechtlicher Schutznormen erlangten Gewinne ungestört sollten genossen werden können¹⁰⁰, so mag das zwar vordergründig auf den emotionalen Abscheu vor dem Makel des Illegalen zurückzuführen sein. Doch dahinter steht

⁹⁸ In diesem Sinne auch die Begr. des E 1962 S. 225 zur gerichtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis. Vgl. ferner BAUMANN, AT S. 47, 713 f. sowie eingehend zum Ganzen EXNER, Sicherungsmittel S. 45 ff., 186 ff.

⁹⁹ Und in diesem Widerstreben kann man heute eine durchaus einmütige Rechtsüberzeugung sehen. Das beweist schon der Umstand, daß die Notwendigkeit und Berechtigung der Abschöpfung illegaler Gewinne, trotz mancher Kritik im einzelnen, im Prinzip nirgends ernsthaft bezweifelt wird. Auch SCHÄFER, der sich in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission gegen eine allgemeine Gewinnverfallvorschrift gewandt hatte, wollte damit keinesfalls auf jegliche Entziehung derartiger Tatvorteile verzichten (vgl. Niederschriften III S. 280, 396 ff.). Bemerkenswerterweise geht selbst der AE, dem man ansonsten den Mut zur Lücke nicht wird absprechen können, sogar über den E 1962 noch hinaus, indem er — und zwar durchaus folgerichtig (vgl. weiteren Text) — auch eine nur rechtswidrige Handlung als Anknüpfungstat für die Gewinnabschöpfung ausreichen läßt: vgl. § 83 AE gegenüber § 109 E 1962; wie der AE auch der Änderungsvorschlag des Sonderausschusses, V/53, Sitzg. S. 1001 ff., 1004.

¹⁰⁰ Vgl. oben S. 84 ff.

auch die durchaus nachweisbare Tatsache, daß ungesetzliche Gewinne im Grunde immer auf Kosten anderer erlangt sind. Das soll nicht heißen, daß dadurch immer ein genau bezifferbarer oder zivilrechtlich einklagbarer Schade entstanden sein müßte. Jedenfalls wird aber dadurch regelmäßig die Allgemeinheit betroffen sein, sei es daß beispielsweise durch verbotene Monopolbildungen oder unlauteren Wettbewerb das machtwirtschaftliche Gleichgewicht gestört oder daß durch unzulässige Preisgestaltung das allgemeine Bewirtschaftungssystem in Unordnung gebracht werden. Noch schwerer wiegen die Fälle, in denen die Gewinne aus der Mißachtung lebensmittelrechtlicher Vorschriften herrühren und damit, wenn auch im einzelnen nur schwer meßbar, praktisch auf Kosten der Gesundheit der Kundschaft gemacht werden¹⁰¹.

Diese Übervorteilung der anderen durch Entziehung der illegalen Tatvorteile wieder rückgängig zu machen, ist ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit. Dies nicht einmal nur im Interesse einer Strafergänzung oder -verschärfung¹⁰²; ja selbst der Sicherung etwaiger privater Ersatzinteressen¹⁰³ kommt dabei u. U. nur subsidiäre Bedeutung zu. Im Vordergrund steht hier vielmehr die legitime Aufgabe des Staates, als *Repräsentant der Allgemeinheit* für eine Wiedergutmachung der ihr zugefügten Schäden und damit für eine Wiederherstellung der gestörten Gesamtordnung zu sorgen¹⁰⁴. Insofern wird die Einziehung unrechtmäßiger Tatvorteile von einer quasi-konditionellen *Ausgleichsfunktion* bestimmt¹⁰⁵.

Da sie als primär reparationsgerichtete Maßnahme nicht notwendig an ein schuldhaftes Verhalten (i. S. spezifisch strafrechtlicher Verschuldungskategorien) gebunden ist¹⁰⁶, kann sie vor allem dort von größter praktischer Bedeutung sein, wo dem Empfänger der Gewinne mit rein pönalen Sanktionen nicht wirksam beizukommen ist: so gegenüber juristischen Personen, Handelsgesellschaften und sonstigen *verbandsmäßigen* Zusammenschlüssen, sowie überhaupt in allen Fällen, in denen die aus einer Straftat gezogenen Vorteile kraft eines

¹⁰¹ Über sonstige Fälle, in denen die Abschöpfung unrechtmäßiger Gewinne besonders dringlich erscheint, wurde bereits in den Diskussionen der Großen Strafrechtskommission manches eindrucksvolle Material beigebracht; vgl. Niederschriften III S. 203 ff., 278 ff., IV S. 321 ff., und zwar insbesondere die Ausführungen von GOSSRAU und KOFFKA; ferner GÖHLER, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 993 ff.

¹⁰² Dazu oben S. 83 ff. und 113.

¹⁰³ Dazu oben S. 116 ff.

¹⁰⁴ Interessant dazu § 10 Berliner SammlungsG v. 15. 2. 1967 (GVBl. S. 361), wonach die eingezogenen Erträge aus unerlaubten Handlungen und damit beschafften Gegenständen zu gemeinnützigen Zwecken zu verwenden seien.

¹⁰⁵ Vgl. GOSSRAU, Niederschriften III S. 205, KOFFKA, Niederschriften III S. 279 ff., LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 79 ff., R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 219 ff. — Ob man dabei den Akzent mehr auf die Rückgängigmachung einer Entreicherung, wie dies vor allem KOFFKA tut, oder auf die Reparation eines der Allgemeinheit oder einem bestimmten Privaten entstandenen Schadens legt, ist hier von zweitrangiger Bedeutung.

¹⁰⁶ LANG-HINRICHSSEN, aaO, S. 72; vgl. auch R. SCHMITT, aaO, S. 221 f. sowie unten S. 286 f.

Vertretungsverhältnisses einer Person zugeflossen sind, die mangels eigenen Verschuldens strafrechtlich selbst nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Deshalb wurde gerade angesichts der „Ohnmacht des Individualstrafrechts gegenüber den Verbänden“ (R. SCHMITT)¹⁰⁷ die Gewinnabschöpfung als *die Maßnahme überhaupt* immer wieder nachdrücklich gefordert¹⁰⁸. Dem kann nur zugestimmt werden.

Freilich wird die Sanktion ihr kriminalpolitisches Ziel, die Allgemeinheit vor den oft nur schwer faßbaren Übervorteilungen durch die „Verbandskriminalität“ zu schützen, nur dann wirksam erfüllen können, wenn man über alle pönalen Momente hinweg ihre spezifische Ausgleichsfunktion voll zur Geltung kommen läßt, ihr also keine weiteren Fesseln anlegt, als durch die Eigenart ihres Charakters geboten sind. Das bedeutet vor allem den Verzicht auf ein strafrechtliches Verschulden¹⁰⁹. Deshalb lassen der AE (§ 83 I) und künftig auch § 73 I StGB 1973 den Gewinnverfall ganz folgerichtig schon auf Grund einer (nur) rechtswidrigen Tat zu¹¹⁰ und eröffnen damit die Möglichkeit, auch gegen (natürliche und juristische) Personen, denen unrechtmäßige Gewinne ihrer Organe oder Vertreter zugeflossen sind, vorzugehen, ohne sich dadurch mit dem Schuldgrundsatz in Widerspruch zu setzen.

Nicht so der E 1962. Hier soll auch der Gewinnverfall, wie sich nicht nur aus der Begründung¹¹¹, sondern u. a. auch aus der Beschränkung auf volldeiktische Anknüpfungsdaten (§ 109 II) ergibt, primär eine die Hauptstrafe ergänzende pönale Sanktion sein. Um so mehr muß es aber überraschen, daß der E 1962 auch die über ein Organ- oder Vertretungsverhältnis an dritte Personen gelangten Vorteile abschöpfen will (§ 109 III), ungeachtet der Tatsache, daß diesen kein eigenes Verschulden vorzuwerfen ist¹¹². Wenn die Be-

gründung das mit dem Hinweis auf „kriminalpolitische Gründe“¹¹³ zu rechtfertigen sucht, so kann diesen, wie gezeigt, die Berechtigung zwar nicht abgesprochen werden. In einer pönalen Verfallskonzeption jedoch ist für sie kein Platz. Denn wenn es richtig ist, daß mangels persönlicher Schuldfähigkeit gegen Verbände keine Strafsanktionen ergriffen werden können¹¹⁴, dann sind Ausnahmen hiervon auch bei strafweiser Einziehung von Verbandsgewinnen nicht möglich. Das gilt in besonderem Maße für Vertretungsverhältnisse zwischen natürlichen Personen. Gerade dort vermag auch die Erwägung, daß die strafbare Handlung des Vertreters „in einer so engen und nach außen erkennbaren Beziehung zu den Vermögensangelegenheiten des anderen“ (Vertretenen) steht, daß zwischen dem Vermögen des Handelnden und dem des Empfängers im Hinblick auf den Gewinnverfall nicht getrennt werden könne¹¹⁵, den Mangel persönlicher Schuld des Empfängers nicht zu überbrücken¹¹⁶. Leider läßt sich auch in dieser Frage der Verdacht nicht von der Hand weisen, daß sich der E 1962 mehr von dem kriminalpolitisch erwünschten Ergebnis als von einer klaren dogmatischen Konzeption leiten ließ. Dabei hätte man hier den Widerspruch zu strafrechtlichen Grundkategorien so leicht vermeiden können, wenn man die Ausgleichsfunktion der Einziehung zur Grundlage genommen hätte.

Auch hier mögen diese wenigen Andeutungen genügen, um das grundsätzliche Bedürfnis für eine primär auf Reparation ausgerichtete Ausgleichssanktion darzutun. Wie diese im einzelnen auszugestalten ist, wird im besonderen Teil (unten § 15) zu erörtern sein.

V. Die Makel-Theorie

Wenn sich auch der Sinn der verschiedenen Eigentumsanktionen meist näherhin auf die Zwecke repressiven Strafs, präventiver Sicherung oder reparativen Ausgleichs konkretisieren läßt, schwingt regelmäßig doch auch der Makelgedanke mit: Man sieht das in eine strafbare Handlung verstrickte Instrument, Produkt oder Objekt als „gezeichnet“ an; man glaubt es mit einem *sozialethischen Makel* behaftet, bei dessen Berührung der anständige, rechtsgetreue Bürger sich „die Hände schmutzig zu machen“ fürchtet. Es ist wohl nicht zu bestreiten, daß sich diese Vorstellungen auf eine unvordenkliche Tradition berufen könnten, ja wahrscheinlich sogar auf die sakralrechtlichen Wurzeln der Konfiskation¹¹⁷ zurückzuführen sind. Deshalb verwundert es nicht, daß stellten oder Betriebsangehörigen, ohne selbst Teilnehmer zu sein, einen Gewinn erlangt haben.“

¹¹³ AaO, S. 242.

¹¹⁴ Dazu unten S. 244 f.

¹¹⁵ E 1962 Begr. S. 242.

¹¹⁶ Vgl. dazu u. a. auch die Bedenken von GALLAS und BALDUS, Niederschriften III S. 282. Zum Ganzen auch unten S. 13, 18.

¹¹⁷ Vgl. oben S. 242 ff.

¹⁰⁷ R. SCHMITT, aaO, S. 142.

¹⁰⁸ BUSCH, Verantwortlichkeit der Verbände S. 108, LANG-HINRICHSSEN, aaO, S. 69 ff., R. SCHMITT, aaO, S. 220 ff. sowie jüngst SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 241 ff. m. weit. Nachw. Vgl. ferner die Beratungen der Großen Strafrechtskommission, in Niederschriften IV S. 321 ff. und GÖHLER in Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 540 ff. An den genannten Stellen auch näheres zu der Unmöglichkeit, der Verbandskriminalität allein mit Geldbußen Herr zu werden.

¹⁰⁹ Vgl. die Nachw. oben Anm. 106.

¹¹⁰ Ohne allerdings den Ausgleichscharakter der Maßnahme ausdrücklich klarzustellen. (Auch die Begründung des AE S. 157 schweigt sich dazu aus und beruft sich allein auf die kriminalpolitischen Bedürfnisse.) Doch eine derartige Erklärung braucht vom Gesetzgeber ja auch nicht verlangt zu werden. Denn für das Gesetz reicht schon aus, daß eine Gestaltung diese oder jene Funktion ermöglicht. Dies ist hier geschehen, nicht nur durch Verzicht auf ein Schuldverfordernis, sondern auch durch die Möglichkeit einer strafunabhängigen Anordnung des Gewinnverfalls (vgl. Begr. S. 157 zu Abs. 1). Vgl. aber auch unten S. 127 zu den der Verfallsregelung des AE zugrunde liegenden Makel-Gedanken.

¹¹¹ Vgl. E 1962 Begr. S. 241 vor und zu § 109.

¹¹² Vgl. E 1962 Begr. S. 242: „Auf diese Weise ermöglicht Absatz 3 (des § 109) die Anordnung des Verfalls gegenüber Betriebsinhabern und Unternehmern, die durch strafbare, im Betrieb oder Unternehmen begangene Handlungen von Ange-

der Makelgedanke nicht nur in der Vergangenheit, sondern auch heute noch gelegentlich zur Deutung und Rechtfertigung herangezogen wird.

Erinnert sei hier nur an die römisch-rechtliche „*condictio ob turpem causam*“ des Fiskus, die über die frühe gemeinrechtliche Lehre selbst in das prALR noch Eingang gefunden hat¹¹⁸, sowie an den Satz des „*turpia lucra extorqueri*“¹¹⁹, in dem die Vorstellung von der Ausmerzung eines schändlichen Objekts besonders plastisch zum Ausdruck kommt. Auch soweit heute die Einziehung noch einfachhin als „Verwirkung“¹²⁰ oder, wie zeitweilig vom RG, als eine aus dem Makelgedanken begründete „dingliche Haftung“ verstanden wird¹²¹, scheint weithin die Vorstellung mitbestimmend, daß die in illegale Vorgänge verstrickte oder gar aus der Illegalität herrührende Sache per se „verfallen“ sei und aus dem Rechtsverkehr entfernt werden müsse.

Nun soll es hier nicht um die Frage gehen, ob derartigen Überlegungen jegliche Berechtigung abzusprechen wäre; denn wie sich noch zeigen wird, kommt jedenfalls dem Verwirkungsgedanken, soweit er nicht unkritisch verstanden, sondern aus dem grundrechtlichen Schrankensystem heraus begründet wird, für die Rechtfertigung der Eigentumsanktionen eine entscheidende Bedeutung zu¹²². Auch soll hier dahinstehen, ob der Makel-Gedanke, selbst soweit er mehr emotionell-moralisierend verstanden wird¹²³, zur Deutung der Straf-

¹¹⁸ Vgl. oben S. 16 ff. zum römischen Recht sowie GLÜCK, Pandekten 13, 59 ff. zum gemeinen Recht. In der neueren gemeinrechtlichen Lehre war freilich zweifelhaft geworden, inwieweit sich das Kondiktionsrecht des Fiskus zu Recht auf die römischen Quellen berufen kann (vgl. RGZ 16, 88/106, GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 370, KÖBNER, S. 13 f.; auch WINDSCHEID-KIPP, Pandekten I S. 909 Anm. 1). Dies vermag indes nichts daran zu ändern, daß die gemeinrechtliche Praxis von dem fiskalischen Verfallsrecht lange Gebrauch gemacht hat (vgl. die Nachw. bei NISSEN, Straßb. Festg. f. PLANCK, S. 110), ja das prALR sogar so weit ging, dem Fiskus den Kondiktionsanspruch schon dann zu geben, wenn auch nur der Geber zu einem unerlaubten Zweck geleistet hat: prALR I 16 § 205; vgl. ferner dort §§ 210, 211 (Verfall an Staat bei Geschehen an Amtsträger), aber auch § 206, wonach bei Leistungen, die nicht zu einem unerlaubten, sondern nur zu einem unehrbaren Zweck erbracht wurden, der Staat nur dann ein Rückforderungsrecht hatte, wenn dem Empfänger der Zweck der Leistung und dessen Verwerflichkeit bekannt war.

¹¹⁹ D. 3, 6, 5 pr. Wiedergegeben oben S. 17 Anm. 30.

¹²⁰ So insbesondere GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 446 f., für den sich die Einziehung praktisch nur als Vollzugsrecht einer ipso iure auf Grund der makelbegründenden Tat eintretenden „Rechtsverwirkung“ darstellt, ohne daß daneben noch pönalen Momenten eine Bedeutung zukommen könne. Im gleichen Sinne spricht die (wohl auf GOLDSCHMIDT zurückgehende) Begründung des GE 1911 von „Rechtsverwirkung“ (S. 110). Ähnlich auch GRÜTER, S. 10 ff. und RAUH, S. 43. Vgl. ferner unten S. 173 ff.

¹²¹ Vgl. RGSt 62, 49/51; 69, 385/8 f.; 74, 326/9 sowie insbes. RGSt 66, 85/7, wo der „alte Rechtsgedanke der Opferung und Hingabe des Gegenstandes, der die Rechtsverletzung verursacht hat“, beschworen wird. Ähnlich auch noch LG Düsseldorf MDR 1954, 311. Näheres zu diesen Haftungstheorien oben S. 78 ff. Dieser Gedanke der Opferung des makelbehafteten Gegenstandes hat übrigens im Institut des englisch-rechtlichen „*deodand*“ bis in die Mitte des vergangenen Jahrhunderts auch praktisch fortgelebt (vgl. NISSEN, in Straßb. Festg. f. PLANCK, S. 109).

¹²² Vgl. unten S. 173 ff.

¹²³ So wohl bei GÖHLER, in Sonderausschuß, V/28, Sitzg. S. 541 (Verweis auf schweiz. Recht), 551, 552, V/54, Sitzg. S. 1030, und GÜDE, ebd. S. 1034,

Sicherungs-, und Ausgleichseinziehung nicht wenigstens ergänzend herangezogen werden könnte¹²⁴. Die entscheidende und hier allein interessierende Frage ist vielmehr, ob das Makel-Element schon für sich allein einen tragfähigen Einziehungsgrund liefern würde, ob also der Staat ein Tatobjekt schon wegen des ihm anhaftenden Makels einziehen könnte. — Das ist zu verneinen.

Selbst wenn sich eine derartige „Ausmerzungs“-Sanktion verfassungsrechtlich begründen ließe, würde sie in ein aufgeklärtes Strafrecht nicht mehr hineinpassen. Jedenfalls wäre es völlig unhaltbar, den sozialetischen Vorwurf gegen den Täter gewissermaßen zu verdinglichen, um ihn etwa auch dem Tatwerkzeug als Makel anzuhängen. Gegenüber solchen Versuchen, die persönliche Unwürdigkeit des Täters gleichsam in einen einziehungsrechtfertigenden Makel der tatverstrickten Sache umzumünzen, wäre KÖHLERs treffende Bemerkung ins Feld zu führen, daß „*die Schuld nicht am Objekt klebt*“¹²⁵. Überdies würde es sich bei einer aus der Schuld des Täters begründeten Makel-Einziehung in Wahrheit um eine verkappte Strafe handeln.

Wenn es daher der Einziehung schon auf das Auslösen eines Makels ankommen sollte, müßte es sich um einen Makel handeln, der dem Tatobjekt als solchem anhaftet. Doch diese Annahme wäre eine recht atavistische Unterstellung¹²⁶. Tatsächlich ist es meist auch nur der subjektiv emotionelle Abscheu vor der Mordwaffe oder das Bedürfnis der Sicherung gegenüber dem Fälschungsprodukt, worauf sich das Einziehungsverlangen stützt. Man braucht nur einmal den Blick auf weniger spektakuläre Tatobjekte zu richten: Wird etwa, um ein ganz banales Beispiel zu bringen, den unter Mißachtung eines Nachbackverbotes hergestellten Brötchen ein so gravierender Makel aufgeprägt, daß sie schon allein deshalb für den Handel und Verkehr nicht mehr brauchbar wären? Jedenfalls wäre kaum auszudenken, welcher Unzahl von Gegenständen des täglichen Bedarfs angesichts der vielfältigen Berührungspunkte mit der Illegalität die Verkehrswidrigkeit abzuerkennen wäre, wollte man dem Makel der Tatverstrickung tatsächlich eine einziehungs begründende Kraft einräumen.

Daß der moderne Staat den Makelgedanken übrigens selbst nicht so ganz ernst nimmt, zeigt sich schon daran, daß er die eingezogenen Gegenstände im Wege der Versteigerung wieder in den Verkehr zurückgelangen läßt¹²⁷. Diese Inkonsequenz wäre allenfalls mit der Erwägung zu rechtfertigen, daß das makelbehaftete Tatobjekt durch die Einziehung eine Art von „Reinigungsprozeß“ durchlaufe. Aber nachdem es heute ohnehin problematisch ist, daß

¹²⁴ In diesem Sinne etwa v. REDWITZ, S. 85, 125.

¹²⁵ KÖHLER, Strafrecht S. 614.

¹²⁶ So treffend GALLAS, Niederschriften XII S. 213. Im gleichen Sinne hält etwa SCHWARZHaupt (gegen GÜDE, oben Anm. 115) den Gedanken, daß ein zu einer Körperverletzung benutztes Küchenmesser nie mehr ein „biederer“ Küchenmesser werden könne, für ein wenig „mystisch“ und nicht überzeugend (in Sonderausschuß, V/54, Sitzg., S. 1034).

¹²⁷ § 63 II StrafvollstreckungsO. Vgl. auch STREE, Deliktsfolgen S. 107 Anm. 69.

sich der säkularisierte Staat zur Bestrafung des Täters noch auf religiös fundierte Sühnegeraden beruft, so wäre es noch um vieles ärgerlicher, wollte man die Einziehung gewissermaßen als „dingliche Entsühnung“ begreifen.

Nach alledem könnte die einziehungsweise Säuberung des sozialen Lebens von tatverstrickten Gegenständen nur noch den Sinn haben, von der Rechtsgemeinschaft alles fernzuhalten, was sie beschmutzen oder demoralisieren könnte. Doch ein derartiger *Purismus*, der dem Staat praktisch eine unbeschränkte Sittenwächterrolle einräumt, mag in einem moralischen Wohlfahrtsstaat polizeistaatlicher Provenienz noch Platz gehabt haben. Mit einem Strafrecht hingegen, das vom Bild des emanzipierten, sittlich selbstverantwortlichen Staatsbürgers auszugehen hat, verträgt sich das nicht. Für diesen braucht die Existenz von Gegenständen, die mit der Kriminalität in Berührung gekommen sind, nicht gleich den Zusammenbruch von Recht und Sitte zu bedeuten.

In diesem Zusammenhang sollte auch das Schicksal der römisch-rechtlichen „*condictio ob turpem causam*“, die vor allem auch für den Verfall unsittlicher Tatentgelte von Bedeutung war, zu denken geben. Obgleich bekanntlich selbst das *prALR* den dem römischen Recht entnommenen Grundsatz vertrat, daß die wegen Sittenwidrigkeit nicht kondizierbaren Leistungen dem Staat verfallen sein sollten¹²⁸, vermochte dieser Fiskalismus das gemeine Recht nicht zu überleben. Denn die Väter des BGB haben sich in § 817 ohne viel Aufhebens¹²⁹ auf den weitaus liberaleren Standpunkt gestellt, daß die beiderseits sittenwidrige Leistung praktisch bei dem verbleiben soll, in dessen Händen sie sich befindet¹³⁰. Ob diese Lösung zivilrechtlich in jeder Hinsicht geglückt erscheint, ist eine ganz andere Frage¹³¹. Auf jeden Fall verdient es Beachtung, mit welcher Abgeklärtheit hier der Staat davon Abstand genommen hat, sich in die sittenwidrigen Handel seiner Bürger einzumischen¹³². Hinter diese Position zurückzugehen, um selbst beim Fehlen eines Straf-, Sicherungs- oder Ausgleichsinteresses jeden tatverstrickten Gegenstand aus dem Verkehr zu ziehen, dafür ist heute kein ernsthaftes rechtspolitisches Bedürfnis ersichtlich.

¹²⁸ Vgl. oben S. 124.

¹²⁹ Denn die Motive haben von der Fiskalkondition des *prALR* zwar Kenntnis genommen, sie jedoch ohne weitere Auseinandersetzungen ad acta gelegt; vgl. die Amtliche Ausgabe der Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, S. 849 Anm. 1.

¹³⁰ Gemäß dem alten Grundsatz: „In pari turpitudine melior est causa possidentis.“ Vgl. näher ENNECERUS-LEHMANN, Schuldrecht S. 904 ff., ESSER, Schuldrecht S. 798 ff., FABRICIUS, JZ 1963, 85 ff., LARENZ, Schuldrecht II S. 387 ff.

¹³¹ Dazu kritisch ENNECERUS-LEHMANN, aaO, S. 906 f., ESSER, aaO, S. 798. Über die Möglichkeiten einer Korrektur vgl. insbes. BUFE, AcP 157 (1958/59), 215 ff., FABRICIUS, JZ 1963, 85 ff.

¹³² Allerdings ist der rechtspolitische Sinn des § 817 S. 2 BGB noch heftig umstritten. Entgegen der einst lange vorherrschenden „Straftheorie“, die im Ausschluß des Rückforderungsrechts eine Bestrafung des sittenwidrig handelnden Gebers sehen wollte (vgl. etwa RGZ 95, 347/9), ist aber heute zu Recht die Meinung im Vordringen, daß in diesem Ausschluß der Rückforderung ein Fall der Rechtsschutzverweigerung zu sehen ist: Der Staat will seinen Arm nicht dem leihen, der sich durch sein sittenwidriges Tun selbst außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat: so u. a. BGHZ 8,

Um so mehr muß es überraschen, daß neben dem Entgeltverfall des neuen § 92 b II StGB ausgerechnet auch der sonst so fortschrittliche AE hinsichtlich des Verfalls rechtswidriger Tatvorteile eine Position einnimmt, die im Ergebnis der gemeinrechtlichen Fiskalkondition „ob turpem causam“ sehr nahekommt. Denn anders als bei § 335 StGB bzw. § 109 I E 1962, wo der Verfall von Tatentgelten als Nebenstrafe verstanden und demgemäß nur an schuldhaften Taten geknüpft wird¹³³, soll nach § 83 I AE — und im Anschluß daran auch noch § 73 I StGB 1973 — bereits eine nur rechtswidrige Tat den generellen Vorteilsverfall begründen¹³⁴.

Soweit es dabei um unrechtmäßige Tatgewinne geht, ist das aus den bereits genannten Ausgleichsgesichtspunkten unproblematisch¹³⁵. Anders verhält es sich dagegen bei reinen Tatentgelten. Denn da hier der Geber selbst sittenwidrig handelt, fehlt es an einem schutzwürdigen Ausgleichsinteresse¹³⁶. Auch ein sachbedingtes Sicherungsbedürfnis scheidet regelmäßig aus¹³⁷. Wenn also hier eine Verfallsregelung auf das Verschulden des rechtswidrig handelnden Empfängers verzichtet, so ließe sich das nur aus dem Interesse an einer Reinhaltung des Rechtsverkehrs begründen — ein Gedanke, der jedoch, wie gezeigt, nicht tragfähig genug erscheint, um deshalb den Arm des Strafrichters zu bemühen. Wenn etwa ein Prokurist den unlauteren Zweck eines Geschenkes erkennt und infolge seines Irrtums gutgläubig eine den Geschäftsherrn benachteiligende Verfügung i. S. des § 266 StGB vornimmt, warum eigentlich soll da die Belassung des Vorteils so unerträglich sein? Gewiß, wenn das entzogene Geschenk letzten Endes dem geschädigten Geschäftsherrn zugute käme, so wäre das ein durchaus vertretbarer Entziehungsgrund. Doch daß es andernfalls unter allen Umständen vom Staatssäckel vereinnahmt werden müßte, wie das nach herrschender Praxis der Fall ist¹³⁸, dafür ist kein dringendes kriminalpolitisches Bedürfnis ersichtlich.

Allenfalls bei der *Beamtenbestechung* ließe sich ins Feld führen, daß durch den Entgeltverfall dem Staat ein gewisser Ausgleich für den Schaden gegeben werden soll, der seinem Ansehen auch bei nur rechtswidrigen Amtsdelikten entstehen kann. Doch auch dieses Bedürfnis erscheint nicht so dringend, als daß man deswegen von den strengerem Voraussetzungen des § 335 StGB abgehen müßte. Denn obgleich hier der Entgeltverfall nur auf Grund schuldhafter Bestechungsdelikte vorgesehen ist und dadurch in Kauf genommen

348/373, BOEHMER, Grundlagen I S. 60, v. CAEMMERER, SJZ 1950, 649, LARENZ, Schuldrecht II S. 388, RAISER, JZ 1951, 719 und (im Prinzip) auch ESSER, Schuldrecht S. 799; dort auch weit. Einzelheiten zum Streitstand.

¹³³ Vgl. oben S. 83 f., 113. Ebenso auch § 23 I östE 1964; vgl. dazu dessen Begr. S. 39.

¹³⁴ Vgl. oben S. 120 ff.

¹³⁵ So auch Art. 59 I schweizStGB.

¹³⁶ Vgl. oben S. 83 ff.

¹³⁷ Richtig dazu BÖHLER, S. 44. Im gleichen Sinne (bzgl. sonstiger Vorteile) R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 222 und SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 252.

¹³⁸ Vgl. die §§ 63 ff. StrafvollstreckungsO.

wird, daß dem (nur) rechtswidrig handelnden Beamten das Entgelt verbleibt¹³⁹, sind bislang noch keine Mißstände bekannt geworden, die zu schärferem Durchgreifen Anlaß geben würden¹⁴⁰.

Es muß deshalb einigermaßen verwundern, wenn demgegenüber die Begründung des AE die geschilderte Verschärfung des Entgeltverfalls als kriminalpolitisch geboten bezeichnet¹⁴¹. Die dort angedeutete Möglichkeit, bei Verzicht auf das Schuldverfordernis auch solche Fälle unter den Anwendungsreich des Verfalls zu ziehen, „in denen trotz starker Verdachtsgründe der Schuld nachweis mißlingt“¹⁴², würde diese Sanktion zu sehr in der Nähe einer Verdachtsstrafe rücken, als daß man ruhigen Gewissens von ihr Gebrauch machen möchte¹⁴³. Auch das Argument, daß kein sachlicher Grund bestehe, dem schuldlos Handelnden die durch seine rechtswidrige Tat erlangten Vorteile zu belassen¹⁴⁴, kann schon deshalb nicht überzeugen, weil es — wohl nicht zuletzt auf Grund seines statistischen Ansatzpunktes — von einer verfehlten Fragestellung ausgeht. Denn nicht, ob man dem Empfänger die Vorteile belassen kann, sondern ob ein *rechtfertigender Grund besteht, sie ihm zu nehmen*, das ist doch gerade die Frage. Und dafür ist, soweit kein Straf-, Sicherungs- oder Ausgleichsinteresse nachweisbar ist, ein sonstiges Bedürfnis nicht ersichtlich¹⁴⁵.

¹³⁹ Bei fehlender Schuld wird der Beamte auch disziplinarrechtlich kaum zu fassen sein, da die beamtenrechtswidrige Annahme von Belohnungen nur bei Verschulden ein Dienstvergehen darstellt; vgl. u. a. FISCHBACH, BundesbeamtenG I, 3. Aufl., § 70 Anm. I 2, VII, § 77 Anm. A II 2, AMBROSIO-SCHÜTZ-ULLAND, Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 3. Auflage 1963, § 76 Rdnr. 6, 9 und § 83 Rdnr. 8 f. Außer der Schuldlosigkeit des Beamten ist der strafrechtliche Verfall von Bestechungsgeldern übrigens auch in den Fällen ausgeschlossen, in denen es aus anderen Gründen (z. B. Amnestie) zu keiner Verurteilung des Beamten kommt; denn da der Verfall eine Nebenstrafe ist, setzt er die Verhängung einer Hauptstrafe voraus (RGSt 54, 215/7, BGHSt 13, 328/9, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 335 Rdnr. 10 m. weit. Nachw.). Da andererseits gegenüber dem aktiven Bestecher der Verfall der Bestechungssumme (bzw. ihres Wertes) praktisch nur dann ausgesprochen werden darf, wenn dieser seine Leistung wieder zurückerhalten hat (sehr instruktiv dazu RGSt 54, 215 ff. und RGSt 68, 404 ff.), so läßt es der Staat nach geltendem Recht durchaus zu, daß das Tatentgelt dem Empfänger verbleibt, ohne daß dafür gegen den Bestecher Rückgriff genommen werden könnte.

¹⁴⁰ Ähnliches gilt für die neuerliche Verschärfung der §§ 92 b II, 101 a II, 109 k II StGB gegenüber dem § 86 III StGB a. F., in den man zu Recht ein Schuldverfordernis hineingelesen hat (vgl. unten S. 336), ohne daß dies eine Schwächung des Staatsschutzes zur Folge gehabt hätte. ¹⁴¹ AE Begr. S. 157 zu § 83 Abs. 1. ¹⁴² AaO.

¹⁴³ Zu Recht meint DREHER (Sonderausschuß, V/53. Sitzg. S. 1005), daß dies auf einen „Verdachtsverfall“ hinausläuft.

¹⁴⁴ AE Begr. S. 157; so auch BAUMANN, AT S. 735.

¹⁴⁵ Auch der vielleicht naheliegende Gedanke, durch Entgeltverfall schon jeglichen Anreiz zu rechtswidrigen Abmachungen zu nehmen, schlägt demgegenüber nicht durch. Denn ganz abgesehen davon, daß es sich dabei um ein punitives Moment handeln würde, erscheint ein Abhalten von der Tat nur dort sinnvoll, wo sich die Betroffenen ihres Rechtsverstoßes bewußt sind oder zumindest bewußt sein könnten, also schuldhaft handeln.

Nicht zuletzt wäre ein staatspsychologisches Moment zu bedenken: Leicht könnte der Staat, was er für seinen Säckel gewinnt, an Ansehen wieder einbüßen, wenn er sich durch Überspannung des Entgeltverfalls dem Odium aussetzte, an schuldlosen Fehleintritten seiner Bürger profitieren zu wollen.

§ 9 KONSTRUKTIVE PROBLEME DER GESETZLICHEN EINZIEHUNGSGESTALTUNG

Die kriminalpolitische Problematik der Eigentumssanktionen bliebe um einen entscheidenden Aspekt verkürzt, würde man die sachlichen Sanktionsziele (§ 8) nicht auch von seiten ihrer legislatorischen Strukturierung in den Blick nehmen. Denn wie der entwicklungsgeschichtliche Rückblick gezeigt hat, waren zahlreiche Auswucherungen des bisherigen Einziehungsrechts ja nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß es auch in konstruktiver Hinsicht an erheblichen Mängeln litt.

Obgleich auch dazu die Konstruktionsversuche früherer Entwürfe manches negative Lehrmaterial liefern könnten¹, sei hier gleich zur Konzeption des E 1962 übergegangen; nicht nur, weil diese bereits in die geltende Neuordnung durch das EGOWiG Eingang gefunden hat, sondern zweifellos auch die bislang beste Lösung bietet².

Dabei müssen vornehmlich zwei Fragen im Mittelpunkt des Interesses stehen: zum einen, auf welchem Wege den heterogenen Straf-, Sicherungs- und Ausgleichsinteressen jeweils optimale Entfaltungsmöglichkeiten verschafft werden können; zum anderen, wie man trotz einer materiell mehrspurigen Einziehungskonzeption eine umfassende Allgemeinregelung finden kann, die einerseits ein Höchstmaß von Einheitlichkeit und Geschlossenheit gewährleistet, andererseits aber noch elastisch genug bleibt, um auch besonderen kriminalpolitischen Bedürfnissen gerecht zu werden³.

¹ Das gilt vor allem für jene Entwürfe, die praktisch gar nicht den Versuch machen, über den konstruktiven Ansatz des RStGB hinauszugehen, und die demgemäß lediglich eine sehr eng umschriebene Einziehungsregelung bringen, die zwangsläufig eine ganze Reihe von Sondervorschriften erforderlich macht; so vor allem im VE 1909, E 1913, E 1919, E 1927 und E 1930 (vgl. die Nachw. oben S. 107 f.). Doch auch in den als Sicherungsmaßregeln verstandenen Konzeptionen des Entwurfs RADBRUCH 1922, des E 1925 und (wenn auch in geringerem Maße) des E 1936 kam man in konstruktiver Hinsicht kaum weiter. Einzig der GE 1911 wollte im Interesse einer radikalen Vereinfachung des gesamten Einziehungsrechts auf jegliche Sondervorschriften verzichten (GE Begr. S. 109 ff.), konnte aber mit seiner Generalklausel in § 80 GE kaum allen berechtigten Bedürfnissen gerecht werden.

² Was demgegenüber den AE anbelangt, so hatte sich dessen Konzeption ohnehin bereits in sachlicher Hinsicht teils als zu eng, teils als zu weit erwiesen (vgl. oben S. 108 ff., 127 f.). Überdies läßt sich über den AE schon deshalb kein abschließendes Urteil fällen, weil noch offen ist, inwieweit der BT noch etwaige abweichende Sondervorschriften bringen wird.

³ Vgl. dazu die allgemeinen Leitprinzipien oben S. 101 ff.

A) Die Konzeption des E 1960/62 und des EGOWiG

I. Das Strukturprinzip

Grundlegend für die derzeitige Konzeption der Eigentumsanktionen waren die aus bisherigen Erfahrungen gewonnenen Einsichten, daß sie möglichst verschiedenen Sanktionszwecken offenstehen muß, daß es einer umfassenden Allgemeinregelung bedarf, und daß Sondervorschriften, soweit sie noch notwendig sind, möglichst eng mit der Allgemeinregelung verklammert sein müssen⁴. Das hat im E 1960/62 schließlich zu folgender Konstruktion geführt.

Bereits vom Grundansatz her wird durchgängig eine scharfe Zäsur zwischen dem „Verfall“ von Tarentgelten und -gewinnen einerseits (§§ 109 bis 112) und der „Einziehung“ von Tatwerkzeugen und -produkten andererseits (§§ 113 bis 120) gezogen. Während der Verfall hier erstmals in einer verallgemeinerten und damit jegliche Sondervorschriften erübrigenden Form⁵ eine abschließende Regelung erfahren hat, wird bei der Einziehung neben der Allgemeinregelung (§ 113) noch Raum für Sondervorschriften gelassen. Damit jedoch ein Höchstmaß von Einheitlichkeit gewahrt bleibt, ist durch eine Rahmenbestimmung (§ 114) vorgeschrieben, daß auch bei etwaigen Sondervorschriften — und zwar nicht nur des StGB, sondern auch des Nebenstrafrechts — grundsätzlich einer der in der Allgemeinregelung aufgeführten Einziehungsgründe gegeben sein muß, m. a. W. in die Sondervorschriften die generellen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Allgemeinregelung hineinzulesen sind. Da darüber hinaus auch für die Abwicklung der Einziehung (ihre Wirkung, Wertersatz einziehung, Entschädigung usw.) recht eingehende Bestimmungen getroffen sind, bleibt bei den Sondervorschriften praktisch nur noch für punktuelle Abweichungen Raum, wie z. B. der sicherungsbedingte Verzicht auf Verschulden, die zwingende Anordnung oder die Ausdehnung des gegenständlichen Bereichs⁶.

Auf dieser Konstruktion beruht — abgesehen von dem noch nicht mitgeregelten Vorteilsverfall — auch die Novellierung durch das EGOWiG (§§ 40 bis 42 StGB n. F.; §§ 18 bis 25 OWiG), wenn auch mit drei wesentlichen Abweichungen: Während der E 1960/62 die Einziehung auf Grund einer nur rechtswidrigen Tat nur in Ausnahmefällen zuläßt, ist diese Möglichkeit in § 40 III StGB und § 18 III OWiG generell vorgesehen. Während umgekehrt die strafähnliche Dritteinziehung im E 1962 allgemein zugelassen ist (§ 119

⁴ In diese Richtung bereits die Fassungsansätze von SCHÄFER (vgl. § a III in Niederschriften III S. 388), und grundlegend dann der 2. Entwurf des BJM (§ e in Niederschriften III S. 410).

⁵ So gibt es im E 1962 beispielsweise keine dem § 335 StGB entsprechende Parallelbestimmung mehr, da dieser Fall bereits durch § 109 I erfaßt wird (E 1962 Begr. S. 649).

⁶ Vgl. im einzelnen die Sondervorschriften in §§ 225 III, 234, 284, 319 III, 339 III, 350 III, 360, 382, 394 IV, 417 III E 1962.

II Nr. 2), ist sie durch § 40 a StGB und § 19 OWiG bestimmten ausdrücklich zu regelnden Sonderfällen vorbehalten⁷. Darüber hinaus sind die aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entwickelten Regeln der §§ 40 b StGB bzw. 20 OWiG dem E 1962 noch unbekannt⁸.

II. Grundmängel

1. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als sei diese Konstruktion von allen Bedenken frei. Doch wie sich bereits an einigen scheinbar punktuellen, in Wirklichkeit jedoch symptomatischen Durchlöcherungen des Grundprinzips erweisen ließe⁹, beruht diese Konstruktion auf einer zwiespältigen Unentschiedenheit, die schließlich auch auf die materielle Detailgestaltung nicht ohne Einfluß bleiben konnte: die Resignation vor einer klaren Entscheidung über die verschiedenen Einziehungszwecke und ihr Verhältnis zueinander.

Nun kann man es angesichts des schier endlosen Streits um das Wesen der Einziehung, der ja auch in der Großen Strafrechtskommission noch kein Ende fand¹⁰, dem Gesetzgeber nicht verdenken, daß er konstruktiv vor einer starren oder gar einseitigen Zementierung des Rechtscharakters der Einziehung

⁷ Nachw. oben S. 46 Anm. 7.

⁸ Über weitere Einzelheiten zur Grundstruktur des geltenden Einziehungsrechts vgl. oben S. 45 ff.

⁹ So etwa ist bei der Dritteinziehungsregelung des E 1962 der einheitliche Rahmen bereits dadurch wieder durchbrochen, daß der für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse entscheidende Zeitpunkt, nach völlig verschiedenen Kriterien bestimmt wird (vgl. § 113 II Nr. 2 einerseits und § 114 Nr. 2 andererseits); zur Unsinnigkeit der Forderung, daß nach § 113 der betroffene Gegenstand jedenfalls zur Tatzeit dem Täter gehört haben müsse, hat schon die Begr. des AE (S. 161 zu § 88) das Notwendige gesagt (vgl. auch STREE, Deliktsfolgen S. 115 f.). Jedenfalls dürfte es dieses Kriterium nicht wert sein, um dafür die Einheitlichkeit von Allgemeinregelung und Sondervorschriften zu opfern; deshalb hat § 40 a diese Beschränkung zu Recht nicht aufrechterhalten. — Darüber hinaus gibt es Sondervorschriften, die ihrerseits die Rahmenbestimmung des § 114 E 1962 bzw. des § 40 IV StGB durchbrechen, so im Bereich des Staatsschutzrechts (vgl. §§ 394 IV, 417 III E 1962 bzw. §§ 101 a I 3, 109 k I 3 StGB). Dabei könnte den besonderen staatlichen Schutzinteressen doch durchaus schon dadurch genügt werden, daß man unter der in § 113 II Nr. 3 E 1962 bzw. in § 40 II Nr. 2 StGB geschützten „Allgemeinheit“ auch das Wohl der Bundesrepublik und die Interessen der Landesverteidigung versteht. Keinesfalls kann aber hier auf das art- oder umständebedingte Gefährlichkeitsmoment verzichtet werden (vgl. aber SCHWARZ-DREHER, § 101 a Anm. 2 D). Zudem wäre es ganz allgemein für die weitere Entwicklung des Einziehungsrechts höchst gefährlich, wenn aus staatsschützerischem Überdruß der allgemeine Einziehungsrahmen bereits im Urkonzept wieder aufgeweicht würde; denn leicht wäre dies ein willkommenes Präjudiz, um auch in anderen Fällen das einheitliche Fundament weiter auseinander-zubrechen.

¹⁰ Bezeichnend dafür die mehrmaligen Richtungswechsel der Kommission; vgl. die Nachw. oben S. 108.

zurückschreckte und sich dafür mit einer Umschreibung der Einziehungsvoraussetzungen begnügte, ohne dabei ausdrücklich auf bestimmte Zwecke Bezug zu nehmen. Indes wäre es ein gefährlicher Trugschluß anzunehmen, daß deshalb die Einziehung völlig zweckfrei sein könne. Wäre sie das wirklich, so wäre sie, weil letztlich nutzlos, in einem strafrechtlichen Sanktionssystem fehl am Platze. Die Rechtsnatur der Einziehung offen zu lassen, so wie es schon der VE 1909 getan hat¹¹ und jetzt auch der E 1962 tun will¹², kann deshalb niemals Zweck-Freiheit, sondern allenfalls Zweck-Neutralität bedeuten: Keinem der möglichen Zwecke soll ein die Sanktion prägender Vorrang eingeräumt werden, damit statt dessen möglichst jeder der aner kennenswerten Zwecke zum Tragen kommen kann.

Dieses Ziel der Zweck-Offenheit wird freilich nur dann zu verwirklichen sein, wenn man die Pluralität der Einziehungszwecke (Repression, Prävention, Reparation)¹³ auch konstruktiv voll zur Entfaltung kommen läßt. Daran mangelt es beim E 1962 (und den ihm nachgebildeten Regelungen) insofern, als er die Einziehung offenbar als ein „mixtum compositum“ versteht, in dem zwar alle Einziehungszwecke irgendwie zum Ausdruck kommen¹⁴, jedoch keiner wirklich konsequent bzw. funktionsgerecht zu Ende geführt ist. Denn da man mit einer katalogartigen Aufzählung von Einziehungsklauseln auszukommen hoffte, die trotz ihrer generalisierten Fassung im Grunde nur an punktuellen Bedürfnissen ausgerichtet sind, mußte es teils zu bedauerlichen Verkürzungen, noch mehr aber zu bedenklichen Überdehnungen der verschiedenen Verfalls- und Einziehungsfunktionen kommen.

2. So ist eine Verkürzung des Sicherungsgedankens etwa darin zu sehen, daß die Einziehung nach § 113 I E 1962 grundsätzlich eine volldeliktische Anknüpfungstat voraussetzt. Das bedeutet, daß — abgesehen von einigen Sondervorschriften¹⁵ — der mit so viel punktueller Akribie erarbeitete Einziehungskatalog des Entwurfs für den vielleicht dringlichsten Sicherungsfall,

¹¹ Vgl. dort die Begr. S. 184. Ähnlich etwa auch die Begr. des E 1919 zu § 84.

¹² E 1962 Begr. S. 240. Abw. war innerhalb der Großen Strafrechtskommission vornehmlich Rösch im Interesse des Richters für eine gesetzliche Klarstellung der Rechtsnatur der Einziehung eingetreten; vgl. Niederschriften III S. 216.

¹³ Vgl. dazu oben S. 108 ff., 118 ff., 120 ff.

¹⁴ So trägt etwa die tätergerichtete Einziehung nach Nr. 1 des § 113 II E 1962 eindeutig die Züge einer Strafsanktion, während bei Nr. 3 und 4 dieser Bestimmung wie auch bei den meisten Sondervorschriften (vgl. etwa §§ 284, 319 oder 339) der Sicherungscharakter unverkennbar ist. Bei den Dritteinziehungsgründen nach Nr. 2 hingegen soll dem Dritten wohl vergolten werden, daß er sich mit seinen verwerflichen Beziehungen zur Haupttat die Hände schmutzig gemacht hat. Der Gewinnverfall des § 109 II schließlich scheint vom Ausgleichsgedanken mitbestimmt. Entsprechendes hat für die parallelen Neuregelungen durch das EGOWiG zu gelten; vgl. BAUMANN, AT S. 730 f., GÖHLER, OWiG, Vorbem. 2 B vor § 18, JESCHECK, AT S. 524 ff., SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 10 ff. vor § 40, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 2.

¹⁵ So z. B. §§ 225 III, 319 III, 339 III, 350 III, 382 II, 394 IV, 417 III E 1962.

nämlich den, daß sich das absolut gefährliche Tatwerkzeug in der Hand eines zurechnungsunfähigen Täters befindet, keine rechtliche Handhabe für ein sachgerichtetes Einschreiten bietet. Das soll selbst für die objektive Einziehung gelten¹⁶, wiewohl doch dafür allein präventive Gesichtspunkte maßgeblich sein können. Daher kann beispielsweise die von einem geisteskranken Massenmörder benutzte Pistole nach dem E 1962 nicht eingezogen werden¹⁷.

Da eine derartige Beschränkung mit einer konsequent zu Ende gedachten Sicherungseinziehung unvereinbar ist, verdient das EGOWiG volle Zustimmung, wenn es demgegenüber — ähnlich dem § 88 AE — in Sicherungsfällen auf das Schuldnerfordernis generell verzichtet hat (§ 40 III StGB, § 18 III OWiG).

Die gleiche Konsequenz wäre beim Gewinnverfall zu wünschen. Denn auch der Ausgleichsgedanke, der vor allem im Wirtschaftsstrafrecht von wachsender Bedeutung ist, wird in seiner Wirkung funktionswidrig verkürzt, wenn der E 1962 auch dafür eine schuldhaft Tat voraussetzt (§ 109 II). Dies wäre allenfalls für einen pönal motivierten Verfall erforderlich, nicht dagegen für eine Sanktion, die primär der Wiedergutmachung eines Schadens dienen soll¹⁸. Deshalb verdient auch insoweit der AE den Vorzug, wenn er den Gewinnverfall bereits auf Grund einer nur rechtswidrigen Tat zuläßt (§ 83 I)¹⁹.

3. Ungleich beunruhigender ist freilich die Gefahr, daß bei unzulänglicher Zweckorientierung der Anwendungsbereich einer Sanktion überdehnt wird.

Das kann etwa bei der Sondereinziehung auf Grund von rechtswidrigen Anknüpfungstaten geschehen. Da hier der Eingriff nur gerechtfertigt sein kann, wenn es um präventive Gefahrenabwehr geht²⁰, kann sich der Gesetzgeber mit der schlichten Umschreibung der einzuziehenden Objekte nur dort begnügen, wo es sich um absolut gefährliche Gegenstände handelt, wo also praktisch ein Sicherheitsbedürfnis per se gegeben ist. Doch das trifft in weitaus weniger Fällen zu, als man gemeinhin anzunehmen geneigt ist; denn selbst bei Sprengstoffen oder Giften kann angesichts ihrer legalen Verwendbarkeit von einer absoluten, die Einziehung unbedingt erheischenden Gefährlichkeit selbst dann keine Rede sein, wenn sie gelegentlich zum Objekt einer strafbaren Handlung wurden²¹. In solchen Fällen kann der voreiligen Verhängung von Sanktionen, die (mangels Verschuldens) weder als Strafe noch (mangels wei-

¹⁶ Das ergibt sich daraus, daß für das objektive Einziehungsverfahren nach § 118 E 1962 mit Ausnahme der rechtlichen oder tatsächlichen Verfolgungshindernisse alle materiellen Einziehungsvoraussetzungen gegeben sein müssen, wozu i. V. m. § 113 auch das Vorliegen einer schuldhaften Anknüpfungstat zählt; E 1962 Begr. S. 250 zu § 118.

¹⁷ Es bleibt dann nur die Hoffnung auf eine polizeiliche Sicherstellung, falls eine solche polizeirechtlich zulässig ist; vgl. dazu z. B. § 27 bad.-württ. PolizeiG i. d. F. vom 16. 1. 1968 (GVBl. S. 61).

¹⁸ Vgl. oben S. 84 ff., 120 ff. und unten S. 284 f.

¹⁹ Ebenso künftig § 73 StGB 1973.

²⁰ Vgl. unten S. 248 ff., 283. ²¹ Näher zu dieser Problematik unten S. 258 ff.

terer Gefährdung der Allgemeinheit) als Sicherungsmaßregel zu rechtfertigen wären, nur dadurch vorgebeugt werden, daß die auf Grund rechtswidriger Taten zulässige Einziehung ausdrücklich an den Sicherungszweck gebunden wird.

Bei den Sondervorschriften des E 1962 ist dies jedoch nicht geschehen, so daß dem schuldlos handelnden Täter die Einziehung auch dann noch droht, wenn der zufällig zur Tat benutzte Gegenstand keinerlei Gefahr für die Allgemeinheit mehr darstellt. Wer etwa im Zustand völliger Trunkenheit mit seinem PKW auf der Straße ein Hindernis bereitet, muß nach §§ 350 III, 344 I Nr. 2 i. V. m. §§ 114 Nr. 1, 113 II Nr. 1 E 1962 die Einziehung seines Fahrzeugs selbst dann gewärtigen, wenn er ein derart außergewöhnliches Unternehmen niemals zu wiederholen beabsichtigt; denn ähnlich wie in manchen anderen Fällen ist auch in dieser Einziehungskette von einem Sicherheitsbedürfnis nirgends die Rede — ein Versäumnis, das nur damit zu erklären ist, daß man die einzelnen Zweckgedanken und ihre jeweiligen Prämissen nicht konsequent zu Ende gedacht hat. Erfreulicherweise hat der EGOWiGE diesen Bruch vermieden²¹.

Eine im Prinzip ähnliche Überstrapazierung bestimmter Sanktionszwecke — hier der Straffunktion — begegnet uns bei der selbstständigen Einziehung. Wenn überhaupt, so läßt sich ein objektives, d. h. ungeachtet der subjektiven Nichtverfolgbarkeit des Täters durchzuführendes Einziehungsverfahren nur dort rechtfertigen, wo es aus Sicherheitsgründen untragbar erscheint, das betroffene Objekt weiterhin im Verkehr zu belassen. Denn da hier die Einziehung primär gegen die Sache gerichtet ist²², braucht es für ihre Durchführung auf das persönliche Strafverfahren gegen den Eigentümer nicht entscheidend anzukommen. Das ist selbstverständlich nur bei einer sicherungsbedingten Einziehung oder allenfalls noch bei einer Ausgleichssanktion der Fall. Denn wenn gegen den Täter aus irgendwelchen Gründen schon keine Hauptstrafe verhängt werden kann, warum soll dann eine Einziehung selbst dort zulässig sein, wo sie sich unter den gegebenen Umständen nur als Nebenstrafe

²¹ Immerhin kann aber wenigstens bei § 40 StGB dieses Ergebnis dadurch vermieden werden, daß man den Abs. IV als generelle Bindung an die Einziehungsgründe des Abs. II versteht, ihn also nicht nur, wie sein Wortlaut nahelegt, auf die über den Abs. I hinausgehenden Sondervorschriften beschränkt, sondern auch auf solche Vorschriften enthalten, so z. B. §§ 152, 295 StGB; in diesem Sinne wohl auch die Amtl. Begründung des EGOWiG, BT-Drs. V/1319 S. 54 zu § 40 IV.

²² Deshalb wird die selbstständige Einziehung von vielen zu Recht als Sicherungsmaßregel angesehen; so u. a. von BINDING, Normen I S. 31, HERSCHEL, S. 25 f., LINDENMAYER, S. 44 ff., MEYER-ALLFELD, Lehrbuch S. 269, v. REDWITZ, S. 94 ff., REITER, S. 17 ff., SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 27 ff.; a. A. die h. M.: vgl. u. a. JAGUSCH, LK, § 42 Anm. 2, KOHLRAUSCH-LANGE, § 42 Anm. I, LACKNER-MAASSEN, § 42 Anm. 2, OLSHAUSEN, § 42 Anm. 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 b Rdnr. 2.

begreifen läßt? Doch genau das ermöglicht der E 1962²³, wenn er die selbstständige Einziehung ohne Rücksicht auf den jeweiligen Zweck pauschal zuläßt (§ 118).

Darüber noch hinausgehend soll nach § 41 b I StGB sogar die selbstständige Einziehung des Wertersatzes möglich sein, obgleich man sich über deren grundsätzliche Strafnatur heute allgemein einig ist²⁴. Auch dies ist, wenn man den Reformern kein kritikloses Festhalten an überkommenen Unzulänglichkeiten unterstellen will, nur aus einer Einstellung zu erklären, die den Pluralismus der Einziehungszwecke mit Zweckindifferenz zu verwechseln scheint.

Wohin es schließlich führen kann, wenn man die über die Zwecke der Einziehung bestehende Konzeptionslosigkeit durch einen an punktuellen Bedürfnissen ausgerichteten Einziehungskatalog zu ersetzen oder gar zu überspielen sucht, zeigen die Fälle der auf Verwerflichkeitsmomente gestützten Dritteinziehung (§ 113 II Nr. 2 a bis c E 1962 bzw. § 40 a StGB). Da dort die Sanktion weder von einem Sicherheitsbedürfnis noch von einem strafrechtlichen Verschulden des Dritteigentümers abhängen soll, läßt sie sich weder als reine Sicherungsmaßregel noch als echte Kriminalstrafe begreifen, geschweige rechtfertigen. Obwohl auch der Großen Strafrechtskommission dieses Dilemma nicht entgangen war²⁵, glaubte man sich damit beruhigen zu können, daß es sich ja nur um eine „strafähnliche“ Maßnahme handele²⁶.

Doch auch diese Begründung geht am Kern des Problems vorbei. Denn mit der Charakterisierung als „strafähnlich“ ist der Sanktion nur ein Name gegeben, der so lange unverbindliches Etikett bleibt, als man nicht bereit ist, auch die ihr immanenten Zwecke²⁷ ernst zu nehmen, insbesondere also auch die Voraussetzungen der (nichtsicherungsbedingten) Dritteinziehung so zu gestalten, daß sie ihrer inneren Zielsetzung — nämlich einer personbezogenen Repression — zu genügen vermögen. Wo das nicht geschieht, wo also die Zweckbetrachtung durch den Blick auf vordergründige kriminalpolitische Bedürfnisse verdrängt wird²⁸, besteht leicht die Gefahr, daß eine Sanktion an Tatbestände geknüpft wird, die den sich aus dem immanenten Sanktions-

²³ Wie übrigens auch schon § 42 StGB a. F., ohne daß aber dies für ein Reformwerk verbindlich sein könnte.

²⁴ Vgl. unten S. 343.

²⁵ Niederschriften III S. 206 ff.; vgl. insbes. die kritischen Ausführungen von GALLAS (S. 212), GOSSRAU (S. 206) und v. STACKELBERG (S. 215).

²⁶ Vgl. Niederschriften III S. 283 ff., E 1962 Begr. S. 241.

²⁷ Denn daß es solche gibt — und auch geben muß, wenn die Sanktion nicht zweckfrei und damit ohne Rechtfertigung sein soll —, liegt auf der Hand.

²⁸ Bezeichnend dafür etwa die Begründung des EGOWiGE zu den Dritteinziehungsfällen des § 40 a, wo unendlich viel von kriminalpolitischen Bedürfnissen die Rede ist, aber nicht einmal die Frage gestellt wird, ob die Einziehung als repressive Sanktion gegenüber dem Dritteigentümer zulässig sein kann, wenn diesem kein strafrechtliches Verschulden nachweisbar ist. Ähnlich BODE, Ordnungswidrigkeiten S. 42 f.

zweck ergebenden Anforderungen nicht entsprechen. Dieser Gefahr scheint auch die strafähnliche Dritteinziehung erlegen zu sein²⁹.

B) Der Standort der Einziehung in der Zweispurigkeit

Damit ist wiederum der Punkt angesprochen, der für die Einziehungskonzeption des E 1962 symptomatisch sein dürfte: die undifferenzierte Zusammenballung divergierender Zielsetzungen in einer einzigen — offenbar als Rechtsfolge *sui generis* verstandenen — Sanktion.

I. Sicherlich kann es dem Gesetzgeber, solange er sich in dem von der Verfassung gezogenen Rahmen bewegt, nicht verwehrt sein, neben den üblichen Straf- und Sicherungssanktionen auch noch andere Arten von Nebenfolgen zu schaffen und nach Gutdünken zu etikettieren. Denn selbst im derzeitigen zweispurigen Sanktionssystem³⁰, das trotz starker Tendenzen zur Einspurigkeit³¹ auch künftig beibehalten werden soll³², gibt es Rechtsfolgen, die sich weder in die eine noch in die andere Spur einordnen lassen³³. Von einer derartigen *Sondernatur* kann jedoch nur dort die Rede sein, wo die fragliche Sanktion einen von (strafweiser) Repression und (sicherungsweiser) Prävention zu unterscheidenden Zweck verfolgt³⁴, wie beispielsweise bei der

²⁹ Näheres unten § 13. Vgl. auch den weiteren Text.

³⁰ Über dessen Entwicklung Näheres bei v. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch S. 350 ff. und v. HIPPEL, Strafrecht I S. 473 ff., m. weit. Nachw. Über seine heutige Bedeutung und Problematik BAUMANN, AT S. 712 ff., BRUNS, ZStW 71, 210 ff., MAURACH, AT S. 45 ff., 675 ff., SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 1 ff. vor § 13, WEIZEL, Strafrecht S. 238 ff., je m. weit. Nachw.

³¹ Dazu insbes. EB. SCHMIDT, Niederschriften I S. 51 ff., 353 ff.; ferner DREHER, ZStW 65, 481 ff., DÜNNEBIER, ZStW 72, 32 ff., NOLL, Ethische Begründung der Strafe S. 23 f., SIEVERTS, Materialien I S. 112 ff., und neuerdings GRÜNWALD, ZStW 76, 633 ff.

³² E 1962 Begr. S. 207. Allerdings sind durch das System der „Vikariierung“ (Ersetzung der Strafe durch Vollzug der Maßregel, oder umgekehrt) die beiden „Spuren“ einander stark angenähert: vgl. insbes. die §§ 87, 105 E 1962; dazu Niederschriften XII S. 224 ff., FREY, in Verhandlungen des 43. DJT, Bd. II/E S. 36 f. Eingehend zum Ganzen W. SCHMIDT, S. 6 ff.

³³ So etwa die Urteilsbekanntmachung (§ 200 StGB) und Buße (§§ 188, 231 StGB); vgl. im einzelnen BAUMANN, AT S. 659, 672, MAURACH, AT S. 695, 700, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 13 ff. vor § 13. Auch der Strafaussetzung zur Bewährung und den Bewährungsaufgaben wird gelegentlich eine Sondernatur zugesprochen (vgl. etwa BOCKELMANN, Materialien I S. 38 Anm. 30, BAUMANN, GA 1958, 196; DERS. in AT S. 698 f. und DREHER ZStW 65, 493; eingehend zum Ganzen BRUNS, GA 1956, 198 ff., insbes. S. 212). Inwieweit daher statt von Zweispurigkeit heute in Wirklichkeit von einer dritten oder sogar vierten Spur die Rede sein müßte (vgl. hierzu eingehend — und im Ergebnis verneinend — SCHILLING, insbes. S. 97 ff., 151 ff.), kann dahinstehen, da es hier allein um die Feststellung geht, daß das geltende wie auch das künftige Recht jedenfalls nicht ausschließlich einspurig ausgestaltet wird.

³⁴ Wenn hier und im folgenden immer nur von Repression bzw. Prävention die Rede ist, so sind wir uns natürlich bewußt, daß damit Wesen und Zweck der Strafe

auf Wiedergutmachung gerichteten Buße der §§ 188, 231 StGB³⁵. Ist das nicht der Fall, verfolgt also eine Sanktion tatsächlich nur repressive oder präventive Ziele, so ist sie trotz etwaiger formeller Eigenständigkeit oder anders lautender Etikettierung materiell Strafe bzw. Sicherungsmaßregel, so daß es unzweckmäßig, wenn nicht sogar verfälschend wäre, ihr eine besondere Eigenatur zuzuerkennen³⁶.

Schon aus diesem Grunde ist sehr zweifelhaft, ob der Einziehung i. S. des E 1962 eine Sondernatur zukommen kann; denn abgesehen von gewissen Ausgleichsmomenten beim Gewinnverfall, die aber selbst dort nur unvollkommen entwickelt sind³⁷, geht die kriminalpolitische Zielsetzung des E 1962 — und gleiches gilt für die des EGOWiG — auch bei der Einziehung über repressive und präventive Gesichtspunkte im wesentlichen nicht hinaus³⁸.

Freilich wird auch durch diesen Befund ein Eigencharakter der Einziehung nicht notwendig ausgeschlossen, nämlich dann nicht, wenn man sie als ein *Zwittergebilde* versteht, in dem Straf- und Sicherungszwecke zu einer Einheit verschmolzen sind — etwa in dem Sinne, wie sich die monistischen Lehren die „Sicherungsstrafe“ gedacht haben³⁹.

Doch auch diese Lösung bleibt bei der Einziehung problematisch. Denn ganz ungeachtet des allgemeinen Für und Wider um eine einspurige „Strafmaßregel“⁴⁰, fehlt bei der Einziehung gerade das Moment, das bei anderen

bzw. der Sicherungsmaßregel keinesfalls in ihren letzten Tiefen ausgelotet sind; denn daß gerade bei der Strafe in Wirklichkeit eine innere Verschränkung von vergeltenden und präventiven Gesichtspunkten vorliegt, wurde bereits an anderer Stelle dargetan (vgl. oben S. 109 ff.). Da es hier jedoch allein auf die primär unterscheidenden Kriterien ankommt, erscheint es gerechtfertigt, im Sinne kennzeichnender Kürzeln von Repression einerseits und Prävention andererseits zu reden; denn auch soweit die Strafe präventive Ziele verfolgt, versucht sie das doch durch repressive Einwirkung auf den Täter zu erreichen, wobei — anders als bei der Sicherungsmaßregel — der mit der Sanktion verbundene Übelseffekt nicht nur eine notwendige, sondern eine beabsichtigte Folge sein kann. Treffend daher die knappe Formel von R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 147: „Strafe ist jede Maßnahme, mit der der Gesetzgeber zumindest auch die Vergeltung (begangenen) kriminellen Unrechts bezweckt; Sicherungsmaßregel ist jede Maßnahme, mit der der Gesetzgeber nur die Verhinderung (künftigen) kriminellen Unrechts bezweckt“. Zum Ganzen auch oben S. 89 f. m. weit. Nachw.

³⁵ Vgl. statt aller MAURACH, AT S. 700 und SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 18 vor § 13.

³⁶ Denn „ob eine Maßnahme Strafe ist, ergibt sich nicht aus ihrer Bezeichnung, sondern aus ihrem Wesen, das durch die ihr vom Gesetz zugeschriebene Funktion bestimmt wird“: v. WEBER, DRiZ 1951, 153; vgl. auch R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 147 ff.

³⁷ Vgl. oben S. 122 f.

³⁸ Vgl. im einzelnen oben S. 109 ff.

³⁹ Dazu insbes. v. LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch S. 20 f., 349 f. und EXNER, Sicherungsmittel S. 223 ff. sowie aus neuerer Zeit DREHER, ZStW 65, 486 ff., DÜNNEBIER, ZStW 72, 39 ff., HALL, ZStW 70, 41, 58 ff., wobei sich freilich die Auffassungen über Voraussetzungen und Gestalt einer „Sicherungsstrafe“ keineswegs voll decken.

⁴⁰ Vgl. im einzelnen die Nachw. oben Anm. 31.

Sanktionen zur Vereinheitlichung drängt: die Identität des Adressaten. Während sich etwa die Freiheitsentziehung sowohl als Strafe wie als Sicherungsmaßregel gegen den Täter richtet oder jedenfalls am Täter vollzogen wird⁴¹, kann die Einziehung — je nach ihrer zweckbedingten Stoßrichtung — gegen eine Person oder auch gegen eine Sache gerichtet sein⁴²: Soll sie im Sinne einer Strafe repressiv wirken, so richtet sie sich gegen den Täter oder — falls man die „strafähnliche“ Dritteinziehung anerkennen will — gegen den verwerflich behandelnden Dritteigentümer, ist also *personbezogen*, wobei der Zugriff auf die Sache nur das Medium der Einwirkung auf die Person des Betroffenen darstellt. Soll sie dagegen primär der Beseitigung einer Gefahrenquelle dienen, so geht ihre Zielrichtung gegen das Einziehungsobjekt, ist also *sachbezogen*, weshalb die Person des Betroffenen hier völlig irrelevant bleibt⁴³.

Wollte man hier nun beide Zielsetzungen in einer einzigen Sanktion integrieren, so könnten sie wegen ihrer divergierenden Stoßrichtung einander behindern, wie sich oben ja tatsächlich gezeigt hat. Denn als Sanktion gegen die Person ist die Strafe von Voraussetzungen abhängig, die, wie beispielsweise der Schuldgrundsatz, einer effektiven Prävention gegenüber dem Objekt hemmend im Weg stehen können. Und umgekehrt käme der Strafzweck zu kurz, wollte man die repressive Einziehung gegen die Person von etwaigen sachbedingten Gefährlichkeitskriterien abhängig machen. Hier kann man einer Verkürzung der divergierenden Einziehungszwecke — und damit auch einer Verwischung ihrer Konturen — nur dadurch vorbeugen, daß man von ihrer monistischen Verschmelzung Abstand nimmt.

II. Dies erscheint auch deswegen geboten, weil jede andere Auffassung Gefahr läuft, das zwischen Rechtsfolge und Rechtsfolgevoraussetzungen be-

⁴¹ Woraus auf die praktische Nichtunterscheidbarkeit von Freiheitsstrafen und Sicherungsverwahrung geschlossen wird; DREHER, ZStW 65, 481 ff.; DÜNNEBIER, ZStW 72, 37; NOLL, Ethische Begründung S. 23 f.; vgl. dazu auch SCHRÖDER, ZStW 66, 183 ff.

⁴² Deshalb hat bereits SCHRÖDER (ZStW 66, 180 sowie in: SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 2 vor § 13) zu Recht bemerkt, daß sich die Problematik einer einspurigen Straf-Maßregel nur bei Sanktionen stellt, die mit einer Freiheitsentziehung verbunden sind (vgl. auch BOCKELMANN, Materialien I S. 40 über den begrenzten Anwendungsbereich der Einspurigkeit). Dies braucht jedoch nicht zu bedeuten, daß die Einziehung immer nur einspurig sein könne. Das wäre nur dann anzunehmen, wenn man den Begriff der Zweispurigkeit nur auf die Möglichkeit der gleichzeitigen Verhängung verschiedener Sanktionen anwenden wollte, so wie dies etwa im Verhältnis von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung der Fall ist. So gesehen könnte die Einziehung, da der betroffene Gegenstand nur einmal eingezogen werden kann, natürlich immer nur einspurig sein. Dagegen ist auch bei der Einziehung insofern eine Mehrspurigkeit denkbar, als sie generell sowohl Strafe als auch Sicherungsmaßregel sein kann.

⁴³ Deshalb sprach schon EXNER, aaO, S. 50, 57 ff. von einem „sachlichen“ Sicherungsmittel. An diesem Abgrenzungskriterium ändert sich im Prinzip auch dort nichts, wo sich das Sicherungsbedürfnis aus personbedingten Umständen ergibt; dazu unten S. 263 f.

stehende Spannungs- und Abhängigverhältnis aus den Augen zu verlieren. Ohne auf diese Problematik hier näher eingehen zu können, sei dazu folgendes bemerkt. Obgleich der Wortsinn von Rechts-„Folge“ zu implizieren scheint, daß diese sich im Wege eines simplen Schlusses aus den Rechtsfolgevoraussetzungen ergebe, letztere also der bestimmende Faktor seien, trifft das doch nur bedingt zu, da es auch eine Rückwirkung der Rechtsfolge auf den sie auslösenden Tatbestand gibt⁴⁴.

So etwa setzt, um ein ganz banales Beispiel zu bringen, die zivilrechtliche Restitutionspflicht per definitionem voraus, daß es überhaupt etwas wieder-gutzumachen gibt, also eine bestimmte Störung vorliegt. In vielleicht noch stärkerem Maße ist eine derartige Wechselwirkung bei den strafrechtlichen Sanktionen zu beobachten. Nicht nur, daß diesen durch ihre primär repressive bzw. präventive Zielsetzung eine bestimmte Stoßrichtung gegeben ist; vielmehr kommt ihnen über alle zeitbedingten Zielsetzungen hinaus auch eine faktisch und sozialpsychologisch unvermeidliche *Realwirkung* zu. Erwähnt sei hier nur — und zwar wiederum sehr vereinfachend — der Übelseffekt oder, speziell bei den Kriminalstrafen, die mit dem sozialetischen Tadel verbundene *capitis diminutio*⁴⁵. Da diese jeweiligen real- und zweckbedingten Wirkungen ein Fixum darstellen, das mit der Verhängung der entsprechenden Sanktion notwendig verknüpft ist, müssen sie bei der gesetzlichen Umschreibung der Rechtsfolge-Voraussetzungen mit in Rechnung gestellt werden, da nur so zwischen Rechtsfolge und Rechtsvoraussetzungen ein ausgewogenes Verhältnis gewährleistet bleibt⁴⁶. Wo also eine Sanktion auch repressive Wirkung hat und haben soll, muß sie von bestimmten personbezogenen Voraus-

⁴⁴ Leider wird aber die Erörterung des Beziehungsverhältnisses von Tatbestand (im allgemein-rechtstheoretischen Sinne) und Rechtsfolge auf die von ZIMMERMANN und TUHR aufgeworfene Frage einer rechtlich-kausalen Verknüpfung beschränkt (vgl. ENGISCH, Einführung S. 35 ff.). Diese Betrachtung ist, jedenfalls vom rechtspolitischen Standpunkt aus, zu eng. Denn nicht nur der Gesetzgeber, dem es etwa um die Statuierung einer bestimmten, inhaltlich fixierten Rechtsfolge geht, sondern auch der Richter, der eine gesetzlich vorgegebene Rechtsfolge auf einen lückenhaften Tatbestand anwenden will, muß die Umschreibung bzw. Auslegung des entsprechenden Tatbestandes nicht zuletzt an der bezweckten oder vorgegebenen Rechtsfolge ausrichten. In diesem Sinne neuerdings wohl auch SCHMIDHÄUSER, wenn er im teleologischen Zusammenhang von Straftat und Strafe einen der grundlegenden Systemgedanken des Verbrechensbegriffes sieht (in RADBRUCH-Gedächtnisschrift S. 276). Vgl. ferner unten Anm. 46.

⁴⁵ Vgl. S. 90; speziell zum Mißbilligungscharakter der Strafe, LANGE, Materialien I S. 75, NOLL, Ethische Begründung S. 3, 17 ff., PRANDER, SchwZStR 61, 191, SAX, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, Grundrechte III/2 S. 924 sowie generell zum Realgehalt der Strafe ESER, Abgrenzung S. 139 ff.

⁴⁶ Dies nicht zuletzt deshalb, weil die strafrechtlichen Sanktionen zu den schärfsten Eingriffen in die Grundrechte des Betroffenen gehören und daher nur gerechtfertigt sein können, wenn der Unwert der „Aktion“ des Täters bzw. des geschaffenen Gefahrenzustandes den Auswirkungen der staatlichen „Reaktion“ wenigstens näherungsweise entsprechen. Näheres über die Begrenzung des Strafbarkeitsbereiches von den Rechtsfolgen her bei ESER, Abgrenzung S. 124 ff.

setzungen abhängig gemacht werden, die für eine präventive Maßnahme möglicherweise völlig uninteressant sind — und umgekehrt⁴⁷.

Für eine Konstruktion der Einziehung hätte das zur Konsequenz, daß eine monistisch verstandene Einziehungssanktion, die sowohl den Straf-, den Sicherungs- und auch den Ausgleichszweck in sich vereinen wollte, entweder keinem dieser Zwecke voll gerecht werden könnte oder aber zu einer Verzerrung und Verkomplizierung der Einziehungsvoraussetzungen führen müßte — eine Folge, die ihrerseits zu der Versuchung verleiten könnte, auch das Korrespondenzverhältnis von Sanktionsauswirkung und Sanktionsvoraussetzungen nicht mehr ernst zu nehmen. Auch dafür könnte die „strafähnliche“ Dritteinziehung des E 1962 ein warnendes Beispiel sein⁴⁸.

Ein weiterer, vor allem für die Rechtsanwendung bedeutsamer Punkt bleibt noch zu bedenken. Solange das Sanktionssystem ohnehin noch prinzipiell vom Dualismus beherrscht wird, treten immer wieder Situationen auf, in denen Strafsanktionen anderen (materiellen oder auch prozessualen) Regeln unterliegen als die Maßregeln, wo sich also der Richter unabweislich vor die Frage gestellt sieht, ob die konkrete Einziehungsanordnung nun als das eine oder als das andere zu behandeln ist⁴⁹. Spätestens an dieser Stelle würde dann die vom Gesetzgeber konzipierte Einspurigkeit doch wieder auseinanderführen. Warum aber dann überhaupt erst ein monistisches Zwittergebilde schaffen?

Im Ergebnis kann daher eine alle Einziehungszwecke in sich vereinigende Sanktion nicht befriedigen — jedenfalls nicht auf dem Boden eines sonst mehrspurigen Sanktionssystems. Deshalb wäre der konstruktive Ansatz des E 1962 auch dann als verfehlt anzusehen, wenn man seine zweckneutrale Aufzählung von Einziehungsgründen als den Versuch einer monistischen Einziehungsauffassung deuten wollte.

C) Schlußfolgerungen

I. Prinzip der Einheitlichkeit

Was das Streben nach einer einheitlichen, dabei jedoch elastischen Gesamtregelung anlangt, bieten der E 1962 wie auch die Neuregelung durch das EGOWiG jedenfalls für die Einziehung von Tatwerkzeugen und -produkten eine durchaus brauchbare Lösung: nämlich die Kombination einer möglichst

⁴⁷ Treffend in diesem Sinne R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 162, wenn er die sicherlich banal klingende, aber dennoch nicht selten mißachtete Feststellung trifft, daß „der Gesetzgeber eine Strafe ohne Schuld nicht einführen kann, weil das eben ein Widerspruch in sich selbst wäre. Nicht anders aber steht es mit einer Präventivmaßregel ohne Gefährlichkeit“. Vgl. auch GRÜNWALD, ZStW 76, 633.

⁴⁸ Vgl. unten S. 221 ff. Bezeichnenderweise war die zuvor zitierte Feststellung von R. SCHMITT gerade durch die nichtsicherungsbedingte Dritteinziehung veranlaßt.

⁴⁹ Vgl. im einzelnen oben S. 57 ff.

umfassenden Allgemeinregelung mit einer darauf aufbauenden Rahmenbestimmung für etwaige Sondervorschriften. Auf diese Weise wird einerseits erreicht, daß bereits durch die Allgemeinregelung nahezu alle Fälle, in denen eine Einziehung angebracht erscheint, nach einheitlichen Maßstäben erfaßt werden, andererseits aber auch noch Raum bleibt für besondere Einziehungsbedürfnisse, wobei jedoch durch die Rahmenbestimmung sichergestellt ist, daß auch in den Sonderfällen die Zulässigkeit der Einziehung grundsätzlich nach den gleichen Kriterien bestimmt wie bei der Allgemeinregelung.

Trotzdem bleiben gegenüber dem konstruktiven Ansatz des E 1962 im wesentlichen noch zwei Einwände. Das ist zum einen die verschiedentliche Durchbrechung der Rahmenbestimmung zugunsten von Sondervorschriften, die aus bestimmten kriminalpolitischen Bedürfnissen ein Abweichen von der sonst einheitlichen Generallinie ermöglichen sollen, das ist zum anderen die völlig verselbständigte Regelung des Verfalls von Tatgewinnen und -entgelten.

Zwar ist nicht zu leugnen, daß sich die Einziehung der *scelere quaesita* nicht restlos nach den gleichen Gesichtspunkten bestimmen läßt, die für die übrigen Einziehungsobjekte maßgeblich sind⁵⁰. Trotzdem fragt es sich, ob eine so scharfe Zäsur, wie sie der E 1962 — und ähnlich auch der AE⁵¹ — zwischen dem Verfall und der Einziehung gezogen hat, wirklich geboten war. Ganz abgesehen davon, daß dadurch eine Anzahl nahezu völlig paralleler Einzelregeln über Wertersatz, Wirkung der Sanktion und dergleichen notwendig wurde, birgt diese Trennung die Gefahr einer allmählichen Auseinanderentwicklung beider Komplexe in sich. Soweit dem unterschiedliche kriminalpolitische Ziele nicht entgegenstehen, sollte deshalb versucht werden, die durch Verfall und Einziehung erfaßten Bereiche in einem einheitlichen Gesamtrahmen zu integrieren. Inwieweit dies möglich ist, werden die weiteren Einzeluntersuchungen zu erbringen haben.

Gleiches gilt für die erwähnten Abweichungen bestimmter Sondervorschriften von der Rahmenbestimmung. Auch hier wäre zu prüfen, ob man den zu schützenden Sonderinteressen nicht auch bei Wahrung des einheitlichen Rahmens Genüge tun könnte.

II. Das Prinzip des Pluralismus der Einziehungszwecke

Was weiter die konstruktive Verwirklichung der sachlichen Einziehungszwecke betrifft, so konnten die bisherigen Lösungsversuche schon im Ansatz nicht befriedigen. Folgender Weg wäre denkbar.

1. Auszugehen ist von der Pluralität der kriminalpolitischen Sachziele. In-

⁵⁰ So etwa bezüglich der Minderung des Tatgewinns durch Gegenansprüche des Tatopfers: vgl. unten S. 294 ff.

⁵¹ Vgl. einerseits §§ 83 bis 87 AE zum Verfall, andererseits die §§ 88 bis 91 AE zur Einziehung.

soweit haben die Untersuchungen ergeben, daß die Eigentumssanktionen in ihren Einsatzmöglichkeiten ungebührlich beschnitten würden, wenn man sie in einseitiger Weise auf Straf- oder Sicherungszwecke festlegen würde.

Das bedingt auch in konstruktiver Hinsicht eine *pluralistische Gestaltung der Eigentumssanktionen*; d. h., daß sie gemäß ihrer *ambivalenten* Rechtsnatur mehrspurig verstanden und konstruiert sein müssen, mit der Folge, daß sie gesetzessystematisch weder den Strafen noch den Sicherungsmaßregeln zugeordnet werden können, sondern als *sonstige* Nebenfolgen einem eigenen Abschnitt zu unterstellen sind, etwa in der Form, wie das bereits im E 1962 und auch im AE geschehen ist.

2. Damit ist zwar ein entscheidender Schritt getan, der jedoch, wie das Versagen der bisherigen Lösungsversuche beweist, für sich allein noch keine optimale Verwirklichung der verschiedenen Einziehungszwecke gewährleistet. Dafür bleibt praktisch nur *ein* Weg: die Konzeption einer *vom Gesetz her generell zweckoffenen, erst durch den Richter individuell-final zu konkretisierenden Sanktion*.

Das will besagen, daß der Gesetzgeber auf eine für den Einzelfall verbindliche, abstrakte Festlegung der Rechtsnatur der Einziehung verzichtet und sich statt dessen damit begnügt, die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen die Sanktion sowohl als Strafe wie auch als Sicherungsmaßregel oder als Ausgleichsmaßnahme voll zur Entfaltung kommen kann⁵². Für die Gesamtregelung der Einziehung hat dies legislatorisch zur Konsequenz, daß praktisch drei auf diese Zwecke abgestellte Generalklauseln zu schaffen sind⁵³.

3. In *dogmatischer* Hinsicht bedeutet diese Konzeption eine Anerkennung der gesetzlich abstrakten Mehrnatur der Einziehung, die für ihre Konkretisierung der individuellen Zweckbestimmung durch den Richter bedarf: im Ergebnis also eine *individuell-finale* Einziehungsauffassung, ähnlich der, die auch de lege lata als einzige einen Ausweg aus dem fruchtlosen Streit der generalisierenden Einziehungskonzeption zu bieten vermochte⁵⁴.

3. KAPITEL

VERFASSUNGSRECHTLICHE FUNDIERUNG

Nach den Art. 1 III, 20 III GG ist alles Recht und damit auch das Strafrecht an die im Grundgesetz niedergelegte „*objektive Wertordnung*“¹ gebunden². Daher kann sich auch die Dogmatik nicht damit begnügen, den vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtszustand einfach als gegeben hinzunehmen. Vielmehr muß der theoretischen Analyse des Rechtsstoffes die verfassungsrechtliche Würdigung folgen. Entsprechendes gilt für die Kriminalpolitik. Auch hier vermögen nur solche Reformentwürfe zu bestehen, die sich in dem durch die Verfassung gezogenen Rahmen halten³.

Deshalb kann sich auch eine Gesamtbetrachtung der Eigentumssanktionen der Frage nicht entziehen, inwieweit nach heutigen verfassungsrechtlichen Maßstäben derartige strafrechtliche Sanktionen überhaupt noch zulässig sind. Dabei sind freilich von vorneherein zwei Einschränkungen zu machen: Einerseits kann es nicht der Sinn dieser mehr grundsätzlichen Erörterungen sein, jede einzelne Einziehungs- oder Verfallvorschrift, die das geltende Recht kennt oder die für das künftige vorgesehen ist, auf ihre verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit hin zu untersuchen; diese Aufgabe muß der Einzelkommentierung überlassen bleiben. Andererseits könnte es aber auch leicht zu letztlich fruchtlosen Spekulationen führen, wollte man nur ganz in abstracto über das Verhältnis von Verfassung und Eigentumssanktion nachdenken. Deshalb muß ein Mittelweg gegangen werden: Zwar sollen die verschiedenen Erscheinungsformen der Eigentumssanktionen durchaus im Blick behalten werden; im Mittelpunkt der Betrachtung können jedoch nur jene Grundtypen der Einziehung stehen, die auch kriminalpolitisch noch der Beibehaltung wert erscheinen. Das bedeutet, daß es hier im wesentlichen nur um die grundsätz-

¹ BVerfGE 7, 198.

² Treffend dazu das bekannte Wort von HERBERT KRÜGER, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, 1950, S. 3, daß der heutige Gesetzgeber „keinen Schritt tun (kann), ohne vorher der Verfassung gehuldigt zu haben“. Speziell zur Grundrechtsbindung des Strafrechts grundlegend SAX, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: BERTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Grundrechte III/2 S. 909 ff., STREE, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, HAMANN, Grundgesetz und Strafrechtsgesetzgebung, 1963, und WOESNER, NJW 1966, 1729.

³ Zu dieser Abhängigkeit allen kriminalpolitischen Bemühens von den verfassungsrechtlich vorgezeichneten Grundpositionen jüngst KAISER, ZStW 78, 125; dazu auch oben S. 102.

⁵² Über die Zulässigkeit einer derartigen Zweckkonkretisierung der Sanktion durch den Richter vgl. oben S. 93 ff. — Freilich ist denkbar, daß im Einzelfall u. U. auch mehrere Einziehungszwecke zusammenkommen können. Über dieses Zusammenspiel vgl. unten S. 350 f. Dort auch Näheres über die Abstimmung der Hauptstrafe mit der Einziehung im Rahmen einer Gesamtstrafzumessung.

⁵³ Vgl. dazu den Gesetzesvorschlag unten S. 378 ff.

⁵⁴ Vgl. oben S. 89 ff., 96.

liche Zulässigkeit der Straf-, Sicherungs- und Ausgleichseinziehung gehen kann⁴.

Es versteht sich, daß der Kern der verfassungsrechtlichen Problematik bei dem Grundrecht zu suchen ist, gegen dessen Schutzobjekt sich die Eigentumsanktionen naturgemäß richten: bei der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Deshalb muß diesem Fragenkreis das Hauptaugenmerk gelten (§ 10). Freilich gibt es auch noch andere verfassungsrechtliche Berührungspunkte: so etwa mit der Wesensgehaltssperre, dem Gleichheitssatz oder der Meinungs- und Kunstfreiheit. Auch sie sollen wenigstens insoweit beleuchtet werden, als es zur allgemeinen Beurteilung der Eigentumsanktionen notwendig erscheint (§ 11).

§ 10 EINZIEHUNG UND EIGENTUMSGARANTIE

A) Problemstellung

I. Die Suche nach einem einheitlichen Rechtfertigungsprinzip

Dies ist keineswegs der erste Versuch, die strafrechtliche Einziehung mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) in Einklang zu bringen. Neben einigen kleineren Beiträgen¹ und den — allerdings meist recht knappen — Erörterungen der einschlägigen Kommentare² haben sich insbesondere GILSDORF³, STREE⁴, DIETRICH⁵ und SCHLIEPER⁶ eingehender mit dieser Frage auseinandergesetzt.

Wenn diese Thematik hier trotzdem noch einmal aufgegriffen wird, so vornehmlich aus zwei Gründen. Schon in sachlicher Hinsicht kann trotz der weitgehenden Einigkeit über die Verfassungsmäßigkeit der Eigentumsanktionen⁷ noch keine Rede davon sein, daß man auf die Frage nach der Begrün-

⁴ Über den erfaßten Bereich vgl. im einzelnen oben S. 103 ff.

¹ Hingewiesen sei insbesondere auf ZEIDLER, NJW 1954, 1148 ff., CREIFELDS, JR 1955, 403 ff. und KRÖNER, NJW 1959, 81 ff.

² Vgl. u. a. KIMMICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Anm. 88 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VI 4, 5, der sich seinerseits weitgehend auf E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 39 ff. stützt, und W. WEBER, Eigentum und Enteignung, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHÜNER, Grundrechte II S. 365 ff. Aus dem strafrechtlichen Schrifttum vgl. insbes. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 9 ff.

³ GILSDORF, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Einziehung, Diss. Tübingen 1958; in gekürzter Fassung auch veröffentlicht in JZ 1958, 641—647, 685—691.

⁴ STREE, Deliktsfolgen, S. 83—136.

⁵ DIETRICH, Die strafrechtliche Einziehung und die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Diss. Hamburg 1964.

⁶ SCHLIEPER, Die Einziehung täterfremden Eigentums und ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung, Diss. Köln 1964.

⁷ Im Streit steht in grundsätzlicher Hinsicht nur die Dritteinziehung. Dabei wollen jedoch wohl nur E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 40, und FORST-

dung dieses Ergebnisses bereits eine allseits befriedigende Antwort gefunden hätte. Und noch weniger kann die bisherige methodische Behandlung genügen. Nicht nur, daß immer wieder Argumente aus Bereichen herangezogen werden, die auf völlig anderer Ebene liegen. Auch ist meist schon der Ansatzpunkt verfehlt. Denn da man sich durchwegs darauf konzentrierte, auf irgendeinem Wege zur Rechtfertigung (oder auch Verwerfung) eines bestimmten Einziehungstyps zu kommen, mußte der Blick in einer kasuistischen Betrachtungsweise verfangen bleiben. Dadurch konnte auch die für eine geschlossene Gesamtbeurteilung entscheidende Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der verschiedenen Einziehungsfälle auf ein *einheitliches Rechtfertigungsprinzip* zurückführen läßt, gar nicht erst ins Bewußtsein rücken. Diese Blickverkürzung hat nicht zuletzt dazu geführt, daß die Straf- und Sicherungseinziehung von Grund auf nach ganz unterschiedlichen Kriterien beurteilt werden, ohne daß die Möglichkeit eines gemeinsamen Nenners auch nur zur Diskussion gestellt wurde.

So will GILSDORF z. B. nur die sicherungsbedingte Einziehung auf Art. 14 GG zurückführen, während er die strafweise ohne Rücksicht auf die Eigentumsgarantie allein aus dem hoheitlichen Strafanspruch des Staates zu begründen versucht⁸. STREE andererseits geht zwar von einer geschlossenen Erörterung der verfassungsrechtlichen Grundlagen aus⁹, tritt dann aber zu früh in eine Einzelerörterung der verschiedenen Einziehungsfälle ein, ohne zu fragen, ob sich nicht doch noch weitere Gemeinsamkeiten der Einziehungstypen aufweisen ließen. Ähnlich hält es DIETRICH von vornherein für völlig selbstverständlich, daß die strafweise Einziehung auch im Hinblick auf die Eigentumsgarantie nach ganz anderen Kriterien zu beurteilen sei als etwa die sicherungsbedingte¹⁰.

HOFF, Verwaltungsrecht I S. 310 f. — ähnlich aber anscheinend jetzt auch SCHMIDT-BLEISTREU-KLEIN, Art. 14 Rdnr. 2 — der Dritteinziehung, gleichgültig ob sicherungsbedingt oder nicht, global die Zulässigkeit abstreiten: HUBER deshalb, weil er die Einziehung zu einseitig als eine — strafrechtliches Verschulden erfordernde — Sühnemaßnahme versteht (vgl. dazu auch unten 10), FORSTHOFF, weil er in dem Umstand, daß die Dritteinziehung nur in bestimmten Fällen vorgesehen ist, ein sachlich nicht gerechtfertigtes Sonderopfer der Betroffenen und damit eine Verletzung des Gleichheitssatzes sieht. Dabei wird jedoch verkannt, daß es bei manchen Deliktsgruppen keineswegs erforderlich ist, alle in die Tat verwickelten Gegenstände, gleichgültig, wem sie gehören, aus dem Verkehr zu ziehen. Jedenfalls kann bei unterschiedlichem Straf- oder Sicherungsbedürfnis der Sachgrund für unterschiedliche Einziehungsbestimmungen nicht schlechthin geleugnet werden; vgl. auch STREE, Deliktsfolgen S. 103 f.

⁸ GILSDORF, Diss. S. 7 ff., 67 ff. ⁹ STREE, Deliktsfolgen S. 85 ff.

¹⁰ DIETRICH, S. 29. Noch punktueller im Grundansatz SCHLIEPER, der die rätergerichtete Einziehung aus dem Gerechtigkeitsgedanken (S. 36 ff.) und die Einziehung absolut gefährlicher Gegenstände aus einer immanenten Schranke der Eigentumsgarantie gerechtfertigt hält (S. 20 ff.), im übrigen jedoch die Dritteinziehung nicht nur für unvereinbar mit Art. 14 GG, sondern auch (ausgenommen bei vorwerfbarem Fehlverhalten des Dritten) für unverhältnismäßig ansieht (S. 27 ff., 89 ff.).

Der tiefere Grund für diesen bis in die Wurzeln reichenden Bruch in der verfassungsrechtlichen Fundierung dürfte vor allem darin liegen, daß in die Auseinandersetzung mit Art. 14 GG voreilig Gesichtspunkte hineingetragen werden, die zwar für die spezifische Zielsetzung der Einziehung als Strafe oder als Sicherungsmaßregel höchst bedeutsam sind, für die staatliche Eingriffsbefugnis als solche aber nur mittelbaren Wert besitzen¹⁰. Damit soll keineswegs einer völligen Trennung von prinzipieller Rechtfertigung und spezifischer Form und Zwecksetzung der Einziehung das Wort geredet werden. Denn daß für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Eigentums-sanktion letztlich auch der sich aus ihrem Zweck ergebende „modus“ (als Strafe, Sicherungsmaßregel oder Ausgleichsmaßnahme) mitentscheidend ist, läßt sich nicht leugnen — im Gegenteil: gerade diesen modalen Eigenheiten des einzelnen Sanktionstyps wird noch eine besondere Bedeutung einzuräumen sein. Trotzdem erscheint es im Interesse methodischer Sauberkeit und damit auch im Sinne einer weiteren dogmatischen Aufhellung als möglich und notwendig, die Einziehungs-„*causa*“ (d. h. den prinzipiellen Rechtfertigungsgrund) und den Einziehungs-„*modus*“ (d. h. die sich aus dem spezifischen Sanktionscharakter ergebenden Kriterien) scharf auseinanderzuhalten.

Von dieser Doppelstufigkeit der Fragestellung haben auch die weiteren Überlegungen auszugehen. Es geht also nicht nur darum, auf irgendeinem Wege zur Rechtfertigung der strafrechtlichen Eigentums-sanktionen gegenüber der grundrechtlichen Eigentums-garantie zu kommen. Vielmehr soll zunächst und überhaupt versucht werden, für alle Einziehungstypen eine möglichst einheitliche verfassungsrechtliche Grundlage, also gleichsam den kleinsten gemeinsamen „Rechtfertigungs-nenner“ zu finden.

II. Die Relevanz der Eigentums-garantie

Angesichts der Tatsache, daß die Geldstrafen allgemein ohne jede Bedenken für zulässig gehalten werden, mag es überraschen, daß die Eigentums-sanktionen (i. e. S.) immer wieder zu verfassungsrechtlichen Diskussionen Anlaß geben. Der Grund dafür ist in der unterschiedlichen Stoßrichtung dieser Sanktionstypen zu suchen: Während die Geldstrafen dem Betroffenen nur eine — gegenständlich unspezifische — Geldleistungspflicht auferlegen, also generell gegen das Vermögen gerichtet sind, stellen die Eigentums-sanktionen

¹⁰ Typisch dafür etwa E. R. HUBER: Wenn er überhaupt nur die strafweise Einziehung gegen den Täter gelten lassen will (vgl. oben Anm. 7), so ist dieser einseitige Standpunkt nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß er bereits die eigentumsgrundrechtliche Problematik mit Argumenten bestreitet, die aus dem Wesen der Strafe gewonnen sind, also allenfalls für den „Verwirkungsvollzug“ bedeutsam sein mögen, dagegen mit der Verwirkung als „*causa*“ der Einziehung nicht unmittelbar etwas zu tun haben. Vgl. dazu auch unten S. 190.

einen *spezifischen Zugriff auf individuell bestimmte Eigentumsobjekte* dar¹¹.

Vom Blickpunkt des Art. 14 GG bedeutet das einen ganz entscheidenden Unterschied. Zwar will dieses Grundrecht mehr sein als nur eine objektive Institutsgarantie des Eigentums; denn als ein subjektiv-freiheitsrechtlicher Ausfluß des „status negativus“ will es auch den individuellen Grundrechts-träger vor hoheitlichen Eingriffen in seine konkreten Eigentumspositionen schützen¹². Indes geht diese Garantie nicht so weit, daß damit auch eine Sperre gegen die Auferlegung jeglicher Vermögensopfer aufgerichtet wäre. Nur der spezifische Zugriff auf bestimmte Vermögensobjekte wird von Art. 14 GG betroffen, nicht dagegen die unspezifische Vermögenswerteinbuße, weshalb Steuerlasten, Geldstrafen und ähnlich allgemeine Geldleistungspflichten von vorneherein aus dem Schutzbereich der Eigentums-garantie herausfallen¹³.

Bei den Eigentums-sanktionen hingegen, die zu einer substantiellen Beeinträchtigung (Unbrauchbarmachung) oder gar völligen Entziehung (Vernichtung, Verfall, Einziehung) der betroffenen Gegenstände führen, liegen die Dinge nicht so einfach¹⁴. Hier läßt sich ein Konflikt mit der Eigentums-garantie als eines subjektiven Freiheitsrechts nicht ohne weiteres von der Hand weisen. Wie dieser — tatsächliche oder vielleicht auch nur scheinbare — Konflikt zu lösen ist, wird im folgenden zu zeigen sein.

¹¹ Näher zu dieser Differenzierung oben S. 5 ff.

¹² Heute im Prinzip unbestritten: vgl. statt aller KIMMINICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 24, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. II 6. Was den *gegenständlichen Schutzbereich* dieser Garantie anbelangt, so beschränkt sie sich nach ganz h. M. nicht auf Eigentum im sachenrechtlichen Sinne, sondern umfaßt *jedwede subjektiven Vermögensrechte* (also auch Forderungen und Sicherungsrechte), jedenfalls soweit sie im Privatrecht begründet sind: vgl. im einzelnen BRINKMANN, Art. 14 Anm. I 1 a β, DÜRIG, JZ 1952, 9, IPSEN, VVDStRL 10, 83 f., v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. III 1 b, W. WEBER, in Grundrechte II S. 352 f.

¹³ So jedenfalls die heute h. M. (vgl. u. a. BVerfGE 4, 7/8/17; 8, 274/330, HAMANN, GG, Art. 14 Anm. B 1 b, KIMMINICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 11, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. III 1 b, R. SCHNEIDER, VerwArch. 58, 206 m. weit. Nachw.). Allerdings mehren sich die Stimmen, die auch das Vermögen als solches, jedenfalls bis zu einem gewissen Grade, dem Schutz des Art. 14 unterstellen wollen: vgl. u. a. GILSDORF, JZ 1958, 642, HESSE, Verfassungsrecht S. 169; auch H. KRÜGER, in SCHACK-Festschrift S. 78 Anm. 30 und LERCHE, DVBl. 1958, 527 Anm. 35. Dies ist sicher dort geboten, wo das in Geld zu leistende Vermögensopfer konfiskatorische Ausmaße annimmt. Dann allerdings stellen sich die gleichen Fragen wie bei der Einziehung.

¹⁴ Als unproblematisch könnten sich allenfalls die Wertersatz-einziehung und der wertmäßig bezifferte Gewinnverfall erweisen, da hier die Sanktion in einer Geldleistung besteht und somit einer Geldstrafe praktisch sehr nahekommt. Indes bleibt bei der Wertersatz-einziehung zu beachten, daß sie immer nur an die Stelle einer Originaleinziehung treten kann und insofern letztlich von deren Rechtfertigung abhängt (vgl. auch GILSDORF, JZ 1958, 642 Anm. 8). Entsprechendes gilt für den Gewinnverfall, der am Wert des rechtswidrig erlangten Gegenstandes ausgerichtet ist.

B) Die bisherigen Lösungswege

I. Vorkonstitutionelle Begründungen

Am weitesten gehen jene Versuche, die eine Rechtfertigung der Einziehung bereits im Vorfeld des Art. 14 GG zu finden hoffen. Hier sind vor allem jene zu nennen, die ihre Zuflucht in *ungeschriebenem Verfassungsrecht* suchen: Da vom Grundgesetz „*offensichtlich vorausgesetzt*“, sei die Einziehung durch einen ungeschriebenen Verfassungssatz legitimiert, so daß demgegenüber Art. 14 GG gar nicht mehr zum Zuge kommen kann.

Erste Andeutungen in diese Richtung finden sich, soweit ersichtlich, bei IPSEN. Da er den Weg zur Einziehung über die Enteignung (zu Recht) verschlossen glaubt und auch keine sonstige, aus Art. 14 GG zu gewinnende Möglichkeit der Rechtfertigung sieht, erklärt er kurzerhand, daß die Existenz der straf- und verwaltungsrechtlichen Konfiskation vom Grundgesetz „*offensichtlich vorausgesetzt*“ werde¹⁵. Die eigentliche Begründung dafür hat E. R. HUBER geliefert. Nach seiner Auffassung enthält das Grundgesetz eine „*echte Verfassungslücke*“, da es bei der Eigentumsgarantie keinen einschränkenden Vorbehalt zugunsten der als „*Verwirkungsvollzug*“ verstandenen strafrechtlichen Einziehung macht. Doch nicht anders als beim Aufopferungszwang sei auch die Zulässigkeit der Einziehung im Grundgesetz „*offensichtlich vorausgesetzt*“ und „*damit durch einen ungeschriebenen Verfassungssatz sanktioniert*“¹⁶. Diese Begründung hat nicht nur in der Lehre weitere Anhänger gefunden¹⁷, sondern ist auch in der Rechtsprechung schon gelegentlich aufgetaucht¹⁸.

Auf ähnliche Gedankengänge ist die von FORSTHOFF¹⁹, GILSDORF²⁰ und HAMANN²¹ vertretene Auffassung zurückzuführen, wonach die Zulässigkeit der Einziehung aus dem im Grundgesetz vorausgesetzten „*Strafhoheitsrecht* des Staates“ herzuleiten sei²². Denn auch hier wird jedenfalls für die strafweise Einziehung die Rechtfertigungsgrundlage noch außerhalb des grundrechtlichen Garantiebereichs gesucht.

¹⁵ IPSEN, VVDStRL 10, 88.

¹⁶ E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 40.

¹⁷ JANSSEN, Entschädigung S. 96 ff., ZEIDLER, NJW 1954, 1148, H. J. WOLFF, Verwaltungsrecht I S. 387. Vgl. auch KIMMINICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 88, 93, und v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VI 4, die sich bei Erörterung der Einziehung im wesentlichen den Darlegungen von E. R. HUBER anschließen; ferner SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art. 14 Rdnr. 27, wonach die Einziehung täter-eigener Gegenstände nicht dem Art. 14 GG unterfallen soll. Auch DIETRICH, S. 30 hält diese Auffassung offenbar für unbedenklich.

¹⁸ So insbesondere das BAG in der bekannten Entscheidung zur Einziehung des KPD-Vermögens: NJW 1959, 1243/6; vgl. auch BGHZ 27, 382/4.

¹⁹ FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I S. 310.

²⁰ GILSDORF, Diss. S. 67 und JZ 1958, 642. ²¹ HAMANN, GG, Art. 14 Anm. B 3a.

²² Ähnliche Andeutungen in BGHZ 6, 270/283, OLG Hamburg NJW 1953, 1645, KRÖNER, Eigentumsgarantie S. 56, NJW 1959, 82. Im gleichen Sinne GÜDE und wohl auch DREHER, beide in Sonderausschuß, V/54. Sitzg., S. 1033, sowie WUTTKE, SchlHA 1968, 252.

Gewiß erscheinen diese Wege recht verlockend, weil sie uns jeglicher Auseinandersetzung mit Art. 14 GG zu entheben scheinen. Doch genau besehen sind sie kaum gangbar. Schon methodisch ist die Annahme einer Verfassungslücke noch bevor überhaupt gründlich untersucht ist, ob die fraglichen Sanktionen tatsächlich keine ausreichende Stütze in der Grundrechtsnorm selbst finden²³, mit den heute anerkannten Interpretationsgrundsätzen²⁴ nicht vereinbar²⁵. Und auch in sachlicher Hinsicht erscheint es bedenklich, die überkommenen Eigentumsanktionen dem Grundrechtssystem gleichsam vorzuordnen und damit letzten Endes der verfassungsrechtlichen Kontrolle zu entziehen.

Der gleiche Einwand ist gegen die Berufung auf das staatliche Strafhoheitsrecht zu erheben. Selbst wenn man davon ausgehen kann, daß das Grundgesetz nicht nur das Strafhoheitsrecht als solches²⁶, sondern grundsätzlich auch — was allerdings schon weniger selbstverständlich ist — den Fortbestand der herkömmlichen Strafarten voraussetzt, so wäre damit die Einziehung doch allenfalls als abstrakte Institution, nicht dagegen in ihrer jeweiligen konkreten Ausgestaltung als gegeben hinzunehmen. Denn daß der Grundgesetzgeber die überkommenen Eigentumsanktionen auch mit all ihren unbestreitbaren Fragwürdigkeiten vorbehaltlos aufrechterhalten wollte, kann ihm nicht unterstellt werden, es sei denn, man würde das Postulat der Grundrechtsgebundenheit allen Gesetzesrechts²⁷ zu einem bloßen Programm-satz degradieren wollen²⁸. Noch bedenklicher wäre es, wenn sich der Gesetz-

²³ Das hat auch schon STREE, Deliktsfolgen S. 87 zu Recht gerügt.

²⁴ Dazu im einzelnen LARENZ, Methodenlehre S. 279 ff.; speziell zur Verfassungsauslegung v. MANGOLDT-KLEIN, Einl. IV.

²⁵ Vielleicht war dieses Vorgehen noch verständlich, solange man die dem Gesetzgeber durch Art. 14 I 2 GG eingeräumte Schrankensetzbefugnis noch nicht in ihrem vollen Ausmaß erkannt hatte. Tritt man jedoch der heute überwiegend vertretenen Auffassung bei, daß die Schrankensetzung bis zur völligen Entziehung des Eigentums gehen kann (vgl. unten S. 166 ff.), so braucht man seine Zuflucht nicht mehr in ungeschriebenen Verfassungssätzen zu suchen.

²⁶ Dazu HAMANN, Grundgesetz S. 14 f. und SAX, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, Grundrechte III/2 S. 936, der von ersterem (aaO, S. 14 Anm. 2) jedoch offenbar mißverstanden wird; vgl. ferner HÄBERLE, Wesensgehaltgarantie S. 189.

²⁷ Vgl. oben S. 143.

²⁸ Wenn im übrigen selbst die in durchaus festen Traditionen wurzelnde Freiheitsstrafe keineswegs über die Grundrechte erhaben ist, sondern durch einen entsprechenden Beschränkungsvorbehalt (Art. 2 II 2 GG) gedeckt sein muß (DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. I Rdnr. 77 unter aa), so kann für die Eigentumsanktionen nichts anderes gelten, ganz davon abgesehen, daß diese schon bei Inkrafttreten des GG teils als zweifelhaft empfunden wurden (vgl. etwa die Auseinandersetzungen um §§ 401, 414 RAO 1931; dazu oben S. 39 ff.). Diese Grundrechtsabhängigkeit der Einziehung wird jetzt selbst von der zunächst zurückhaltenden Rspr. des BGH in immer stärkerem Maße anerkannt. Denn während er in der Beurteilung fragwürdiger Einziehungsvorschriften anfänglich meist nur mit Gerechtigkeits- und Billigkeitserwägungen argumentierte (vgl. etwa BGHSt 1, 351/3; 2, 311/2), nimmt er seit BGHSt 15, 399/403 immer häufiger auf die Eigentums-

geber mit Berufung auf das Strafhoheitsrecht auch de lege ferenda von der Achtung der Grundrechte dispensieren könnte. Deshalb wird man jedenfalls insoweit, als es nicht nur um das Einziehungsrecht als solches, sondern um seine konkreten Grenzen geht, an Art. 14 GG nicht von vorneherein vorbeikommen.

Zudem wäre durch die These vom grundrechtsfreien Strafhoheitsrecht ohnehin nur den spezifisch pönalen Eigentumssanktionen die Verfassungsmäßigkeit bescheinigt²⁹, aber keineswegs eine generelle Rechtfertigungsbasis gewonnen.

II. Leugnung des Eingriffscharakters

Während bei den zuvor erörterten Auffassungen Art. 14 GG praktisch ausgeklammert bleibt, wird von anderen die Eigentumsgarantie zwar auch hinsichtlich der Einziehung grundsätzlich für relevant erklärt, jedoch bestritten, daß die Eigentumssanktionen in den grundrechtlich geschützten Raum eindringen.

1. Am weitesten geht in dieser Hinsicht jene Lehre, die man als „Schutzunwürdigkeitstheorie“ bezeichnen könnte. Danach sollen sog. „fehlerhafte Eigentumsrechte“ schon von vorneherein gar nicht unter den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen. So hat etwa HAAS³⁰ — im Anschluß an sinnentsprechende Äußerungen STÖDTER³¹ zu Art. 153 der Weimarer Verfassung — den Enteignungscharakter der Vernichtung seuchenkranker Tiere mit der Begründung verneint, daß diese „von der Rechtsordnung als schädlich angesehen werden und deshalb der Eigentumsgarantie nicht teilhaftig sein können“.

Im Ergebnis läuft diese These darauf hinaus, daß fehlerhaftes Eigentum überhaupt nicht als Eigentum i. S. von Art. 14 I 1 GG zu verstehen ist³².

garantie Bezug (vgl. etwa BGHSt 19, 123/6; 20, 253; 21, 66/7). Gleiches läßt sich in der übrigen Rspr. beobachten: vgl. etwa BayObLGSt 1965, 15/8, OLG Hamm NJW 1967, 1432. Vgl. ferner E 1962 Begr. S. 240.

²⁹ In diesem eingeschränkten Sinne jedenfalls HUBER, JANSSEN, KIMMINICH, WOLFF und ZEIDLER (Nachw. oben Anm. 16 und 17), während IPSEN (oben Anm. 15) und das BAG (oben Anm. 18) offenbar auch die präventive Einziehung auf ungeschriebenes Verfassungsrecht stützen wollen. Unklar v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VI 4, die zwar auch von der Sicherungseinziehung sprechen, sich aber ohne Vorbehalt dem engeren Standpunkt HUBERS anschließen.

³⁰ HAAS, Entschädigungspflichten S. 37.

³¹ STÖDTER, Öff.-rechtliche Entschädigung S. 216; vgl. auch HÖSTEREY, S. 23. Krit. dazu bereits SCHACHT, S. 36.

³² Vgl. auch QUARITSCH, DVBl. 1959, 457, wonach polizeilich störendes Eigentum „gemeinschaftliches, von Art. 14 I 1 GG nicht erfaßtes Eigentum“ sei; ähnliche Andeutungen bei HURST, AöR 83, 60 und DÜRIG, JZ 1952, 9, der Art. 14 I 1 GG als „Garantie aller (redlich erworbenen) subjektiven vermögenswerten Rechte“ versteht. Vgl. ferner STREE, Deliktsfolgen S. 85 f., der die Gedanken von STÖDTER und

Dieser Auffassung liegt insofern ein zutreffender Gedanke zugrunde, als dort, wo es nichts zu schützen gibt, auch von rechtfertigungsbedürftigen Eingriffen oder Beschränkungen keine Rede sein kann. Damit ist jedoch noch keineswegs die entscheidende Vorfrage beantwortet, nach welchen Kriterien sich diese Schutzunwürdigkeit bestimmen soll. Wäre jene These so zu verstehen, daß sich aus dem Normengefüge des Art. 14 GG gewisse Schranken der Gewährleistung ergeben³³, so könnte dagegen — zumindest im Ergebnis — nichts Stichhaltiges eingewendet werden; denn wie im weiteren noch zu zeigen sein wird, läßt sich der Schrankensetzbefugnis des Art. 14 I 1 GG i. V. mit der Sozialpflichtklausel des Art. 14 II GG in der Tat der Satz entnehmen, daß das durch Art. 14 I 1 GG erfaßte Eigentum unter bestimmten Umständen seinen grundrechtlichen Schutz verlieren kann³⁴. Bedenken bestehen jedoch dagegen, bestimmte „fehlerhafte“ Rechte von vorneherein, d. h. ohne Rückgriff auf Maßstäbe, die erst Art. 14 GG zu geben vermag, aus dem Schutzbereich dieses Grundrechts herauszunehmen. Denn sofern der Tatsache, daß das Grundgesetz ein bestimmtes System von Gewährleistungsschranken kennt³⁵, auch nur ein geringer sachlicher Aussagewert zukommen soll, dann der, daß der Schutzbereich eines Grundrechts prinzipiell nach seinen ausdrücklichen (oder gegebenenfalls auch konkludenten) Begrenzungsvorbehalten zu bestimmen ist³⁶, nicht aber nach unbestimmten vorverfassungsrechtlichen Ausschlußkriterien, wie dem der Schutzunwürdigkeit makelbehafteten Eigentums³⁷. Andernfalls würde das grundrechtliche Schrankensystem

HAAS jedenfalls insoweit für berechtigt hält, als es um ständig gefährliche Einziehungsobjekte geht, sowie DIETRICH, S. 30, SCHLIEPER, S. 20 ff.

³³ So dürfte etwa W. WEBER (in Grundrechte II S. 365 f. und NJW 1950, 402) zu verstehen sein, wenn er eine Schutzunwürdigkeit auf Grund Verwirkung annimmt und dabei auch auf Art. 14 II GG hinweist. Entsprechendes gilt für die Auffassung von KNOLL, AöR 79, 476, 480. Auch QUARITSCH (s. oben Anm. 32) nimmt immerhin auf die Schrankenziehungsbefugnis des Gesetzgebers Bezug.

³⁴ Näheres unten S. 170 ff.

³⁵ Man denke etwa nur an Art. 2 II 3, 8 II, 12 I GG sowie speziell bei Art. 14 GG an die Vorbehalte der Abs. I 2, II und III. Allgemein zum Sinn und zur Terminologie der grundrechtlichen Inhalts- und Schrankenlehre vgl. aus der kaum noch überschaubaren Literatur insbes. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. I Rdnr. 69 ff., HÄBERLE, Wesensgehaltgarantie, insbes. S. 31 ff., 126 ff., EIKE v. HIPPEL, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, S. 13 ff., LERCHE, Übermaß S. 98 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Vorbem. B XV (S. 120 ff.).

³⁶ Inwieweit dafür auch sog. „immanente“ Grundrechtsschranken in Betracht kommen, kann hier nicht erörtert werden. Dazu näher DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. I Rdnr. 69 ff., HESSE, Verfassungsrecht S. 123, HÄBERLE, Wesensgehaltgarantie S. 31 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Vorbem. B XV 3a, MAUNZ, Staatsrecht S. 104 ff. Kritisch gegenüber derartigen Versuchen u. a. KRÜGER, NJW 1955, 201 ff., LERCHE, Übermaß, bes. S. 153 ff., RIDDER-STEIN, DÖV 1962, 365 ff. und jüngst COPIC, Grundgesetz, S. 21 ff., 30 ff.

³⁷ Damit soll indes nicht ausgeschlossen sein, daß das Grundgesetz u. U. an bestimmte vorgeprägte Begriffe anknüpfen kann und muß, so etwa beim Begriff der Religion oder der Wissenschaft; vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Vorbem. B XV 2a.

in seiner Funktion entwertet und auch die Grundrechtsgarantie selbst einer unkontrollierbaren Relativierung ausgesetzt.

Wenn also Art. 14 I 1 GG von Gewährleistung des „Eigentums“ spricht, so ist darunter zunächst einmal alles zu verstehen, was Gegenstand eines konkreten subjektiven Eigentumsrechts sein kann³⁸, ohne daß davon bestimmte Eigentumsobjekte von vorneherein ausgenommen werden könnten. Denn „auch das störende Eigentum bleibt Eigentum“ (LERCHE)³⁹. Deshalb kann auch dem Einbruchswerkzeug des Täters, dem aus eigenen Mitteln hergestellten Falschgeld, dem rechtswidrig erlangten Gewinn oder dem Bestechungsgeld der grundrechtliche Eigentumscharakter nicht a limine bestritten werden. Wenn überhaupt, so muß sich vielmehr auch hier der mangelnde Grundrechtsschutz aus den Vorbehalten des Art. 14 GG ergeben.

2. Indes könnte der Eingriffscharakter der Eigentumsaktionen dort fraglich werden, wo der grundrechtliche Eigentumsschutz aus irgendwelchen Gründen (Schrankenvorbehalt, Gemeinwohlklausel) tatsächlich aufgehoben oder beschränkt ist. Will man hier den Grundrechtseingriff nicht bereits in der Beschränkung des Schutzbereiches selbst sehen⁴⁰, so scheint es sich bei der einzelnen Eigentumsanktion in der Tat nur noch um den Vollzug einer bereits bestehenden Grundrechtsbeschränkung zu handeln.

So jedenfalls sieht es die sog. „Schrankenverweisungstheorie“. Ansätze dazu zeigten sich schon im älteren Schrifttum⁴¹. Ihre klarste Formulierung erhielt sie jedoch erst durch DÜRIG. Nach ihm gehört es von vorneherein nicht

³⁸ Und dazu gehören nach ganz h. M. nicht nur sachenrechtliche Zuordnungsobjekte, sondern auch sonstige subjektive Vermögensrechte; vgl. im einzelnen die Nachw. oben Anm. 12.

³⁹ LERCHE, Übermaß S. 119 gegen QUARITSCH (oben Anm. 32). Vgl. auch BVerfGE 1, 264/278: Art. 14 schützt „das Rechtsinstitut des Eigentums, so wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben“. Daß auch der Störer sein Eigentum — und zwar im verfassungsrechtlichen Sinn des Art. 14 I 1 GG — behält, wird man schon im Hinblick auf Art. 14 II GG nicht bestreiten können; denn wenn es dort heißt, daß der Gebrauch des Eigentums „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“ soll, so ist damit logisch vorausgesetzt, daß es auch einen gemeinwohlwidrigen Eigentumsgebrauch geben kann, ohne daß der betreffende Gegenstand dadurch die Qualifikation des Eigentums i. S. des Art. 14 GG verlieren müßte.

⁴⁰ So wohl GILSDORF, JZ 1958, 641 f. Daran ist sicher richtig, daß man in untechnischem Sinne überall dort von einer „Beschränkung“ (und damit von einem „Eingriff“) reden kann, wo einem Gegenstand, der als privatrechtliches Zuordnungsobjekt an sich „Eigentum“ i. S. von Art. 14 I 1 GG ist, der Grundrechtsschutz etwa kraft gesetzlicher Schrankenziehung nach Art. 14 I 2 GG vorenthalten wird. Dies besagt jedoch nicht, daß es sich damit auch um eine konstitutive Grundrechtsbeschränkung i. S. von Art. 19 I GG handeln müßte. Näher zu dieser Problematik v. MANGOLDT-KLEIN, Vorbem. B XV 3 b und Art. 14 Anm. IV 1, V 1 b, d; vgl. aber auch KIMMICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 29, und LERCHE, Übermaß S. 107, 110 Anm. 48.

⁴¹ Vgl. etwa STÖDTER, Off.-rechtliche Entschädigung S. 216, und STIER-SOMLO, VerwArch. 6, 336.

zur Freiheit des Einzelnen, strafbare Handlungen zu begehen; deshalb meinte er, die Sanktion als bloße Zurückweisung in bereits bestehende Schranken erklären zu können: „Wenn etwa beim Täter Werkzeuge eingezogen, pornographische Schriften vernichtet werden, wird er in die Schranken des Eigentums zurückverwiesen“; denn hier werde „dem Störer nichts an Rechtsmacht genommen, was ihm ursprünglich zugestanden wäre“⁴².

Obgleich DÜRIG diesen Standpunkt inzwischen weitgehend wieder aufgegeben hat, glaubt er ihn doch jedenfalls für einen Teil der Einziehungsfälle noch aufrechterhalten zu können⁴³. Auch STREE hält die Schrankenverweisungstheorie jedenfalls insoweit für vertretbar, als es sich etwa um die Einziehung eines verkehrsuntauglichen Kraftwagens oder um die Unbrauchbarmachung eines mit der Rechtsordnung in Widerspruch stehenden Gegenstandes, kurz: um polizeilich störendes Eigentum, handelt⁴⁴.

Auch diese Auffassung könnte aber nur dann ein allgemeines Rechtfertigungsprinzip für die Einziehung liefern, wenn diese sich wenigstens regelmäßig in einer bloßen Schrankenverweisung erschöpfen würde. Doch das ist nicht der Fall.

Dies läßt sich wohl am besten verdeutlichen, wenn man die Einziehungsbestimmungen in den Stufenbau grundrechtlicher Begrenzungen einordnet, wie ihn LERCHE entwickelt hat. Nach ihm ist neben (bzw. zwischen) die grundrechtsverdeutlichenden, die grundrechtsprägenden und die grundrechtseingreifenden Normen auch noch eine Gruppe sog. „mißbrauchswehrender“ Normen zu stellen⁴⁵. Darunter sind Rechtssätze zu verstehen, die zur Verhängung von Rechtsfolgen wegen mißbräuchlicher Grundrechtsausübung ermächtigen. Dazu zählen neben der Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG nicht nur die sicherheitsrechtlichen Eingriffsbefugnisse, sondern namentlich auch die strafgerichtlichen Einziehungsermächtigungen; denn auch bei ihnen geht es, wie bei allen strafrechtlichen Sanktionen, vornehmlich um Mißbrauchsabwehr, sei es nun repressiv oder präventiv⁴⁶.

Für den vorliegenden Zusammenhang ist nun vor allem ein Charakteristikum der mißbrauchswehrenden Normen wesentlich: ihre Doppelfunktion als grundrechts-*verdeutlichende* und darüber hinaus auch grundrechts-*eingreifende* Normen. Das beruht darauf, daß die Sanktion, zu der die Norm ermächtigt, in ihrer Wirkung sich nicht darauf beschränkt, lediglich den über

⁴² DÜRIG, AöR 81, 149; im gleichen Sinne bereits in AöR 79, 85 f.

⁴³ In MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 77; vgl. dazu unten Anm. 49.

⁴⁴ STREE, Deliktsfolgen S. 87. Vgl. auch SAMPER, Bayer. PAG, Art. 51 Rdnr. 2, W. WEBER, in Grundrechte II S. 348, WOLFF, Verwaltungsrecht III S. 58 f. und BayVerfGH in VGH n. F. 6 II 131/5. Dagegen hat SCHNUR seine gleichliegenden Thesen in DVBl. 1962, 1 ff. im Hinblick auf LERCHES Untersuchungen (vgl. folgenden Text) wieder zurückgenommen; VVDStRL 22, 137.

⁴⁵ LERCHE, Übermaß S. 106 ff., insbes. S. 117 ff.

⁴⁶ So etwa auch DÜRIG, AöR 79, 68, 85: „Die Strafrechtspflege ist nur ein Unterfall der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung.“

Hauptkriterium
mit Land

die betreffende Schranke hinausgehenden Grundrechtsgebrauch zu unterbinden, sondern durch die Art und Intensität dieser Zurückdrängung den Betroffenen auch in Betätigungs- und Gebrauchsmöglichkeiten beschneidet, die an sich nicht außerhalb des grundrechtlich geschützten Raumes liegen. Wenn etwa der Verbrecher durch Freiheitsentzug daran gehindert werden soll, die durch das Strafgesetz aufgerichteten Freiheitsschranken zu überschreiten, d. h. weitere Morde, Einbrüche usw. zu begehen, so führt dieser schrankenverdeutlichende und -verweisende Freiheitsentzug zwangsläufig dazu, daß der Betroffene auch in legitimen Bereichen der Freiheitsentfaltung (Berufsausübung, Familienleben, Reisen usw.) beschnitten wird⁴⁷.

Bei der Einziehung ist es im Prinzip nicht anders. Auch hier erschöpft sich die Sanktion nicht in der Zurückverweisung auf die dem Eigentumsgebrauch gezogenen Schranken (Unterlassung strafrechtswidrigen Eigentumsgebrauchs, Beseitigung eines störenden Zustandes), sondern sie entzieht dem Betroffenen einen Gegenstand, der trotz aller rechtlichen Makel immer noch Objekt von Eigentumsrechten ist, die bis zu einem gewissen Grade auch auf legitime Weise zu gebrauchen und zu nutzen wären, aber durch die völlige Entziehung des Gegenstandes mitentzogen werden: so etwa, wenn wegen Schmuggelfahrten ein PKW eingezogen wird, der durchaus auch anderen, legitimen Zwecken dienen kann⁴⁸.

Schon das dürfte genügen, um den Kurzschluß deutlich zu machen, auf dem die Schrankenverweisungstheorie letztlich beruht: Sie differenziert nicht scharf genug zwischen dem Rechtsbereich, dessen Grenzen der Täter überschritten hat und in den er daher wieder zurückgedrängt werden darf, und jenem Rechtsbereich, der im Wege der Zurückdrängung mitbetroffen wird. Wohl können beide gelegentlich auch einmal zusammenfallen; doch die Regel ist das nicht, auch nicht bei der Einziehung⁴⁹.

⁴⁷ Vgl. auch LERCHES sicherheitsrechtliches Abbruchsbeispiel (aaO, S. 120).

⁴⁸ Das gilt selbst bei den hier besonders problematischen *producta sceleris*. Mag auch die Existenz von Falschgeld einen noch so eklatanten Widerspruch zur Rechtsordnung bedeuten, so stellt doch immerhin das Papier als solches noch einen gewissen Eigenwert dar. Selbst wenn dieser unvermeidlich mitentzogen werden muß, um den Störer in seine Schranken zurückzudrängen, d. h. um die vom Falschgeld ausgehende Störung zu beseitigen, so liegt darin eben doch mehr als nur eine Zurückverweisung auf den bei Schaffung des Falschgelds bestehenden Ausgangspunkt. Vgl. auch Anm. 49.

⁴⁹ So auch LERCHE, Übermaß S. 119 f.; speziell zur Einziehung vgl. dort die Anm. 80 sowie DVBl. 1958, 527. — Das wird jetzt auch von DÜRIG — unter ausdrücklicher Rücknahme seiner früheren entgegengesetzten Auffassung (vgl. oben bei Anm. 43) — bezüglich der staatlichen Sanktionen im Prinzip vorbehaltlos anerkannt (in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 77). Allerdings läßt er offen, ob in einigen Ausnahmefällen die Schrankenverweisungstheorie nicht doch noch ihre Richtigkeit habe, so z. B. bei Einziehung der *producta sceleris*; denn hier, wie etwa auch bei Wiedergutmachungsaufgaben, werde der Täter gewissermaßen nur „an den grundrechtlichen Ausgangspunkt seiner störenden Handlungsweise zurückgedrängt“. Ob sich dies bei den *producta sceleris* so generell sagen läßt, muß bezweifelt werden.

Auch die Schrankenverweisungstheorie vermag daher keine volle Antwort auf die Rechtfertigungsfrage zu geben. Damit bleibt nur der Weg, die Zulässigkeit der Eigentumssanktionen aus einem der Vorbehalte des Art. 14 GG heraus zu begründen.

III. Einziehung als Enteignung (Art. 14 III GG)

1. Wenn von den Anknüpfungspunkten, die das Schrankensystem des Art. 14 GG für hoheitliche Eingriffe in das Eigentum bietet, zunächst die Enteignungsklausel des Abs. III untersucht werden soll, so nicht zuletzt wegen der auffälligen Ähnlichkeit, die zwischen der Einziehung und der Enteignung besteht: Beide führen typischerweise zum endgültigen Verlust bestimmter vermögenswerter Rechte⁵⁰, und in beiden Fällen geschieht dies letztlich zum Wohle der Allgemeinheit⁵¹. Tatsächlich wurde denn auch bereits verschiedentlich versucht, die Einziehung als eine besondere Form der Enteignung zu erklären und zu rechtfertigen.

Dabei erscheinen freilich von vorneherein nur solche Versuche sinnvoll, die die Einziehung am „technischen“ Enteignungsbegriff des Art. 14 III GG messen und nicht nur von einem „vulgären“, praktisch jeden hoheitlichen Eigen-

Wenn etwa die unter Verletzung von Backvorschriften hervorgebrachten Brötchen eingezogen werden, wird dem Täter ja nicht nur der außerhalb der Legalität gewonnene Mehrwert, sondern auch die Substanz seiner Produkte entzogen; er stellt sich also nicht genauso, sondern schlechter als vor seiner Tat, woraus zu folgern ist, daß er eben nicht nur bis zu seiner Ausgangsposition zurückgedrängt wird. Immerhin ist aber einzuräumen, daß es durchaus Fälle geben kann, in denen der Einziehungsbetroffene tatsächlich nicht weiter als bis zu seinem störenden Ausgangspunkt zurückverwiesen wird. Indes erscheint diese Ausnahmehypothese zu schmal, als daß man darauf eine generelle Rechtfertigung der Einziehung gründen könnte; vgl. auch LERCHE, Übermaß S. 119 Anm. 78a.

⁵⁰ Damit soll jedoch nicht ausgeschlossen sein, daß nach der heute herrschenden Auffassung eine Enteignung u. U. auch schon in einer über die bloße Inhaltsbestimmung hinausgehenden Eigentumsbeschränkung liegen kann (sog. „Aufopferungsentzug“, die jedoch nicht mit der klassischen „Aufopferung“ zu verwechseln ist); grundlegend dazu BGHZ 6, 270 ff.; BVerwGE 5, 143; 7, 297; 15, 1; vgl. im einzelnen HESSE, Verfassungsrecht S. 170 ff., KIMMINICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 43 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 3c, MAUNZ, Staatsrecht S. 163 ff., W. WEBER, in Grundrechte II S. 370 ff.; a. A. insbes. DÜRIG, JZ 1954, 4 ff. und SCHACK, NJW 1954, 577 ff. Allerdings ist höchst umstritten, ob sich diese eigentumsbeschränkende Enteignung nach *formellen* (z. B. Sonderopfer) oder nach *materiellen* Kriterien (z. B. Schwere und Tragweite des Eingriffs) bestimmen soll; im ersten Sinn vor allem der BGH (grundlegend auch hier BGHZ 6, 270/7 ff.; ferner BGHZ 9, 390/400; 15, 268/284 ff.), im letzteren Sinne u. a. das BVerwG (BVerwGE 5, 143/5; 7, 297/9; 11, 68/75).

⁵¹ Im Prinzip treffend dazu R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 318. Allerdings ist die Zwecksetzung der beiden Rechtsinstitute teils verschieden akzentuiert; dazu näher unten S. 160 ff.

tumsentzug umfassenden Enteignungsbegriff⁶² ausgehen; denn auf letzterem Wege wären kaum mehr als terminologische Scheinergebnisse zu erwarten⁶³.

Nimmt man den Enteignungsbegriff, so wie er heute überwiegend vertreten wird⁶⁴, zum Vergleichmaßstab, so erscheinen im Hinblick auf unsere Fragestellung vor allem folgende Enteignungskriterien beachtenswert:

- a) der Wirkung nach die völlige Entziehung (oder zumindest enteignungsgleiche Beschränkung) eines vermögenswerten subjektiven Rechts (*Eingriffsmoment*);
- b) dem Zweck nach die Zuführung des entzogenen Rechts zu einer gemeinwohl-nützlicheren Verwendung (*Sozialnützlichkeitsmoment*);
- c) dem Schutzbereich nach die Erfassung von Gegenständen, die an sich „eingriffs-fest“ sind, also nicht schon aus anderen Gründen (z. B. durch Verwirkung) den Schutz der Eigentumsgarantie verloren haben (*Schutzwürdigkeitsmoment*);
- d) als staatliche Gegenleistung für das Auferlegte eine angemessene Entschädigung (*Entschädigungsmoment*)⁶⁵.

Über diese Enteignung i. e. S. hinaus ist hier auch noch der sog. „enteignungsgleiche Eingriff“ miteinzubeziehen. Unter dieser Rechtsfigur versteht man hoheitliche Eingriffe in vermögenswerte Rechte, die im Unterschied zur Enteignung nicht rechtmäßig zu sein brauchen, ja im Regelfall sogar rechtswidrig sein werden. Ob das handelnde Organ dabei eine Schuld trifft oder nicht, ist ebenso gleichgültig wie der Zweck, den es mit seinem Eingriff ver-

⁶² Dazu insbes. v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 1, W. WEBER, in Grundrechte II S. 347.

⁶³ Deshalb können Identifizierungen der Einziehung mit der Enteignung, wie sie etwa bei SCHWALM, MDR 1959, 968 oder SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 40 Anm. 2 anklingen, von vorneherein außer Betracht bleiben.

⁶⁴ Näher dazu, jeweils m. weit. Nachw., KIMMINICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 39 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII, W. WEBER, in Grundrechte II S. 349., 370 ff. Freilich liegt im einzelnen noch vieles im Streit (vgl. zuletzt R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 197 ff., 301 ff.); soweit abweichende Auffassungen für unsere Fragestellung sachlich erheblich sind, wird an den einschlägigen Stellen näher darauf einzugehen sein. Auch die Frage, inwieweit es sich bei den im folgenden genannten Kriterien um Wesensmerkmale der Enteignung und nicht nur um positivrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen handelt (näher dazu DÜRIG, JZ 1954, 10, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 2 c und jetzt R. SCHNEIDER, aaO, S. 307 ff.), kann hier dahinstehen, da eine Rechtfertigung der Einziehung aus dem Enteignungsrecht ohnehin nicht an dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorbeigehen könnte.

⁶⁵ Trotz der Verschiedenheit des Schutzobjekts (nichtvermögenswerte Rechte), durch das sich die „Aufopferung“ von der Enteignung i. e. S. unterscheidet (vgl. BGHZ 13, 88; KIMMINICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 99, FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I S. 327 ff.; vgl. aber auch DÜRIG, JZ 1954, 4 ff., 11 f.; 1955, 522, WOLFF, Verwaltungsrecht I S. 367; eingehend zum Ganzen JANSSEN, Entschädigung insbes. S. 13 ff., 133 ff.), sind diese Kriterien im wesentlichen doch auch für die Aufopferung typisch; deshalb können die weiteren Erörterungen auch für die Aufopferung entsprechend gelten. Näher zum Verhältnis von Einziehung und Aufopferung JANSSEN, aaO, S. 96 ff. und DIETRICH, S. 82 ff.

folgt hat. Entscheidend ist vielmehr der tatsächliche Effekt des Eingriffs, seine faktisch enteignende Wirkung⁶⁶.

2. Wie ein kurzer Blick in Rechtsprechung und Lehre zeigt, ist das Verhältnis der Einziehung zur Enteignung im vorbezeichneten technischen Sinne noch weithin ungeklärt. Wenn es auch gewagt erscheint, angesichts der meist recht knappen und terminologisch vagen Begründungen eine gewisse Systematisierung des Meinungsstandes zu versuchen, so lassen sich — grob gesehen — doch folgende Standpunkte feststellen.

Das eine Extrem besteht darin, daß die Einziehung mit der Enteignung *identifiziert* wird. Soweit freilich dabei nicht ohnehin von einem vulgären Enteignungsbegriff ausgegangen wird⁶⁷, bleibt die Gleichsetzung praktisch auf die tatbestandliche Seite beschränkt. Zwar will man die Einziehung als Enteignung verstehen und wohl auch rechtfertigen, doch einer Entschädigung dafür soll es nicht bedürfen⁶⁸.

Die Schwäche dieser Argumentation liegt auf der Hand: sie verschiebt das Rechtfertigungsproblem lediglich auf die Rechtsfolgenseite. Denn spätestens bei der Frage der Entschädigung ist dann doch nach Gründen zu suchen, um die entschädigungslose Einziehung von der entschädigungspflichtigen Enteignung abzusetzen. So gesehen, hat es jedoch wenig Sinn, die Einziehung zunächst überhaupt in den Enteignungstatbestand hineinzupressen⁶⁹.

⁶⁶ So die heute h. M.; grundlegend BGHZ 6, 270/289 ff.; 7, 296 ff., wo zunächst darauf abgestellt wurde, daß sich die rechtswidrigen Eingriffe „für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt wie nach ihrer Wirkung als eine Enteignung darstellen würden“. Diese Ausrichtung an der Rechtsfigur der Enteignung wurde jedoch Schritt für Schritt fallen gelassen, so daß heute praktisch nur noch die faktisch enteignende, d. h. die dem Betroffenen ein Sonderopfer auferlegende Wirkung des Eingriffs entscheidet (vgl. insbes. BGHZ 32, 208/210 ff.). Eingehend zum Ganzen KIMMINICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 102 ff., SCHACK, JZ 1960, 625 ff. und HEIDENHAIN, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, S. 87 ff. Vgl. im übrigen auch unten S. 163 ff.

⁶⁷ So etwa bei TESAR, MDR 1947, 105. Vgl. auch die in Anm. 53 Genannten.

⁶⁸ So soll etwa nach GALLAS, Niederschriften III S. 212, die präventiv-polizeiliche Einziehung ein „echter Enteignungsfall“ sein, da sie dem allgemeinen Wohl diene; eine andere Frage sei jedoch, inwieweit eine Entschädigungspflicht bestehe (vgl. aber auch aaO, S. 219, wo dann der Schrankenziehungsgedanke herausgestellt wird). In diesem Sinne auch v. ROSENSTIEL, S. 56.

⁶⁹ Das gleiche Bedenken besteht gegen LERCHES Einziehungsauffassung. Obgleich nicht klar ist, ob er die Einziehung tatsächlich der Enteignung unterordnen will, kommt er dieser Auffassung doch jedenfalls sehr nahe, wenn er — unter Verwerfung der Schrankenverweisungstheorie — erklärt: „Das Eigentum wird dem mißbräuchlich Benutzenden im echten Sinn ‚entzogen‘, freilich hat dieser keinen Entschädigungsanspruch . . . Kurz: Der Rechtsbrecher hat zwar die Entschädigung, aber nicht sein Eigentum verwirkt“ (LERCHE, Übermaß, S. 119 Anm. 80; im gleichen Sinne schon in DVBL 1958, 527 mit Anm. 40, wo die tatbestandliche Identifizierung der Einziehung mit der Enteignung vielleicht noch deutlicher zum Ausdruck kommt). Leider bleibt aber offen, worauf dann die Verwirkung der Entschädigung zu begründen ist. Diese Frage ist vor allem dann höchst problematisch, wenn man in Art. 14 III GG — eben wegen der verfassungsrechtlichen Entschädigungspflicht —

Das andere Extrem wird von jenen Auffassungen vertreten, die Einziehung und Enteignung schon *tatbestandlich* als zwei völlig *verschiedene* Rechtsfiguren begreifen. Meist wird dies damit erklärt, daß beide in ihren Zielen und Voraussetzungen zu verschieden seien, als daß man die eine aus der anderen erklären könnte⁶⁰. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Doch gibt es auch Meinungen, die noch tiefer ansetzen und eine Überschneidung von Einziehung und Enteignung bereits damit verneinen, daß erstere auf Gegenstände beschränkt sei, die ohnehin nicht (oder nicht mehr) am Schutz der Eigentumsgarantie teilhaben, also im Grunde gar nicht mehr „enteignungsfähig“ seien. Dazu gehören insbesondere die Vertreter der Schrankenverweigerungstheorie⁶¹, aber auch jene, die die Einziehung im Wege ungeschriebenen Verfassungsrechts aus der Eigentumsgarantie herausnehmen⁶². Wenn auch diese Auffassungen hier in sich konsequent sind, so bleiben sie doch aus den oben erörterten Gründen im Ansatz verfehlt.

Von der weitaus überwiegenden Meinung wird demgegenüber ein *differenzierender* Standpunkt eingenommen. Zwar geht man auch hier von der grundsätzlichen Verschiedenheit der beiden Rechtsfiguren aus; doch soll in gewissen Fällen die Einziehung auch Enteignungscharakter haben.

Dabei werden aber vor allem in letzterem Punkt wiederum zwei verschiedene Akzentuierungen sichtbar. Während etwa STREE⁶³, KNOLL⁶⁴ und DIETRICH⁶⁵ an der prinzipiellen Unvereinbarkeit von Einziehung und Enteignung festhalten und in der eingriffsausgleichenden Zubilligung einer Entschädigung allenfalls das „kleinere Übel“ sehen⁶⁶, gehen andere noch einen Schritt weiter, indem sie hier die Einziehung nicht nur als *Enteignung* zu

eine Eigentums*wert*garantie sieht (Hesse, Verfassungsrecht S. 170, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 3, W. WEBER, in Grundrechte II S. 350). Denn dann genießt der Entschädigungsanspruch des Eigentümers grundsätzlich den gleichen Schutz wie das betroffene Eigentumsobjekt als solches. Daher wird auch mit der Formel „Verwirkung der Entschädigung statt des Eigentums“ das Problem im Grunde nur verschoben. Krit. hierzu auch STREE, Deliktsfolgen S. 87 Anm. 10.

⁶⁰ Teils wird dabei auch darauf abgehoben, daß die Einziehung keinen Güterbeschaffungsvorgang darstelle (VOGEL, GA 1958, 41 f., HÖSTEREY, S. 20 ff.; ähnlich bzgl. des Entgeltverfalls BÖHLER, S. 34 ff. und HAEMMERLI, S. 5), teils, daß sie für den Betroffenen kein Sonderopfer bedeute (CREIFELDS, JR 1955, 408, RÜMELIN, ZfZ 1957, 71 f.; 1958, 270 und NJW 1958, 1441). Vgl. ferner H. ARNDT, NJW 1957, 856, der eine Rechtfertigung aus dem Gedanken der Enteignung als mit dem „Sinn des Strafrechts und der Strafrechtspflege“ unvereinbar ansieht.

⁶¹ Vgl. DÜRIG, JZ 1954, 5 (mit Anm. 6), 11 und SCHACK, NJW 1954, 579 Anm. 22.

⁶² FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I S. 310, E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 40, IPSSEN, VVDStRL 10, 88, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VI 4; GOSSRAU und SCHAPHEUTLE, beide in Niederschriften XII S. 218 f. bzw. S. 220. Vgl. ferner BGHZ 6, 270/283; 27, 69/72, OLG Hamburg NJW 1953, 1645.

⁶³ Deliktsfolgen S. 84, 108 f.

⁶⁴ AöR 79, 470, 473, 475.

⁶⁵ AaO, S. 71 ff.

⁶⁶ So z. B. bei der fehlerhaften Dritteinziehung oder dem einziehungsbedingten Erlöschen von Drittrechten (STREE, aaO, S. 125 f. und 136).

erklären, sondern auch als solche zu rechtfertigen versuchen. Das gilt — mit teils unterschiedlichen Nuancierungen — vor allem für die Auffassungen von BUSSE⁶⁷, GILSDORF⁶⁸, JANSSEN⁶⁹, KIMMINICH⁷⁰, KRÖNER⁷¹, SAX⁷², SCHÄFER⁷³ und ZEIDLER⁷⁴, die zumindest in der Dritteinziehung, soweit sie weder durch ein Quasiverschulden des Dritteigentümers noch durch ein effektives Sicherungsbedürfnis gerechtfertigt ist⁷⁵, *echte* Fälle von Enteignungen oder enteignungsähnlichen Eingriffen sehen wollen⁷⁶ und offenbar keine Bedenken tragen, diese Form von Einziehungen auch als gerechtfertigt anzusehen, sofern nur eine entsprechende Entschädigung vorgesehen ist⁷⁷. Hier ist auch der BGH zu nennen, soweit er sich zur Rechtfertigung einer auf andere Weise nicht zu legalisierenden Dritteinziehung mit der Zuerkennung einer Entschädigung begnügt⁷⁸.

3. Der h. M. ist zuzugeben, daß sich auf die Frage nach dem Verhältnis von Einziehung und Enteignung keine völlig einheitliche Antwort geben läßt. Allerdings wird man dabei zwei verschiedene Betrachtungspunkte auseinanderhalten müssen: Fragt man allein danach, wie das Einziehungsrecht sinnvollerweise gestaltet sein müßte, stellt man also die *Soll*-Frage, so kann nicht zweifelhaft sein, daß eine Rechtfertigung der Einziehung aus Enteignungsgrundsätzen prinzipiell ausgeschlossen ist (unten c). Geht man dagegen vom faktischen Rechtszustand aus, begnügt man sich also mit der *Ist*-Frage, so wird man nicht umhin können einzuräumen, daß bestimmte Erscheinungs-

⁶⁷ NJW 1959, 1210 f.

⁶⁸ JZ 1958, 645 f., 690 f. Hier findet sich die wohl eingehendste Begründung dieses Standpunktes.

⁶⁹ Entschädigung S. 98 f.

⁷⁰ In Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 89, wo in der Entschädigungsregelung des § 86 II StGB a. F. offenbar ein Anwendungsfall des Art. 14 III GG gesehen wird.

⁷¹ NJW 1959, 83 f., Eigentumsgarantie S. 56. ⁷² In KMR, Vorbem. 1 d vor § 430.

⁷³ In LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 5 B vor § 430. ⁷⁴ NJW 1954, 1149.

⁷⁵ Noch weitergehend müßten KIMMINICH, SAX und SCHÄFER (jeweils aaO), da offenbar nur auf die Schuldlosigkeit des Dritteigentümers abstellend, selbst bei Sicherungsbedürfnis eine Enteignung annehmen. So in der Tat JANSSEN, Entschädigung S. 96 (Anm. 407) und S. 98 f., da er schon überall dort eine Enteignung annehmen will, wo der Entziehung die diskriminierende Zielsetzung fehlt, wie beispielsweise bei der rein objektiv ausgerichteten Sicherungseinziehung. Ebenso LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 4, wenn er zwischen strafweiser Einziehung und sicherungsweiser Enteignung unterscheidet.

⁷⁶ So namentlich ZEIDLER, aaO und WOLFER, S. 23 ff.

⁷⁷ Auf der gleichen Linie liegen die Auffassungen von DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 200, KÖNIG, Allg. Sicherheitsrecht S. 443 f., SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 20, H. SCHMIDT, NJW 1957, 1628 f., ähnlich auch schon BINDING, wenn er in der Einziehung täterfremden Eigentums ein „Enteignungsrecht gegen Unschuldige“ sah (Handb. I S. 497 Anm. 2). Vgl. ferner E 1962 Begr. S. 250 sowie die Begr. zu § 50 AtomG (BT-Drucks. Nr. III/759) und zu § 25 KriegswaffenG (BT-Drucks. Nr. III/1589).

⁷⁸ BGHZ 27, 69; vgl. auch BGHZ 5, 144/151.

formen der Einziehung tatsächlich Enteignungscharakter haben und deshalb nur gegen entsprechende Entschädigung zulässig sind. Indes sollte man mit derartigen Annahmen zurückhaltend sein. Denn selbst in den fraglichen Überschneidungsfällen dürfte es sich weniger um echte Enteignungen als um sog. „enteignungsgleiche Eingriffe“ handeln (unten b).

a) Mißt man die Einziehung an den Kriterien, die nach h. M. für die *Enteignung im technischen Sinne* wesentlich sind⁷⁹, so ergibt sich sicherlich eine Gemeinsamkeit in der *Wirkung*; denn beide Rechtsinstitute bezwecken und bewirken — jedenfalls in ihrer Grundform — die Entziehung eines bestimmten Eigentumsobjekts⁸⁰.

Doch bereits bezüglich der „Eingriffsfestigkeit“ des betroffenen Gegenstandes (*Schutzwürdigkeitsmoment*⁸¹) zielen Einziehung und Enteignung in verschiedene Richtungen. Während es bei der Enteignung dem Staat um die Erlangung sozialnützlicher, in ihrer Schutzwürdigkeit prinzipiell unangefochtener Gegenstände geht⁸², richtet sich die Einziehung gegen Objekte, die auf irgendeine Weise mit der Rechtsordnung in Konflikt geraten sind und sich dadurch als sozialschädlich erwiesen haben. Auch wenn sie allein deswegen noch nicht von vorneherein außerhalb des Schutzbereiches der Eigentums-garantie stehen, stellt sich doch die Frage, ob sie nicht auf Grund der vom Gesetzgeber gemäß Art. 14 I S. 2 GG gezogenen Schranken in Verbindung mit der Gemeinklausel des Abs. II ihre Schutzwürdigkeit einbüßen können. Das wird in der Tat regelmäßig zu bejahen sein, da, wie noch näher zu zeigen sein wird, gegenüber der strafrechtlichen Entziehung von Gegenständen, die auf bestimmte Weise in eine strafbare Handlung verwickelt waren, die Berufung auf die Eigentums-garantie grundsätzlich als verwirkt anzusehen ist⁸³.

Diese pauschale Feststellung mag hier zunächst genügen; denn selbst soweit ein Einziehungsobjekt ausnahmsweise doch als „eingriffsfest“ und damit an sich als enteignungsfähig gelten kann⁸⁴, fehlt es der Einziehung jedenfalls

⁷⁹ Vgl. oben S. 156.

⁸⁰ Anders ist es nur bei den verschiedenen Formen der Unbrauchbarmachung, wo das dingliche Eigentumsrecht als solches unangetastet bleibt. Immerhin hat aber die darin liegende Einwirkung auf das Eigentum eine Parallele in den über bloße Eigentumsbedingungen hinausgehenden Beschränkungen der sog. „Aufopferungsenteignung“ (vgl. oben Anm. 50).

⁸¹ Vgl. oben S. 156.

⁸² Vgl. dazu v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 3, wonach allen Enteignungsstatbeständen gemeinsam ist, daß sie „auf eine voll anerkannte Vermögenslage treffen und . . . sich nur durch zwingende Erfordernisse des öffentlichen Wohles genötigt sehen, die Eigentumsgewährleistung durch eine ‚Eigentumswertgarantie‘ auszutauschen“. Im gleichen Sinne W. WEBER, in Grundrechte II S. 370, wenn er die Enteignung im Gegensatz etwa zur Konfiskation dadurch charakterisiert sieht, daß sie sich „gegen die Vermögensposition des einzelnen in der unangefochtenen Ruhelage richtet und diese Vermögensposition grundsätzlich nicht in Frage stellt“.

⁸³ In diesem Sinne neuestens auch R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 319 ff. Vgl. im übrigen unten S. 186 ff.

⁸⁴ Vgl. unten S. 163 f. und 367 ff.

an der spezifischen enteignungsrechtlichen *Zielsetzung*. Wenn Art. 14 III GG für die Zulässigkeit der Einziehung verlangt, daß sie dem „Wohle der Allgemeinheit“ dienen muß, so ist das nicht in jenem allgemeinen Sinne zu verstehen, in dem sich letztlich jede staatliche Maßnahme am Gemeinwohl zu orientieren hat. Vielmehr soll die Enteignung auf eine ganz spezifische Weise das Wohl der Allgemeinheit fördern: nämlich durch Zuführung des entzogenen Gegenstandes zu einer sozialnützlicheren Verwendung (*Sozialnützlichkeitsmoment*)⁸⁵. Deshalb hat man in ihr — im Unterschied zu sonstigen Eigentumsentziehungen — zu Recht einen sog. „Güterbeschaffungsvorgang“ gesehen⁸⁶. Ob dieser, wie zeitweilig behauptet wurde, einem „konkreten Unternehmen“ zu dienen hat⁸⁷, kann hier dahingestellt bleiben. Denn auf jeden Fall ist ihr durch diese Ausrichtung ein *positives* Ziel gesetzt: sie soll die betroffenen Gegenstände nicht aus dem Verkehr drängen, sondern einer bestimmten Aufgabe zuführen, und zwar einer solchen, „die ein Mehr an öffentlichem Nutzen verspricht“⁸⁸. Demgegenüber ist die Einziehung von einer negierenden Zielsetzung beherrscht: Ihr geht es primär um die Verdrängung des Eigentümers, die Herausnahme des Gegenstandes aus dem Verkehr, die Wegnahme eines unredlichen Vorteils. Insofern hat sie eine betont *depossidierende*, auf Entziehung beschränkte Tendenz, die hinter der auf größere Sozialnützlich-keit ausgerichteten Finalität der Enteignung wesentlich zurückbleibt. Kurz:

⁸⁵ Vgl. oben S. 156.

⁸⁶ So insbes. W. WEBER, NJW 1950, 401 ff., und in Grundrechte II S. 349 f., 371; ihm folgend v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 3 a; vgl. ferner DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 199, FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I S. 312 f.; im Prinzip ähnlich HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 24. A. A. dagegen DÜRIG, JZ 1954, 9 f., SCHACK, NJW 1954, 578 f., die das wesentliche Kriterium der Enteignung allein in der Eigentumsentziehung sehen wollen. Trotzdem ist auch für sie die Finalität des Entziehungsvorgangs jedenfalls insofern relevant, „als der gegen den Störer vorgehende, gefahrenabwehrende Staat, der Sachen entzieht, nicht darum ‚enteignet‘, weil er den Störer nur in die Eigentumsschranken zurückverweist“ (DÜRIG, JZ 1954, 10). Auch wenn man dem darin liegenden Schrankenverweisungs-gedanken nicht folgen will (vgl. dazu oben S. 152 ff.), kann man dem Zitat zumindest die Auffassung entnehmen, daß primär negierende Eigentumsentziehungen nicht dem Enteignungsbegriff unterfallen sollen. Und allein das ist auch für uns entscheidend!

⁸⁷ So KRÜCKMANN, Enteignung und Einziehung nach alter und neuer Reichsverfassung, S. 3; ebenso noch GREINER, DÜV 1954, 585, FORSTHOFF (bis zur 5. Aufl. S. 262) und RIDDER, VVDStRL 10, 139; ähnlich E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 23, wenn er eine konkrete Zweckänderung fordert. Vgl. dazu auch W. WEBER, in Grundrechte II S. 340, 381 f.

⁸⁸ Nach der bekannten Formulierung von E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 19, 24 und v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 2 a, muß es sich um eine öffentliche Aufgabe handeln, „die im Vergleich zur bisherigen Verwendung höheren Rang besitzt“. In diesem Sinne insbes. auch schon KRÜCKMANN, aaO, S. 3 f. und in Enteignung, Einziehung, Kontrahierungszwang usw., S. 29; vgl. ferner W. WEBER, aaO, S. 381 ff., JANSSEN, Entschädigung S. 160 ff. und KNOLL, AöR 79, 470 ff.; a. A. R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 318.

die Einziehung bezweckt die Verhinderung gemeinwohlschädlichen Mißbrauchs, die Enteignung erstrebt die Steigerung gemeinwohlnützlichen Gebrauchs des Eigentums⁸⁹.

Diese Unterschiedlichkeit in der Zielrichtung strahlt auch auf das jeweilige Verständnis der Gemeinwohlklausel aus. Selbst das RG, das im Interesse einer Ausweitung des Enteignungstatbestandes schon jede vernünftige gesetzgeberische Erwägung als gemeinwohlförderlich gelten ließ⁹⁰, hat zumindest im Prinzip daran festgehalten, daß zur Annahme einer Enteignung

„der erforderliche Nutzen für die Allgemeinheit über den durch die vorgenommene Rechtsentziehung an sich ohne weiteres erreichten Vorteil hinausgehen oder außerhalb dieses Vorteils bestehen“ müsse⁹¹.

Von der auf Vernichtung der Eigentümerposition ausgerichteten Einziehung läßt sich das nicht sagen; denn der von ihr verfolgte Zweck der Verbrechens- und Gefahrenabwehr wird bereits und allein durch die Entziehung des Eigentums verwirklicht, ohne daß dafür dem weiteren Schicksal der entzogenen Sache noch eine besondere Bedeutung zukäme^{92 93}.

Wenn demgegenüber GILSDORF zu teilweise abweichenden Ergebnissen kommt⁹⁴, so beruht das vornehmlich darauf, daß er den außerhalb der Entziehung liegenden Sachzweck offenbar schon darin sieht, daß diese via Schutz der öffentlichen Sicherheit dem Allgemeinwohl dient⁹⁵. Wäre das richtig, so würde praktisch jede Eigentumsentziehung Enteignungscharakter haben; denn eine Entziehung allein um ihrer selbst willen gibt es selbst bei der Strafeinziehung nicht. Einen über die Entziehung als solche hinausgehenden Sachzweck zu fordern, kann deshalb nur dann sinnvoll sein, wenn man darunter

⁸⁹ Im gleichen Sinne BVerfGE 20, 351/9; BACHOF, Verfassungsrecht II S. 127, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 3 b, W. WEBER, aaO, S. 383.

⁹⁰ Vgl. die Nachw. bei W. WEBER, aaO, S. 340.

⁹¹ RGZ 103, 200/2; auch RGZ 139, 9. Vgl. ferner W. WEBER, aaO, S. 382, und v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 6.

⁹² Im gleichen Sinne neben den in Anm. 89 Genannten DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 199, HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 24; IPSEN, VVDStRL 10, 121, RIDDER, VVDStRL 10, 138 ff. und im wesentlichen KNOLL, AöR 79, 470 ff. Vgl. ferner DIETRICH, S. 73 ff. und STREE, Deliktsfolgen S. 109.

⁹³ Eine Ausnahme hiervon scheint die Ausgleichseinziehung zu machen; doch auch hier bringt die Einziehung der unlauteren Vorteile dem Staat keinen echten Mehrnutzen, sondern lediglich die Wiederherstellung des vor der Tat bestehenden Zustandes.

⁹⁴ Und zwar namentlich bei dem mit der Einziehung verbundenen Erlöschen der am Einziehungsobjekt bestehenden Drittinteressen (Sicherheitseigentum, Pfandrechte u. dgl.), bei der „polizeilich motivierten“ Einziehung gegenüber einem Nichtstörer, sowie in Fällen, in denen die Bedrohung der öffentlichen Sicherheit durch die einziehungsbetroffene Sache noch nicht den Grad einer polizeilichen Gefahr erreicht hat: GILSDORF, JZ 1958, 645 f.

⁹⁵ In diesem weiten Sinne aber wohl R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 318, H. SCHMIDT, NJW 1957, 1628 f. und GALLAS, Niederschriften III S. 212.

nicht schon die jeder Entziehung inhärente rechtspolitische Zweckhaftigkeit versteht, sondern ein besonderes positives Sachziel. Das ließe sich in unserem Fragenkreis allenfalls für das mit der Einziehung verbundene Erlöschen von Drittrechten bejahen. Kommt etwa bei Einziehung des Schmuggelfahrzeugs auch das daran bestehende Sicherungsrecht zum Erlöschen⁹⁶, so hat dieser Rechtsverlust als solcher keinerlei kriminalpolitischen Sinn, sondern erlangt ihn erst daraus, daß er die Durchführung der gegen den Täter gerichteten Einziehung erleichtert, also einem gegen den Täter gerichteten Strafzweck dient und damit über sich selbst hinausweist⁹⁷.

Dagegen kann in den übrigen von GILSDORF angezogenen Fällen von einer echten „Enteignungseinziehung“ keine Rede sein. Das gilt insbesondere für die nur „polizeilich motivierten“ Einziehungen, die sich gegen einen Nichtstörer richten bzw. bei denen die Bedrohung der öffentlichen Sicherheit noch nicht den Grad einer polizeilichen Gefahr erreicht hat. Ganz ungeachtet der Frage, ob neben den streng sicherungsbedingten Einziehungen für eine lediglich „polizeilich motivierte“ überhaupt noch Raum ist⁹⁸, wird jedenfalls auch in derartigen Fällen der Sachzweck der Gefahrenabwehr bereits durch die Eigentumsentziehung als solche erreicht. Sachentziehung und Präventionszweck fallen zusammen, ohne daß darüber hinaus dem entzogenen Gegenstand noch eine weitere positive Funktion zukäme.

b) Angesichts dieser wesensprägenden Zweckverschiedenheit von Einziehung und Enteignung erscheint es nicht angängig, beide miteinander zu identifizieren, und erst recht nicht, die eine aus den Voraussetzungen der anderen zu rechtfertigen. Das schließt jedoch nicht aus, daß die Einziehung unter bestimmten Umständen den Charakter eines „enteignungsgleichen Eingriffs“ haben kann. Denn wie bereits erwähnt, ist hierfür die spezifische Zielsetzung des hoheitlichen Eingriffs nicht relevant. Entscheidend ist vielmehr allein dessen faktische Wirkung: Bedeutet der Eigentumsentzug seinem tatsächlichen Effekt nach ein „Sonderopfer“ für den Betroffenen, d. h. eine gegenüber vergleichbaren anderen ungleiche Belastung, so ist er einer (entschädigungspflichtigen) Enteignung gleichzuachten⁹⁹.

⁹⁶ So — im Gegensatz zum neuen § 41 a II StGB — die bisherige Praxis: siehe unten S. 369.

⁹⁷ Vgl. zum Ganzen auch unten S. 369 ff.

⁹⁸ Bezeichnenderweise will auch GILSDORF selbst die polizeilich motivierte Einziehung im Ergebnis nur dann als „Enteignungseinziehung“ zulassen, „wenn die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes (gemeint ist die Belassung des fraglichen Gegenstandes beim Eigentümer) ein unüberwindliches (sic!) Hindernis für die Erreichung des öffentlichen Zweckes darstellt“ (JZ 1958, 646). Was unter diesen Umständen noch für die eigentliche Sicherheitseinziehung, die er als Schrankenverwirklichung i. S. des Art. 14 I 2 GG verstehen will (aaO, S. 643, 645/6), übrigbleiben soll, ist unerfindlich.

⁹⁹ So im Prinzip die heute h. M.; vgl. u. a. BGHZ 6, 270/290; 7, 296 ff.; 10, 255/262; 13, 88/90 ff.; 395/8 und insbes. 32, 208/210 ff., FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I S. 326, HESSE, Verfassungsrecht S. 173, KIMMICH, in Bonner Kommentar Art. 14 Rdnr. 102 ff., SCHACK, JZ 1960, 625 ff. Krit. zum Ganzen HEIDENHAIN, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff S. 87 ff.

Von einem derartigen „Opfer“ kann bei der Einziehung natürlich nur dort die Rede sein, wo in eine an sich schützenswerte Eigentümerposition eingegriffen wird¹⁰⁰. Deshalb scheidet der enteignungsgleiche Eingriff von vorneherein überall dort aus, wo der Eigentümer hinsichtlich des betroffenen Gegenstandes die Berufung auf die Eigentumsgarantie durch Mißbrauch verwirkt hat: so insbesondere bei der Einziehung von tätereigenen Gegenständen und solchen, die eine weitere Gefahr für die Allgemeinheit darstellen¹⁰¹.

Soweit das jedoch nicht der Fall ist — namentlich also bei der *Dritteinziehung* an sich *ungefährlicher Sachen*, die ohne jedes Verschulden des Eigentümers in die Straftat verwickelt wurden¹⁰² —, würde die Einziehung einen Eingriff in eine an sich schutzwürdige Position bedeuten. Auch wäre darin durchaus ein „besonderes“, gegenüber dem Gleichheitssatz nicht gerechtfertigtes Opfer des Dritteigentümers zu sehen; denn was würde dazu berechtigen, das gegen den Täter bestehende Abwehrbedürfnis gegenüber dem an dem rechtswidrigen Vorgang völlig unschuldigen Dritteigentümer zur Geltung zu bringen? Der Umstand jedenfalls, daß gerade sein und nicht des Nachbarn PKW für die Schmuggelfahrt benutzt wurde, vermag keinen sachgerechten Grund dafür zu liefern, ihm entschädigungslos das Opfer einer Einziehung zuzumuten¹⁰³.

Entsprechendes gilt für das Erlöschen der mit der Einziehung verbundenen *Drittrechte*. Sofern man hierin nicht schon eine Enteignung sehen will¹⁰⁴, ist auf jeden Fall ein enteignungsgleicher Eingriff anzunehmen. Denn auch hier wird der Dritte — seine Nichtbeteiligung an der Tat vorausgesetzt — von einer hoheitlichen Maßnahme mitbetroffen, die vielleicht dem Eigentümer als Täter gegenüber gerechtfertigt sein mag, für den Dritten jedoch ein zwar objektiv zwangsläufiges, aber subjektiv nicht zurechenbares Zufallsoffer bedeutet. Dieses allein deswegen ohne Entschädigung zu lassen, weil der Betroffene das Pech hatte, sein Sicherungsrecht an einem einziehungsverstrickten Gegenstand bestellt zu haben, wäre kein sachgerechter Gesichtspunkt¹⁰⁵.

Schon diese wenigen Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß es im geltenden Recht tatsächlich Fälle gibt, in denen die Einziehung Enteignungscharakter haben kann, und sei es nur in Form eines enteignungsgleichen Eingriffs. Trotzdem wäre es nicht vertretbar, auf derartigen Ausnahmesituationen eine generelle Rechtfertigung der Einziehung als Enteignung zu begründen.

c) Betrachtet man die Frage aus *kriminalpolitischer* Sicht, so ist die Möglichkeit einer „Einziehungsenteignung“ noch entschiedener zurückzuweisen.

¹⁰⁰ Vgl. dazu oben S. 160.

¹⁰¹ Näher dazu unten S. 181 ff., 186 ff.

¹⁰² Z. B. der gestohlene und zu Schmuggelfahrten benutzte PKW.

¹⁰³ Deshalb bliebe hier nur noch der Makelgedanke. Doch über dessen kriminalpolitische Unhaltbarkeit vgl. oben S. 123 ff. ¹⁰⁴ So GILSDORF; vgl. oben bei Anm. 97.

¹⁰⁵ Zum Ganzen auch unten S. 369 ff. Dort auch Näheres zur Enteignungsfrage bei der fehlerhaften Dritteinziehung.

Denn wie sollte eine strafrechtliche Sanktion überhaupt noch sinnvoll sein können, wenn der Betroffene dafür zu entschädigen wäre?

Für die *strafweise* Einziehung gegenüber Tatbeteiligten wird das jedenfalls zu Recht allgemein verneint¹⁰⁶. Gerade eine Strafe, die in erster Linie durch die augenfällige Entziehung des in die Straftat verwickelten Gegenstandes beeindrucken soll, würde in ihrer Wirkung praktisch neutralisiert, wenn der Betroffene durch eine entsprechende Entschädigung in die Lage versetzt würde, sich alsbald einen Ersatzgegenstand zu verschaffen oder gar das entzogene Originalobjekt durch Ersteigerung¹⁰⁷ wiederzuerlangen. Der Gedanke an eine Entschädigung wäre hier offensichtlich absurd¹⁰⁸. Gleiches hat für die *quasi-schuldhafte* Dritteinziehung zu gelten; denn auch hier würde die repressive Zielsetzung durch eine Entschädigung praktisch wieder illusorisch¹⁰⁹. Auch bei der *Ausgleichseinziehung* liegt auf der Hand, daß man dem Betroffenen nicht im Wege der Entschädigung gerade das wieder erstatten kann, was er seinerseits als Ausgleich für seine rechtswidrigen Tatvorteile an die Allgemeinheit zu leisten hatte. Hinsichtlich der *sicherungsbedingten* Einziehung könnten zwar derartige Gründe nicht voll durchschlagen; doch auch hier wäre es rechtspolitisch bedenklich, wenn der Störer das Risiko seiner Störung grundsätzlich auf den Staat abwälzen könnte, ganz abgesehen davon, daß seine Rechtsposition insoweit ohnehin nicht schützenswert erscheint¹¹⁰.

Damit bleiben im wesentlichen nur die Fälle der *Dritteinziehung*, die sich weder auf Grund quasi-schuldhaften Verhaltens des Eigentümers noch durch ein wirkliches Sicherungsbedürfnis rechtfertigen lassen. Soweit das geltende Recht unter derartigen Umständen eine Einziehung noch zuläßt¹¹¹, wird man nicht umhinkönnen, dem betroffenen Dritteigentümer eine Entschädigung zu gewähren. Doch dafür kommt nach dem oben b) Angeführten als Rechtsgrundlage eben nicht die Enteignung im technischen Sinne, sondern allenfalls der enteignungsgleiche Eingriff in Betracht. Und das ist bezeichnend. Gerade die Tatsache, daß man hier zu einem Ausgleichsmittel greifen muß, das selbst gar kein gezieltes Eingriffsrecht gibt, sondern gewissermaßen immer nur im nachhinein heilendes Remedium für einen hoheitlichen Mißgriff sein kann, ist ein Zeichen dafür, daß hier eine Rechtsfigur funktionswidrig eingesetzt wird. Die Einziehung kann nun einmal, wenn sie strafrechtliche „Sanktion“ bleiben soll, nicht in die Form eines Rechtsinstituts gepreßt werden, das sei-

¹⁰⁶ Vgl. u. a. H. ARNDT, NJW 1957, 857, DIETRICH, S. 69, GILSDORF, JZ 1958, 642, 645, E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 40 (Entschädigung hier „nach der Natur der Sache ausgeschlossen“), STREE, Deliktsfolgen S. 84, W. WEBER, in Grundrechte II S. 348.

¹⁰⁷ Was nach § 63 II StrafvollstrO keineswegs ausgeschlossen ist.

¹⁰⁸ W. WEBER, in Grundrechte II S. 348.

¹⁰⁹ Vgl. STREE, Deliktsfolgen S. 108 f.

¹¹⁰ Dazu unten S. 183, 250 ff. Dort auch Näheres zu der Frage, ob dem Störer nicht wenigstens der Erlös aus der eingezogenen Sache herauszugeben ist.

¹¹¹ Vgl. das Beispiel oben bei Anm. 102; ferner unten S. 221 ff.

nem ganzen Zuschnitt nach auf Güterbeschaffung, auf Steigerung der Sozialnützlichkeit oder auf Eingriffsausgleich ausgerichtet ist. Wer trotzdem so etwas wie eine „Enteignungseinziehung“ rechtfertigen will, redet nicht nur einer noch weiteren Verwässerung der zwischen Einziehung und Enteignung bestehenden Zweckverschiedenheiten das Wort, sondern belastet auch praktisch den Strafrichter mit Aufgaben, die eigentlich nicht die seinen sind. Für ein künftiges Einziehungsrecht jedenfalls erscheint ein derartiger Zustand nicht mehr vertretbar; denn was vielleicht de lege lata gerade noch als Notbrücke zur Legalisierung übersteigter Einziehungsvorschriften hinreichen mag, ist deswegen noch lange kein tragfähiger Grund für eine solide Neugestaltung.

IV. Rechtfertigung aus der Schrankenziehungsbefugnis (Art. 14 I 2 GG)

1. Einen weiteren Ansatzpunkt, um die Eigentumssanktionen aus dem Gewährleistungs- und Beschränkungsgefüge der Eigentumsgarantie heraus zu begründen, hat man schließlich in Art. 14 I 2 GG gesucht. Darin ist dem Gesetzgeber die Befugnis eingeräumt, „Inhalt und Schranken“ des nach Art. 14 I 1 GG gewährleisteten Eigentums zu bestimmen.

Auf den ersten Blick scheint diese Schrankenziehungsbefugnis¹¹² dem Gesetzgeber allerdings nur das Recht zur näheren Bestimmung des Rahmens zu geben, innerhalb dessen der Erwerb, die Inhaberschaft oder der Gebrauch des Eigentums grundrechtlichen Schutz genießen soll¹¹³. Dies würde natürlich als Grundlage für völlige Eigentumsentziehungen nicht hinreichen. Indes mehrten sich die Stimmen, die die Schrankensetzungsbefugnis auch in einem weiteren Sinne verstehen wollen: nämlich als Ermächtigung zum Erlass von Vorschriften, die bis zur Entziehung bestimmter Eigentumsobjekte gehen können.

So hat bereits der Bayer. Verfassungsgerichtshof im Blick auf entsprechende Vorbehalte des Art. 102 II Bayer. Verfassung erklärt, daß das Eigentum Beschränkungen unterworfen sei, „die sich bis zur Entziehung steigern können“¹¹⁴. Ähnlich betrachten v. MANGOLDT-KLEIN¹¹⁵ die Eigentumsentziehung als „Ausfüllen der Ermächtigung zur Schrankenbestimmung“. Ganz auf dieser Linie haben dann auch das BVerwG und das OVG Koblenz in der entschädigungslosen Vernichtung seuchenkranker Tiere eine Maßnahme gesehen, „die in Auswirkung der Inhaltsbestimmung

¹¹² Zu der strittigen Frage, inwieweit sich die Schrankenziehung mit der Inhaltsbestimmung des Eigentums deckt, vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. IV m. weit. Verw.

¹¹³ So in der Tat ein Teil der Lehre; vgl. unten bei Anm. 125 f.

¹¹⁴ BayVerfGH, VGHE n. F. 4 II 212/8; im gleichen Sinne schon VGHE n. F. 2 II 1/7 f. zu Art. 98 S. 2 Bayer. Verfassung.

¹¹⁵ Art. 14 Anm. VI; vgl. auch dort Anm. IV 2.

und Begrenzung des Eigentums (Vieh) durch das ViehseuchenG ergeht“¹¹⁶. Dieser Auffassung haben sich der Sache nach inzwischen auch der BGH¹¹⁷ und das BVerfG¹¹⁸ angeschlossen.

Für unsere Fragestellung wäre daraus zu folgern, daß die zur Einziehung ermächtigenden Vorschriften keinen Einbruch in einen bereits gewährleisteten Freiheitsraum bedeuten, sondern überhaupt erst die inhaltlichen Grenzen abstecken, innerhalb derer sich der Gebrauch des Eigentums unter dem Schutz des Grundrechts bewegen darf. So gesehen ist dann auch der einzelne Einziehungsakt nicht mehr als die „Auswirkung einer die Schranken des Eigentums fixierenden Eigentumsbindung“ (W. WEBER)¹¹⁹. Dementsprechend wollen denn auch CREIFELDS¹²⁰, DREWS-WACKE¹²¹, GILSDORF¹²² und STREE¹²³ in der Einziehung im Grunde nur Anwendungsfälle der Schrankenziehungsbefugnis nach Art. 14 I GG sehen¹²⁴.

Wie jedoch bereits erwähnt, steht und fällt diese Konstruktion mit der Prämisse, daß das Schrankensetzungsrecht bis zur vollen Eigentumsentziehung gehen kann. Und diese Meinung ist nicht unangefochten. So wurde schon zu dem inhaltsgleichen Art. 153 I 2 Weimarer Verfassung die Meinung vertreten, daß von einer Schranke nur dort gesprochen werden könne, wo der Eigentümer in einzelnen der aus dem Eigentum fließenden Verfügungs- oder Benutzungsrechte beschnitten wird, nicht dagegen dort, wo das Eigentum an einem bestimmten Gegenstand in toto entzogen wird¹²⁵. Im gleichen Sinne hat SCHACK zu Art. 14 I 2 GG erklärt, daß „eine Eigen-

¹¹⁶ OVG Koblenz NJW 1956, 886; BVerwGE 7, 257/260; ebenso BVerwGE 12, 87/96 zur Vernichtung seucheninfizierten Salats.

¹¹⁷ BGHZ 43, 196/208, wo zur entschädigungslosen Tötung tollwutverdächtiger Hunde ausgeführt wird, daß der Gesetzgeber mit der Verweigerung einer Entschädigung „nicht den Rahmen (überschreite), innerhalb dessen er Inhalt und Grenzen des Eigentums bestimmen darf“. Anders aber anscheinend noch BGHZ 6, 270/8 und im Anschluß daran — wenn auch nicht ohne innere Widersprüchlichkeit — OLG Stuttgart NJW 1954, 759/60; dazu auch OVG Koblenz NJW 1956, 886/7.

¹¹⁸ BVerfGE 20, 351/5 ff. in ausdrücklicher Bestätigung von BVerwGE 7, 257 (oben Anm. 116) und BGHZ 43, 196 (oben Anm. 117). In methodischer Hinsicht scheint aber das BVerfG die entschädigungslose Vernichtung tollwutverdächtiger Hunde allein auf die „dem Sacheigentum immanente Sozialbindung“ des Abs. II stützen zu wollen (aaO, S. 361), ohne dies mit dem formellen Schrankenziehungsvorbehalt des Art. 14 I 2 GG zu verknüpfen.

¹¹⁹ W. WEBER, in Grundrechte II S. 365; vgl. ferner NJW 1956, 886, wo er die Tötung seuchenkranker Tiere als „Aktualisierung“ einer Eigentumsbindung bezeichnet.

¹²⁰ JR 1955, 408.

¹²¹ Polizeirecht S. 200.

¹²² JZ 1958, 643.

¹²³ Deliktsfolgen S. 88 f.

¹²⁴ So wohl auch BRINKMANN, Art. 14 Anm. I 2 a β. Vgl. ferner DIETRICH, S. 30, RÜMELIN, ZfZ 1957, 70 ff. und KÖNIG, Sicherheitsrecht S. 443 f., wo jedoch die Klarheit des Standpunktes durch die Vermischung mit anderen Erwägungen verdunkelt wird.

¹²⁵ Vgl. SCHELCHER, in NIPPERDEY, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, III, S. 208, und in AöR 18, 344 ff., sowie M. WOLFF, in Festgabe für KAHL, S. 7 f.

tumsentziehung niemals eine bloße Bestimmung von „Inhalt und Schranken“ des Eigentums¹²⁶ sein könne¹²⁷.

Diese Auffassung scheint auch durchaus den Wortlaut des Art. 14 I 2 GG für sich zu haben; denn in der Aufrichtung einer Schranke ist bei natürlicher Betrachtung kaum mehr als die Eingrenzung des Betätigungskreises zu sehen. Doch bereits dort, wo das Objekt der Betätigung praktisch nur außerhalb des umgrenzten Rahmens gebraucht werden kann, kommt schon die Schrankenziehung als solche der Entziehung des Objektes sehr nahe¹²⁷; denn wenn auf Grund enger Betätigungsschranken dem Eigentum kaum noch legale Gebrauchsmöglichkeiten verbleiben, so ist es damit materiell schon so weit entleert, daß der Entziehung u. U. nur noch formale Bedeutung zukommt. Hier zeigt sich eine interessante Parallelität zur Frage der Grenzziehung zwischen der (entschädigungspflichtigen) Enteignung und der (entschädigungslosen) Eigentumsbindung i. S. des Art. 14 I 2 GG. Wenn man dort den Enteignungsbegriff über die volle Eigentumsentziehung hinaus bis in den Bereich der Schrankenziehung ausgedehnt hat, so nicht zuletzt in der Erkenntnis, daß sich bei materieller Betrachtung der Eigentumsgarantie die Enteignungsgrenze nicht restlos mit dem formalen Kriterium der Entziehung decken kann, sondern innerhalb der Eigentumsbelastungen verlaufen muß. Daß dabei schwierigste Abgrenzungsfragen heraufbeschworen werden, ist eine ganz andere Frage¹²⁸. Wenn man aber diese Entwicklung einmal als gegeben hinnimmt, so erscheint es nicht mehr unmöglich, wenn nicht sogar notwendig, daß umgekehrt auch die Beschränkung eines Rechts bis zu seiner Entziehung reichen kann, ohne deshalb schon eine Enteignung zu sein¹²⁹. Im Ergebnis dürfte deshalb v. MANGOLDT-KLEIN zuzustimmen sein, wenn sie in der Enteignung (ähnlich wie auch in der Sozialisierung nach Art. 15 GG) nur besondere Anwendungsfälle der Entziehungen sehen wollen, wie sie in der Schrankenziehungsbefugnis des Art. 14 I 2 GG ihre allgemeinste Grundlage und Ausformung gefunden haben¹³⁰.

¹²⁶ SCHACK, NJW 1954, 577 ff., JZ 1958, 209; ebenso OVG Hamburg NJW 1955, 1294 f. Ähnlich wohl auch noch BGHZ 6, 270/8 und (zumindest der Tendenz nach) OLG Stuttgart NJW 1954, 759. Vgl. ferner SCHLIEPER, S. 27 ff.

¹²⁷ Aus dieser Sicht enthält zweifellos auch die „Schrankenverweisungstheorie“ (vgl. oben S. 152 ff.) einen richtigen Kern.

¹²⁸ Vgl. dazu die Nachweise oben in Anm. 50.

¹²⁹ Das muß der Sache nach auch von denen eingeräumt werden, die zwar den Enteignungsbegriff auf die formalen Entziehungen beschränken, dafür aber materiell enteignungsähnliche Eigentumsbelastungen über die Aufopferung erfassen (SCHACK, NJW 1954, 579; ähnlich hilft hier DÜRIG, JZ 1954, 4 f., 11 f. mit einem „Opferungsausgleichssatz“); denn auch hier verläuft die Grenze entschädigungspflichtiger Eingriffe letztlich nicht bei den Entziehungen, sondern im Bereich der Beschränkungen. Im übrigen wollen sowohl DÜRIG (JZ 1954, 5 Anm. 5, 10, 11) wie SCHACK (NJW 1954, 579 Anm. 22) jedenfalls die gefahrabwehrenden Entziehungen aus dem Begriff der Enteignung herausnehmen und als bloße Schrankenverweisung erklären, was jedoch aus den oben S. 154 angeführten Gründen nicht restlos befriedigen kann.

¹³⁰ v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. IV 2 (vgl. auch dort Anm. VI, wo im Anschluß an HUBER weitere Fälle von Eigentumsentziehungen genannt sind); ferner BRINKMANN, Art. 14 Anm. I 2 a ß; R. SCHNEIDER, VerwArch. 58, 215 ff. — Diese Begründung von Entziehungen aus der Schrankensetzungsbefugnis heraus stellt übrigens keine Besonderheit des Art. 14 dar, sondern findet sich auch bei anderen Grundrechten. So kann etwa beim Grundrecht auf Freizügigkeit die Beschränkung

2. Indes wäre es verfehlt, damit die verfassungsrechtliche Begründung der Eigentumsanktionen bereits als erledigt anzusehen. Denn mit der Berufung auf den generellen Entziehungsvorbehalt des Art. 14 I 2 GG ist zunächst nur der *formale* Grund gelegt: Es ist eine Einbruchsstelle geschaffen, die dem Gesetzgeber den Zugriff auf bestimmte Eigentumsobjekte ermöglicht¹³¹.

Die weitere Frage ist jedoch, ob und inwieweit der Gesetzgeber von diesem Durchgriffsrecht auch ungehindert Gebrauch machen darf. Daß er hier in seinem Ermessen nicht völlig ungebunden sein kann, liegt auf der Hand; denn sonst wäre das Grundrecht praktisch einer völligen Relativierung ausgeliefert. Wo aber liegen die dafür maßgeblichen Kriterien? Dem Schrankensetzungsvorbehalt als solchem sind dafür keine Anhaltspunkte zu entnehmen. Wie jedoch die Rechtsprechung des BVerfGE zeigt, lassen sich zumindest die grundlegenden Linien aufweisen, an denen auch die Schrankensetzungsbefugnis ihre Grenze findet. Nach der Grundsatzklärung in BVerfGE 14, 263/278 sind dies insbesondere der Gleichheitssatz, das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und das Prinzip der Rechts- und Sozialstaatlichkeit. In BVerfGE 18, 121/132 hat das Gericht diese Gedanken in die Formel gebracht, der Gesetzgeber dürfe

„Inhalt und Schranken des Eigentums nicht in einer Weise bestimmen, die grob sachwidrig ist und in die Interessen der Beteiligten ohne Grund oder übermäßig eingreift“¹³².

bis zur vollen Abweisung bestimmter Personen oder Personengruppen gehen: näher dazu BVerfGE 2, 266/284, BVerwGE 6, 173/4, und STREE, Deliktsfolgen S. 89.

¹³¹ Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß in den als Schrankenziehung zu verstehenden Einziehungsvorschriften jeweils eine echte „Beschränkung“ des Eigentumsgrundrechts i. S. des Art. 19 I GG zu sehen wäre. Dies ist eine ganz andere Frage, der wir an dieser Stelle nicht weiter nachzugehen brauchen, da es hier allein darum ging zu zeigen, auf welchem Wege dem Gesetzgeber überhaupt die Möglichkeit gegeben ist, die in Art. 14 I 1 GG ausgesprochene Garantie des Eigentums inhaltlich näher zu umschreiben und durch Entziehungsbefugnisse zu beschränken. Auch die höchst problematische Frage, inwieweit es sich dabei um die konstitutive Umgrenzung eines noch nicht vorgeformten Schutzbereichs oder lediglich um die deklarative Aktualisierung bereits vorhandener immanenter Schranken handelt, braucht hier nicht weiter zu interessieren. Vgl. dazu die Nachweise oben bei Anm. 40 sowie LERCHE, Übermaß S. 107, 140 ff., 153 und v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 Anm. III 1 d.

¹³² Vgl. ferner BVerfGE 21, 150/5, wo als Quintessenz der Regelungskriterien die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Geeignetheit und Notwendigkeit der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung hervorgehoben werden. Weitere Nachw. bei LEIBHOLZ-RINCK, GG, Art. 14 Anm. 9. Das BVerwG hat seine im Prinzip übereinstimmende Auffassung dahin gefaßt, daß die gesetzliche Bestimmung des Eigentumsinhalts „auf sachgerechten Erwägungen und auf einer angemessenen Abwägung der Belange des Einzelnen und der Allgemeinheit beruhen“ müsse (BVerwG DVBl. 1965, 203/4). Im gleichen Sinne BGHZ 43, 196/205 f. — Diese Rechtsprechung hat nahezu allgemeine Zustimmung gefunden: vgl. u. a. BENDER, NJW 1965, 1298, HESSE, Verfassungsrecht S. 169 f., KIMMICH, in Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 30, MAUNZ, Staatsrecht S. 162, SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art. 14 Rdnr. 6. Kritisch

Für die Rechtfertigung der Eigentumssanktionen bedeutet das, daß sie sich nicht schon allein aus dem formalen Schrankensetzungsvorbehalt begründen lassen, sondern von einem bestimmten materiellen Entziehungsgrund getragen sein müssen.

Die damit aufgeworfene Frage nach der inneren Legitimation der Einziehung ließe sich mit einigen durchaus naheliegenden Gründen beantworten: Strafanspruch des Staates, Störergedanke, Ausgleichsbedürfnis, strafbares oder sonstwie verwerfliches Verhalten des Eigentümers, Tatverstrickung des Gegenstandes und dergleichen mehr. Aber so viel an diesen Aspekten im einzelnen auch richtig sein mag, so erscheinen sie doch zu kasuistisch vordergründig, um den von uns gesuchten, alle Eigentumssanktionen tragenden Rechtfertigungsgrund¹³³ herzugeben.

Um in dieser Frage weiterzukommen, erscheint es notwendig, den Blick auf die Gemeinwohlklausel des Art. 14 II GG zu lenken. Denn in der Pflicht des Eigentümers zu einem gemeinwohldienlichen Gebrauch seines Eigentums dürfte in der Tat der materielle Angelpunkt der Eigentumssanktionen und damit auch ihr allgemeinsten Rechtfertigungsgrund zu finden sein. Das ist im folgenden zu zeigen¹³⁴.

C) Eigene Konzeption

I. Die Gemeinwohlklausel (Art. 14 II GG) als Sitz der materiellen Einziehungs-*causa*

Die vorangegangenen Erörterungen haben ergeben, daß der generelle Schrankenziehungsvorbehalt des Art. 14 I 2 GG zwar die formale Grundlage der Eigentumssanktionen zu liefern vermag, daß es aber dazu noch der Ergänzung durch einen materiellen Eingriffsgrund bedarf.

Nun ist dies keineswegs eine völlig neue Erkenntnis. Insbesondere bei W. WEBER¹³⁵, GILSDORF¹³⁶ und noch mehr bei STREE¹³⁷ ist das Erfordernis einer Beschränkung des Schrankensetzungsrechts durch materielle Kriterien schon

dagegen H. KRÜGER, DVBL. 1961, 721/5 ff., auch LERCHE, Übermaß S. 153, der aber zumindest bei den mißbrauchswehrenden Normen (zu denen auch die Einziehungsvorschriften zählen), zu keinen wesentlich abweichenden Ergebnissen kommen dürfte (vgl. aaO, S. 154 ff.).

¹³³ Vgl. dazu oben S. 144 f.

¹³⁴ Bevor damit hier die Übersicht über die bisherigen Lösungswege abgeschlossen sein soll, wäre allerdings an sich noch der Rechtfertigungsversuche kraft *Verwirkung* zu gedenken gewesen. Da jedoch dieses Prinzip auch in der hier vertretenen Konzeption einen entscheidenden Platz einnimmt, dabei aber gegen seine meist unkritische Verwendung abzuheben ist, sollen diese Auffassungen erst im einschlägigen Sachzusammenhang (unten S. 173 ff.) zu Wort kommen.

¹³⁵ In Grundrechte II S. 367.

¹³⁶ JZ 1958, 643.

¹³⁷ Deliktsfolgen S. 90, 104 ff.

deutlich ausgesprochen¹³⁸. Auch den verschiedenen Verwirkungsauffassungen, auf die noch zurückzukommen sein wird, läßt sich bereits das Bemühen um eine materielle Rechtfertigung der Einziehung entnehmen. Dennoch ist fraglich, ob dort das *Zusammenspiel von formalen und materialen Eingriffsfaktoren* sowohl sachlich wie methodisch bereits klar genug gesehen ist. Insbesondere fehlt es noch an der Herausarbeitung der durchgängigen Rechtfertigungsbasis, die in der Gemeinwohlklausel des Art. 14 II GG zu sehen ist.

Immerhin finden sich aber in der neueren Rechtsprechung zum polizeilichen Sicherheitsrecht bereits einige bemerkenswerte Ansätze, die Gemeinwohlklausel für die inhaltliche Umgrenzung der Schrankenziehungsbefugnis fruchtbar zu machen. Für das BVerwG bildet der in Art. 14 II GG ausgesprochene Satz, daß „Eigentum verpflichtet“ und „sein Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“ soll, eine grundrechtsimmanente¹³⁹ Schranke des Eigentums. Infolgedessen erscheint das Eigentum von vorneherein mit einer „sozialen Pflichtigkeit“ belastet, die ihrer Verbindlichkeitskraft nach durchaus den Charakter einer Rechtspflicht erlangen kann. Eine derartige Pflichtigkeit soll sich insbesondere aus der potentiellen Gefährlichkeit bestimmter Gegenstände (z. B. seuchenverdächtiger Tiere) ergeben und dem Eigentümer

„die Duldung von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Einwirkungen auf sein Eigentum auferlegen, die bis zur Vernichtung der Gegenstände selbst gehen können“¹⁴⁰.

Soweit es dabei um Fälle unabdingbarer Gefahrenabwehr geht, erscheint die Rückführung dieses Einziehungsrechts auf die Gedanken der Sozialpflichtigkeit und Erforderlichkeit in der Tat zwingend. Auch ist dabei letztlich gleichgültig, ob jene Pflichtigkeit nun als grundrechtsimmanente oder als eine dem Eigentum von außen her durch die Verfassung auferlegte Schranke verstanden wird. Wichtig ist nur, daß ihr *rechtliche* Verbindlichkeit zuerkannt

¹³⁸ Vgl. auch A. ARNDT, in Sonderausschuß, V/54. Sitzg. S. 1032 f. sowie die BGH-Rspr. zum Erfordernis eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bei der Dritteinziehung, oben S. 41 ff.

¹³⁹ Nachw. zur Immanenzlehre oben Anm. 36.

¹⁴⁰ BVerwGE 12, 87/96. Im gleichen Sinne bereits BVerwGE 7, 257/260 f., BGHZ 43, 196/205 ff. Grundlegend für diese Rechtsprechung dürfte die bereits mehrfach genannte Viehseuchenentscheidung des OVG Koblenz NJW 1956, 886 gewesen sein; dort heißt es: „... das Eigentum (Vieh) ist von vorneherein und ursprünglich mit einer sozialen Hypothek belastet, die bei Gefährdung der Allgemeinheit Einschränkungen zuläßt, die sich bei Steigerung der Gefahrenlage bis zur Anordnung der Tötung des Viehs ausweiten können und dennoch nur Inhaltsbestimmung des Eigentums (Vieh) bleiben.“ Dieser Rechtsprechung hat sich neuerdings auch das BVerfG angeschlossen (BVerfGE 20, 351/5 ff.). Vgl. ferner KÖNIG, Sicherheitsrecht S. 444, SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art. 14 Rdnr. 7; zum Gedanken der „Pflichtigkeit“ auch BGH NJW 1960, 1618/9. Kritisch zum Ganzen LERCHE, Übermaß S. 153 ff.; seine Einwände treffen jedoch weniger die (hier allein interessierende) negative Mißbrauchswehr als die Verwendung des Sozialbindungsgedankens zu positiven sozialen Zielsetzungen.

wird, so wie dies die h. M. heute ja zu Recht tut¹⁴¹. Denn wenn es richtig ist, daß durch Art. 14 II GG der Eigentümer sogar zu positiv gemeinwohlnützlichem Einsatz seines Eigentums verpflichtet sein kann¹⁴², so muß ihm erst recht bereits der negativ gemeinwohlschädliche Eigentumsgebrauch untersagt werden können. Dieses Mißbrauchsverbot stünde aber letztlich auf dem Papier, wenn dem Staat verwehrt wäre, gemeinwohlschädlichen Eigentumsgebrauch notfalls dadurch zu unterbinden, daß er den gefährlichen Gegenstand aus dem Verkehr zieht oder sonstwie unschädlich macht. Wie in der Rechtsprechung bereits zutreffend bemerkt wurde, tut hier der Staat im Grunde nichts anderes, als eine an sich den Eigentümer treffende Sozialpflicht zu erfüllen¹⁴³.

Bei näherer Betrachtung freilich zeigt sich, daß diese sicherheitsrechtliche Argumentation allenfalls dort durchschlagen kann, wo die Pflicht zu gemeingemäßem Gebrauch praktisch gar nicht anders als durch eine Eigentumsentziehung zu verwirklichen ist. Und das ist, selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe, nur bei einem Bruchteil der hier in Frage stehenden Eigentumsanktionen der Fall, so etwa bei der sicherungsbedingten Einziehung von Falschgeld oder der Vernichtung gesundheitsschädlicher Lebensmittel. Bei der (nur) strafweisen Einziehung hingegen — und gleiches dürfte für den reparativen Gewinnverfall gelten — bedarf es nicht unbedingt der Beseitigung der betroffenen Gegenstände, um von der Allgemeinheit drohenden Schaden abzuwenden; denn selbst der eigens zu Wildereizwecken hergestellte Wildererstutzen braucht für das Gemeinwohl keine Gefahr mehr zu bedeuten, wenn ihn der Eigentümer lediglich als „warnendes Souvenir“ aus aus seiner kriminellen Abenteuerzeit in die Diele hängen will. Wenn hier trotzdem eine Einziehung zulässig sein soll, so ist das schwerlich mit dem von der Rechtsprechung bemühten Pflichtigkeits- und Erforderlichkeitsgedanken zu begründen¹⁴⁴.

¹⁴¹ H. KRÜGER, in SCHACK-Festschrift S. 75: Die Feststellung, daß der Verfassungsgeber der Sozialpflichtigkeit durch ausdrückliche Statuierung eine gesteigerte Bedeutung beigemessen hat, „verbietet die Annahme, Art. 14 II GG sei lediglich als Programm und bis zu dessen Verwirklichung allenfalls als Mahnung an den Eigentümer anzusehen — es handelt sich vielmehr um aktuelles verbindliches Recht höchsten Ranges“; im gleichen Sinne schon in DVBL. 1953, 99. Ebenso u. a. DÜRIG, ZgStW 109, 336 f., 346 ff., HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 13 ff., ISEN, VVDStRL 10, 82 ff., KIMMINICH, in Bonner Kommentar Art. 14 Rdnr. 34, KNOLL, AöR 79, 489; ferner BRINKMANN, Art. 14 Anm. I 3 c. Einschränkung aber v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. II 5, V 2: Art. 14 II als „Grundpflicht mit nur sittlicher Verpflichtung“; so auch LERCHE, Übermaß S. 153.

¹⁴² So z. B. in den zahlreichen Fällen sozialnützlicher Eigentumsbindungen, die noch nicht den Grad einer Enteignung erreichen.

¹⁴³ So schon OLG Stuttgart NJW 1954, 759 bezüglich des Niederreißen baufälliger Gebäude; ferner OVG Koblenz NJW 1956, 886/7 zur Tötung seuchenkranker Tiere. Vgl. auch BGHZ 43, 196/208 und BVerfGE 20, 351/9.

¹⁴⁴ Bezeichnenderweise handelte es sich in den einschlägigen Entscheidungen auch immer nur um Fälle sicherheitsrechtlicher Einziehungen oder Vernichtungen.

Doch noch mehr: Selbst bei der gefahrenabwehrenden Einziehung, ganz zu schweigen von den sonstwie motivierten Eigentumsanktionen, fragt es sich, ob die Gedanken der Pflichtigkeit und der Erforderlichkeit tatsächlich hinreichen, um das Zurücktreten des grundrechtlichen Eigentumsschutzes in seiner letzten Tiefe zu erklären. Denn mit dem Gedanken der Sozialpflichtigkeit ist allenfalls über den Grund, aber kaum über die Konsequenzen der eigentumsrechtlichen Pflichtenbindung etwas ausgesagt. Und was die Erforderlichkeit betrifft, so steht die begrenzende Funktion im Vordergrund: sie will verhindern, daß der an sich nach anderen Kriterien zulässige Eingriff über das Maß des Notwendigen hinausgeht¹⁴⁵. Dagegen läßt sie keineswegs den Umkehrschluß zu, daß alles, was erforderlich ist, schon allein deshalb auch zulässig wäre; andernfalls könnte man das rechtsstaatliche Gesetzmäßigkeitsprinzip gleich durch ein polizeistaatliches Zweckmäßigkeitsdenken ersetzen.

Um daher dem letztlich tragenden Rechtfertigungsgrund näherzukommen, ist nochmals ein Gedanke aufzugreifen, der zwar bereits angeklungen ist, jedoch in seiner vollen Bedeutung noch nicht erfaßt ist: die Erwägung nämlich, daß der Staat durch die Gefahrbeseitigung im Grunde nur das tut, was der Eigentümer an sich selbst zu tun verpflichtet gewesen wäre¹⁴⁶. Hierin steckt der Gedanke, daß der Eigentümer, weil er den sich aus seinem Eigentum ergebenden Pflichten nicht selbst nachgekommen ist, sich durch den Staat verdrängen lassen muß, damit dieser — gleichsam in einer Art „Ersatzvornahme“ — die gestörte Ordnung wiederherstellt. Durch die Mißachtung der mit seinem Recht verknüpften Pflichten hat der Eigentümer einen grundrechtlichen Vorrang, d. h. seinen Schutzanspruch, „verwirkt“: er muß es sich gefallen lassen, daß über sein Recht hinweggegangen wird, ohne daß er sich demgegenüber noch auf seine grundrechtliche Eigentumsgarantie berufen könnte.

Wie die weiteren Erörterungen ergeben werden, sind wir damit auf eine Rechtsfigur gestoßen, die am ehesten geeignet ist, das für alle Eigentumsanktionen maßgebliche Rechtfertigungsprinzip abzugeben. Allerdings wird es dabei entscheidend darauf ankommen, die Verwirkung in einem streng rationalen, aus dem Schrankensystem des Grundgesetzes gewonnenen Sinne zu verstehen.

II. Der Verwirkungsgedanke

1. Der Versuch, den Gedanken der Verwirkung zur Rechtfertigung der Eigentumsanktionen heranzuziehen, ist bekanntlich nicht neu. Schon BINDING¹⁴⁷, GOLDSCHMIDT¹⁴⁸ und OETKER¹⁴⁹ hatten geglaubt, zumindest die täter-

¹⁴⁵ Vgl. LERCHE, Übermaß S. 19: Gedanke des „gerade noch“. Näheres unten S. 195 ff.

¹⁴⁶ Vgl. die Nachweise oben in Anm. 143.

¹⁴⁷ Grundriß AT S. 260. ¹⁴⁸ VDA IV S. 446 f.

¹⁴⁹ GS 92, 39.

gerichtete Einziehung als Rechtsverwirkung erklären zu können¹⁵⁹. Auch in jüngerer Zeit ist der Verwirkungsgedanke immer wieder aufgetaucht: so vor allem in den Einziehungskonzeptionen von E. R. HUBER¹⁶¹, v. MANGOLDT-KLEIN¹⁶², SCHÖNKE-SCHRÖDER¹⁶³, STREE¹⁶⁴, W. WEBER¹⁶⁵ und neuestens R. SCHNEIDER¹⁶⁶. Von einer allgemeineren Anerkennung dieser Einziehungsbeurteilung ist man jedoch auch heute noch weit entfernt.

Diese Zurückhaltung ist nicht unberechtigt. Denn schon zu oft mußte das Instrument der Verwirkung auch zu zweifelhaften politischen Zwecken herhalten; dadurch ist es suspekt geworden. Hinzu kommt, daß das Grundgesetz den Grundrechten einen bis dahin unbekannten Schutz gewähren will und deshalb jeder Versuch, dieses Garantiesystem mit Hilfe ungeschriebener Abwägungsklauseln aufzuweichen, auf Mißtrauen stoßen muß. Dennoch ist eine völlige Ablehnung nur dort berechtigt, wo noch mit einem unkritischen, d. h. einem mehr von emotionalem denn rationalem Makeldanken getragenen Verwirkungsprinzip gearbeitet wird. Gegenüber einem Verwirkungsbegriff hingegen, der aus dem Grundrechtssystem selbst gewonnen und an den weithin anerkannten Kriterien des Rechtsmissbrauchs ausgerichtet ist, bestehen derartige Bedenken nicht.

¹⁵⁹ Vgl. ferner SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 12 und GRÜTER, S. 10 ff., sowie die Begründung des GE 1911, wo auch GOLDSCHMIDT's Rechtsverwirkungslehre zum Durchbruch kam (Begr. S. 110).

¹⁶¹ Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 39: Einziehung als „Eigentumsentziehung wegen einer Rechtsverwirkung, die sich aus einem Rechtsverstoß gegen die Straf- oder Verwaltungsgesetze ergibt, dessen der Eigentümer sich in bezug auf die Eigentumsobjekte, die der Einziehung verfallen sollen, schuldig gemacht hat.“ Ferner S. 40: die strafrechtliche Einziehung als „eine zum Eigentumsverlust führende Sühnemaßnahme, die an die Rechtsverwirkung anschließt“, also „Verwirkungsvollzug“. Schon hier sei kritisch auf das zu enge, an das Strafrecht angelehnte Verständnis des Mißbrauchsbegriffs hingewiesen.

¹⁶² Art. 14 Anm. VI 4, wo praktisch vorbehaltlos die Definition von HUBER übernommen wird; ebenso bei JANSSEN, Entschädigung S. 96.

¹⁶³ 13. Aufl., § 40 Rdnr. 10: Verwirkung des (Täter-)Eigentums durch den Mißbrauch zur Störung der Rechtsordnung. Vgl. auch 14. Aufl., § 40 Rdnr. 18, 29, § 40 a Rdnr. 1.

¹⁶⁴ Deliktsfolgen S. 91: Einziehung als „Verwirkungsvollzug“ i. S. HUBERS und v. MANGOLDT-KLEINS.

¹⁶⁵ In Grundrechte II S. 366: Verwirkung der gemeinschädlich mißbrauchten Gegenstände.

¹⁶⁶ VerwArchiv 58, 319 f. — Darüber hinaus ist auch in den Beratungen des Sonderausschusses der Verwirkungsgedanke immer wieder angeklungen: so etwa, wenn GÖHLER die Einziehung als eine „Rechtsverwirkung“ charakterisiert, „deren Funktion in einer Sicherung der Rechtsordnung, auch in der Befriedigung der Allgemeinheit und in der Vorbeugung gegen weitere Straftaten besteht“ (V./28. Sitzg. S. 551; vgl. ferner GÖHLER, OWiG, Vorbem. 2 B vor § 18, § 19 Anm. 1 A). Vgl. auch A. ARNDT, der bei Verletzung der dem Eigentum gezogenen Grenzen eine „Sozialunwürdigkeit“ dieses Eigentums annimmt (V/54. Sitzg. S. 1033; ferner S. 1035). In diesem Sinne wohl auch SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 2, wenn von einer „Verletzung der Sozialbindung des Eigentums“ die Rede ist.

Leider ist in den einziehungsrechtlichen Stellungnahmen zur Verwirkung die Begründung meist zu formelhaft und knapp, als daß eine bestimmte verfassungsrechtliche Absicherung erkennbar wäre. Deshalb muß auf diese Frage hier einiges Gewicht gelegt werden.

2. Wohl verdankt die Verwirkung als ein Unterfall unzulässiger Rechtsausübung ihre moderne Entwicklung und dogmatische Durchdringung hauptsächlich dem Zivilrecht¹⁵⁷. Doch auch dem öffentlichen Recht ist der Gedanke eines Rechtsverlustes kraft Verwirkung schon lange nicht mehr fremd. Erinnert sei nur an die generalklauselartige Verwirkungsvorschrift des prALR¹⁵⁸ und an die beängstigende Ausweitung, die der Verwirkungsgedanke in der Staatslehre der 30er Jahre erfahren hatte, gipfelnd in E. R. HUBERS „Verwirkung kraft ungeschriebenen Rechts“ infolge gesetz- oder pflichtwidrigen Verhaltens¹⁵⁹. Dem ist unter dem Eindruck des Grundgesetzes zwar eine Periode vorsichtigerer Zurückhaltung gefolgt¹⁶⁰. Dennoch kann kein Zweifel sein, daß die Verwirkung als eine Rechtsfigur, die für die ganze Rechtsord-

¹⁵⁷ Eingehend dazu u. a. W. SIEBERT, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934; DERS. in SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl. Bd. I, Vorbem. 11 ff. vor § 226 und § 242 Rdnr. 110 ff., 173 ff., sowie STAUDINGER-WEBER, BGB, Bd. II Teil I b, § 242, Abschn. D, insbes. die Rdnr. D 9 ff., 19 ff., 48 ff., 561 ff., jeweils mit umfassenden Rspr.- und Literaturnachweisen. — Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei jedoch darauf hingewiesen, daß die Terminologie keineswegs feststehend und einheitlich ist. Zwar wird in der zivilrechtlichen Dogmatik versucht, den Begriff der Verwirkung als terminus technicus möglichst der unbilligen Verzögerung der Rechtsausübung (sog. „illoyale Verspätung“) vorzubehalten (SOERGEL-SIEBERT, aaO, § 242 Rdnr. 173, STAUDINGER-WEBER, aaO, S. 242 Rdnr. D 571); doch wird in einem untechnischen Sinne auch bei widersprüchlichem Verhalten oder bei Rechtsverlust kraft Pflichtverletzung von „Verwirkung“ gesprochen (vgl. ESSER, Schuldrecht 2. Aufl. S. 120 ff., AT 3. Aufl. S. 36 ff., STAUDINGER-WEBER, aaO, Rdnr. D 564 ff. mit zahlr. Nachw. über die vielfältige Verwendung des Verwirkungsbegriffes; näher dazu auch W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 160 ff.). In der Sache kommt dem keine wesentliche Bedeutung bei; denn trotz unterschiedlicher Bezeichnungen ist man sich heute weitgehend einig, daß es sich in all diesen Fällen um typische Tatbestände rechtsmißbräuchlichen Verhaltens, um „unzulässige Rechtsausübung“ handelt (SOERGEL-SIEBERT, aaO, Vorbem. 15 ff. vor § 226, § 242 Rdnr. 173, STAUDINGER-WEBER, aaO, § 242 Rdnr. D 48 ff., 598 ff. mit weit. Nachw.).

¹⁵⁸ § 72 der Einleitung zum prALR: „Wer eines groben Mißbrauchs seiner privilegii zum Schaden des Staates oder seiner Mitbürger durch richterliche Erkenntnis für schuldig befunden wird, der hat sein Recht verwirkt und kann keine Entschädigung fordern.“

¹⁵⁹ E. R. HUBER, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, S. 388 ff. Aus dem Verwirkungsschrifttum jener Zeit, das keineswegs geschlossen dem vorgenannten Trend verfallen war, vgl. u. a. G. KÜCHENHOFF, RPrVerwBl. 51, 275 ff., K. H. SCHMITT, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, 1935, und SCHÜLE, VerwArchiv 38, 399 ff.; 39, 1 ff.

¹⁶⁰ Vgl. etwa DÜRIG, JZ 1952, 513 ff., FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I S. 165 ff. und vor allem H. KRÜGER, DVBl. 1953, 97 ff. Zurückhaltend auch W. BÖHMER, BayVBl. 1956, 128 ff.

I
nung bedeutsam ist und damit auch in die öffentlich-rechtlichen Bereiche hineinwirkt, heute allgemein anerkannt ist¹⁰¹.

Das gilt auch für die Grundrechte. Zwar ist nicht zu verkennen, daß in diesem Bereich die für das Zivilrecht entwickelten Kategorien sowohl hinsichtlich der Verwirkungsvoraussetzungen wie auch ihrer Folgen teilweise nur bedingt und modifiziert Anwendung finden können. Daß jedoch auch Grundrechte prinzipiell mißbrauchbar und verwirkbar sind, daran hat schon der Verfassungsgeber selbst keinen Zweifel gelassen, indem er in Art. 18 GG die Aberkennung bestimmter Grundrechte unter gewissen Voraussetzungen ausdrücklich für zulässig erklärt hat¹⁰².

II
3. Freilich — und damit stoßen wir bereits auf eine erste Hürde — wird gerade die Existenz des Art. 18 GG immer wieder als Beweis dafür ins Feld geführt, daß es außerhalb dieses grundgesetzlichen Verwirkungstatbestandes keine Grundrechtsverwirkung geben könne¹⁰³, mit der Folge, daß auch für eine Eigentumsverwirkung in Form strafrechtlicher Einziehungen schon grundsätzlich kein Raum mehr wäre.

Doch dieser Schluß wäre voreilig; denn wie die Protokolle zeigen, waren es weniger grundsätzliche Bedenken, die die Väter des Grundgesetzes davor zurückscheuen ließen, die ursprünglich vorgeschlagene Verwirkbarkeit des Eigentums ausdrücklich zuzulassen¹⁰⁴, als vielmehr das praktische Unvermögen, eine allseits befriedigende Mißbrauchsformel zu finden¹⁰⁵. Daher kann

¹⁰¹ Umfassende Nachw. dazu bei STAUDINGER-WEBER, BGB, § 242 Rdnr. 634 ff.; speziell zum öffentlichen Recht W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 160 ff., GALLWAS, Mißbrauch S. 13 ff. und WILKE, Verwirkung S. 41 ff. Auch das BVerwG hat sich bereits verschiedentlich zum Verwirkungsgedanken bekannt: u. a. in BVerwGE 3, 199/203, 297; 5, 261/2; 6, 204/5; 9, 155/160; zust. BACHOF, Verfassungsrecht I S. 78 f., 270 f., II S. 297 ff. Zahlreiche Beispiele für Fälle von Rechtsverlust, die sich nur aus dem Verwirkungsgedanken erklären lassen, bei W. WEBER, in Grundrechte II S. 366 f. In welchem Maße die Verwirkung auch bereits im Strafverfahren bedeutsam geworden ist, hat neuerdings WERNER SCHMID, Die „Verwirkung“ von Verfahrensrügen im Strafprozeß, 1967 (vgl. insbes. S. 297 ff.), gezeigt.

¹⁰² Dies wird im Prinzip auch von jenen anerkannt, die an sich der Grundrechtsverwirkung zurückhaltend gegenüberstehen: so etwa DÜRIG, JZ 1952, 513 und H. KRÜGER, DVBl. 1953, 97 ff.; vgl. ferner HAMANN, GG, Art. 18 Anm. B 2, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 18 Anm. III 4 c. Eingehend zur allgemeinen Mißbrauchs- und Verwirkungssproblematik bei Grundrechten GALLWAS, Mißbrauch S. 17 ff. und WILKE, Verwirkung S. 44 ff. Mit besonderer Blickrichtung auf Art. 18 GG W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch, insbes. S. 73 ff., 160 ff.

¹⁰³ So insbes. H. KRÜGER, DVBl. 1953, 97; in die gleiche Richtung gehen die Äußerungen von HAMANN, Grundgesetz und Strafgesetzgebung S. 38, und LÖFFLER, DÖV 1957, 900, NJW 1960, 29 f.; vgl. ferner W. R. BEYER, NJW 1954, 713, W. THIEME, JZ 1961, 301 und SCHLIEPER, S. 33 f.

¹⁰⁴ So etwa nach der im GG-Entwurf bis zur 4. Lesung des Hauptausschusses vorgesehenen Klausel: „Wer sein Eigentum mißbraucht, hat es verwirkt.“; Näheres bei MATZ, JÖR n. F. 1 (1951) S. 147 ff.

¹⁰⁵ Vgl. DÜRIG, JZ 1952, 516 Anm. 31.

auch bei der Eigentumsgarantie — sowenig wie bei anderen Grundrechten — an der prinzipiellen Verwirkbarkeit kein Zweifel sein¹⁰⁶.

Wenn überhaupt, so könnte Art. 18 GG allenfalls als spezieller Verwirkungstatbestand eine generelle Verwirkungshürde bilden. Doch auch das ist — jedenfalls für unsere Fragestellung — zu verneinen. Denn folgt man der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre, so kommt dem Art. 18 GG eine Sperrwirkung ohnehin nur insoweit zu, als ein Grundrecht zu den dort mißbilligten politischen Zwecken mißbraucht wird, hat also nur Bedeutung für den Bereich des politischen Macht- und Meinungskampfes, nicht dagegen für sonstige „unpolitische“ Fälle von Grundrechtsmißbrauch¹⁰⁷. Demgemäß kann zwar die Einziehung oder Unbrauchbarmachung verfassungsfeindlicher Schriften durch Art. 18 GG präkludiert sein. Das aber nur deshalb, weil insoweit, als Art. 18 GG die Statuierung bestimmter politischer Straftatbestände blockiert, dann selbstverständlich auch für daran anknüpfende Eigentumssanktionen kein Raum mehr ist¹⁰⁸. Doch das ist keineswegs eine die Eigentumssanktionen in ihrem eigentlichen Rechtfertigungskern berührende Frage. Deshalb bleiben sie, auch soweit sie aus dem Verwirkungsgedanken begründet werden, von Art. 18 GG grundsätzlich unberührt¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Gegen eine derartige Annahme würde zudem die Tatsache sprechen, daß in Art. 18 GG auch das Eigentum ausdrücklich für verwirkbar erklärt ist. In diesem Sinne wohl auch GALLWAS, Diss. S. 40, wenn er — offenbar als ganz selbstverständlich — den Art. 14 II GG dem Art. 18 GG als Fall eines verwirkungsbegründenden Grundrechtsmißbrauchs gleichberechtigt zur Seite stellt.

¹⁰⁷ So — im Hinblick darauf, daß sich Art. 18 GG nur gegen den Grundrechtsmißbrauch „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“ richtet — BGHSt 17, 38/9 m. Anm. JAGUSCH, LM Nr. 3 zu § 42 I, COPIC, Grundgesetz und politisches Strafrecht S. 109 ff. sowie in JZ 1963, 494/6, DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 96, GALLWAS, Mißbrauch S. 28, HAMANN, Grundgesetz und Strafgesetzgebung S. 38, REISSMÜLLER, JZ 1960, 531, STREE, Deliktsfolgen S. 225 Anm. 30, WILKE, Verwirkung S. 118 ff., WILLMS, NJW 1964, 227. Grundlegung zum Ganzen jetzt W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 132 ff., 274 ff. Dort auch Näheres über die noch höchst umstrittene, hier jedoch nicht weiter zu verfolgende Frage nach dem Ausmaß dieser Sperrwirkung.

¹⁰⁸ So konsequent W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 312 ff., wenn er den Schwerpunkt der Sperrwirkung bereits auf der Tatbestands- und nicht erst auf der Rechtsfolgesseite sieht (S. 274 ff.); ähnlich auch schon COPIC, Grundgesetz S. 109 ff. und WILLMS, NJW 1964, 228, bei denen jedoch — mangels einer spezifischen Mißbrauchstypisierung, wie sie SCHMITT GLAESER (S. 133 ff.: Gewaltlosigkeit, schein-demokratisches Verhalten) erarbeitet hat — der Art. 18 GG leicht von einer Verfassungsschutznorm zu einer individuellen Schutzbestimmung pervertiert wird. — Selbst wenn man demgegenüber der h. M. folgt, die entscheidend auf die Rechtsfolgesseite abhebt (vgl. etwa BGHSt 17, 38/41 ff., BGH NJW 1965, 1383, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 I Rdnr. 4, DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 94 ff., STREE, Deliktsfolgen S. 225), werden immerhin die präventiven Sanktionen als mit der Zielsetzung des Art. 18 GG gleichlaufend präkludiert.

¹⁰⁹ Zudem wird selbst von Vertretern der strengeren Exklusivitätstheorie, die über den politischen Bereich hinaus in Art. 18 GG eine allgemeine Verwirkungssperre sehen wollen (Nachw. oben Anm. 163), jedenfalls dort eine ausnahmsweise

III. Der verwirkungsbegründende Mißbrauch

Auch was die Voraussetzungen anlangt, unter denen eine Verwirkung der Eigentumsgarantie eintreten kann, werden wir zwar mangels einer ausdrücklichen Verwirkungsformel vom positiven Verfassungsrecht im Stich gelassen. Doch auch insoweit lassen sich der neueren Verwirkungslehre hinreichend sichere Kriterien entnehmen. Dabei muß naturgemäß den Elementen, die mit Art. 18 GG sogar in der Verfassung ihren Niederschlag gefunden haben, gesteigerte Bedeutung beigemessen werden.

1. Danach ist der Kern der Verwirkung im *Mißbrauchserfordernis* zu sehen. Selbst wenn dies in Art. 18 GG nicht ausdrücklich gesagt wäre¹⁷⁰, ergäbe es sich doch aus der Tatsache, daß wir es praktisch bei allen der im privaten und öffentlichen Recht anerkannten Verwirkungstatbestände, wie z. B. des widersprüchlichen Verhaltens, der illoyalen Verspätung, der ungehörigen Rechtsausübung, der Interessen- und Pflichtverletzung usw., mit typischen Formen des Rechtsmißbrauchs zu tun haben, die jeweilige Verwirkungsfolge demnach also immer die mißbräuchliche Inanspruchnahme eines bestimmten Rechts voraussetzt¹⁷¹. In diesem Mißbrauchsgedanken, der seinerseits seine tiefste Verankerung in dem die ganze Rechtsordnung beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben findet¹⁷², muß auch die Grundrechtsverwirkung ihren zentralen Angelpunkt haben. Um es auf die kürzeste Formel zu bringen: *Ohne Grundrechtsmißbrauch keine Grundrechtsverwirkung*¹⁷³.

Gewisse Schwierigkeiten bereitet indes die Frage, was unter einem derartigen Mißbrauch zu verstehen ist, vor allem aber, wann in den hier interessie-

Verwirksamkeit von Grundrechten eingeräumt, wo das Grundgesetz selbst ein besonderes Mißbrauchsverbot aufstellt. Und das ist, worauf HERBERT KRÜGER als Exponent dieser Richtung bereits selbst hingewiesen hat (DVBl. 1953, 99), gerade gegenüber dem hier interessierenden Mißbrauch des Eigentums der Fall; denn in der Verpflichtung zu gemeinwohlnützlichem Gebrauch, die die Sozialpflichtklausel des Art. 14 II GG ausspricht, wird zu Recht auch das *Verbot gemeinwohlschädlichen Eigentumsmißbrauchs* gesehen (E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 13, 14, IPSEN, VVDStRL 10, 96, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. V 2, QUARITSCH, DVBl. 1959, 458; ebenso schon zu Art. 153 III 2 Weimarer Verfassung M. WOLFF, in Festgabe für KAHN, S. 12; vgl. ferner DÜRIG, AöR 79, 79, R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 319 f.).

¹⁷⁰ Art. 18 S. 1 GG: „Wer . . . das Eigentum . . . zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht(!), verwirkt diese Grundrechte.“

¹⁷¹ Vgl. im einzelnen die Nachweise oben in Anm. 157.

¹⁷² W. BÖHMER, BayVBl. 1956, 131, 173, DÜRIG, JZ 1952, 514, SOERGEL-SIEBERT, § 242 Rdnr. 173. Speziell zum Gedanken eines Vertrauensbruchs des Bürgers gegenüber dem Staat SCHÜLE, VerwArchiv 38, 436, H. KRÜGER, Allg. Staatslehre S. 184, 209, 489, 987.

¹⁷³ W. WEBER, in Grundrechte II S. 366: „Die Verwirkung der Rechtsstellung ist die Folge des Mißbrauchs der Rechtsstellung.“ So im Prinzip u. a. auch DÜRIG, JZ 1952, 515 (die dort gemachten Einschränkungen betreffen nicht den Mißbrauchsgedanken als solchen, sondern die Evidenz des Mißbilligungsurteils; dazu unten S. 181 f. und H. KRÜGER, DVBl. 1953, 97 ff.).

renden Sachverhalten von einem Mißbrauch des Eigentums gesprochen werden kann. Obwohl die Unbestimmtheit dieses Begriffes inzwischen eine Flut von Deutungen heraufbeschworen hat¹⁷⁴, läßt sich auch hier aus der Fülle der unterschiedlichen Konzeptionen und Nuancierungen eine Mißbrauchsdefinition herauschälen, die als tragender Tenor überall durchklingt und bei zurückhaltender Handhabung auch zu brauchbaren Ergebnissen führen dürfte: das *Verständnis des Rechtsmißbrauchs als eines zweckfremden, d. h. „funktionswidrigen“ Rechtsgebrauchs*.

Ihre theoretische Fundierung findet diese Konzeption vor allem in dem Gedanken, daß kein Recht — auch kein subjektives Recht — in seiner objektiven Zielsetzung völlig unbegrenzt oder zweckfrei ist, sondern

„der Inhalt eines jeden Rechts durch seine rechtsethische und soziale Funktion bestimmt ist oder wenigstens in der Weise immanente Grenzen aufweist, daß eine zweckfremde, funktionswidrige Ausübungshandlung durch den Inhalt des Rechts nicht mehr gedeckt ist, sondern eine Abkehr vom Recht, eine Rechtsüberschreitung darstellt“ (SIEBERT)¹⁷⁵.

In der knappen Diktion ESSERS heißt das, daß „jedes Recht die Zweckbindung der Institution in sich (trägt), derzufolge es besteht“. Demgemäß liegt der Rechtsmißbrauch in der „*zweckwidrigen Benutzung einer rechtlichen Institution*“¹⁷⁶.

Dieser ursprünglich im Zivilrecht entwickelte Mißbrauchsbegriff¹⁷⁷ hat inzwischen auch im öffentlichen Recht, einschließlich des Verfassungsrechts, all-

¹⁷⁴ Über die Terminologie im Zivilrecht vgl. die umfassende Übersicht bei STAUDINGER-WEBER, § 242 Rdnr. D 16 f., 22, 38 ff. m. weit. Nachw. Allgemein zum Mißbrauch von Grundrechten GALLWAS, Mißbrauch S. 31 ff.; speziell im Hinblick auf Art. 18 GG grundlegend W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 73 ff., 133 ff.

¹⁷⁵ In SOERGEL-SIEBERT, Vorbem. 12 vor § 226; im gleichen Sinne STAUDINGER-WEBER, § 242 Rdnr. D 22, 28. Daß es zu einer derartigen Inkongruenz zwischen einem formal umfassenderen Rechtsschein und einem engeren materiellen Rechtsinhalt kommen kann, hat vor allem rechtstechnische Gründe; näher dazu GALLWAS, Mißbrauch S. 11 ff.

¹⁷⁶ ESSER, Schuldrecht, 2. Aufl., S. 117 (vgl. auch 3. Aufl. AT S. 32 ff.). Im gleichen Sinne u. a. BGHZ 3, 94/103; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, II. Hbbd., § 239 III (S. 1439 ff.).

¹⁷⁷ Seine dogmatische Verfeinerung dürfte er vor allem der heute herrschenden — und stark an die grundrechtliche Immanenzlehre erinnernden — „Innentheorie“ verdanken, wonach die Schranken eines Rechts bereits im Recht selbst wurzeln, im Gegensatz zu der heute kaum noch vertretenen „Außentheorie“, wonach die Ausübungsschranken subjektiver Rechte diesen von außen her auferlegt sein sollen (Näheres zum Streitstand mit zahlreichen Nachw. bei STAUDINGER-WEBER, § 242 Rdnr. D 24 ff., der selbst einer vermittelnden Linie folgt: D 28 ff.). Die praktische Bedeutung dieses Streits wird man jedoch nicht überschätzen dürfen. Bemerkenswerte Unterschiede zeigen sich allenfalls bei der Frage nach der rechtlichen Qualifizierung der sich aus dem Rechtsmißbrauch ergebenden zivilrechtlichen Konsequenzen (vgl. STAU-

gemeine Anerkennung gefunden¹⁷⁸. Allerdings bricht sich immer mehr die Erkenntnis Bahn, daß man zivilrechtlichen Rechtsmißbrauch und Grundrechtsmißbrauch nicht unbesehen gleichsetzen kann, sondern u. U. nach der Art des mißbrauchten Rechts, gegebenenfalls auch nach der besonderen Zielsetzung des betreffenden Mißbrauchsverbots, differenzieren muß¹⁷⁹. Für unseren Zusammenhang bedeutet dies, daß es für die Annahme eines Eigentumsmißbrauchs in der Tat nicht ausreichen würde, lediglich von einem den Grundrechten allgemein inhärenten Inhalt oder Zweck auszugehen; vielmehr kommt es entscheidend darauf an, daß gerade ein *dem Eigentumsgrundrecht spezifischer Zweck verfehlt wird*. Denn wie schon HERBERT KRÜGER¹⁸⁰ zutreffend herausgestellt hat, erfordert das Mißbrauchsurteil einen zweifachen Schritt: Zuerst muß die abstrakte Ratio des gebrauchten Rechtes erkannt sein; erst dann kann man im Wege der Subsumtion fragen, ob die konkrete Funktion des Gebrauchs von der abstrakten Ratio des gebrauchten Rechts gedeckt wird oder ihm zuwiderläuft.

Somit liegt in der Feststellung der spezifischen Grundrechtsfunktion die kritische Frage des Rechtsmißbrauchs. Wenn sie im allgemeinen so schwer zu beantworten ist, so hauptsächlich deswegen, weil bei den meisten Grundrechten die ihnen je eigentümliche objektive Zielsetzung nur mühsam zu eruieren ist¹⁸¹. Doch das braucht uns hier nicht aufzuhalten. Denn jedenfalls beim Eigentum hat bereits der Verfassungsgeber selbst die objektive soziale Funktion des Grundrechts klar herausgestellt: nach Art. 14 II GG soll sein Gebrauch „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Was auch immer sich daraus im Sinne eines positiv sozialgemäßen oder gar sozialnützlichen Eigentumsgebrauchs ergeben mag: kein Zweifel kann sein, daß danach auf jeden Fall der *gemeinwohlwidrige Eigentumsgebrauch als mißbräuchlich* anzusehen ist¹⁸².

DINGER-WEBER, § 242 Rdnr. D 32, auch D 28 Abs. 3), die jedoch für die andersartigen grundrechtlichen Verwirkungsfolgen praktisch irrelevant sind.

¹⁷⁸ So etwa ist für H. KRÜGER, DVBl. 1953, 98, Mißbrauch „jeder Gebrauch eines Rechts, für den dieses nicht gedacht und daher nicht gewährt ist“. Ähnlich spricht MAUNZ, Staatsrecht S. 131, von einem „Gebrauchmachen unter Berufung auf das Recht, jedoch unter gleichzeitiger Verkehrung seines Sinnes in das Gegenteil“. Vgl. ferner HÄBERLE, Wesensgehaltgarantie S. 119 ff., LERCHE, Übermaß S. 117 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 18 Anm. III 2 a, SCHEUNER, DVBl. 1952, 614, SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art. 18 Rdnr. 3, WERNICKE, in Bonner Kommentar Art. 18 Anm. II 1 c sowie (unter entscheidender Betonung des Schein-Gebrauchs) W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 133 ff. (vgl. dazu auch unten Anm. 188).

¹⁷⁹ Dazu näher GALLWAS, Mißbrauch S. 19 ff., WILKE, Verwirkung S. 16 ff. und insbes. im Hinblick auf Art. 18 GG W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 133 ff.

¹⁸⁰ DVBl. 1953, 98.

¹⁸¹ Vgl. etwa die umfänglichen Bemühungen von SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 30 ff., dem objektiven Sinngehalt der nach Art. 18 GG verwirkbaren Grundrechte auf die Spur zu kommen.

¹⁸² Vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. V 2 b, R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 319 f. Über den rechtlichen Verpflichtungscharakter dieses Mißbrauchsverbotes

2. Damit ist jedoch nur das mißbrauchsbestimmende Prinzip gewonnen. In einem weiteren Schritt wird nach den Voraussetzungen zu fragen sein, unter denen in den einschlägigen Einziehungssachverhalten typischerweise von einem derartigen gemeinwohlwidrigen Mißbrauch gesprochen werden kann¹⁸³. Wenn man hier zunächst einmal alle etwaigen subjektiven Zurechnungskriterien (eigene Beteiligung des Eigentümers, Verschulden des Mißbrauchenden u. dgl.) außer acht läßt und allein nach der objektiven Gemeinwohlwidrigkeit der im Blickpunkt stehenden Sachverhalte fragt, so kann kein Zweifel sein, daß jedenfalls immer dort, wo Eigentum zur Begehung von Straftaten benutzt wird, ein Grundrechtsmißbrauch i. S. des Art. 14 II GG anzunehmen ist. Denn schon im Hinblick darauf, daß das Strafgesetz nicht nur den isolierten Schutz des jeweiligen tatbestandlich erfaßten Rechtsguts im Auge hat, sondern immer auch auf die Bewahrung des allgemeinen Rechtsfriedens abzielt¹⁸⁴, stellt der Einsatz des Eigentums zu strafbaren Handlungen geradezu die *idealtypische Pervertierung der Sozialfunktion* des Eigentumsrechtes dar. Hier kann auch nicht mehr nur von einer bloßen Zweckverfehlung die Rede sein; hier handelt es sich um Zweckwidrigkeit par excellence.

Soweit es dabei um Verhaltensweisen geht, die in gesetzlich festumrissenen Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbeständen erfaßt sind, dürfte auch der durchaus berechtigten Forderung DÜRIGS¹⁸⁵ nach allgemeiner *Erkennbarkeit der Bewertungsnorm* Genüge getan sein. Sicherlich wäre es im Prinzip richtig, daß ein Mißbrauchsurteil über menschliches Verhalten verfehlt wäre, wenn dem Handelnden mangels einer Bewertungsnorm der mißbräuchliche Charakter seines Verhaltens gar nicht erkennbar ist. Das gilt gerade auch für den Eigentumsmißbrauch; denn da dieser sich im wesentlichen nach seiner Gemeinwohlwidrigkeit bemißt, Inhalt und Umfang des Gemeinwohls — abgesehen von gewissen Minimalwerten — aber keineswegs allgemein evident sind, wird es in der Regel nicht möglich sein, jemanden die Verletzung des Mißbrauchs-

vgl. im übrigen oben bei Anm. 141 mit weit. Nachw.; ferner DÜRIG, AöR 79, 79: „Auf jeden Fall ergibt sich . . . unmittelbar aus (Art. 14 II GG) die Pflicht des Eigentümers, . . . durch sein Eigentum die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht zu stören.“

¹⁸³ Wenn hier nur auf den typischen Mißbrauchscharakter bestimmter Verhaltensweisen abgestellt wird, so vor allem deshalb, weil es schon praktisch kaum möglich wäre, an dieser Stelle jeden einzelnen Einziehungstatbestand auf die in ihm enthaltenen Mißbrauchselemente hin zu untersuchen. Dies muß Aufgabe der Einzelkommentierung bleiben. Deshalb kann es hier nur darum gehen, die allgemeinen Mißbrauchs-faktoren herauszustellen und an typischen Einziehungssachverhalten zu messen.

¹⁸⁴ Im übrigen strahlt ja jede Rechtsgutsverletzung letztlich auf die Gesamtrechtsordnung aus. Treffend H. KRÜGER, Allg. Staatslehre S. 489 über die Auswirkungen konkreter Verletzungen der Rechtsordnung und der Sitte für die Gesamtheit: sie bedeute „eine allgemeine Erschütterung der Vertrauensgrundlage, die das staatliche Zusammenleben der Bürger trägt“; vgl. auch dort S. 209.

¹⁸⁵ JZ 1952, 515; vgl. auch AöR 79, 79 Anm. 68.

verbots ohne vorherige Deskription, d. h. ohne tatbestandsmäßige Typisierung des inhibierten Verhaltens, als Mißbrauch zuzurechnen. Doch derartige Bedenken bestehen jedenfalls dann nicht, wenn das Mißbrauchsurteil aus der Verletzung eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes gefolgert wird. Und das ist bei Eigentumssanktionen, die nur an bestimmte Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestände geknüpft werden, naturgemäß der Fall.

Freilich scheint diese Mißbrauchsbegründung zunächst nur auf die *Tatwerkzeuge* zu passen; denn nur hier liegt der aktive Einsatz des Eigentums zu gemeinwohlwidrigen Zwecken ganz offen zutage. Indes wäre es verfehlt, Mißbrauch nur bei positivem Tun, nicht dagegen bei *Unterlassung* oder Duldung eines gemeinschädlichen Zustands des Eigentums annehmen zu wollen; denn vom Schutzobjekt der Sozialpflicht, dem Gemeinwohl, her gesehen, kann es keinen Unterschied machen, ob diesem nun durch den aktiven Einsatz oder durch den störenden Zustand einer Sache Schaden zugefügt wird¹⁸⁶. Auch wäre es wohl eine zu einseitig „körperliche“ Betrachtung, wollte man den Mißbrauch immer nur im Umgang mit dem gegenständlichen Eigentumsobjekt als solchem sehen; dadurch würde verkannt, daß sich das Grundrecht auf Eigentum ja nicht in einer bloßen Bestands- oder Zuordnungsgarantie für bestimmte Gegenstände erschöpft, sondern auch Charakter und Funktion eines Freiheitsrechtes aufweist¹⁸⁷. Insofern aber kann es auch in der Weise mißbraucht werden, daß sich jemand Gegenstände verschafft, deren Herstellung oder Erlangung in erkennbarem Widerspruch zu den Interessen des Gemeinwohls steht; denn gerade in einer derartigen „schleichenden“ Ausnützung der Eigentumsgarantie zum Schutz von Positionen, die dem Gemeinwohl diametral zuwiderlaufen, liegt eine besonders gefährliche Form der „zweckwidrigen Benutzung einer rechtlichen Institution“¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Im gleichen Sinne sieht W. WEBER, in Grundrechte II S. 365 f. eine Grenze des Eigentums dort, „wo sein Gebrauch und seine Innehabung (!) das Gemeinwohl verletzt“, und DÜRIG, AöR 79, 79, wenn er der Gemeinwohlklausel die Pflicht des Eigentümers entnimmt, „sein Eigentum in polizeigemäßem Zustand zu halten“. Diese dem Strafrecht völlig geläufige Gleichstellung von Tun und pflichtwidrigem Unterlassen kann allerdings unter besonderen Umständen, wie etwa im Hinblick auf die spezifische Zielsetzung eines bestimmten Mißbrauchstatbestandes, ausgeschlossen sein, was beispielsweise für die Verwirkung nach Art. 18 GG angenommen wird, da es dort geradezu auf ein aggressives Verhalten („Kampf“) des Verfassungsgegners ankommt (näher dazu DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 36, und W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 70 ff. Hier spielt diese Frage jedoch keine Rolle.

¹⁸⁷ Vgl. statt aller DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. I Rdnr. 6 ff., 73 und v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. II 4 a, 6.

¹⁸⁸ So die bereits erwähnte Mißbrauchsformel ESSERS (Schuldrecht S. 117). Welches Gewicht gerade dem nur scheinbar rechtsgetreuen, in Wirklichkeit jedoch illoyalen Verhalten für die Verwirkung zukommen kann, hat jüngst W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 133 ff., hinsichtlich des scheidemokratischen Verhaltens i. S. des Art. 18 GG dargelegt. — Eine andere Frage jedoch ist, inwieweit dem *Schein* rechtmäßigen Verhaltens eine für jede Art von Rechtsmißbrauch wesentliche Bedeutung zu-

Von daher dürfte es nicht mehr schwer sein, auch die Verwendung oder Innehabung sonstiger der Einziehung typischerweise unterfallender Objekte als Grundrechtsperversion zu begreifen. Das wird insbesondere bei den *producta* und *quaesita sceleris*, d. h. den verbotswidrig hergestellten oder erlangten Gegenständen, deutlich. Wenn nicht schon ihre Existenz, so widerspricht doch ihr Verbleib beim Täter dem Wohl der Allgemeinheit, wie es in den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern verkörpert ist¹⁸⁹. Könnten sie trotzdem den grundrechtlichen Schutz der Eigentumsgarantie beanspruchen, so ließe man sie unter eine Decke schlüpfen, die nicht für sie gedacht ist. Daher läge hier der Rechtsmißbrauch in der Ausnützung einer Garantie, deren objektiver sozialer Zweck gerade nicht darin bestehen kann, gemeinwohlwidrigen Gegenständen Respekt und Protektion zu verschaffen.

Gleiches gilt für Gegenstände, die, wie z. B. Schmuggelgut oder Kraftfahrzeuge in Händen eines Nichtfahrberechtigten, *Objekt* eines sozialschädlichen, weil gesetzwidrigen Verhaltens wurden, und nicht zuletzt für Sachen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder Lage eine Gefahr für die *Allgemeinheit* bedeuten, d. h. in der Terminologie des Polizeirechts „störend“; denn solche Gegenstände zu *protegiere*, kann angesichts der Sozialpflichtklausel des Art. 14 II GG nicht *Sinn und Funktion* der Eigentumsgarantie sein. Diese trotzdem in Anspruch nehmen zu wollen, wäre *Mißbrauch*¹⁹⁰.

kommt. Für den Bereich des Zivilrechts wird das heute weithin angenommen (vgl. u. a. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 2. Hbdt. S. 1441 f., SIEBERT, Verwirkung S. 74, 139, DERS. in SOERGEL-SIEBERT, Vorbem. 12 vor § 226). Auch für den politischen Grundrechtsmißbrauch, wie ihn Art. 18 GG zu verhindern sucht, dürfte dem Kriterium des scheinbar loyalen, in Wirklichkeit jedoch antifreihheitlichen Verhaltens grundlegende Bedeutung zukommen. Ob dies aber in gleichem Maße für jede Form des Grundrechtsmißbrauchs zu gelten hat, erscheint zweifelhaft. Ohne dies hier näher begründen zu können, möchten wir es jedenfalls insoweit verneinen, als es vom betreffenden Schutzobjekt her gesehen um die Abwehr jeglicher Art von Beeinträchtigungen geht. Und das ist in dem hier interessierenden Bereich strafrechtlicher Mißbrauchswehr uneingeschränkt der Fall; denn ebenso wie vor dem sich als biedereren Importhändler gerierenden, in Wirklichkeit jedoch mit Doppelböden operierenden Schmuggler bedarf die Allgemeinheit auch vor dem mit offener Gewalt agierenden Räuber des Schutzes; vgl. auch SCHMITT GLAESER, aaO, S. 149, der ausdrücklich offenläßt, ob auch außerhalb des Art. 18 GG der Grundrechtsmißbrauch unbedingt einen scheinbar rechtmäßigen Gebrauch voraussetzt. Im übrigen dürfte selbst in Fällen unverdeckten Eigentumsmißbrauchs ein gewisses Scheinverhalten festzustellen sein; denn zumindest bei rein formaler Betrachtung der Eigentümerrechte — und das ist ja genau das, was auch die zivilrechtliche Mißbrauchslehre bei ihrer Unterscheidung von formalem Rechtsschein und material beschränktem Rechtsinhalt tut — scheint auch der Verbrecher bei Verwendung seines Tatwerkzeugs nur von den aus seinem Eigentum fließenden Rechten Gebrauch zu machen. Zu dieser Problematik der Inkongruenz von Rechtsschein und Rechtsinhalt bei den Grundrechten vgl. im übrigen näher GALLWAS, Mißbrauch S. 21 ff.

¹⁸⁹ Freilich ist zuzugeben, daß im positiven Recht u. U. auch einmal keine sachgetreue Widerspiegelung des Gemeinwohls zu sehen ist; doch dieses etwaige Versagen des Gesetzgebers ist eine ganz andere Frage.

¹⁹⁰ Diese hier nur kursorischen Feststellungen werden bei Erörterung der einzel-

3. Damit ist freilich zunächst nur die objektive Seite des Grundrechtsmissbrauchs herausgestellt. Doch da es beim Mißbrauch um menschliches Verhalten geht, kann der objektiv mißbräuchliche Effekt für sich allein nicht ausreichen, sondern muß dem Grundrechtsträger auch irgendwie *persönlich zurechenbar* sein.

Was in dieser Hinsicht den Mißbrauch nach Art. 18 GG angeht, stehen sich im wesentlichen zwei Meinungen gegenüber. Während etwa H. v. WEBER¹⁹¹ und W. GEIGER¹⁹² strafrechtliche Verantwortlichkeit des Mißbrauchenden und damit insbesondere auch ein Verschulden i. S. des Strafrechts verlangen¹⁹³, begnügt sich die weitaus überwiegende Meinung mit einem *natürlichen Handlungswillen*¹⁹⁴. Diese Auffassung dürfte in der Tat die besseren Argumente für sich haben. Denn wie DÜRIG und v. MANGOLDT-KLEIN¹⁹⁵ zu Recht betonen, hat die Verwirkung nach Art. 18 GG in erster Linie eine verfassungsrechtliche Sicherungs- und Schutzfunktion, der gegenüber auch einem etwaigen repressiven Vergeltungseffekt, wie er für die Strafe eigentümlich ist, nur eine akzidentielle Bedeutung zukommt. Es liegt auf der Hand, daß diese Schutzfunktion praktisch illusorisch würde, wenn sie vor dem Grundrechtsmißbrauch eines blinden Fanatikers oder eines schuldlos Gefährlichen haltmachen müßte¹⁹⁶.

Gewiß, damit ist nicht bewiesen, daß dieser subjektiv weite — weil nur natürlichen Handlungswillen erfordernde — Mißbrauchsbegriff auch außerhalb des Art. 18 GG verbindlich sein müßte. Doch sobald man auch bei Art. 14 II GG auf die Funktion dieses Mißbrauchsverbots, nämlich die Allgemeinheit vor einem sozial zweckwidrigen Gebrauch des Eigentums zu schützen, abstellt, kann nicht mehr zweifelhaft sein, daß eine Abwehr auch dort geboten ist, wo jemand auf Grund einer an Zurechnungsunfähigkeit grenzenden Verranntheit oder sogar in naiver Arglosigkeit, aber durchaus noch mit natürlichem Willen den Sinn eines Grundrechts in sein Gegenteil verkehrt. Denn ein solches Verhalten braucht für die Integrität der sozialen Funktion der

nen Sanktionstypen (unten §§ 12 bis 15) und des gegenständlichen Bereichs (unten §§ 16 bis 18) noch weiter zu vertiefen sein.

¹⁹¹ JZ 1953, 294. ¹⁹² Komm. zum BVerfGG, 1952, Vorbem. 7 vor § 36.

¹⁹³ So wohl auch HAMANN, GG, Art. 18 Anm. B 4. Im gleichen Sinne E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 39, 40, wenn er für die einziehungs begründende Rechtsverwirkung Verschulden voraussetzt.

¹⁹⁴ So u. a. DÜRIG, JZ 1952, 516 und in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 37 f., ECHTERHÖLTER, JZ 1953, 657, GALLWAS, Mißbrauch S. 120, HESSE, Verfassungsrecht S. 258, H. LECHNER, Komm. zum BVerfGG, 2. Aufl. 1967, § 13 Ziff. 1 Anm. 3, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 18 Anm. III 4 a, W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 63 ff., STREE, Deliktsfolgen S. 93. Dabei ist allerdings gelegentlich auch von „vorsätzlichem“ Handeln die Rede; dies soll jedoch offenbar nicht in strafrechtlichen, sondern in „natürlichem“ Sinne verstanden werden (vgl. BRINKMANN, Art. 18 Anm. I 1 c, DÜRIG, aaO, SCHMIDT-BLEIETREU-KLEIN, Art. 18 Rdnr. 5).

¹⁹⁵ Jeweils aaO.

¹⁹⁶ Dazu treffend auch ECHTERHÖLTER, JZ 1953, 657, W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 66 ff.

Grundrechte nicht weniger gefährlich zu sein als der zielbewußte oder gar böswillige Mißbrauch.

Damit soll keinesfalls gesagt sein, daß der Staat aus einem schuldlosen Grundrechtsmißbrauch ohne weiteres schon *strafrechtliche* Konsequenzen ziehen dürfte; denn die Frage der Grundrechtsaberkennung ist keineswegs präjudiziell für die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer derartigen Grundrechtseinbuße dann auch strafweise Gebrauch gemacht werden kann¹⁹⁷. Leider werden aber beide Fragen gerne miteinander vermengt. Das zeigt etwa das Mißverständnis v. WEBERS und E. R. HUBERS, die, weil sie die Verwirkung als solche zu Unrecht schon als Strafsanktion verstehen, auch in den Mißbrauchsbegriff bereits ein strafrechtliches Schulselement hineinlesen müssen¹⁹⁸, um im Ergebnis konsequent zu bleiben. Doch daß sich v. WEBERS nicht näher begründete Behauptung: „Verwirken heißt: etwas durch eigene Schuld einbüßen“¹⁹⁹, in dieser Allgemeinheit nicht halten läßt, beweist nicht nur die an schuldindifferenten Sicherungsmomenten ausgerichtete Verwirkung des Art. 18 GG, sondern vielleicht noch schlagender der traditionsreiche zivilrechtliche Verwirkungsbegriff, der ebenso wenig ein spezifisches Schuldverfordernis kennt²⁰⁰. Von dieser Linie bei der Grundrechtsverwirkung nach Art. 14 II GG abzuweichen, erscheint weder notwendig — denn für etwaige strafweise Verwirkungskonsequenzen ergibt sich das schulderfordernde Korrektiv ohnehin aus den noch zu erörternden Strafvoraussetzungen —, noch wäre es zweckmäßig — denn sonst würden wiederum bereits in die einheitliche Verwirkungs-*causa* Gesichtspunkte hineingetragen, deren Unterschiedlichkeit sich im Grunde erst aus dem jeweiligen Verwirkungsmodus (Strafe oder Sicherungsmaßregel) ergibt.

4. Als Zwischenergebnis bleiben im wesentlichen zwei Grundsätze festzuhalten:

Zum einen muß dem Grundrechtsträger der objektiv mißbräuchliche Eigentumsgebrauch (d. h. die durch gesetzliche Vertypung erkennbare gemeinwohlwidrige Verwendung oder Innehabung des Eigentums) in irgendeiner Form persönlich zurechenbar sein. Dies ist bei Eigentumssanktionen gegenüber Tatbeteiligten fraglos als gegeben anzunehmen, kann sich jedoch bei Sanktionen gegenüber tatunbeteiligten Dritten u. U. als höchst problematisch erweisen. Denn wie in den Einzelerörterungen noch zu zeigen ist, wird ein verwirkungsbegründender Mißbrauch jedenfalls dort zu verneinen sein, wo dem Dritteigentümer weder eine quasi-schuldhaftige Verwicklung in die Mißbrauchshandlung noch eine sicherheitsrechtliche Verantwortlichkeit als Störer nachgewiesen werden kann. In derartigen Fällen wäre daher eine Einziehung gegen-

¹⁹⁷ Näheres zu dieser „Zweitaktigkeit“ der Verwirkungsfolgen unten S. 189 f.

¹⁹⁸ v. WEBER, JZ 1953, 294, E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 39, 40.

¹⁹⁹ v. WEBER, aaO.

²⁰⁰ SOERGEL-SIEBERT, BGB, Vorbem. 27 vor § 226, ESSER, Schuldrecht AT S. 35.

über der Eigentumsgarantie nicht zu rechtfertigen. Erfolgt sie trotzdem, so ist durch Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff für Ausgleich zu sorgen.

Zum anderen braucht aber diese persönliche Zurechenbarkeit nicht unbedingt den Grad eines spezifisch strafrechtlichen Verschuldens zu erreichen, sofern der Mißbrauch nur wenigstens auf natürlichem Handlungswillen beruht. Deshalb kann ein verwirkungsbegründender Mißbrauch auch bei fahrlässigem Verhalten²⁰¹, bei Zurechnungsunfähigkeit des Grundrechtsträgers oder auf Grund seiner sicherheitsrechtlichen Störerhaftung gegeben sein. Freilich wird auch diese Verantwortlichkeit ihre Grenze dort haben müssen, wo dem Eigentümer ein der sozialen Funktion des Grundrechts gemäßer Gebrauch weder möglich noch zumutbar war. Denn der Satz, daß das Recht von niemandem mehr abverlangen kann, als in seinem Vermögen steht, hat auch für die Verwirkung Gültigkeit.

IV. Die Verwirkungsfolgen

Die bisherigen Erörterungen haben sich im wesentlichen auf die tatbestandliche Seite der Verwirkung, die Mißbrauchselemente, beschränkt. Die hier eigentlich interessierende Frage, was der Verwirkungsgedanke zur Rechtfertigung der Eigentumssanktionen zu leisten vermag, wird sich jedoch erst dann abschließend beantworten lassen, wenn auch die *Rechtsfolge* der Verwirkung mit in Betracht gezogen ist. Nun wird sich zwar durchaus die allgemeine Feststellung treffen lassen, daß der Mißbrauch die Verwirkung des mißbrauchten Rechts zur Folge hat. Doch diese Formel bleibt nichtssagend, solange man nicht weiß, worin der *materielle Effekt* der Verwirkung besteht. Im Blick auf unsere Fragestellung lassen sich dazu im wesentlichen drei Aussagen machen.

1. Von grundlegender Bedeutung ist zunächst die Feststellung, daß der Mißbrauch im Hinblick auf das mißbrauchte Recht zum *Verlust des grundrechtlichen Schutzes* führt. Dies kann als Tenor wohl allen Stimmen entnommen werden, die sich maßgeblich zur Grundrechtsverwirkung geäußert haben; denn trotz aller Unterschiede in den Grundauffassungen und Formulierungen im einzelnen²⁰² scheint man sich doch in einem entscheidenden Punkte einig zu sein: Anders als bei der zivilrechtlichen Verwirkung, die regelmäßig nur zu einem Ausübungshindernis für bestimmte, durch den Zweck des Rechts nicht mehr gedeckte Einzelbefugnisse führt²⁰³, berührt die Grundrechtsver-

²⁰¹ Denn daß es sich auch bei der Fahrlässigkeit um ein vom natürlichen Willen getragenes Verhalten, um „finale Handlungen“ handelt, wird heute selbst von den Vertretern der finalen Handlungslehre eingeräumt: vgl. WELZEL, Strafrecht S. 124 f.

²⁰² Vgl. die Übersicht bei WILKE, Verwirkung S. 55 f.

²⁰³ Näher STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. D 69 ff., 625, SOERGEL-SIEBERT, Vorbem. 20 ff. vor § 226 Rdnr. 116 ff., m. weit. Nachw., auch über abw. Meinungen.

wirkung das betroffene Grundrecht auch in seinem Status²⁰⁴, so wie das übrigens für alle Rechtsverwirkungen infolge Pflichtverletzungen typisch ist²⁰⁵. Wie auch immer das dogmatisch zu verstehen ist: ob als echter Grundrechtsverlust, als Verlust des grundrechtlichen Schutzes oder auch nur als Verlust der Ausübungsrechte²⁰⁶, in jedem Falle ist dadurch dem Grundrechtsträger nicht nur die *mißbräuchliche* Grundrechtsausübung untersagt — denn insofern würde es sich ohnehin nur um bloße Schrankenverweisung handeln —, vielmehr ist ihm, so weit die Wirkung reicht, auch staatlichen *Eingriffen* gegenüber die Berufung auf den Schutz des betroffenen Grundrechts verweigert²⁰⁷. Nach den Worten von HERBERT KRÜGER findet daher der Gesetzgeber in dem verwirkten Grundrecht keine unübersteigbare Schranke mehr: „Der von diesem Grundrecht einst umwehrte Bereich steht jetzt seinem Eindringen offen.“²⁰⁸ M. a. W.: Das betroffene Recht wird dem Staat gegenüber gewissermaßen „eingriffsfrei“ — und zwar nicht nur hinsichtlich seiner illegitimen, sondern auch seiner legitimen Gebrauchsmöglichkeiten²⁰⁹.

Für unsere Fragestellung ergibt sich daraus, daß die Gegenstände, die auf strafrechtswidrige Weise zum Schaden des Gemeinwohls mißbraucht wurden, kraft Verwirkung keinen grundrechtlichen Schutz mehr genießen, also auch ihrer Entziehung grundsätzlich kein verfassungsrechtliches Hindernis mehr im Wege steht.

2. Dabei bleibt jedoch zu beachten, daß diese Verwirkung immer nur die *tatsächlich mißbrauchten* Gegenstände ergreifen kann. Denn wie schon

²⁰⁴ Zu dieser Differenzierung vgl. insbes. DÜRIG, JZ 1952, 514, 517, und in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 58 ff., H. KRÜGER, DVBL. 1953, 99 f.

²⁰⁵ Vgl. insbes. W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 160 ff. und WILKE, Verwirkung S. 45 f., 55, wo sich S. 39 f. auch zahlreiche Beispiele derartiger Verwirkungen kraft Pflichtverletzungen finden; dazu auch W. WEBER, in Grundrechte II S. 366 f.

²⁰⁶ Vgl. im einzelnen die Nachw. bei WILKE, Verwirkung S. 55 f. Diese Auffassungsunterschiede haben ihren tieferen Grund meistens in der jeweiligen Grundrechtskonzeption. Wer, wie etwa DÜRIG, von der Vorverfassungsmäßigkeit der Grundrechte ausgeht (JZ 1952, 517 und in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 18 Rdnr. 58), für den ist ein echter Grundrechtsverlust von vorneherein nicht denkbar. Wenn daher DÜRIG nur von Aberkennung des „Ausfluß- und Ausübungsrechts“ des Grundrechts spricht (JZ 1952, 517 bzw. in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Art. 18 Rdnr. 62 f.), so will er das durchaus nicht im zivilrechtlichen Sinne verstanden wissen; denn sonst könnte er die Wirkung des Art. 18 GG nicht in einer Aberkennung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des betroffenen Grundrechts sehen (vgl. außer aaO auch Rdnr. 73 zu Art. 18 GG).

²⁰⁷ Vgl. u. a. BRINKMANN, Art. 18 Anm. I 1 d, DÜRIG, JZ 1952, 517, und in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 63, 73, HESSE, Verfassungsrecht S. 258, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 13 Anm. III 2, MAUNZ, Staatsrecht S. 132, WILKE, Verwirkung S. 55 f. m. weit. Nachw.

²⁰⁸ H. KRÜGER, DVBL. 1953, 100. Noch entschiedener MAUNZ, aaO: „Gerichte und Verwaltungsbehörden können gegenüber dem Betroffenen so handeln, als sei das Grundrecht für ihn nicht mehr in Geltung.“

²⁰⁹ Vor allem insofern geht daher die Grundrechtsverwirkung über eine bloße Schrankenverweisung hinaus.

W. WEBER betont hat, ist es „unbestreitbare rechtsstaatliche Überlieferung“, daß der gemeinschaftswidrig Handelnde den grundrechtlichen Schutz immer nur für die konkreten Vermögensteile verschert, in denen und mit denen sich der Tatbestand des Mißbrauchs verwirklicht²¹⁰. Deshalb müßte eine generelle Vermögenskonfiskation, selbst wenn es keine anderen verfassungsrechtlichen Hürden wie den Art. 18 GG gäbe, schon daran scheitern, daß es bei ihr regelmäßig an der Identität des verwirkten mit dem mißbrauchten Gegenstand fehlen würde²¹¹.

3. Neben dieser Objektgebundenheit der Verwirkung gibt es noch eine weitere, für unseren Zusammenhang fundamentale Verwirkungsgrenze zu beachten: Sie betrifft die *Intensität* des grundrechtlichen Garantieverlustes.

Wenn im Vorangegangenen der materielle Effekt der Verwirkung im wesentlichen darin gesehen wurde, daß die betroffenen Gegenstände gegenüber dem Staat gewissermaßen zugriffsfrei werden, so wäre es freilich verfehlt, dies im Sinne einer völlig rechtsschutzlosen „Vogelfreiheit“ zu verstehen. Daß eine derart radikale Entrechtung des Betroffenen jedenfalls nicht bei Art. 18 GG angenommen werden kann, ist im Prinzip heute unbestritten²¹². Das ergibt sich schon daraus, daß die Verwirkung sich immer nur auf die betroffenen Grundrechte erstrecken kann, davon aber alle anderen Verfassungssätze, wie etwa die des Rechtsstaatsprinzips, des Gleichheitssatzes oder des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, unberührt bleiben²¹³. Deshalb ist auch das verwirkte Recht nicht der Willkürlichkeit staatlichen Handelns preisgegeben. Vielmehr darf auch hier der Staat von seinem konkreten Beschränkungsrecht nur insoweit Gebrauch machen, als dies nach dem *Gebot der Sachgerechtigkeit* sinnvoll erscheint. Gleiches hat für Verwirkungstatbestände außerhalb des Art. 18 GG zu gelten. Dies nicht zuletzt deshalb, weil gerade dort, wo die rechtlichen Folgen eines Mißbrauchsverbots durch die Verfassung selbst nicht näher geregelt sind, es im Interesse der Rechtssicherheit besonders dringlich erscheint, sich möglichst eng an die Grundsätze einer positiven Verwirkungsregelung zu halten.

²¹⁰ W. WEBER in Grundrechte II S. 266 f. Ebenso BGHZ 27, 382/8, KRÖNER, NJW 1959, 83. Im gleichen Sinne etwa auch E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 39, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VI 4, STREE, Deliktsfolgen S. 91, 94 (vgl. aber dort auch S. 95 bzgl. der Einziehung von Surrogaten; dazu unten S. 340 ff.).

²¹¹ W. WEBER, aaO, S. 366, auch BRINKMANN, Art. 18 Anm. I 1 d 8. Zur Unzulässigkeit der allgemeinen Vermögenskonfiskation vgl. im übrigen auch unten S. 194 f.

²¹² Vgl. u. a. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 78, GEIGER, BVerfGG, § 39 Anm. 3 zu Abs. 1, H. KRÜGER, DVBl. 1953, 101; v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 18 Anm. III 2 c, SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art. 18 Rdnr. 4, WILKE, Verwirkung S. 64. Die abw. Ansicht von WERNICKE, in Bonner Kommentar, Art. 18 Anm. II 2 d β, wonach die Verwirkung den Betroffenen „out of law“ stelle, ist zu Recht auf allgemeine Ablehnung gestoßen.

²¹³ Vgl. etwa DÜRIG, aaO, Rdnr. 73 ff. (insbes. Rdnr. 75: Weitergeltung des Willkürverbots), IPSEN, in Grundrechte II S. 132, H. KRÜGER, DVBl. 1953, 100, v. MANGOLDT-KLEIN, aaO, WILKE, Verwirkung S. 62 ff. m. weit. Nachw.

Für das Mißbrauchsverbot des Art. 14 II GG ist daraus zu folgern, daß auch hier die Verwirkung dem Eigentümer lediglich das Recht nimmt, sich gegenüber einem staatlichen Zugriff auf die Eigentumsgarantie zu berufen. Dagegen behalten alle sonstigen Eingriffskriterien (Willkürverbot, Sachlegitimation, Übermaßverbot usw.) ihre Gültigkeit. Insbesondere bleibt auch sachenrechtlich alles beim alten: Weder bewirkt der Mißbrauch einen ipso-iure-Verfall an den Staat²¹⁴, noch geht der Mißbrauchende auf sonstige Weise seines Eigentums verlustig; im privatrechtlichen Sinne ist dieser vielmehr nach wie vor „Eigentümer“ der mißbrauchten Gegenstände²¹⁵.

Wenn also der Staat die verwirkten Gegenstände (oder genauer: die Gegenstände, bezüglich deren die Eigentumsgarantie verwirkt ist) an sich ziehen will, so bedarf das eines *besonderen staatlichen Aktes*. Und dieser Akt muß seinerseits — abgesehen von der nicht mehr zu beachtenden Eigentumsgarantie — mit allen rechtlichen Kautelen ausgestattet sein, die für staatliche Eingriffe allgemein vorgesehen sind. Das heißt zum einen, daß er, um nicht willkürlich zu sein, von einem bestimmten Sachzweck getragen sein muß. Das heißt zum anderen, daß er in rechtlich kontrollierbaren Bahnen verlaufen muß, m. a. W. sich eines gesetzlich geregelten Verfahrens zu bedienen hat.

Ähnlich der „Zweistufigkeit“, wie sie bei Art. 18 GG zwischen dem Verwirkungsausspruch als solchem und den einzelnen konkreten Verwirkungs-

²¹⁴ Wäre es anders, so hätte der Verfassungsgeber der Legislative und der Judikative mehr zugestanden, als diese durch die Einziehungsvorschriften erreichen wollten; denn würde die Verwirkung tatsächlich zu einem ipso-iure-Verfall der mißbrauchten Gegenstände an den Staat führen, so bedürfte es gar keiner besonderen Einziehungsanordnung durch den Richter mehr, sondern allenfalls der Feststellung, daß der verwirkungsbetroffene Gegenstand in das Eigentum des Staates übergegangen ist, ein Ergebnis, das sich mit der Existenz zahlreicher fakultativer Einziehungsvorschriften kaum in Einklang bringen ließe. Ganz davon abgesehen, wäre es eine geradezu makabre Vorstellung, wenn dem Staat automatisch alle mißbrauchten Rechte zufließen sollten. Wie im übrigen ein Blick auf die Verwirkung nach Art. 18 GG zeigt, wird auch dort dem Verwirkungsausspruch des BVerfG keine deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung zugesprochen (herrschende, wenn auch nicht unbestrittene Meinung: vgl. näher DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 67 f. m. weit. Nachw.).

²¹⁵ So zu Art. 18 GG ausdrücklich v. MANGOLDT-KLEIN, Anm. III 3 b (S. 530): „Der Betroffene bleibt nach wie vor Inhaber seines Eigentums; verloren hat er nur sein Recht gegen den Staat, von diesem die Achtung des Eigentums zu verlangen.“ Im gleichen Sinne GEIGER, BVerfGG, § 39 Anm. 2. So gesehen scheint W. THIEME, JZ 1961, 301 entweder von falschen Voraussetzungen auszugehen oder jedenfalls STREE ein falsches Verwirkungsverständnis zu unterstellen, wenn er dessen Verwirkungsargument entgegenhält, daß doch dem (mißbrauchenden) Eigentümer nach der Tat nicht einfach der Verwirkungseinwand entgegengesetzt werden könne. Daß jedenfalls die Verwirkung nach Art. 18 GG keinerlei Drittwirkung unter Privaten erzeugt, ist heute nahezu allgemein anerkannt (näher DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 18 Rdnr. 18, W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 224 m. weit. Nachweisen). In sonstigen Verwirkungsfällen etwas anderes anzunehmen, dafür ist kein Grund ersichtlich.

folgen besteht²¹⁶, ist daher auch hier von einer *Zweitaktigkeit des Verwirklichungsprozesses* auszugehen. Das bedeutet, daß die aus dem Mißbrauch folgende Verwirkung als solche nur zum Verlust der Eigentumsgarantie führt; ob, wie und inwieweit hingegen der dadurch „eingriffsfrei“ gewordene Gegenstand dann auch tatsächlich entzogen wird, hängt von einem weiteren besonderen Sanktionsverfahren und dem von ihm verfolgten Zweck ab.

4. Das ist die Stelle, an der die Eigentumssanktionen in Funktion zu treten haben. Wenn man so will, kann man in ihnen einen gesetzlich geregelten, in die Hand des Strafrichters gelegten „*Verwirklichungsvollzug*“ sehen, der seine sachliche Legitimation darin findet, daß er, je nach der spezifischen Zielsetzung der konkreten Sanktion, den Zugriff auf den grundrechtlich nicht mehr geschützten Gegenstand einem Straf-, Sicherungs- oder Ausgleichszweck dienstbar macht. Dies wiederum setzt aber voraus, daß die für den zweckentsprechenden Einziehungstyp wesentlichen allgemeinen Sanktionskriterien gegeben sein müssen. Denn wenn die verwirklichungsvollziehende Sanktion nicht in ihrem Wesen verfälscht und ihrer sachlichen Legitimation beraubt werden soll, müssen ihr Zweck und ihre Voraussetzungen in einer bestimmten inneren Bezogenheit zueinander stehen²¹⁷.

An einem Beispiel verdeutlicht heißt das, daß dort, wo der Verwirklichungsvollzug repressive Ziele verfolgt und damit praktisch Strafe sein soll, auch die allgemeinen Strafvoraussetzungen gegeben sein müssen, insbesondere also dem Betroffenen ein im strafrechtlichen Sinne „schuldhafter“ Mißbrauch nachzuweisen ist²¹⁸. Wo andererseits die Maßnahme Sicherungscharakter haben soll, kann man sich nicht allein mit dem die Verwirkung begründenden Mißbrauch begnügen; vielmehr muß auch für die Zukunft noch ein Sicherungsbedürfnis bestehen, da eine Sicherungsmaßregel ohne fortdauerndes Sicherungsbedürfnis ein Widerspruch in sich selbst wäre.

²¹⁶ Grundlegend dazu SCHMITT GLÄSER, aaO, S. 165 ff.

²¹⁷ Nur wenn man diese zusätzlich zur Verwirkung hinzukommenden Sanktionskriterien miteinbezieht, kann man unbedenklich von einem „*Verwirklichungsvollzug*“ sprechen; denn andernfalls könnte leicht der Eindruck entstehen, als handele es sich bei der auf eine Verwirkung gegründeten Einziehung nur noch um die technische Vollziehung eines materiell bereits endgültig eingetretenen Rechtsverlusts. Dieses Mißverständnis scheint insbesondere auch bei der Formulierung E. R. HUBERS (Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 39, 40) und STREES (Deliktsfolgen S. 91, 93) nicht völlig ausgeschlossen. Vgl. im übrigen auch die nachfolgende Anm.

²¹⁸ Dieses Ergebnis ließe sich auch keinesfalls mit der Erwägung umgehen, daß die Einziehung, da sie ja nur verfassungsrechtlich ungeschützte Gegenstände ergreift, materiell gar keine Strafe sei und deshalb auch die allgemeinen Strafvoraussetzungen nicht verbindlich seien. Ganz davon abgesehen, daß diese Auffassung wohl den auf Beseitigung der Grundrechtsgarantie beschränkten Effekt der Verwirkung verkennen würde, müßte sie sich lebensfremden Formalismus vorwerfen lassen. Denn mag eine vermögenswerte Position rechtlich noch so ungeschützt sein, so stellt ihre Entziehung dennoch ein Übel dar, das jedenfalls dann zur Strafe werden kann, wenn es mit repressiven Absichten verhängt wird; dies um so mehr, wenn, wie hier angenommen, die Verwirkung dem Staat nur eine Eingriffsmöglichkeit eröffnet hat

D) Ergebnis

I. Um die strafrechtlichen Eigentumssanktionen gegenüber der grundrechtlichen Eigentumsgarantie zu rechtfertigen, bedarf es weder der Berufung auf ungeschriebene Verfassungssätze noch einer wesensverfälschenden Ausweitung des Enteignungsbegriffes. Vielmehr bilden die gesetzliche *Schrankenziehungsbefugnis* (Art. 14 I 2 GG) und die *Gemeinwohlklausel* (Art. 14 II GG) eine ausreichende und für alle Eigentumssanktionen einheitliche Rechtfertigungsgrundlage.

II. In konstruktiver Hinsicht ist daran folgendes bedeutsam. Wohl keine der beiden Verfassungsnormen würde für sich allein eine vollständige Beantwortung der Rechtfertigungsfrage erlauben: Die Schrankenziehungsbefugnis nicht, weil sie dem Gesetzgeber zwar ein formelles Entziehungsrecht gibt, aber selbst nichts darüber aussagt, nach welchen materiellen Kriterien der Gesetzgeber davon Gebrauch machen kann. Die Sozialpflichtklausel nicht, weil sie zwar ein Mißbrauchsverbot aufstellt und bei Eigentumsmissbrauch kraft Verwirkung die grundrechtliche Eigentumsgarantie beseitigt, aber dadurch noch keineswegs den formellen staatlichen Entziehungsakt entbehrlich macht. Sieht man jedoch beide in einem gewissen normativen Zusammenspiel, so ergeben sie eine durchaus tragfähige Rechtfertigungsbasis:

a) Indem der Gesetzgeber bestimmte Straf- und Bußtatbestände schafft, konkretisiert er den bereits durch die Gemeinwohlklausel vorgezeichneten Freiheitsraum²¹⁹. Insofern hat die Schrankenziehung eine Klarstellungsfunktion.

b) Werden diese Grenzen durch den Eigentümer mißachtet, indem er sein Eigentum mißbraucht, so verwirkt er den Schutz der Eigentumsgarantie. Insofern ist im Mißbrauchsverbot der Gemeinwohlklausel der Sitz der materiellen Einziehungs-*causa* zu sehen.

c) Auf die damit zugriffsfrei gewordenen Gegenstände kann der Staat kraft seiner bis zur Eigentumsentziehung reichenden Schrankensetzungsbefugnis zugreifen, wobei freilich die sich aus dem jeweiligen Einziehungsmodus (Strafe, Sicherungsmaßregel, Ausgleichsmaßnahme) ergebenden Sanktionskriterien zu beachten sind. Insofern stellt die gesetzliche Schrankensetzungsbefugnis die formelle Entziehungsgrundlage dar.

und es noch völlig offen ist, ob er davon überhaupt Gebrauch machen wird. Den Strafcharakter einer verwirklichungsbegründeten Einziehung könnte man allenfalls dort verneinen, wo ohne Rücksicht auf jegliches Verschulden des Betroffenen allein auf Grund des Mißbrauchs oder eines damit verbundenen Makels stets und überall der betreffende Gegenstand ipso iure an den Staat verfallen würde — eine Vorstellung, wie sie bis zu einem gewissen Grade von GOLDSCHMIDT (VDA IV S. 446 f.) de lege ferenda verfolgt wurde, aber zu Recht ohne Widerhall blieb.

²¹⁹ Vgl. DÜRIG, AöR 79, 79 und in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 76 ff., DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 205 f., QUARITSCH, DVBl. 1959, 455 ff., SCHNUR, DVBl. 1952, 3 ff., STREE, Deliktsfolgen S. 110.

III. Aus diesen Feststellungen lassen sich auch für Struktur und Funktion der gesetzlichen Einziehungsbestimmungen gewisse Folgerungen ziehen. Im Sinne von LERCHE „mißbrauchswehrenden Normen“²²⁰ haben sie sich einerseits als grundrechtsverdeutlichend erwiesen, indem sie, jedenfalls soweit ihre Tatbestandswirkung reicht, das Mißbrauchsverbot des Art. 14 II GG konkretisieren und damit, wenn auch durch negative Umschreibung, eine allgemein erkennbare Bewertungsnorm für grundrechtsgemäßen Eigentumsgebrauch liefern. Andererseits kommt ihnen auch eine eingreifende Funktion zu, indem sie als gesetzliche Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Schrankensetzungs- bzw. Entziehungsbefugnis den Zugriff auf bestimmte Eigentumsobjekte ermöglichen²²¹.

IV. In sachlicher Hinsicht ist festzuhalten, daß die Eigentumssanktionen gegenüber der Eigentumsgarantie gerechtfertigt sind, soweit sie — um es ganz allgemein zu formulieren — an einen gegenwärtigen, durch bestimmte gesetzliche Gebote oder Verbote als solchen erkennbaren Mißbrauch des Eigentums anknüpfen. Das ist für den Regelfall nicht nur bei Tatwerkzeugen, sondern auch bei den durch die Tat erlangten, hervorgebrachten oder sonstwie verwendeten Gegenständen anzunehmen. Auch soweit der Eigentümer an der Tat selbst nicht beteiligt war, kann ihm der Mißbrauch aus anderen Gründen, etwa wegen seiner sicherheitsrechtlichen Verantwortlichkeit als Störer, zurechenbar sein. Fehlt es jedoch an einem derartigen Zurechenbarkeitsgrund, so scheitert die Einziehung schon an der Eigentumsgarantie. Gleiches gilt für die allgemeine (oder bruchteilige) Vermögenskonfiskation, soweit sie Gegenstände ergreift, die mit dem verwirkungsbegründenden Eigentumsmißbrauch in keinerlei Zusammenhang stehen.

Mit diesen Feststellungen ist freilich zunächst nur der allgemeine Grund gelegt. Wie sich diese Rechtfertigungskonzeption bis in die Detailgestaltung der verschiedenen Eigentumssanktionen auswirken wird, können erst die weiteren Einzelerörterungen ergeben.

²²⁰ Näheres bei LERCHE, Übermaß S. 98 ff., insbes. 117 ff. sowie oben S. 153 f.

²²¹ Daß es sich dort, wo die entzogenen Gegenstände kraft Verwirkung ihren verfassungsrechtlichen Schutz verloren hatten, natürlich um keine konstitutive Beschränkung i. S. des Art. 19 I GG und auch nicht um einen entschädigungspflichtigen Eingriff i. S. des Art. 14 III GG handeln wird, ist eine ganz andere Frage. Immerhin haben aber die Einziehungsbestimmungen insofern noch grundrechtsbeschränkenden Charakter, als sie das Mißbrauchsverbot konkretisieren und damit die Verwirkungsbasis mitbegründen. Im übrigen ist nicht zu übersehen, daß auch die Verwirkung erst durch die Einziehung vollzogen und damit für den Betroffenen rechtlich und wirtschaftlich überhaupt erst spürbar wird. Vgl. im übrigen auch oben S. 152 ff.

§ 11 SONSTIGE VERFASSUNGSRECHTLICHE BERÜHRUNGSPUNKTE

Wenn auch der verfassungsrechtliche Schwerpunkt der Eigentumssanktionen naturgemäß Art. 14 GG liegt, strahlen sie doch auf andere Grundrechte und Verfassungsprinzipien aus. Hier seien wenigstens noch jene Punkte angesprochen, die für die Gesamtbeurteilung von einiger Bedeutung sind. Dabei seien zunächst einige mehr grundsätzliche, weil jede Art von Eigentumssanktionen betreffende Fragen aufgegriffen (A), um dann am Beispiel der Meinungs- und Kunstfreiheit noch eine besondere grundrechtliche Konfliktsituation aufzuzeigen (B).

A) Allgemeine Verfassungsprinzipien

I. Die Wesensgehaltssperre

Nach Art. 19 II GG darf ein Grundrecht in keinem Falle in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Das gilt auch für die Eigentumssanktionen. Daher erhebt sich die Frage, ob dieser absolute Sperrbezirk auch dort noch unberührt bleibt, wo die Sanktion, wie das vor allem bei der Einziehung der Fall ist, bis zur völligen Entziehung der betroffenen Gegenstände führt. Die Antwort wird differenzieren müssen.

1. Soweit es um die Entziehung bestimmter Einzelgegenstände geht, wird die Möglichkeit einer Kollision mit der Wesensgehaltssperre grundsätzlich zu verneinen sein¹. Da hier die Sanktion auf Gegenstände beschränkt bleibt, die in einem inneren Zusammenhang mit der Anknüpfungstat stehen, kann keine Rede davon sein, daß dadurch das Eigentumsrecht des Betroffenen „über Gebühr“ beeinträchtigt werde² oder davon „so gut wie nichts übrig bleibe“³.

¹ So im Ergebnis auch STREE, Deliktsfolgen S. 90, 104 ff. und DIETRICH, S. 54 ff. Allgemein zum Verhältnis von Strafen und Wesensgehaltssperre v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 Anm. V 2 c; vgl. ferner DÜRIG, AöR 79, 86.

² So das praktisch auf ein Übermaßverbot hinauslaufende Abgrenzungskriterium des BGH (vgl. insbes. BGHSt 4, 375/7, 385/92; sowie BGH DÖV 1955, 729 ff., dem auch ein Teil der Lehre und der obergerichtlichen Rechtsprechung gefolgt ist); vgl. die eingehenden Nachw. bei LERCHE, Übermaßverbot S. 34 Anm. 21. Im Ergebnis ähnlich der Güterabwägungsgedanke von HÄBERLE, Wesensgehaltsgarantie S. 31 ff., ferner HESSE, Verfassungsrecht S. 133.

³ So vor allem der Maßstab des BVerwG (BVerwGE 1, 269/274; ferner OVG Münster DVBl. 1954, 647/51; weitere Nachw. bei v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 Anm. V 4 a). Im sachlichen Ergebnis ähnlich, wenn auch wohl strenger die Vertreter eines „absoluten“ Substanzkerns; so u. a. H. KRÜGER, DÖV 1955, 597 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 Anm. V 4 d. Vgl. aber auch BVerwGE 13, 258/9, wonach der Wesensgehalt des Eigentums jedenfalls dann angetastet sein soll, wenn einer Behörde die entschädigungslose Konfiszierung von Gegenständen ohne Rücksicht auf ihre Verhältnismäßigkeit eingeräumt wird; wegen dieses Mangels wurde im Ent-

Denn gemessen an der im übrigen fortbestehenden Eigentumsgarantie, die auch in subjektiver Hinsicht als solche unangetastet bleibt, bedeutet die Einzeleinziehung nur einen unbedeutenden Eingriff, der keinesfalls den Menschenwürdegehalt des Eigentums⁴ antastet⁵.

2. Dennoch läßt sich auch bei den Eigentumssanktionen ein Konflikt mit Art. 19 II GG nicht generell ausschließen. Dieser Fall dürfte freilich nur unter zwei Prämissen eintreten: Zum einen unter der Voraussetzung, daß man zum Wesensgehalt des Eigentums nicht nur dessen objektive soziale Gewährleistung, sondern auch die des subjektiv individuellen Eigentumsbereichs rechnet⁷, denn nur auf letzterem Wege kann eine gegen einen bestimmten Einzelnen gerichtete Sanktion überhaupt bis an den unantastbaren Sperrbezirk der Eigentumsgarantie vordringen. Zum anderen muß es sich um Eigentumssanktionen handeln, die nach Voraussetzungen und Ausmaß jeden inneren Zusammenhang zwischen der Anknüpfungstat und dem Zweck und Gegenstand der Sanktion vermissen lassen.

Das wird regelmäßig bei einer *totalen* (oder u. U. auch bruchteiligen) Vermögenskonfiskation der Fall sein. Denn hier wird es im allgemeinen nicht nur an der (vom BGH geforderten) Zweck-Mittel-Relation⁸ fehlen, sondern auch dem Betroffenen von seinem Grundrecht praktisch nichts mehr übrig-

scheidungsfall § 23 II WaffenG 1938 als unvereinbar mit Art. 14 GG erklärt. Vgl. dazu auch die Anm. von GASS, DÖV 1962, 790.

⁴ Näher zu diesem Wesensgehalt-Kriterium DÜRIG, AöR 81, 136 und in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 1 Rdnr. 8, 81; ferner W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 211 ff.

⁵ Und zwar selbst dann nicht, wenn z. B. das Schmuggelfahrzeug praktisch nur das einzige Vermögenstück des Betroffenen darstellt; denn der Ansatzpunkt der Wesensgehaltssperre kann nicht nach den zufälligen wirtschaftlichen Verhältnissen des Betroffenen, sondern muß nach dem ihm an sich verbleibenden Garantiebereich bestimmt werden. Vgl. dazu MAURACH, JZ 1964, 537 a. E.

⁶ Dagegen wäre der Hinweis darauf, daß auch die Einziehung nicht stärker in das Eigentum eingreift, als dies bei der Enteignung ausdrücklich zugelassen ist, kein stichhaltiger Beweis, um damit die Nichtantastung des Wesensgehalts zu verneinen (so aber offenbar KNOLL, AöR 79, 487). Denn solange man in Art. 14 GG nur eine Eigentumswertgarantie sieht (vgl. die Nachw. oben S. 157 Anm. 59), kann das Eigentum ohnehin dort nicht verletzt sein, wo eine Entschädigung gewährt wird (vgl. QUARITSCH, DVBl. 1959, 456 f.). Das ist aber nur bei der Enteignung, nicht dagegen bei der Einziehung der Fall. Deshalb fehlt es hier bereits an der Vergleichbarkeit der Prämissen.

⁷ So vor allem DÜRIG, AöR 81, 136 ff., JZ 1954, 10, HAMANN, GG, Art. 19 Anm. B 7; vgl. ferner BRINKMANN, Art. 19 Anm. I 5 b, HESSE, Verfassungsrecht S. 133. Dagegen wollen u. a. v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 Anm. V 2 c, QUARITSCH, DVBl. 1959, 457, STREE, Deliktsfolgen S. 105 nur die objektiv-institutionelle Seite des Grundrechts unter den Schutz der Wesensgehaltssperre stellen. Im Ergebnis ebenso das BVerfG, wenn es auf die Bedeutung abstellt, „die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt“ (BVerfGE 2, 266/285).

⁸ Vgl. oben bei Anm. 2.

bleiben (BVerwG)⁹, zumal dann, wenn er dadurch auch seiner „persönlichkeitssensitiven Güter“ (DÜRIG)¹⁰ verlustig geht.

Erfreulicherweise sind derartige Einziehungsvorschriften, die so eklatant „danebengreifen“ würden und so weit über ihren inneren Sachzweck hinausgingen, im geltenden Recht nicht festzustellen.

II. Das Übermaßverbot

1. Ähnlich dem Willkürverbot handelt es sich auch beim sog. Übermaßverbot um ein Rechtsprinzip, das das ganze öffentliche Recht beherrscht¹¹ und für staatliche Eingriffe und Sanktionen naturgemäß eine besondere Relevanz besitzt¹². Im wesentlichen sind in ihm drei Grundsätze verkörpert: die der Verhältnismäßigkeit, der Erforderlichkeit und der Geeignetheit. Obgleich sie alle innerlich miteinander zusammenhängen¹³, hat doch jeder seinen eigenen Aussagegehalt¹⁴, was auch für die Grundlegung und Begrenzung der Eigentumssanktionen nicht ohne Bedeutung ist.

In gewissem Sinne ist der Grundsatz der *Erforderlichkeit* nur eine andere Umschreibung für die Notwendigkeit eines sachlichen Eingriffsgrundes; denn die Eingriffslegitimation kann nicht weiter reichen, als der Eingriff zur Erreichung des gesteckten Zieles erforderlich ist. Alles, was über das Maß des Notwendigen, d. h. des durch das Sachbedürfnis Gebotenen, hinausgeht, ist „übermäßig“ und daher nicht (mehr) gerechtfertigt. Insofern kann man hier auch vom Grundsatz des geringsten Eingriffs oder des schonendsten Mittels sprechen¹⁵.

⁹ Vgl. oben bei Anm. 3. ¹⁰ JZ 1954, 10; ferner AöR 81, 141 ff.

¹¹ Grundlegend dazu LERCHE, Übermaßverbot S. 24 ff., 250 ff., mit zahlr. Nachweisen, auch über abweichende Meinungen. Aus neuerer Zeit vgl. insbes. BVerfGE 17, 108/117, 306/313 f.; 19, 342/8; 20, 162/186 f. Bei LERCHE, aaO, S. 29 ff., 53 ff. auch Näheres über die verfassungsrechtlichen Grundlagen (Gleichheitssatz, Rechtsstaatlichkeit, Wesensgehaltssperre, Menschenwürde), auf die das Übermaßverbot zurückgeführt wird; vgl. dazu auch WARDA, Dogmatische Grundlagen S. 142 ff. und WITTIG, DÖV 1968, 817 ff.

¹² LERCHE, Übermaßverbot, S. 134 ff., 256; vgl. auch DÜRIG, AöR 81, 147.

¹³ Daraus dürfte sich auch erklären, daß diese Einzelprinzipien meist sogar einheitlich unter dem Begriff der Verhältnismäßigkeit zusammengefaßt werden. Typisch dafür jüngst wieder BVerfGE 20, 162/187, wo die Gedanken der Angemessenheit, der Erforderlichkeit und der Geeignetheit des Mittels als Konkretisierungen des „allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ verstanden werden. In diesem Sinne etwa auch BVerfGE 13, 258/9; 16, 87/91 f.; 17, 127/132; 18, 113/6; dazu BACHOF, Verfassungsrecht II S. 299 ff. Weit. Nachw. bei LERCHE, Übermaßverbot S. 20 Anm. 4.

¹⁴ So zu Recht u. a. BENDER, NJW 1965, 938, LERCHE, Übermaßverbot S. 19 ff., 75 ff., WARDA, Dogmatische Grundlagen S. 144.

¹⁵ Vgl. dazu u. a. die in Anm. 11 und 13 genannten Entscheidungen des BVerfG und BVerwG sowie LERCHE, Übermaßverbot S. 19 ff., 78, 162 ff. Für den Bereich

Im Zusammenhang damit ist auch der Grundsatz der *Geeignetheit* oder auch „Zwecktauglichkeit“ des Mittels zu sehen. Staatliches Handeln muß sachgerecht sein, sonst fehlt ihm die innere Legitimation. Sachgerecht ist es nur dann, wenn es seiner Art und Zielsetzung nach überhaupt dazu geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen. Erscheint dies von vorneherein ausgeschlossen, so ist der Eingriff unnütz, zwecklos und damit letztlich auch nicht erforderlich. Deshalb werden zweckuntaugliche Maßnahmen zu Recht für unzulässig erklärt¹⁶.

Gleiches gilt hinsichtlich des übergeordneten Grundsatzes der *Verhältnismäßigkeit*. Mag eine Sanktion noch so erforderlich und auch geeignet sein, das gesteckte Ziel zu erreichen, so muß sie dennoch unterbleiben, wenn sie zu dem Opfer, das sie dem Betroffenen auferlegt, außer Verhältnis steht. Fehlt es an der inneren Ausgewogenheit zwischen der Wirkung einer Sanktion und dem von ihr verfolgten Zweck, fehlt es m. a. W. an der „Angemessenheit“ zwischen Zweck und Mittel, so ist die Sanktion übermäßig und daher unzulässig¹⁷.

2. Diese Grundsätze, obgleich ursprünglich im Verwaltungsrecht entwickelt¹⁸, sind als allgemeine Verfassungsprinzipien¹⁹ auch für das strafrecht-

der Eigentumssanktionen wurde das Erforderlichkeitsprinzip bislang insbesondere in BGHZ 27, 382/387/396, BGHSt 20, 253/5 und OLG Celle MDR 1966, 779 angesprochen; vgl. aber dazu auch unten S. 269 ff.

¹⁶ Zahlreiche Nachweise dazu bei LERCHE, Übermaßverbot S. 76. Aus jüngerer Zeit vgl. insbesondere BVerfGE 17, 306/314; 20, 162/187 und BVerwGE 26, 131/3 ff. Was speziell die strafrechtlichen Sanktionen betrifft, wurde der Geeignetheitsgedanke bislang vor allem bei der Unterbringung im Arbeitshaus (OLG Braunschweig NJW 1965, 1541/3, AG Schwarzenbek SchlHA 1967, 111, METZGER, NJW 1964, 1709, PREISER-MÜLLER, NJW 1966, 1949, m. weit. Nachw., auch zur Gegenauffassung) und bei der Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt (RG JW 1936, 452, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 c Rdnr. 10) berücksichtigt. Doch hat er neuerdings auch in das Recht der Sicherungseinziehung Eingang gefunden: BGHZ 27, 382/394 ff.; BGHSt 20, 253/5. Vgl. zum Ganzen auch unten S. 274 ff.

¹⁷ Auch hierzu vgl. die eingehende Darstellung mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand bei LERCHE, Übermaßverbot S. 24 ff., 223 ff., sowie aus neuerer Zeit die in Anm. 13 und 16 angeführten Entscheidungen. Speziell zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich der strafrechtlichen Eigentumssanktionen vgl. BGHSt 19, 63/70, 245/257; 20, 253/5 f.; 22, 108/113; OLG Celle NJW 1964, 1381, MDR 1966, 779, NdsRpfl. 1966, 131/2, OLG Hamm NJW 1962, 828/9. Auf der gleichen Linie BVerwGE 13, 258 f. bzgl. der polizeilichen Einziehung nach dem Waffeng. Treffend dazu auch schon EXNER, Sicherungsmittel S. 7, 141 f.; vgl. ferner WARD, Dogmatische Grundlagen S. 142 ff., SAX, in KMR, Einl. 1 d (I) und Vorbem. 1 c vor § 430.

¹⁸ Näher v. KRAUSS, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1935, S. 3 ff., LERCHE, Übermaßverbot S. 24 ff.

¹⁹ Über den teils noch sehr umstrittenen Grad ihrer unmittelbaren Verbindlichkeit für Gesetzgebung und Rechtsprechung vgl. BVerfGE 16, 194/202; 17, 108/117; 19, 342/8 f.; 20, 162/187 f.; ferner LERCHE, Übermaßverbot S. 250 ff. und WARD, Dogmatische Grundlagen S. 144 ff.

liche Sanktionsrecht verbindlich²⁰. Ihre Bedeutung zeigt sich in zweifacher Hinsicht:

In erster Linie haben sie eine *konstitutive* Funktion, indem sie mitentscheiden über die grundsätzliche Zulässigkeit einer Sanktion. Ist die Einziehung eines Gegenstandes nicht erforderlich oder etwa ungeeignet, die erstrebte Sicherung der Allgemeinheit zu bewirken, so ist sie schon dem Grunde nach ausgeschlossen. Gleiches hat dort zu gelten, wo selbst das schonendste Mittel noch außer Verhältnis zu dem dadurch auferlegten Opfer stehen würde²¹.

Darüber hinaus sind sie auch für den Umfang der Einwirkung auf das Eigentum bedeutsam. Auch wo der Eingriff grundsätzlich zulässig ist, darf er doch in keinem Fall weiter reichen, als es erforderlich, zwecktauglich und verhältnismäßig erscheint. Norfalls muß er entsprechend beschränkt oder durch ein weniger einschneidendes Mittel ersetzt werden. Insofern kommt dem Übermaßverbot eine *limitierende* Funktion zu.

Diese Ausstrahlung auf das „Ob“ und „Wie“ gilt im Prinzip für alle Arten von Eigentumssanktionen. In praxi freilich wird sich erweisen, daß der Einwirkungsgrad dieser Kriterien im einzelnen sehr unterschiedlich ist. Während etwa der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor allem bei Bemessung der strafweisen Einziehung akut wird, spielen die Grundsätze der Erforderlichkeit und Zwecktauglichkeit für die Begründung und das Ausmaß der sichernden Eigentumssanktionen eine besondere Rolle. Einzelheiten dazu werden sich im weiteren aus dem jeweiligen Sachzusammenhang ergeben²².

B) Einziehung, Unbrauchbarmachung und Art. 5 GG

I. Problemstellung

1. Für die Eigentumsgarantie ist ebenso wie für die soeben erörterten Verfassungsprinzipien charakteristisch, daß sie das ganze Einziehungsrecht durchziehen. Demgegenüber gibt es aber auch noch Grundrechte, die nur unter gewissen Umständen in den Konfliktbereich der Eigentumssanktionen geraten. Die praktisch wichtigsten Kollisionen können sich dabei mit der *Meinungs-*

²⁰ Über ihre bisherige Aktualisierung im Bereich des Strafrechts vgl. jeweils die Nachw. in den Anm. 15 bis 17.

²¹ Deshalb erklärt SAX in KMR, Vorbem. 1 c vor § 430 eine Einziehung, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen würde, zu Recht für unzulässig. Bedenklich hingegen OLG Hamm NJW 1962, 828 f., wonach sich der Tatrichter im Rahmen des ihm verbleibenden Ermessens auch für eine offensichtlich unverhältnismäßige Einziehung des PKW (wegen Schmuggels von 600 Zigaretten) entscheiden könne, da § 414 III RAO 1961 (Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) nur Soll-Vorschrift sei. Demgegenüber betont LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 14 zu Recht den verfassungsrechtlichen Vorrang des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

²² Vgl. insbes. unten S. 268 ff. und 351 ff.

und Kunstfreiheit²³ ergeben: so etwa, wenn nach §§ 86 i. V. m. 92 b StGB verfassungsfeindliche Schriften oder nach §§ 184, 41 StGB Kunstwerke unsittlichen Inhalts eingezogen werden sollen. In diesen Fällen wird zwar auch das Eigentum an den Gegenständen, in denen die inhaltliche Aussage der Meinungsäußerung oder der künstlerischen Gestaltung verkörpert ist, berührt. Doch über diesen Eigentumsbezug hinaus erhält die Entziehung des Gegenstandes hier ihre spezifische Wirkung erst dadurch, daß sie den Betroffenen zugleich in seinem Recht auf Meinungsäußerung, in seiner künstlerischen Gestaltungsfreiheit oder — als Adressat der Schrift — in seinem Recht auf Information beschneidet²⁴.

Obgleich die Frage nach der Vereinbarkeit derartiger Sanktionen mit Art.

²³ Wenn hier und im folgenden von „Meinungsfreiheit“ die Rede ist, so dient das als Kurzformel für die einzelnen nach Art. 5 I GG garantierten Freiheitsrechte der Meinungsäußerung und -verbreitung, der sog. Informationsfreiheit sowie der Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit. Einzelheiten dazu insbes. bei RIDDER, Meinungsfreiheit, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, Grundrechte II S. 243 ff., ferner HERZOG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 5 Rdnr. 1 ff., HESSE, Verfassungsrecht S. 149 ff., v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 5 Anm. II 3, III bis VIII, MAUNZ, Staatsrecht S. 112 ff., SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art. 5 Rdnr. 3 ff., WERNICKE, in Bonner Kommentar, Art. 5 Anm. II. Zu der nach Art. 5 III GG garantierten Freiheit der Kunst. Näheres insbes. bei RIDDER, Freiheit der Kunst S. 9 ff., ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 99 ff. u. neuestens M. HECKEL, Staat — Kirche — Kunst, 1968.

²⁴ Wenn hier davon ausgegangen wird, daß der betroffene Eigentümer mit dem subjektiven Träger der mitbetroffenen Meinungs- oder Kunstfreiheitsrechte identisch ist (und seine Grundrechtsgarantien auch in jeder Hinsicht geltend machen will), so wird das zwar regelmäßig der Fall sein, muß aber nicht immer so sein. Dies vor allem dann nicht, wenn man diese Freiheiten nicht nur als subjektive Rechte, sondern auch als objektive Garantien versteht, die der politischen und kulturellen Auseinandersetzung und Fortentwicklung innerhalb der Rechtsgemeinschaft ein von staatlichen Eingriffen freies Betätigungsfeld samt der dafür notwendigen Einrichtungen sichern wollen (vgl. RIDDER, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, Grundrechte II S. 249 ff., 265, 285 ff., DERS., Freiheit der Kunst S. 18, 20 f., HESSE, Verfassungsrecht S. 115 ff., 149 ff.; ferner BVerfGE 7, 198/204 ff.; 12, 113/125; 20, 162/174 ff., sowie neuestens insbes. SCHNEIDER, VVDStRL 22, 62 ff., 89 ff.; speziell zur objektiven Seite der Kunstfreiheit als Garantie des „Kunstlebens“ ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 99 ff.; zur institutionellen Komponente der Grundrechte allgemein HÄBERLE, Wesensgehaltgarantie S. 70 ff. mit weit. Nachw.). So gesehen kann die Meinungs- und Kunstfreiheit immer auch über ihre objektiv-institutionelle Seite beeinträchtigt werden und somit auch dann, wenn dem Eigentümer die meinungs- freiheitliche Auswirkung der Eigentumsanktion völlig gleichgültig ist: So etwa, wenn der Parteigründer seine verfassungsfeindliche Programmschrift aus wahltaktischen Gründen gern aus dem Verkehr gezogen sähe (und sei es mit richterlicher „Unterstützung“), dies jedoch überwiegenden objektiven Informationsinteressen widersprechen würde. Nicht weniger problematisch wäre es, wenn sich die Unbrauchbarmachung eines Kunstwerks allein nach dem subjektiven Schutzinteresse des individuellen Grundrechtsträgers sollte entscheiden können; denn sobald man auch dem Kunstwerk selbst den Schutz des Art. 5 III GG angedeihen läßt, wie dies heute zu Recht gefordert wird (vgl. insbes. M. HECKEL, Staat — Kirche — Kunst, S. 76 ff., SCHICK, Kunstwerkgarantie S. 10; im gleichen Sinne RIDDER, Freiheit der Kunst S. 16 und wohl auch ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 84; vgl. aber auch KNIES,

§ 5 GG sehr naheliegt, ist man ihr, soweit ersichtlich, bis jetzt doch kaum auf den Grund gegangen. Nicht daß es überhaupt an beachtenswerten Beiträgen zum Verhältnis von Strafrecht und Presse- bzw. Kunstfreiheit fehlen würde²⁵. Doch im allgemeinen bleibt der Blick beschränkt auf die Frage, inwieweit die Strafbarkeit bestimmter meinungsbildender oder künstlerischer Aussagen und Verhaltensweisen verfassungsrechtlich zulässig ist. Soweit dies bejaht wird, glaubt man dann ohne weiteres auch schon auf die Einziehbarkeit der Produkte des inkriminierten Verhaltens schließen zu können²⁶.

2. Erst seit kurzem scheint sich hier ein Wandel anzubahnen. Noch recht vage ist der Hinweis auf die Informationsfreiheit in der bekannten „Jud Süß“-Entscheidung (BGHSt 19, 63), wo der 3. Strafsenat bemerkt, daß eine Einziehung oder Unbrauchbarmachung dieses — nach heutigen Maßstäben zweifellos verfassungsfeindlichen — Films u. U. „weit über den Sicherungszweck des § 93 StGB a. F. hinaus die Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) beschränken“ würde und mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bedenklich wäre (S. 70)²⁷. Schon bald darauf gab aber der gleiche Senat zur Einziehung einer Dokumentation kommunistischen Materials zu verstehen, daß der Tatrichter bei der nach § 86 StGB a. F. (jetzt § 92 b) vorzunehmenden Ermessensentscheidung „u. a. auch auf ein berechtigtes Unterrichtsbedürfnis . . . Rücksicht nehmen (könne), soweit dies nach Art und Inhalt der Schrift ohne erhebliche Gefährdung der verfassungsmäßigen Ordnung geschehen kann“ (BGHSt 19, 245/256)²⁸. Diesem Weg, auf dem die Informationsfreiheit zumindest in die Ermessensprüfung Eingang findet, haben sich inzwischen auch das OLG Köln²⁹ und (in einer sehr sorgfältig begründeten Entscheidung) das LG Hamburg³⁰ angeschlossen. Auch die Erwägungen von ERBEL bewegen sich im Grunde noch auf der *Ermessensebene*, wenn er die

Kunstfreiheit S. 217), kann auch die Einziehung nicht einfach über die objektive Komponente der Kunstgarantie hinweggehen.

²⁵ Gerade bei der heute so heiß diskutierten Frage des publizistischen Landesverrats handelt es sich um einen besonders markanten Konfliktfall zwischen Pressefreiheit und strafrechtlichem Staatsschutz: vgl. die zahlreichen Nachw. bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 99 vor Rdnr. 1. Speziell zum Spannungsverhältnis zwischen Kunstfreiheit und Strafrecht vgl. aus neuer Zeit LEISS, NJW 1962, 2323 ff., OTT, NJW 1963, 617 ff., DÜNNWALD, GA 1967, 33 ff. und ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 140 ff.

²⁶ Bezeichnend dafür etwa LG Hamburg NJW 1963, 675 f. und OLG Hamburg NJW 1964, 559.

²⁷ Im Entscheidungsfalle scheiterte die Einziehung bzw. Unbrauchbarmachung nach §§ 86, 93, 98 II StGB a. F. allerdings bereits daran, daß die Tatbestandsvoraussetzungen des § 93 StGB a. F. nicht voll gegeben waren. Offenbar wollte aber der BGH immerhin noch eine Unbrauchbarmachung nach §§ 41, 42 StGB für möglich halten, ohne hiergegen die Informationsfreiheit auch nur in Erwägung zu ziehen (vgl. aaO, S. 75 ff.).

²⁸ Vgl. auch BGHSt 22, 108, 111 ff. (wo jedoch im Entscheidungsfall den Grundwerten der freiheitlichen Demokratie der Vorrang vor der Meinungsäußerung einzuräumen war). ²⁹ JMBINRW 1966, 287.

³⁰ NJW 1967, 582; vgl. dazu auch MÜLLER-RÖMER, ZRP 1968, 6 ff.

Verbindlichkeit der Kunstfreiheitsgarantie allein darin sehen will, daß sie im Wege verfassungskonformer Auslegung zu einer ausnahmsweisen Abmilderung der bislang noch zu starren Unbrauchbarmachungsvorschrift des § 41 StGB (a. F.) zwingt³¹.

Zu Recht hat jedoch jüngst v. GERKAN³² die Frage aufgeworfen, ob die Berücksichtigung des Informationsbedürfnisses tatsächlich nur als eine Ermessensfrage oder nicht vielmehr als eine pflichtgemäß zu prüfende Zulässigkeitsfrage anzusehen sei, mit der Folge, daß bei Vorrang der Informationsfreiheit der Richter von einer Einziehung gänzlich abzusehen habe. Auch der 5. Strafsenat des BGH scheint jetzt, jedenfalls bezüglich der Kunstgarantie, zu einer derartigen Akzentverschiebung zu neigen, wenn er die obligatorische Unbrauchbarmachung nach § 41 StGB auf Grund verfassungskonformer Auslegung „nicht ohne weiteres auf ein Gemälde, das ein Kunstwerk ist, angewendet“ wissen will und einräumt, daß dessen Vernichtung, selbst unter den Voraussetzungen des § 184 I Nr. 1 StGB, „eine unangemessene, die Freiheit der Kunst verletzende Reaktion“ sein könne (BGHSt 20, 192)³³. Auch wenn offenbleibt, ob der BGH nicht auch hier auf die Ermessensformel ausgewichen wäre, wenn der in Frage stehende § 41 StGB a. F. eine solche enthalten hätte, wollte er diese Sanktion offenbar doch nicht nur in eine Kann-Vorschrift umdeuten, sondern bei Vorrang der Kunstfreiheit eine Unbrauchbarmachung bereits a limine für unzulässig ansehen.

Sicherlich mag an dieser Rechtsprechung noch manches zweifelhaft erscheinen. Immerhin sind aber damit der Diskussion neue Fragen gestellt. Wie die Antworten aussehen müssen, kann freilich in diesem Zusammenhang nicht erschöpfend beantwortet werden. Doch seien für die weiteren Auseinandersetzungen wenigstens die entscheidenden Linien angedeutet.

II. Die einziehungsbeschränkende Kraft der Meinungs- und Kunstfreiheit

1. Grundvoraussetzung dafür, daß Art. 5 GG einer Einziehung oder Unbrauchbarmachung hindernd im Weg stehen kann, ist die Feststellung, daß

³¹ ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 155 f. De lege ferenda tritt ERBEL insbesondere dafür ein, der generell obligatorischen Einziehung nach § 41 StGB zugunsten von Werken, an deren Erhaltung ein besonderes Kunstinteresse besteht, eine Kann-Vorschrift anzufügen. ³² MDR 1967, 92.

³³ Ausführlicher abgedruckt in NJW 1965, 983 und JR 1965, 230 m. Anm. NÜSE. Ein solches Mißverhältnis scheint der BGH u. a. dann annehmen zu wollen, wenn die unzüchtigen Gemälde nicht durch massenhafte Vervielfältigung, sondern lediglich durch eine kleine Kunstausstellung der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden. Vgl. die Anm. von PELCHEN, LM Nr. 2 zu § 41 StGB. — Im gleichen Sinne SCHICK, Kunstwerkgarantie S. 159. Vgl. aber auch KNIES, Kunstfreiheit S. 277 f., der von seinem besonderen Verständnis der Kunstfreiheit aus ohne Rücksicht auf

den dort geschützten Freiheiten neben der Eigentumsgarantie überhaupt noch eine *eigenständige Beachtlichkeit* zukommt. Dies wird im Ergebnis zwar zu bejahen sein, ist aber nicht so selbstverständlich, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte.

So wird etwa zum Verhältnis von Eigentumsgarantie und Kunstfreiheit die Meinung vertreten, daß die künstlerische Nutzung des Eigentums nicht erst in Art. 5 III GG, sondern bereits in den Vorbehalten des Art. 14 GG ihre Grenze habe, die Kunstfreiheit also, soweit sie in der Nutzung oder Gestaltung körperlicher Gegenstände zum Ausdruck gelangt, von vorneherein gar nicht weiter reiche als die Schranken, die durch die einfachen Gesetze nach Art. 14 I 2 GG dem Eigentum gezogen sind³⁴.

Das kann in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein. So wäre es beispielsweise wenig einleuchtend, daß die bildliche Darstellung einer unsittlichen Szene nur deshalb nicht sollte so weit gehen dürfen wie eine entsprechende tänzerische Darbietung, weil erstere auf Grund ihrer Vergegenständlichung an die Schranken des Art. 14 GG, insbesondere also auch an dessen Sozialpflichtklausel, gebunden sei, letztere dagegen nur den Schranken der Kunstfreiheit unterliege. Auch aus der Erwägung heraus, daß es bei Kunst und Eigentum zwei in ihrem personalen bzw. dinglichen Gehalt völlig verschiedenartige Rechte zu schützen gilt, müssen mit ERBEL die Grenzen der Kunstfreiheit primär aus ihr selbst heraus bestimmt werden³⁵. Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß sie u. U. mit der Eigentumsgarantie zusammenfallen können.

Jedenfalls hat diese Eigenständigkeit der Kunstfreiheit — und Entsprechendes würde hinsichtlich der Meinungsfreiheit zu gelten haben — zur Folge, daß sie von einem mißbrauchsbedingten Verlust der Eigentumsgarantie nicht ohne weiteres mitergriffen wird. Denn wie bereits oben erläutert, führt die Verwirkung des grundrechtlichen Eigentumsschutzes keineswegs zur völligen Rechtlosigkeit der betroffenen Gegenstände, sondern lediglich zum Verlust des Rechtes, sich hoheitlichen Eingriffen gegenüber auf die Eigentumsgarantie zu berufen³⁶. Inwieweit dagegen noch die Rechte aus der Meinungs- oder Kunstfreiheit geltend gemacht werden können, ist eine davon völlig unabhängige Frage.

2. Die Antwort darauf hängt vielmehr entscheidend davon ab, welche *Schranken* den hier in Frage stehenden Freiheitsrechten gesetzt sind. Denn nur im Rahmen ihres Schutzbereiches ist überhaupt denkbar, daß sie einer Eigentumssanktion hindernd im Wege stehen.

den künstlerischen Gehalt des fraglichen Werks als solchem allein auf das Erforderlichkeitsprinzip abstellen will.

³⁴ In diesem Sinne etwa v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 5 Anm. X 6 b sowie die bei ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 168 angeführten Entscheidungen zum Verhältnis von Kunstfreiheit und Baurecht.

³⁵ ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 134 f., 168 ff.

³⁶ Vgl. oben S. 188 ff.

Völlig außerhalb des Schutzbereichs des Art. 5 GG liegen jedenfalls jene Fälle, in denen das Einziehungsobjekt nur rein zufällig ein Gegenstand der Meinungs- oder Kunstfreiheit ist und damit auch der Sanktion jegliche Stoßrichtung gegen die meinungsbildende Funktion oder die künstlerische Aussage des betreffenden Gegenstands fehlt.

Wo etwa der Bildhauer den auf Zahlung der Miete drängenden Hausbesitzer mit Hilfe einer Bronzefigur buchstäblich mundtot macht, kann er sich gegenüber deren strafweiser Einziehung sowenig auf seine Kunstfreiheit berufen, wie dies ein anderer Eigentümer mit Hinweis auf den künstlerischen Gehalt des Tatwerkzeugs tun könnte. Denn hier geht es allein um die Entziehung des Tatwerkzeugs als solchen. Das will sagen, daß die Sanktion ausschließlich gegen die nichtkunstbezogene Gegenständlichkeit des Objekts gerichtet ist und der Betroffene sich daher nur als Eigentümer, nicht aber in seiner subjektiven künstlerischen Gestaltungsfreiheit beeinträchtigt fühlen kann. Deshalb fehlt hier von vorneherein jede innere Beziehung zwischen der auf die Eigentumsentziehung beschränkten Stoßrichtung der Sanktion und dem spezifischen Schutzbereich der Kunstfreiheit. Der Zufall, daß davon ein Kunstwerk betroffen wird, vermag diesen Zusammenhang für sich allein nicht herzustellen²⁷.

Auf einer vergleichbaren Ebene liegen die Fälle, in denen es sich genau gesehen nur um einen *Scheingebrauch* der Meinungs- oder Kunstfreiheit handelt. Dies wird zwar meist nur schwer zu verifizieren sein, läßt sich aber praktisch nicht ausschließen.

Denkbar wäre etwa der Fall, daß ein Journalist seine mit peinlichen Indiskretionen gespickten Kommentare gegen einen prominenten Gegner in den Mantel politischer Meinungsbildung hüllt, in Wirklichkeit jedoch diesen psychisch und physisch „fertigmachen“ will. Ein derartiger Scheingebrauch der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit ginge über die innere Zielsetzung dieser Rechte²⁸ zweifellos hinaus und könnte deshalb schon nach den Grundregeln mißbräuchlicher Rechtsausübung nicht mehr gedeckt sein: Es wäre ein Handeln ohne Recht²⁹. Folglich könnte auch einer Einziehung der als Mittel der Gesundheitsbeschädigung gebrauchten Schriften nicht das Grundrecht der Meinungsfreiheit entgegengehalten werden.

3. Kritisch sind dagegen die Fälle, in denen die Meinungs- und Kunstfreiheit durchaus *funktionsgerecht*, so etwa als Teilnahme am politischen Willensbildungsprozeß, in Anspruch genommen werden, ihr faktischer Einsatz jedoch bis in strafbare Bereiche vorstößt: Das Nachrichtenmagazin gibt ein

²⁷ Eine ganz andere Frage ist, ob das eingezogene Kunstwerk dann auch ohne weiteres vernichtet werden könnte. Dem würde im Regelfall die objektive Komponente der Kunstfreiheit entgegenstehen; vgl. dazu oben Anm. 24.

²⁸ Dazu RIDDER, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHÜNER, Grundrechte II S. 243 ff., 262 ff., 269 ff.; W. SCHMITT GLAESER, Mißbrauch S. 125 ff.

²⁹ Vgl. SOERGEL-SIEBERT, BGB, Vorbem. 12, 20 ff. vor § 226; STAUDINGER-WEBER, BGB, § 242 Rdnr. D 69 ff.; ferner die Nachw. oben S. 178 f.

militärisches Geheimnis preis, um die Unfähigkeit der Regierung darzutun; die Karikatur verunglimpft den Bundespräsidenten, um seinen Rücktritt herbeizuführen. Hier läßt sich die eigentliche Schrankenfrage nicht mehr umgeben.

Was speziell die *Meinungsfreiheit* anlangt, so steht man jedenfalls insoweit auf festem Grund, als hier Art. 5 II GG ausdrücklich vorsieht, daß alle ihre Teilrechte (Meinungsäußerung, Meinungsempfang, Presse usw.) ihre Schranken u. a. in den „allgemeinen Gesetzen“ finden. Und dazu zählen nach ganz h. M. grundsätzlich auch die Normen des allgemeinen Strafrechts³⁰. Insoweit scheinen daher keine Bedenken zu bestehen, auch in den an bestimmte Straftatbestände anknüpfenden Einziehungsvorschriften allgemeine Schranken der Meinungsfreiheit zu sehen, mit der Folge, daß bei Vorliegen der entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen eine Berufung auf diese Freiheit entfällt, also etwa der Unbrauchbarmachung der den Bundespräsidenten beleidigenden Karikatur jedenfalls nicht Art. 5 GG entgegengehalten werden könnte.

Doch ganz so einfach liegen die Dinge nicht. Denn da die Reichweite der Meinungsfreiheit praktisch jeder Relativierung durch den (einfachen) Gesetzgeber ausgeliefert wäre, wenn man sie schlankweg an die allgemeinen Gesetze ketten wollte, müssen diese, wie das BVerfG bereits im „Lüth-Urteil“ in grundsätzlicher Form festgestellt hat,

„in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt“ (BVerfGE 7, 198/208).

Diese „Wechselwirkung“ zwischen Grundrecht und allgemeinen Gesetzen, die inzwischen allgemeine Anerkennung gefunden hat³¹, verbietet es, letztere einfachhin als Schranken der Meinungsfreiheit hinzunehmen; vielmehr müssen auch sie im Sinne größtmöglicher Aufrechterhaltung der Meinungsfreiheit einschränkend verstanden und gehandhabt werden.

Es liegt auf der Hand, daß damit die Schrankenbestimmung nach Art. 5 II

³⁰ Vgl. u. a. BVerfGE 9, 162/6; 20, 162/177; BGHSt 17, 38/9; 20, 342/362; BGHZ 12, 197/202, sowie BETTERMANN, JZ 1964, 605; BRINKMANN, Art. 5 Anm. I 4 b; HAMANN, GG, Art. 5 Anm. B 10; MAUNZ, Staatsrecht S. 114; WITTIG, BayVBl. 1967, 109 ff. Vgl. aber dazu auch SCHNUR, VVDStRL 22, 121 ff.

³¹ So u. a. in BGHSt 17, 38/40; 19, 221/5; 20, 342/362; OLG Köln JMBINRW 1966, 287; MAUNZ, Staatsrecht S. 114; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art. 5 Rdnr. 9. Auf das gleiche Ergebnis dürfte auch HESSES Lehre von der „praktischen Konkordanz“ (Verfassungsrecht S. 29, 126 f.) hinauslaufen. Krit. zur „Wechselwirkung“ hingegen SCHNUR, VVDStRL 22, 122.

GG eine Güterabwägung erforderlich macht⁴². An der Einziehung demonstriert bedeutet das, daß die in dem betreffenden Tatbestand geschützten Rechtsgüter auf der einen Seite und Sinn und Funktion der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite einander gegenüberzustellen sind, und unter Berücksichtigung aller Umstände (Schwere des Eingriffs, Gehalt und öffentliche Bedeutung der Meinungsäußerung, Grad des Sicherungsbedürfnisses u. dgl.) zu prüfen ist, welchem Wert im konkreten Fall der Vorrang gebührt. Nur dann, wenn sich hier die Waage zugunsten der durch die Einziehung zu schützenden Güter neigt, muß Art. 5 GG gegenüber der Sanktion zurücktreten; im anderen Falle wäre diese schon dem Rechtfertigungsgrund nach unzulässig, ohne daß es überhaupt noch zu weiteren tatrichterlichen Ermessenserwägungen kommen könnte⁴³.

Auch bei der *Kunstfreiheit* wird eine im Ansatz ähnliche Abwägung gegenüber dem Sanktionsbedürfnis vorzunehmen sein. Zwar liegt hier die Problematik insofern etwas anders, als Art. 5 III GG der Kunstfreiheit gegenüber keine ausdrücklichen Beschränkungsvorbehalte macht, so daß man, wäre daraus auf eine völlige Schrankenlosigkeit dieses Grundrechts zu schließen⁴⁴, sogar zur generellen Unzulässigkeit jeglicher die Kunstfreiheit berührender Eingriffe kommen müßte. Doch selbst wenn mit der weitaus überwiegenden Meinung auch die Kunstfreiheit grundsätzlich für beschränkbar bzw. bereits für immanent beschränkt anzusehen ist⁴⁵, sind damit noch nicht jegliche Zugriffe auf Kunstwerke a priori zulässig. Vielmehr muß sich auch hier die Einziehung in dem Rahmen halten, der der Freiheit der Kunst gesteckt ist. Jede darüber hinausgehende Sanktion muß an Art. 5 III GG scheitern.

III. Folgerungen

Für die praktische Handhabung lassen sich daraus folgende Konsequenzen ziehen:

1. Wenn es um die Einziehung oder Unbrauchbarmachung von Gegenständen geht, in denen sich — um eine Kurzformel zu gebrauchen — die Mei-

⁴² Dazu insbes. BVerfGE 7, 198/210 f.; 12, 113/124 f.; 20, 162/178; Hesse, Verfassungsrecht S. 126 f., 152, MAUNZ, Staatsrecht S. 114.

⁴³ Weiteres dazu unten S. 205 ff.

⁴⁴ So etwa F. BAUER, JZ 1965, 491, OTT, NJW 1963, 617 f.; für Nichtbeschränkbarkeit, soweit es um die objektive Garantie des „Kunstlebens“ geht, auch ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 103; vgl. ferner COPIC, JZ 1963, 496 Anm. 15.

⁴⁵ So u. a. BVerwGE 1, 303, BGH GA 1961, 240, OVG Münster RdJ 1962, 55, OVG Koblenz DVBl. 1966, 576 ff. m. weit. Nachw. Noch prononcierter für eine Gleichstellung der Kunstfreiheit und der allgemeinen Meinungsfreiheit und damit für Bindung der Kunstfreiheit an die Schranken des Art. 5 II GG KNIES, Kunstfreiheit S. 230 ff. Zu den im übrigen höchst kontroversen Standpunkten der Literatur vgl. die eingehenden Auseinandersetzungen damit bei ERBEL, Kunstfreiheits-

nungs- oder Kunstfreiheit verkörpert hat, ist unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen, inwieweit die Berufung auf diese Freiheiten auf Grund der ihnen gesetzten Schranken hinter den durch die Sanktion zu schützenden Interessen zurückzutreten haben⁴⁶.

Diese Prüfung wird nicht etwa schon allein deshalb entbehrlich, weil das die Sanktion begründende Verhalten als strafbar oder zumindest rechtswidrig i. S. von § 41 StGB anzusehen ist. Denn selbst wenn die genannten Freiheitsrechte bereits bei Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen mit in Erwägung gezogen würden⁴⁷, kann sich die Frage nach der Angemessenheit der Einziehung oder Unbrauchbarmachung dennoch anders stellen. Soweit es nämlich nur um die grundsätzliche Strafbarkeit des inkriminierten Verhaltens geht, wird regelmäßig nur die subjektive Grundrechtsseite beachtet werden: Man wird etwa fragen, ob die subjektive Freiheit den Grundrechtsträger zur Preisgabe eines militärischen Geheimnisses berechtigt, um auf diese Weise die Regierung zu kritisieren. Selbst wenn aber dies zu verneinen ist und der Täter deshalb strafbar erscheint, ist es dennoch eine andere Frage, ob das auch schon die Einziehung der betreffenden Schrift rechtfertigt. Denn immerhin ist das Geheimnis bereits preisgegeben, die Schrift liegt vor und könnte nunmehr einem politischen Unterrichtsbedürfnis dienen; dieses einfach durch die Einziehung zu negieren, könnte eine Verletzung der objektiven Informationsfreiheit bedeuten⁴⁸.

Vielleicht noch deutlicher wird dies bei der Kunstfreiheit. Selbst wenn etwa der Künstler mit seinem als Kunstwerk anzuerkennenden Gemälde bis in den Bereich des Obszönen vorgestoßen ist und deshalb nach § 184 StGB Strafe verdient, bleibt es eine andere Frage, ob deshalb auch das Kunstwerk einzuziehen ist⁴⁹. Dem könnte zumindest die objektive Kunstfreiheit, die auch den Schutz des Kunstwerks unabhängig von seinem Schöpfer deckt⁵⁰, entgegenstehen. Es ist deshalb nur zu begrüßen, daß sich nun auch der BGH bei § 41 StGB von jedem Automatismus zu lösen scheint und selbst bei etwaiger Strafbarkeit des Künstlers nach § 184 StGB die Unbrauchbarmachung des Kunstwerks von einer Abwägung gegenüber der Freiheit der Kunst abhängig machen will⁵¹.

2. Diese Abwägung ist keineswegs nur eine Frage des richterlichen Anordnungsmerkmals, sondern bereits mitentscheidend für die *Zulässigkeit* der

garantie S. 110 ff. (dort S. 107 ff. auch Näheres zu der eingangs angeführten Judikatur), KNIES, aaO, S. 23 ff. und neuestens SCHICK, Kunstwerkgarantie S. 56 ff.

⁴⁶ Hiervon ausgenommen sind selbstverständlich die oben bei II 2 (S. 201 f.) genannten Fälle.

⁴⁷ Wie das heute z. B. bei Auslegung des § 184 StGB geschieht: vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 184 Rdnr. 6 m. weit. Nachw. ⁴⁸ Vgl. oben Anm. 24.

⁴⁹ Diese Frage stellt sich natürlich nur dann, wenn man „obszöne Kunst“ für grundsätzlich möglich hält; dies wird entgegen einer Mindermeinung (vgl. etwa LEISS, NJW 1962, 2323, OTT, NJW 1963, 618, DÜNNWALD, JR 1965, 48 f.) zu Recht weitgehend bejaht: so bereits RGSt 37, 315; vgl. ferner F. BAUER, JZ 1965, 47; 1967, 169, GEIGER, in LEIBHOLZ-Festschrift II, S. 190 f., MEZGER, LK, § 184 Anm. 3, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 184 Rdnr. 6 sowie ERBEL, Kunstfreiheitsgarantie S. 9, 92 ff. m. weit. Nachw.

⁵⁰ Vgl. oben Anm. 24.

⁵¹ BGHSt 20, 192; vgl. dazu oben S. 200.

Sanktion dem Grunde nach. Denn erst wenn sich auf Grund der Abwägung ergeben hat, daß das betroffene Grundrecht hinter dem Sanktionsinteresse zurückzutreten hat, wird Raum für eine echte Wahlmöglichkeit über das „Ob“ und „Wieviel“ der Sanktion.

Das gilt selbst dort, wo die Einziehungsbestimmung, wie etwa bei § 92 b StGB, als Kann-Vorschrift i. S. einer Ermessenssanktion ausgestaltet ist⁵². Denn auch hier ist die Bestimmung genau besehen aus zwei Regeln zusammengesetzt: Die erste besagt, daß bei Vorliegen des entsprechenden Tatbestandes die Einziehung überhaupt zulässig ist. Die zweite stellt es dann in das Ermessen des Richters, ob und wie er von dieser Sanktionsmöglichkeit Gebrauch machen will. Auf der ersten Stufe mag zwar dem Richter ein „Urteilsermessen“ in dem Sinne eingeräumt sein, daß er die zwischen dem Grundrecht und der Sanktion zu treffende Abwägung erst wertend zu konkretisieren hat; doch damit ist ihm keineswegs auch ein „Handlungsermessen“ i. S. eines echten Wählens eingeräumt⁵³.

Auch wenn in der praktischen Handhabung beide Prüfungsstufen oft ineinander übergehen werden, bleibt im Grundsatz doch zu beachten, daß die Berücksichtigung der Meinungs- und Kunstfreiheit zur ersten Stufe gehört, es sich also insoweit nicht nur um eine Konkretisierung des Anordnungsmerkmals⁵⁴, sondern um die vorrangige Prüfung des Rechtfertigungsgrundes handelt.

Deshalb ist es nicht ganz korrekt, wenn in den o. g. Entscheidungen des BGH, des OLG Köln und des LG Hamburg die Berücksichtigung des Informationsbedürfnisses als Teil der richterlichen Ermessensentscheidung qualifiziert wird⁵⁵. Wenn hier etwa das Gericht zu dem Schluß kommt, daß die Befriedigung der Informationsfreiheit höher zu veranschlagen ist als die von den SED-Zeitungen ausgehenden Gefahren, so führt das bereits zur grundsätzlichen Unzulässigkeit der Einziehung.

Dies hat insbesondere auch zur Folge, daß es nicht im richterlichen Ermessen stehen kann, ob er die Meinungs- oder Kunstfreiheit berücksichtigen will oder nicht; sondern da es sich hier um Zulässigkeitsvoraussetzungen handelt, ist die Beachtung des Art. 5 GG *unabdingbares Gebot*⁵⁶.

3. Soweit die geltenden Einziehungs- oder Unbrauchbarmachungsvorschriften noch keine Rücksicht auf die Meinungs- und Kunstfreiheit nehmen,

⁵² Vgl. dazu LG Hamburg NJW 1967, 582.

⁵³ Zu dieser Unterscheidung zwischen dem eigentlichen „Handlungs-“ oder „Rechtsfolgeermessen“ und dem sog. „Urteils-“ oder „Subsumtionsermessen“, bei dem von einem Ermessen i. S. einer wirklichen Wahlmöglichkeit keine Rede sein kann, grundlegend WARD, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens, insbes. S. 19 ff., 81 ff., 111 ff.; vgl. ferner BACHOF, JZ 1955, 97 ff., ENGISCH, Einführung S. 106 ff., JESCH, AöR 82, 163 ff., LARENZ, Methodenlehre S. 222 ff., aber auch BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 68 f., 567 ff.

⁵⁴ So aber LG Hamburg NJW 1967, 582/4.

⁵⁵ Nachweise oben S. 199.

⁵⁶ In diesem Sinne auch v. GERKAN, MDR 1967, 92.

sind sie im Wege verfassungskonformer Auslegung entsprechend zu ergänzen⁵⁷. Dies kann entweder dadurch geschehen, daß man in die betreffenden Bestimmungen das Erfordernis einer Abwägung gegenüber den genannten Grundrechten hineinliest oder sie, freilich unter Beachtung der in 2. und 3. erörterten Vorbehalte, in Kann-Vorschriften umdeutet.

C) Schlußbemerkung

Gewiß wäre es verfehlt anzunehmen, daß mit diesen mehr grundsätzlichen Untersuchungen die verfassungsrechtliche Problematik der Eigentumssanktionen schon in jeder Hinsicht ausgeschöpft sei. Immerhin dürfte aber damit der allgemeine Grund gelegt sein: Es wurden die Richtpunkte gezeigt, nach denen es die einzelnen Regelungen zu beurteilen gilt. Welche Konsequenzen sich daraus für die Detailgestaltung der Eigentumssanktionen ergeben können, wird in den folgenden Erörterungen zu zeigen sein.

⁵⁷ Dies setzt selbstverständlich voraus, daß die betreffende Vorschrift für eine verfassungskonforme Auslegung überhaupt Raum läßt: allgemein dazu BOGS, Verfassungskonforme Auslegung S. 34 ff., W.-D. ECKARDT, Verfassungskonforme Gesetzesauslegung, insbes. S. 33 ff., und V. HAAK, Normenkontrolle, insbes. S. 259 ff. Steht die fragliche Vorschrift für eine derartige Korrektur nicht offen, so ist sie — jedenfalls gegenüber den unter den Schutzbereich des Art. 5 GG fallenden Gegenständen — als verfassungswidrig anzusehen.

repressiv personenbezogenen Strafeinziehung (§ 12, 13), der präventiv sachbezogenen Sicherungseinziehung (§ 14) und der quasi-konditionell auf Entziehung rechtswidriger Tatvorteile gerichteter Ausgleichseinziehung (§ 15) zu unterscheiden ist¹.

§ 12 DIE TÄTERGERICHTETE STRAFEINZIEHUNG

A) Allgemeines

I. Von einigen noch zu erörternden Grenzfällen abgesehen, bewegt man sich bei der strafweisen Einziehung² gegenüber Tatbeteiligten auf einigermassen sicherem Boden. Das gilt bereits für die *Rechtfertigungsfrage* gegenüber Art. 14 GG. Denn da es sich bei der tatergerichteten Einziehung regelmäßig um Fälle handelt, in denen dem Tatbeteiligten die rechtswidrige Verwendung, Hervorbringung oder Verschaffung der betroffenen Gegenstände auf Grund seines eigenen Handelns (oder wenigstens eines von ihm gebilligten Fremdhandelns) persönlich zurechenbar ist³, bestehen gegen die Verwirkung des grundrechtlichen Eigentumsschutzes insoweit grundsätzlich keine Bedenken⁴. Auch der materielle Eingriffsgrund, durch den der Staat sein Zugreifen auf das verwirkungsbetroffene Eigentumsobjekt zu legitimieren hat⁵, ist durch den Strafzweck zweifelsfrei gegeben.

II. Was die spezifisch *strafrechtlichen* Voraussetzungen betrifft, die bei einer strafweisen Einziehung vorliegen müssen, so sind die gleichen Maßstäbe wie bei sonstigen Strafsanktionen anzulegen. Das ließe sich rein positivistisch schon damit begründen, daß die Einziehung als Nebenstrafe nur in Verbindung mit einer Hauptstrafe verhängt werden kann⁶, für diese aber unstreitig alle Strafvoraussetzungen gegeben sein müssen. Aber selbst wenn es diese gesetzestechnische Koppelung von Haupt- und Nebenstrafe nicht gäbe, was für die Einziehung de lege ferenda in der Tat auch anzustreben wäre⁷, könnte

¹ Näher zu dieser Typologie der Eigentumssanktionen oben S. 53 ff., zu ihrer kriminalpolitischen Grundlegung oben S. 107 ff. sowie zur Notwendigkeit ihrer konstruktiven Differenzierung oben S. 129 ff. Über die Bestimmung der Einziehungsnatur de lege lata vgl. oben S. 89 ff.

² Allgemein zur kriminalpolitischen Notwendigkeit einer spezifisch *strafweisen* Einziehung oben S. 108 ff.

³ Selbstverständlich muß aber dem Eigentümer gerade die einziehungsbegründende Tat zurechenbar sein. Dies kann etwa bei Tatbeteiligung mehrerer dort zweifelhaft sein, wo der PKW zu einer Schmuggelfahrt benutzt wurde, an der der Eigentümer noch nicht beteiligt war. Hier kann ihm sein Eigentum allenfalls nach Dritteinziehungsregeln entzogen werden. Zur Tatbeteiligung mehrerer vgl. im übrigen auch unten S. 212 ff.

⁴ Näher zu den Verwirkungserfordernissen oben S. 178 ff.

⁵ Vgl. oben S. 188 ff.

⁶ RGSt 57, 334/5, MAURACH, AT S. 694, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 24 vor § 13.

⁷ Vgl. oben S. 115 f.

ZWEITER TEIL

DIE GESTALTUNG DER EIGENTUMSSANKTIONEN IM EINZELNEN

Der erste Teil hat sich im wesentlichen darauf beschränkt, das vielgestaltige gesetzliche Material der Eigentumssanktionen in eine gewisse dogmatische Ordnung zu bringen, die Leitpunkte für eine umfassende Reform zu setzen und eine allgemeine verfassungsrechtliche Grundlegung zu versuchen. Aufgabe der weiteren Untersuchungen wird es sein, die zuvor gefundenen Ergebnisse im Blick auf die Einzelgestaltung der verschiedenen Eigentumssanktionen näherhin zu präzisieren oder überhaupt erst in ihren einzelnen Konsequenzen zu Ende zu führen.

Das hat im wesentlichen in vier Fragekreisen zu geschehen. Zunächst sind in einem der grundlegenden Sanktionstypen gewidmeten Kapitel die allgemeinen Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen eine Eigentumssanktion zu Straf-, Sicherungs- oder Ausgleichszwecken verhängt werden kann (4. Kap.). Während dabei vor allem die *Person* des Betroffenen im Mittelpunkt der Betrachtung stehen wird, sollen in einem weiteren Kapitel die sich aus der *Objekt*-Bezogenheit der Einziehung ergebenden Fragen (Sach- und Eigentumsbegriff, die Arten der Einziehungsobjekte, Wertersatz) erörtert werden (5. Kap.). Ein letztes Kapitel schließlich wird sich mit Fragen der richterlichen Einziehungsanordnung befassen: so mit der *Ermessens*-Problematik, dem Verhältnis der Einziehung zur Gesamtstrafzumessung sowie besonders im Blick auf Drittbetroffene mit der *Entschädigungs*-Frage (6. Kap.).

Wie sich schon aus dem Aufriß dieses Programms von selbst erklären dürfte, kann es auch bei Behandlung dieser Fragen nicht um eine Einzelkommentierung des vielfältigen Gesetzesmaterials gehen. Vielmehr ist auch hier eine Beschränkung auf das mehr Grundsätzliche unerlässlich. Selbstverständlich werden aber dabei immer bestimmte Beispielsfälle des positiven Rechts oder der Reformentwürfe die Grundlage der Erörterungen bilden. Deshalb dürfte es nicht schwer sein, aus den gefundenen Ergebnissen jeweils die praktische Nutzenanwendung auf gleichgelagerte Regelungen zu ziehen.

4. KAPITEL

DIE GRUNDTYPEN DER EIGENTUMSSANKTIONEN UND IHRE GENERELLEN VORAUSSETZUNGEN

Die Systematik der Eigentumssanktionen ist vorgezeichnet durch die Sanktionszwecke, denen sie jeweils primär zu dienen haben. Nach dem Ergebnis der allgemeinen Grundlegung bedeutet das, daß im folgenden zwischen der (zumindest auch!)

man doch schon um des Strafcharakters der Nebenstrafe willen⁸ hier nicht von minderen Delikt voraussetzungen ausgehen als bei der Hauptstrafe, ganz davon abgesehen, daß das heutige Strafrecht eine Graduierung der allgemeinen Verbrechensvoraussetzungen je nach Art der Strafe nicht kennt⁹.

Daraus folgt, daß die zu Strafzwecken ausgesprochene Einziehung nur auf Grund einer (im technischen Sinne) „strafbaren“ Handlung zulässig sein kann, also immer eine *volldeliktische Anknüpfungstat* und damit insbesondere auch ein strafrechtliches Verschulden voraussetzt¹⁰.

So banal und selbstverständlich das klingen mag, so hatten die Obergerichte doch bereits verschiedentlich begründeten Anlaß, diese Erfordernisse — insbesondere im Hinblick auf die selbständige Einziehung nach § 42 (jetzt § 41 b) StGB¹¹ — in Erinnerung zu rufen: so etwa, daß die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) der Unbrauchbarmachung einer beleidigenden Druckschrift entgegensteht¹², daß übergesetzlicher Notstand die Mehrerlösabführung hindern kann¹³, oder daß Zurechnungsunfähigkeit¹⁴ bzw. das Vor-

⁸ Denn auch die Nebenstrafe ist echte Strafe: KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. V vor § 13; eingehend dazu schon HEINZE, GA 5, 171 f. bzgl. der strafweisen Einziehung.

⁹ Eine ganz andere Frage ist natürlich die nach den Unterschieden im Deliktgehalt, wie sie für die Verschiedenartigkeit der Strafen (Gefängnis, Geldstrafe usw.) maßgeblich sind.

¹⁰ Unstr.; vgl. u. a. bereits RGSt 16, 268/9; 25, 165 ff.; 27, 245/6; 29, 130/1; 44, 140/2; 57, 3; 71, 269/270; im Prinzip auch RGSt 53, 81/3; ferner BGHSt 9, 164/172; BayObLGSt 1952, 130/3 f.; 1957, 32/4; DROST, NJW 1950, 128, GILSDORF, JZ 1958, 686, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 1, MAURACH, AT S. 701, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 2.

¹¹ Denn da es sich dabei um ein mehr objektives, weil ohne Rücksicht auf die persönliche Verfolgbarkeit des Betroffenen durchgeführtes Verfahren handelt, könnte man leichter geneigt sein, auch hinsichtlich der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen sich mit geringeren Anforderungen zu begnügen. Solange man jedoch daran festhält, daß sich durch die Selbständigkeit des objektiven Einziehungsverfahrens an der ursprünglichen Rechtsnatur der zu verhängenden Sanktion nichts ändern soll (so die heute noch h. M.; vgl. im einzelnen die Nachw. oben S. 73 Anm. 112; im gleichen Sinne wohl auch E 1962: vgl. die Begr. S. 250 zu § 118 sowie die Beratungen des Sonderausschusses, V/55, Sitzg. S. 1054 ff.), können jedenfalls bei einer strafweisen Einziehung folgerichtig an den allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen keine Abstriche gemacht werden, sondern allenfalls bestimmte tatsächliche Verfolgungsvoraussetzungen entfallen; in diesem Sinne jetzt auch § 41 b StGB bzw. § 23 OWiG, wenn dort zwischen der sicherungsbedingten und sonstigen (also insbesondere der strafweisen) Einziehung differenziert wird; vgl. oben S. 53). Ob indes eine strafweise selbständige Einziehung überhaupt sinnvoll ist, steht auf einem anderen Blatt. Ohne dies hier näher begründen zu können, erscheint uns das selbständige Verfahren nur in Sicherungs- und Wiedergutmachungsfällen adäquat (so auch schon die oben S. 134 Anm. 22 genannten Autoren).

¹² RG GA 51, 357.

¹³ OLG Braunschweig NdsRpfl 1952, 72/3.

¹⁴ RGSt 29, 130/1; RG GA 51, 357, HRR 1940, 35, BGH 1 StR 4/52 bei DALINGER, MDR 1952, 530.

liegen von Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen¹⁵ die Einziehung ausschließt. Besonders häufig mußte jedoch der *Schuldgrundsatz* unterstrichen werden¹⁶, so vor allem bei Zuwiderhandlungen nach dem WiStG und dem OWiG¹⁷. Da es sich beim Schuldverfordernis um einen im Rechtsstaatsprinzip verankerten Verfassungssatz handelt¹⁸, ist er selbst dann zu beachten, wenn ihn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich statuiert hat, gleichgültig, ob es eine Einziehungsbestimmung des echten Straf- oder des einfachen Ordnungswidrigkeitenrechts betrifft¹⁹.

Mißt man das positive Recht und auch die Reformentwürfe an diesen Grundsätzen, so lassen sich keine nennenswerten Einwände erheben. Denn soweit etwa §§ 40 II Nr. 1, 335 StGB bzw. § 113 II Nr. 1 E 1962 die Einziehung zu Strafzwecken gegenüber Tatbeteiligten zulassen, wird eine vorsätzliche Straftat verlangt, woraus zu Recht auf das Erfordernis eines strafrechtlichen Verschuldens²⁰ und auch das Vorliegen sonstiger Strafbarkeitsvoraussetzungen (objektive Strafbarkeitsbedingungen, Strafantrag u. dgl.) geschlossen wird²¹. Nur scheinbar im Widerspruch dazu stehen jene Sondervorschriften, nach denen die Einziehung schon allein auf Grund einer nur rechtswidrigen Tat möglich ist²²; denn da dort das Sicherungsinteresse im Vordergrund steht, werden folgerichtig auch die entsprechenden Anordnungsvoraussetzungen von anderen Maßstäben beherrscht²³.

¹⁵ Vgl. RGSt 53, 81/83 ff., wo trotz Vorliegens des als persönlicher Strafausschließungsgrund interpretierten Verbotsirrtums die Gewinnabschöpfung nach der PreistreibereiVO nur deshalb für zulässig gehalten wurde, weil sie nicht als Nebenstrafe, sondern als „öffentlichrechtliche Maßnahme von wirtschaftlicher Bedeutung“ (S. 89) verstanden wurde (vgl. dazu oben S. 84 f.); im gleichen Sinne RGSt 57, 3 f.; dazu auch JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 1.

¹⁶ RGSt 71, 269/270 (innerer Tatbestand überhaupt nicht geprüft), BGHSt 9, 164/172 (Ausschluß der Einziehung bei entschuldbarem Verbotsirrtum).

¹⁷ Vgl. BGH ZfZ 1955, 215, BayObLGSt 1952, 130/2 ff. (sehr eingehend); 1957, 32/4, OLG Düsseldorf DevR 1956, 114.

¹⁸ So speziell bezüglich des Schuldverfordernisses bei der strafweisen Einziehung schon der Bayer. VerfGH vom 2. 8. 1946 (BayVG 3 II 109); vgl. ferner allgemein BVerfGE 6, 389/439; 7, 305/319; 9, 167/9 f. sowie neuestens grundlegend in BVerfGE 20, 323/331; zum Ganzen auch DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 1 Rdnr. 32 und SAX, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHÜNER, Grundrechte III/2 S. 936, die beide das Schuldprinzip aus Art. 1 I GG (Menschenwürde) begründen.

¹⁹ Zu dieser Universalität des *Schuldprinzips* insbes. BVerfGE 9, 167/9 f. und neuerdings 20, 323/331 ff.

²⁰ Vgl. die Nachweise oben in Anm. 10.

²¹ Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 4 sowie oben S. 58 ff. Entsprechendes gilt selbstverständlich für Einziehungsbestimmungen, die sich mit einer nur fahrlässigen Anknüpfungstat begnügen (vgl. RGSt 57, 3; 71, 269/270); zur besonderen subjektiven Problematik bei Rauschmitteln vgl. OLG Braunschweig NJW 1954, 1052.

²² So z. B. noch §§ 40 III, 41, 101 a I 3, 109 k I 3 StGB, § 18 III OWiG, § 24 I 2 KriegswaffenG, § 88 I AE.

²³ Vgl. unten S. 281 f. sowie zum Ausgleichsverfall S. 286 f.

B) Grenzfragen zur Anknüpfungstat

I. Tatbeteiligung mehrerer

Angesichts der Tatsache, daß nach den §§ 47 bis 49 StGB bei der Tatbeteiligung mehrerer die Tatbeiträge des einen dem anderen zugerechnet werden können, ist es nur folgerichtig, daß sich die Einziehung auch gegen solche Tatbeteiligte (*Mittäter, Anstifter, Gehilfen*) richten kann, die ihr Eigentum nicht selbst zu rechtswidrigen Zwecken mißbraucht haben, vom Mißbrauch durch andere jedoch gewußt oder ihn gebilligt haben²⁴. Hier muß die Erfassung des tatverstrickten Eigentums des Teilnehmers auch dann möglich sein, wenn die fragliche Einziehungsnorm eine derartige Erstreckung der Sanktion, wie sie bereits § 40 StGB a. F. ermöglicht hat²⁵, nicht ausdrücklich vorsieht²⁶.

Dagegen ist es nach geltendem Recht nicht möglich, auch das Eigentum etwaiger *Begünstiger* oder *Hehler* einer fremden Anknüpfungstat zu erfassen. Obgleich es sich dabei der Sache nach um verselbständigte Formen nachträglicher Teilnahme handelt²⁷, käme man doch bereits in den Bereich verbotener Analogie, wollte man die ganz unzweifelhaft auf die traditionelle Anstiftung und Gehilfenschaft beschränkten Teilnahmeregeln des geltenden Rechts auch auf die Begünstigung und Hehlerei erstrecken²⁸. Immerhin wäre aber de lege

²⁴ JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 4, LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 3 b, OLSHAUSEN, § 40 Anm. 11, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 20 f., SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 5 B; vgl. auch RGSt 49, 208/212 (bzgl. des Eigentums des Anstifters). — Musterbeispiel für solche Fälle: A weiß und nimmt in Kauf, daß B den ihm von A zur Verfügung gestellten PKW zu Schmuggelfahrten benutzen wird.

²⁵ So auch § 40 II Nr. 1 StGB, § 10 TierschutzG. Bezüglich des OWiG vgl. Anm. 26 a. E.

²⁶ So etwa nahm § 401 RAO 1931 vom Teilnehmer der Steuerhinterziehung keine Notiz; trotzdem wurde die Einziehung zu Recht auch auf ihn erstreckt: RGSt 68, 11; 73, 104/6 (weit. Nachw. bei HARTUNG, Steuerstrafrecht, 2. Aufl. § 398 Anm. II 2 a); vgl. ferner RGSt 49, 212 (zur Haftung als Anstifter bei § 40 StGB) und JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 1. Gleiches wird in ergänzender Anwendung des § 40 II Nr. 1 StGB beim neuen § 21 III StVG anzunehmen sein, der — im Gegensatz zu § 24 III S. 2 StVG a. F. — nur vom „Täter“ spricht. Wenn im übrigen auch § 18 II Nr. 2 OWiG nur den „Täter“ erwähnt, so hat das seinen Grund darin, daß hier ohnehin der erweiterte Beteiligungsbegriff des § 9 OWiG gilt (GÖHLER, OWiG, § 18 Anm. 5 A).

²⁷ MAURACH, AT S. 568: „auxilium post factum“; vgl. aber auch SAX, in NOTTARP-Festschrift S. 144 f. Ganz im Sinne dieser Vorstellung bezeichnet das anglo-amerikanische Recht jedenfalls den Begünstiger nach wie vor als „accessory after the fact“: PERKINS, Criminal Law S. 578 ff., G. WILLIAMS, Criminal Law, S. 409 ff. Vgl. auch A. ARNDT, in Sonderausschuß, V/54, Sitzg. S. 1039.

²⁸ Zu Recht ablehnend schon OPPENHOFF, § 40 Anm. 13; ebenso bezüglich der Verfallerklärung nach § 335 StGB BGHSt 19, 27; im gleichen Sinne auch schon RGSt 67, 29/32; RG JW 1938, 2199; ferner OLG Hamm JZ 1952, 39 mit krit. Anm. HARTUNG, KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. VII, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 28, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 5 B und unter Aufgabe seiner früheren Gegenmei-

terenda zu erwägen, ob man nicht durch Einbeziehung dieser Delikte in die tätergerichtete Einziehung einen Großteil der umstrittenen Dritteinziehungsfälle auf eine dogmatisch saubere Basis stellen könnte²⁹.

Soweit einziehungsrechtlich eine Teilnehmerhaftung in Betracht kommt, bleiben jedoch auf jeden Fall die *Akzessorietätsregeln* des § 50 StGB zu beachten. Dies ist zwar einerseits insofern einziehungsleichternd, als es nach § 50 I StGB unerheblich ist, ob auch die durch die Sanktion nicht berührten Tatbeteiligten persönlich strafbar sind. Andererseits reicht aber nicht schon aus, daß einige Tatbeteiligte voll verantwortlich sind, der betroffene Eigentümer hingegen nicht. Denn da allein ihn die Strafe der Einziehung trifft, kommt es gerade auf seine Verantwortlichkeit entscheidend an³⁰. Fehlt ihm etwa die Zurechnungsfähigkeit, so bleibt als Ausweg gegebenenfalls nur die Sicherungseinziehung³¹.

Entsprechendes gilt für die Fälle des *Exzesses*, sei es, daß der beteiligte Eigentümer von der Verstrickung ihm gehöriger Gegenstände in die Tat keine Kenntnis hatte oder aber den Mißbrauch dazu nicht billigte³². Entgegen einer früher herrschenden Auffassung, die die subjektiven Vorstellungen des Eigentümers für völlig unerheblich ansah, sofern es sich nur um eine von ihm mitzuverantwortende Tat handelte³³, wird seit jüngerer Zeit die Einziehung zu

nung (Das strafrechtliche „Analogieverbot“, 1953, S. 127) jetzt auch SAX, in NOTTARP-Festschrift S. 145 Anm. 30. Diese Bedenken bestehen selbstverständlich dort nicht, wo das Gesetz selbst eine Erstreckung der Einziehung auf den Begünstiger vorsieht (wie etwa nach § 394 i.V.m. § 401 RAO hinsichtlich der eigennützigen Steuerbegünstigung; vgl. HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 398 Anm. III 2 b, oder im Falle des § 257 III StGB; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 20), sowie dort, wo der Gegenstand nicht (bzw. nicht nur) in die Haupttat, sondern gerade in die Begünstigung oder Hehlerei als solche verwickelt war, diese also die eigentliche Anknüpfungstat darstellen (dazu OLG Hamm JZ 1952, 39).

²⁹ Für den Fall, daß der nicht voll verantwortliche Tatbeteiligte Alleineigentümer ist, gibt es nur eine Lösung: eine strafweise Entziehung hat zu unterbleiben. Eine dogmatische wie auch kriminalpolitische Crux stellen dagegen die Fälle dar, in denen z. B. der als Tatwerkzeug benutzte PKW im Miteigentum eines schuldigen und eines schuldlosen Tatbeteiligten steht. Da hier letzterer vom Strafstandpunkt aus als tatunbeteiligt anzusehen ist, das Miteigentum eines an der Tat Unbeteiligten aber die Einziehung ausschließt, kommt eine Einziehung nur in Betracht, wenn man auch die Entziehung von Miteigentumsanteilen für zulässig ansieht; dazu unten S. 301, 303, 308.

³⁰ Zur besonderen Problematik der Haftung von juristischen Personen und sonstigen Vertretungsverhältnissen vgl. unten S. 241 ff.

³² Vgl. dazu das instruktive und farbige Beispiel in RG GA 63, 118: Obgleich Vater und Sohn gemeinschaftliche Körperverletzung begehen wollten, hatte sich der Wille des Vaters nicht auf den Einsatz seiner Axt durch den Sohn erstreckt; der Vater hatte vielmehr angenommen, sein Sohn werde sich bei der Tat nur seiner Fäuste bedienen oder mit dem Stiel der auf dem Wagen gelegenen Gabel „drein hauen“.

³³ So z. B. OPPENHOFF, § 40 Anm. 12; OTTO, Aphorismen zu dem Allgemeinen Theile des StGB, 1873, § 40 Anm. 6, RUBO, § 40 Anm. 12; auch noch FRANK, § 40 Anm. II 2 b.

Recht nur dann für zulässig gehalten, wenn die rechtswidrige Verwendung des Gegenstandes mit Wissen und Willen des Eigentümers geschah³⁴. Jeder andere Standpunkt müßte mit dem Schuldprinzip in Konflikt geraten³⁵, ganz davon abgesehen, daß es u. U. schon an den mißbrauchsbedingten Verwirklichungsvoraussetzungen fehlen würde³⁶.

II. Versuch und Vorbereitungshandlung

Auch hinsichtlich des Verwirklichungsgrades, den die Anknüpfungstat erreicht haben muß, um Grundlage einer Einziehung zu sein, gilt im Prinzip nichts anderes als bei sonstigen Strafsanktionen. Soweit dort nicht nur die vollendete, sondern bereits die nur *versuchte* Straftat eine Bestrafung erlaubt, steht auch einer Einziehung der in den Versuch verstrickten Gegenstände nichts im Wege³⁷.

Auch wo Gegenstände zu *Vorbereitungshandlungen* gedient haben, die ihrerseits selbständig unter Strafe gestellt sind (z. B. nach § 49 a StGB), wird gegen eine Einziehung grundsätzlich nichts einzuwenden sein³⁸. Denn vorausgesetzt, daß eine so weite tatbestandliche Vorverlagerung des Rechtsgüter-schutzes kriminalpolitisch gerechtfertigt ist, kann auch der Einsatz des Eigentums zu derartigen strafbedrohten Vorbereitungshandlungen bereits als miß-

³⁴ So schon die Anm. 32 genannte Entscheidung des RG, mit der Begründung, daß der tatbeteiligte Vater, soweit ihm die Benutzung seines Werkzeugs durch den Sohn nicht zuzurechnen ist, insoweit auch nicht als „Teilnehmer“ an der Tat seines Sohnes angesehen werden könne; bestätigt in RG GA 69, 177; vgl. ferner RGSt 62, 49/52 f. bzgl. Hehler. Im Sinne des Textes auch schon v. Buri, GS 30, 261. Aus dem neueren Schrifttum vgl. insbes. JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 4, LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 3 b, OLSHAUSEN, § 40 Anm. 12, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 21. Bedenklich hingegen GÖHLER, OWiG, § 18 Anm. 5 A, wenn statt Billigung auch genügen soll, daß der Gegenstand zur Tat „in Beziehung gestanden hat“.

³⁵ Deshalb braucht man sich auch nicht unbedingt an die am Wortlaut des § 40 StGB (a. F.) verhaftete Begründung des RG (oben Anm. 34) zu klammern.

³⁶ Denn auch dafür ist die persönliche Zurechenbarkeit des Mißbrauchs erforderlich. Auch wenn dies nicht im Sinne eines streng strafrechtlichen Verschuldens zu verstehen ist, setzt die Verwirkung doch zumindest die Möglichkeit der Einflußnahme durch den Eigentümer voraus; vgl. näher oben S. 184 f.

³⁷ So schon das RG in ständiger Rechtsprechung: RGSt 16, 268/9; 27, 243; 44, 140/2; 49, 208/210; fortgeführt von BGHSt 8, 165/6, 205/212 f.; 13, 311/3; 19, 63/7 (äußerer Tatbestand bei §§ 86, 93 StGB a. F. ausreichend!); BGH NJW 1955, 1327. Im gleichen Sinne BayObLGSt 1918, 46, BayObLG MDR 1962, 673 (bzgl. sog. „Beziehungstaten“), BAUMANN, AT S. 730, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 2, LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 3 a, OLSHAUSEN, § 40 Anm. 8, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 3.

³⁸ So grundlegend BGHSt 13, 311 ff., m. zust. Anm. BUSCH, LM Nr. 10 zu § 40 StGB; im gleichen Sinne schon OLG Köln NJW 1951, 612/3; zustimmend BAUMANN, AT S. 730, LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 3 a, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 3, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 5 A.

bräuchlich i. S. des Art. 14 II GG gelten und damit eine Verwirkung der betroffenen Gegenstände begründen.

Immerhin sollte man sich aber bewußt sein, daß man sich hier in einem Grenzbereich bewegt. Ob der BGH sich noch darin gehalten hat, als er die Einziehung eines Kraftrades, das lediglich zur Vorbereitung (Auskundschaftung) eines Weidediebstahls diente, für zulässig erklärte³⁹, erscheint selbst dann zweifelhaft, wenn man mit dem Senat entscheidend darauf abhebt, daß es in der vorbereiteten Weise anschließend noch zu einem Tatversuch kam⁴⁰. Denn sobald man einmal über den Kreis der zur Tat als solcher dienenden, d. h. der „unmittelbaren“ Tatwerkzeuge hinausgeht, gibt es leicht kein Halten mehr. Und je mehr sich das Mißbrauchs-kriterium auf vorbereitende Handlungsbereiche vorverlagert, desto unsicherer wird auch der verfassungsrechtliche Einziehungsgrund. Deshalb erscheint es nicht unbedenklich, daß der BGH den insoweit zurückhaltenderen Standpunkt des RG⁴¹ aufgegeben hat und damit — ähnlich dem Gesetzgeber — hier „einer Art von Verfolgungswahn erlegen ist“⁴².

Ganz unzweifelhaft verfehlt ist jedenfalls die Ansicht, daß der *Versuch* einer Straftat eine Einziehung selbst dann begründen könne, wenn er als *solcher* gar nicht strafbar ist.

Den Ausgangspunkt dieser vor allem vom RG vertretenen Rechtsprechung⁴³ bildete ein Fall, in dem das Instanzgericht nicht nur das zu dem nachgewiesenen Jagdvergehen benutzte Gewehr, sondern auch andere, bei Gelegenheit dieses Verfahrens vorgefundene Gegenstände, die zwar nicht dem anhängigen Delikt gedient hatten, aber mit Sicherheit für künftige Jagdvergehen bestimmt waren, eingezogen hatte. Dies hielt das RG insoweit — aber auch nur insoweit — für rechtsirrig, als hier eine Sanktion ausgesprochen wurde auf Grund von Absichten, die noch durch keinerlei äußere Handlungen erwiesen seien. Käme es dagegen wenigstens zu einer Ausführungshandlung, so genüge das als Manifestation des rechtswidrigen Entschlusses

³⁹ BGHSt 8, 205/212.

⁴⁰ Im Prinzip gebilligt von BayObLGSt 1962, 119/120, soweit es § 40 StGB betrifft, dagegen enger (nämlich „unmittelbare“ Beziehung zur versuchten oder vollendeten Tat fordernd) bei § 13 LebensmittelG; vgl. auch BayObLGSt 1962, 299/300. Unentschieden noch BGH NJW 1955, 1327 bezüglich Fahrzeug, mit dem der Täter das Opfer zum Ort der Notzucht bringt. Zustimmend zu BGHSt 8, 205/212 JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 2, LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 3 c, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 12, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 4 B.

⁴¹ RGSt 59, 250: Einziehung von Feilen und sonstigen Gerätschaften, die lediglich zur Anfertigung von Einbruchswerkzeugen gebraucht wurden, abgelehnt, da sie lediglich einer Vorbereitungshandlung dienten; ähnlich ablehnend RGSt 68, 42, wo das Fahrrad dem Schmuggler lediglich zur Fahrt an die Grenze und zur Herbeiführung eines Fahrzeuges zum Fortschaffen des Schmuggelguts dienen sollte.

⁴² So treffend LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 10. Näher zum Ganzen unten S. 324 ff.

⁴³ Grundlegend RGSt 27, 243; im Prinzip bestätigt in RGSt 36, 145/7 f.; 49, 208/210, RG GA 47, 382/3 und DStRZ 1916, 80. Ferner gebilligt von BayObLGSt 1918, 46, BINDING, Grundriß S. 260 und (bis zur 9. Aufl.) OLSHAUSEN, § 40 Anm. 9.

selbst dann, wenn der Versuch als solcher nicht strafbar ist; denn damit sei die Bestimmung der fraglichen Gegenstände zum Verbrechen erwiesen⁴⁴.

Diese Ansicht zeigt auf frappierende Weise, wie gefährlich es ist, allein vom Einziehungsobjekt her zu argumentieren und dabei die Anknüpfungstat und ihre spezifischen Erfordernisse zu vernachlässigen. Denn sonst hätte das RG sehen müssen, daß es bei Verzicht auf die selbständige Strafbarkeit des Versuchs nicht nur an einem insoweit strafbaren Täter oder Teilnehmer fehlt⁴⁵, sondern auch die Einziehung auf Handlungsbereiche vorverlegt wird, die der Gesetzgeber noch nicht als sanktionswürdig ansah. Dadurch wird nicht nur der „nulla poena sine lege“-Grundsatz verletzt⁴⁶, sondern auch auf einen gesetzlich mißbilligten Mißbrauch i. S. des Art. 14 I 2, II GG verzichtet. Deshalb wird diese Ausdehnung der Einziehungsvoraussetzungen bis in den straflosen Versuchsbereich hinein heute zu Recht allgemein verworfen⁴⁷.

Mit diesen kurzen Bemerkungen sind freilich zunächst nur die täterbezogenen Elemente der Anknüpfungstat aufgewiesen. Weitere Einschränkungen des Einziehungstatbestandes werden sich aus der Umgrenzung des gegenständlichen Sanktionsbereichs ergeben⁴⁸.

C) Die Relevanz der Eigentumsverhältnisse⁴⁹

I. Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt

1. Es liegt auf der Hand, daß die Einziehung als tätergerichtete Strafsanktion ihr Ziel nur dann erreichen kann, wenn sie den Täter auch tatsächlich als

⁴⁴ So insbes. RGSt 27, 243, BayObLGSt 1918, 46. Was speziell die Wildereidelikte anlangt, könnte man die Fragestellung allerdings mit dem Hinweis entschärfen, daß z. B. der Tatbestand des § 292 StGB selbst schon im Merkmal des „Nachstellens“ bestimmte Versuchshandlungen erfaßt (SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 292 Rdnr. 5).

⁴⁵ Ein Erfordernis, das die Rechtsprechung sonst immer wieder zur Beschränkung der Einziehung auf Versuchstäter bemüht hat: RGSt 16, 268/9; BGH NJW 1955, 1327; vgl. auch BGHSt 13, 311/3 f.

⁴⁶ Weshalb KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. V zu Recht hiergegen rechtsstaatliche Bedenken geltend macht.

⁴⁷ BGHSt 13, 311/3, HAPPE, RpfL 1951, 469, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 2, KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. V, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 3, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 5 A. Scharf abl. auch schon FRANK, § 40 Anm. II, GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 282 f., M. E. MAYER, AT S. 475, OLSHAUSEN, § 40 Anm. 8.

⁴⁸ Vgl. dazu insbes. die §§ 16 und 17 sowie den nachfolgenden Text.

⁴⁹ Hier geht es zunächst nur um die Frage, nach welchen zeitlichen Kriterien das Eigentum des Täters an den einziehungsverstrickten Gegenständen zu beurteilen ist, wobei hier zunächst stillschweigend vom sachenrechtlichen Eigentumsbegriff des BGB ausgegangen werden kann. Daß dieser jedoch durch die Einziehung wirtschaftlicher Faktoren noch eine gewisse Modifizierung zu erfahren hat, wird unten S. 308 ff. noch näher zu erörtern sein.

Eigentümer der betroffenen Gegenstände trifft. Das setzt voraus, daß der Täter nicht nur im Zeitpunkt der Anordnung, sondern auch im Zeitpunkt ihrer Wirkung noch das Eigentum innehat⁵⁰.

Deshalb wäre es zweckmäßig, den für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse maßgeblichen Zeitpunkt mit dem der Einziehungswirkung möglichst nahe zusammenfallen zu lassen; denn andernfalls wäre es für den Täter ein leichtes, sich vor Eintritt der Einziehungswirkung noch rasch der verstrickten Gegenstände zu entäußern⁵¹.

Sicherlich könnte man dem dadurch rigoros einen Riegel vorschieben, daß man die dem Tatbeteiligten zur Zeit der Tatbegehung gehörenden Einziehungsobjekte ipso iure mit der Tat auf den Staat übergehen ließe, also die gesamte Beurteilung des tätergerichteten Einziehungseffektes allein auf den Tatzeitpunkt abstellt. Dies war in der Tat der bis ins letzte Jahrhundert praktizierte Standpunkt⁵², den LOBE⁵³ sogar noch in das StGB hineinlesen wollte⁵⁴. Doch trotz seiner praktischen Vorzüge —, denn daß damit ein Höchstmaß an Absicherung der Einziehung erreicht werden kann, läßt sich nicht leugnen —, erscheint es höchst fraglich, ob ein derartiger Verwirkungsautomatismus noch in ein Strafrecht hineinpaßt, das nicht mehr nur blinde Sanktionen verhängen,

⁵⁰ Daß die Feststellung des Eigentums bzw. des Eigentümers dem einziehenden Gericht obliegt (OLG Braunschweig NdsRpfl. 1952, 88/9) und nicht dem Zivilrichter überlassen werden kann, sollte eigentlich selbstverständlich sein, ist es jedoch offenbar nicht, wie sich an LG Frankfurt JW 1933, 868 (m. krit. Anm. BLAU) gezeigt hat.

⁵¹ Über die Wirksamkeit derartiger Veräußerungen EWALD, ZStW 48, 197 ff. Diese Form der Einziehungsverteilung wird vor allem dort verlockend erscheinen, wo die Einziehung nicht durch die Möglichkeit einer Ersatzeinziehung (dazu unten § 18) abgesichert ist. Zu der Frage, ob sich der Täter dadurch nach § 288 StGB (Vollstreckungsverteilung) strafbar macht, vgl. RGSt 15, 164; 21, 54 ff.; krit. dazu NAGLER, LK, 6. Aufl., § 40 Anm. III 2. Selbstverständlich wäre der Zweck der tätergerichteten Einziehung als Strafe gerade diesem Täter gegenüber auch dann vereitelt, wenn die Einziehung dem Dritterwerber gegenüber durchgreifen könnte. Zu dieser offenbar von § 41 a I 1 StGB angestrebten Absicherung der Sanktion (vgl. E 1962 mit Begr. S. 249 zu § 117, ferner SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 a Rdnr. 3 ff.) vgl. auch unten S. 227 f. und 233 f. sowie (soweit der Dritte völlig gutgläubig) S. 371 f.

⁵² So schon vom römischen Recht (vgl. oben S. 14 ff.) bis herauf in die Partikulargesetzbücher des vergangenen Jahrhunderts; vgl. RGSt 15, 164/6; 21, 54; 30, 413/7 ff.; ferner HAGEMANN, DStrZ 1918, 363, LOBE, LK, 4. Aufl., § 40 Anm. 6, VORBERG, S. 107 ff. Eingehende Erörterung des Streitstandes bei WIENES, S. 4 ff.

⁵³ LK, 4. Aufl., § 40 Anm. 6 und 9, der dem Einziehungsanspruch nur deklaratorische Bedeutung beimessen wollte. Ebenso schon JOHN, ADStRZ 12, 65. So de lege ferenda noch NAGLER, LK, 6. Aufl., § 40 Anm. II 3, III 2.

⁵⁴ Auf das gleiche Ergebnis laufen jene Auffassungen hinaus, die dem Einziehungsurteil zwar konstitutive Wirkung einräumen, diese jedoch rückbeziehen auf den Zeitpunkt der Tatbegehung: so vor allem OETIKER, Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 162 f., DERS. in GS 92, 41, da der öffentlichrechtliche Anspruch des Fiskus auf das Konfiskandum durch die Straftat entstanden sei. Ihm folgend VORBERG, S. 111 und J. WEBER, S. 37 ff. Vgl. auch RGSt 51, 319/322, wonach durch die Tat dem Staat ein von der Bedingung der Rechtskraft des Einziehungsurteils abhängiger Anspruch auf Einziehung entsteht.

sondern mit gezielten, dem Richter in die Hand gelegten Mitteln auf den Täter einwirken will⁵⁵. Für ein derartiges Strafsystem, das die Wirkung der Sanktion den Umständen des Einzelfalles anzupassen und in das Gesamtbild der Strafzumessung einzuordnen sucht, erscheint es jedenfalls weitaus angemessener, für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse nicht den Zeitpunkt der Tat, sondern, wie dies jetzt durch § 40 II Nr. 1 StGB erfreulich klargestellt wird, den der tatrichterlichen Einziehungsanordnung entscheidend sein zu lassen⁵⁶. Denn einerseits kann der Richter nur auf diese Weise davor bewahrt werden, seine Entscheidung noch an tatsächlichen Verhältnissen ausrichten zu müssen, die, etwa wegen Veräußerung der Sache an einen gutgläubigen Dritten, längst überholt sind. Und andererseits ist ihm dadurch die Möglichkeit gegeben, die Einziehung u. U. auch auf Tatwerkzeuge zu erstrecken, die zwar noch nicht bei der Tat, wohl aber im Zeitpunkt der Entscheidung im Alleineigentum des Täters stehen.

2. Dieser Standpunkt hat zur Folge, daß der Einziehung dann auch keine auf den Zeitpunkt der Tat bezogene Rückwirkung mehr zukommen kann. Wenn überhaupt, so könnte die Rechtskraft der Einziehung dann allenfalls noch auf den Zeitpunkt ihrer Anordnung rückwirken, etwa in dem Sinne, daß das Eigentum an den betroffenen Gegenständen als bereits im Zeitpunkt des tatrichterlichen Urteils auf den Staat übergegangen gilt⁵⁷. Ob das zu befürworten wäre⁵⁸, hängt in erster Linie von praktischen Gesichtspunkten ab. Zur Verhinderung einer Sanktionsvereitelung wäre dieser Weg nicht unbedingt geboten; denn wenn der betroffene Gegenstand nach dem Einziehungsausspruch an einen gutgläubigen Dritten veräußert wurde, so könnte daran eine rückwirkende Kraft der Einziehung genausowenig etwas ändern, wie wenn dies

⁵⁵ Zu Recht hat deshalb schon FRANK, § 40 Anm. IV 1, die Existenz der fakultativen Einziehung gegen LÖBES Auffassung ins Feld geführt.

⁵⁶ Vgl. auch § 40 a StGB, § 18 II Nr. 1, 19 OWiG. So im Ergebnis überwiegend auch schon die bisherige Rspr. und Lehre: vgl. u. a. RGSt 16, 114/7 f.; 53, 181/3; BGHSt 8, 205/212 (wo allerdings etwas vage nur von „Hauptverhandlung“ die Rede ist; aber richtig, daß bei Zurückverweisung wiederum die neue tatrichterliche Würdigung entscheidend ist: vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 26); aus dem Schrifttum vgl. JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 4, MAURACH, AT S. 702, SCHWABE, S. 24 ff. — Dagegen brauchte der AE wegen der Unterschiedslosigkeit der Einziehung (§ 88) auf diese Frage ohnehin keine Antwort zu geben.

⁵⁷ Nur am Rande sei als heute völlig unstrittig bemerkt, daß der Einziehung auf jeden Fall *eigentumsübertragende Wirkung* zukommt: so jetzt ausdrücklich § 41 a I StGB, § 22 I OWiG. Die demgegenüber gelegentlich vertretene Auffassung, daß die Einziehung nur ein Forderungsrecht begründe (so OPPENHOFF, § 40 Anm. 16, später u. a. KÖHLER, Strafrecht S. 611, FRANK, § 40 Anm. IV 3 und PETERS, Strafprozeß, 1. Aufl. S. 479; and. 2. Aufl. S. 517), konnte sich schon wegen ihrer praktischen Schwierigkeiten nicht durchsetzen; vgl. statt aller JAGUSCH, LK, § 40 Anm. IV, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 41, WIENGES, S. 4 ff. m. weit. Nachw.

⁵⁸ So JAGUSCH, LK, § 40 Anm. IV, der sich dabei jedoch zu Unrecht auf eine angeblich „überwiegende Meinung“ beruft; denn vgl. demgegenüber die Nachw. in Anm. 60.

erst nach ihrer Rechtskraft, aber vor der Besitzerlangung durch den Staat geschehen wäre⁵⁹. Deshalb dürfte es um der Klarheit der Regelung willen vorzuziehen sein, den Eigentumsübergang mit Rechtskraft der Einziehung *ex nunc* eintreten zu lassen⁶⁰ und der Gefahr der Vereitelung durch eine Beschlagnahme (§ 94 StPO)⁶¹ oder ein Veräußerungsverbot (§ 136 BGB)⁶² vorzubeugen. Wenn trotzdem noch Lücken bleiben, braucht deswegen das Sanktionssystem noch nicht zusammenzubrechen.

II. Zur Haftung des Erben

Ein derartiger Verzicht auf Perfektion erscheint noch weitaus dringlicher bei der *Einziehungshaftung des Erben*.

Gemeint sind die Fälle, in denen der Täter bereits vor dem Ausspruch bzw. vor Rechtskraft der Einziehung verstorben ist und damit die tatverstrickten Gegenstände nunmehr im Eigentum eines (tatunbeteiligten) Erben stehen⁶³. Obgleich hier ein Täter oder Teilnehmer, der als solcher strafbar wäre, nicht mehr vorhanden ist, soll nach der bislang h. M.⁶⁴ die Einziehung im Wege des

⁵⁹ Denn der zivilrechtliche Gutgläubenschutz (§§ 929, 932 BGB) gilt auch gegenüber dem Staat als Eigentümer des Einziehungsobjekts; vgl. § 415 S. 3 RAO; EWALD, ZStW 48, 195 ff., HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 415 Anm. IV, NAGLER, LK, 6. Aufl., § 40 Anm. III 2. Vgl. ferner RGSt 15, 164; 30, 413/9 f.; 67, 204/5 f., RG GA 54, 303, zu Fällen, in denen die Einziehung durch Veräußerung an gutgläubige Dritte vereitelt werden sollte.

⁶⁰ So im Anschluß an die st. Rspr. (vgl. RGSt 15, 164/7; 18, 43/4; 49, 127/135; 66, 85/7; BGHSt 2, 337; 4, 62/5; 4, 305/6) und Lehre (GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 451, RUNGE, GA 72, 31 ff., SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 41) jetzt auch § 41 a I StGB, § 22 I OWiG. Demgegenüber hatten einzelne Sondergesetze den Zeitpunkt der Beschlagnahme; dazu RGSt 37, 15 ff., BGHSt 4, 62/5.

⁶¹ Dazu OLG Bremen NJW 1951, 675, OLG Frankfurt NJW 1952, 1068, OLG Hamm VRS 32, 32/3 f.

⁶² So jetzt auch § 41 a III StGB, § 22 III OWiG; §§ 87 II, 90 II AE; näher dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 a Rdnr. 5, SCHWARZ-DREHER, § 41 a Anm. 2, GÖHLER, OWiG, § 22 Anm. 6.

⁶³ Davon ist der Fall zu unterscheiden, daß der Täter erst nach Rechtskraft des Einziehungsurteils stirbt; denn da bereits mit Eintritt der Rechtskraft der betroffene Gegenstand auf den Staat übergeht (vgl. oben bei Anm. 60), fällt dieser überhaupt nicht mehr in den Nachlaß; vgl. JAGUSCH, LK, § 40 Anm. V.

⁶⁴ So insbes. nach RGSt 53, 181 ff. (m. Anm. DICKEL, JW 1919, 584); 74, 41 ff., 326/8; OLG Hamburg GA 64, 380/1; so u. a. auch schon OPPENHOFF, § 40 Anm. 16, § 42 Anm. 7, OLSHAUSEN, § 42 Anm. 4, J. WEBER, S. 38 ff., CLAUSNITZER, JW 1939, 513 f., OTTER, DStR 1939, 270 ff. (speziell zum Devisenstrafrecht), HAAS, DStR 1941, 122 ff. sowie — von seinem Standpunkt (oben Anm. 53) folgerichtig — LÖBE, § 40 Anm. 6, § 42 Anm. 4; aus dem neueren Schrifttum vgl. u. a. HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. IX, KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. VII; SCHÄFER, in LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 4 a vor § 430, Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar, § 430 Rdnr. 5, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 40 Anm. 4 B, § 42 Anm. 3. Vgl. aber demgegenüber jetzt § 41 b StGB und § 23 OWiG; dazu unten S. 221.

selbständigen Verfahrens noch nachträglich gegen den Erben möglich sein, und zwar gleichgültig, welche Ziele damit verfolgt werden, also auch dann, wenn die Sanktion ausschließlich Strafcharakter hat⁶⁶. Dieses Vorgehen gegen den Erben soll jedoch keineswegs als ein Fall der Dritteinziehung zu verstehen sein; denn sonst wäre sie selbstverständlich überall dort unzulässig, wo es an einer ausdrücklichen Einbeziehung des Dritteigentums fehlt oder die besonderen Voraussetzungen der Dritteinziehung nicht gegeben sind⁶⁶. Deshalb erklärt man die strafrechtliche Einziehungshaftung des Erben als eine Fortwirkung des tätergerichteten Einziehungsanspruchs: Der Erbe als solcher solle nicht bestraft werden, sondern lediglich die Folgen dafür tragen, daß ihm der Erblasser einen mit seiner Schuld belasteten Gegenstand überlassen hat⁶⁷.

Dieser Standpunkt erscheint heute nicht mehr haltbar. Nicht nur, daß er auf einem verfehlten Verwirkungsbegriff beruht. Auch mit dem Schuldprinzip gerät er in Konflikt. Denn selbst wenn man etwa der Verwirkung des Tatwerkzeugs eine über den Tod des Täters fortlebende, gegenstandsverhaftete Wirkung zusprechen wollte, so könnte das doch auch dem Erben gegenüber nicht zu einem ipso-iure-Verfall an den Staat führen, sondern lediglich zur Beseitigung des grundrechtlichen Eigentumsschutzes. Das aber bedeutet, wie an anderer Stelle bereits ausgeführt⁶⁸, daß der staatliche Zugriff auf den betroffenen Gegenstand immer noch der besonderen sachlichen Legitimation bedarf. Dafür würde es, jedenfalls soweit es um eine pönal motivierte Einziehung geht, nicht genügen, sich auf die Tat des Erblassers zu berufen. Denn ihm gegenüber kommt eine Strafe nicht mehr in Betracht; statt dessen aber sein Verschulden dem tatunbeteiligten Erben anzulasten, würde auf eine *strafrechtliche Sippenhaft* hinauslaufen. Darüber vermag auch der euphemistische (und letztlich nichtssagende) Terminus einer bloßen „strafrechtlichen Haftung“ des Erben nicht hinwegzutäuschen.

Wenn dies nicht immer in voller Klarheit erkannt wird, dann wohl nicht zuletzt deshalb, weil auch hier der Blick oft noch von einem antiquierten und mit Emotionen beladenen *Makeldenken*⁶⁹ getrübt scheint: Man hat das noch blutende Messer vor Augen, mit dem der auf der Flucht erschossene Mörder

⁶⁶ Das wurde mit Berufung auf die Motive zu § 42 StGB vor allem in RGSt 53, 181/3; 74, 41/2 und von HAAS, DStR 1941, 122 f. betont. Im Ergebnis richtig dagegen OLG Neustadt MDR 1961, 253 bzgl. Mehrerlösabführung, da es sich hier um einen schuldindifferenten Vermögensausgleich handelt (vgl. unten S. 284 ff.).

⁶⁷ Dieser begriffliche und sachliche Unterschied zwischen der Einziehung gegenüber dem Erben und den echten Dritteinziehungsfällen ist vor allem bei HAAS, DStR 1941, 126 ff. (gegenüber der abweichenden Auffassung von TUROWSKI, DevArch. 1938, 1073 f. und DJ 1939, 457 f. sowie in RGSt 74, 326) sehr prägnant herausgearbeitet.

⁶⁸ So vor allem LOBE, LK, 4. Aufl., § 40 Anm. 6, § 42 Anm. 4 und HAAS, DStR 1941, 122 ff.

⁶⁹ Oben S. 188 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu die Kritik oben S. 123 ff.

⁷¹ Vgl. bereits FRANK, § 40 Anm. III, ferner JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 4, § 42 Anm. 3 b aa, LACKNER-MAASSEN, § 42 Anm. 2, SAX, in KMR, § 430 Anm. 3 b, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 29, § 42 Rdnr. 7.

ein Opfer getötet hat. Statt dessen denke man einmal an den zu einer Zollhinterziehung benutzten PKW; dort ist — auch jenseits aller Verhältnismäßigkeitserwägungen — nicht mehr einzusehen, warum die schuldlosen Erben die strafweise Einziehung des PKW schon allein deshalb sollten hinnehmen müssen, weil dies dem tatbeteiligten Erblasser gegenüber möglich gewesen wäre. Hier ist jede Strafeinziehung fehl am Platze.

Deshalb ist mit einer im Vordringen begriffenen Meinung⁷⁰, die sich jetzt auch auf die Differenzierung in § 41 b StGB bzw. § 23 OWiG stützen kann⁷¹, die Einziehung gegenüber dem Erben jedenfalls dann zu unterlassen, wenn sie nur aus strafweisen Erwägungen zu rechtfertigen wäre⁷². Im übrigen zeigt dieser Streitpunkt einmal mehr, wie wenig das selbständige Einziehungsverfahren für strafweise Sanktionen taugt⁷³.

§ 13 DIE „STRAFAHNLICHE“ DRITTEINZIEHUNG

A) Der Problembereich

Im Gegensatz zu der zuvor erörterten Strafeinziehung gegenüber Tatbeteiligten gerät man bei der sog. „strafähnlichen“ Dritteinziehung auf ein recht fragwürdiges Gelände.

Unter *Dritteinziehung* sollen dabei im folgenden alle Fälle verstanden werden, in denen die Einziehung ohne Rücksicht auf die an den tatverstrickten Gegenständen bestehenden Eigentumsverhältnisse zulässig ist⁷⁴, dadurch also auch solche Personen (allein- oder mit-)betroffen werden, die an sich straf-

⁷¹ Vgl. oben S. 53.

⁷² Um diese Beschränkung der selbständigen Einziehung zu erreichen, darf daher zu den „tatsächlichen“ Verfolgungshindernissen i. S. der § 41 b I StGB bzw. § 23 I OWiG keinesfalls der Tod des Täters gerechnet werden (so im Ergebnis auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 b Rdnr. 5, SCHWARZ-DREHER, § 41 b Anm. 3 B; im Prinzip wohl anders GÖHLER OWiG, § 23 Anm. 3). — Bei der sicherungsbedingten Einziehung hingegen bestehen diese Bedenken nicht, da es dort auf die Eigentumsverhältnisse ohnehin regelmäßig nicht ankommt; vgl. unten S. 248, 283.

⁷³ Vgl. oben Anm. 11.

⁷⁴ Daraus folgt, daß hier die Eigentumsfrage naturgemäß nicht die gleiche Rolle spielt wie bei der auf das Eigentum des Täters beschränkten Strafeinziehung (vgl. oben S. 216 ff.) und deshalb auch durch Veräußerung des betroffenen Gegenstandes die Einziehung nicht notwendig vereitelt wird (vgl. RGSt 62, 49 ff.; 69, 32/4; OLG Bremen NJW 1951, 675). Dennoch sind bei der strafähnlichen Dritteinziehung die Eigentumsverhältnisse nicht völlig unerheblich, so vor allem dann nicht, wenn die Dritteinziehung von bestimmten personbezogenen Kriterien (z. B. vom quasi-schuldhaften Verhalten des Dritteigentümers) abhängt, wie das heute § 40 a StGB und § 19 OWiG voraussetzen. Denn danach muß dann der fragliche Gegenstand zum Zeitpunkt der Einziehungsanordnung im Eigentum des betroffenen Dritten stehen. Deshalb gilt — bezogen auf die Person des Dritteigentümers — das zur Beurteilung der Eigentumsverhältnisse bei der tätergerichteten Einziehung Ausgeführte (oben aaO) entsprechend auch hier.

weise nicht zur Verantwortung gezogen werden könnten, da ihnen eine Tatbeteiligung i. S. der §§ 47 bis 50 StGB nicht nachweisbar ist.

Einer derartigen Sanktion kommt jedenfalls dann eine *strafähnliche* Bedeutung zu, wenn sie vergeltend oder abschreckend auf die Person des betroffenen Eigentümers einwirken will, zumindest also auch von repressiv personbezogenen Motiven bestimmt ist. Wann dies im Einzelfall anzunehmen ist, läßt sich nur bis zu einem gewissen Grade aus der abstrakten Fassung der entsprechenden Einzelbestimmung herleiten; denn nach der hier vertretenen individuell-finalen Einziehungskonzeption wird es letztlich auch immer noch auf die konkrete Zielsetzung ankommen, die der Richter mit der verhängten Sanktion verfolgt². Für den Regelfall wird man jedoch sagen können, daß überall dort, wo die Dritteinziehungsklausel weder allein durch ein objektbezogenes Sicherheitsbedürfnis³ noch durch ein reparatives Ausgleichsinteresse⁴ zu rechtfertigen ist, der Gesetzgeber sich von Zielen hat leiten lassen, wie sie auch für die echte Strafeinziehung gegenüber Tatbeteiligten typisch sind: sei es, daß er dem in der Überwachung seiner Sachen nachlässigen Eigentümer einen Denkkzettel geben, oder sei es, daß er zur Abschreckung der Allgemeinheit ein Exempel statuieren wollte. Daß man sich heute nicht mehr scheut, unter diesen Umständen wenigstens von einer „*strafähnlichen*“ Dritteinziehung zu sprechen⁵, nachdem man lange genug mit fragwürdigen Makelgedanken und antiquierten Sach- und Dritthaftungstheorien auszukommen versuchte⁶, ist immerhin als ein Teilsieg terminologischer Ehrlichkeit zu begrüßen — auch wenn damit, wie sich zeigen wird, noch nicht die volle Wahrheit gesagt ist.

Die Fälle der „*strafähnlichen*“ und damit konsequenterweise auch entschädigungslosen Dritteinziehung⁷ sind heute dadurch gekennzeichnet, daß sie eine quasi-schuldhaftige Beziehung des Dritteigentümers zu der einziehungs-begründenden Tat voraussetzen⁸.

² Vgl. oben S. 93 ff. und S. 141 f.

³ Dazu oben S. 118 ff. und unten S. 253 ff. Dies wird regelmäßig bei der Dritteinziehung ungefährlicher Gegenstände der Fall sein: vgl. dazu die zahlreichen Gesetzesnachweise bei DIETRICH, S. 89 f. ⁴ Dazu oben S. 120 ff. und unten S. 284 ff.

⁵ So im Anschluß an HARTUNG, NJW 1949, 769 u. a. OLG Koblenz NJW 1950, 79, CREIFELDS, JR 1955, 407, DIETRICH, S. 20, JESCHECK, AT S. 525, KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. I, LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 1, RÜMELIN, ZfZ 1961, 210, SCHAFHEUTLE, Niederschriften XII S. 209 (bzgl. der Mehrerlösabführung), SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 4 (vgl. aber auch 14. Aufl. § 40 a Rdnr. 1 f.), STREE, Deliktsfolgen S. 112 und jetzt ausdrücklich auch die Amtl. Begr. zum EGOWiG S. 52. Im gleichen Sinne BODE, Ordnungswidrigkeiten S. 43, NJW 1969, 1052 f., GÖHLER, OWiG, Vorbem. 2 B vor § 18, KRÖNER, NJW 1959, 83, LANGEN, AWG, § 39 Anm. 4, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 2, WUTTKER, SchlHA 1968, 252. Ähnliche Gedankengänge schon bei RUNGE, GA 72, 26 ff. Vgl. ferner die Nachw. unten in Anm. 42. ⁶ Näheres oben S. 77 ff.

⁷ Denn die Gründe, aus denen die Entschädigung versagt werden kann, entsprechen genau denen, die auch bereits die Rechtfertigung der Dritteinziehung begründen: vgl. § 41 c II StGB, § 24 II OWiG; näher unten S. 368 f.

⁸ Vgl. jetzt § 40 a StGB, § 19 OWiG. Wie an anderer Stelle (oben S. 28, 36 ff.)

Im wesentlichen sind es drei Kriterien, die nach den Vorstellungen des E 1962 für die Zulässigkeit der aus einem Fehlverhalten des Eigentümers begründeten Dritteinziehung maßgeblich sein sollen: Zum einen das vorwerfbare Beitragen zur Tatbegehung (*Beihilfe-Kriterium*); zum anderen das verwerfliche Vorteilziehen aus der Tat (*Ausnutzungs-Kriterium*); zum dritten der verwerfliche Erwerb der Sache nach der Tat (*Erwerbs-Kriterium*).

Ogleich von diesen Kriterien nur die Beihilfe- und die Erwerbsklauseln in das EGOWiG übernommen wurden, sei hier doch auch die Ausnutzungsklausel noch in die Betrachtung mit einbezogen. Nicht nur, weil auch diese Klausel noch keineswegs endgültig ad acta gelegt scheint, sondern weil gerade an diesem Extrem die Fragwürdigkeit der strafähnlichen Dritteinziehung und ihres Ansatzpunktes mit am deutlichsten zum Ausdruck kommt. Demgemäß ist für die weiteren Erörterungen von folgenden Quasi-Verfolgungskriterien auszugehen: Ein die Einziehung rechtfertigendes Fehlverhalten des Dritteigentümers soll vorliegen, wenn dieser entweder

- a) „wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist“ (Beihilfe-Klausel: § 40 a Nr. 1 StGB; auch § 19 Nr. 1 OWiG, § 113 II Nr. 2 a E 1962)⁹ oder
- b) „die Gegenstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat“ (Erwerbs-Klausel: § 40 a Nr. 2 StGB; auch § 19 Nr. 2 OWiG, § 113 II Nr. 2 b E 1962) oder
- c) „aus der Tat in verwerflicher Weise einen Vermögensvorteil gezogen hat“ (Ausnutzungs-Klausel: § 113 II Nr. 2 b E 1962)¹⁰.
- d) Ferner wird hierher der Fall des § 41 a II 2 StGB bzw. des § 22 II 2 OWiG zu rechnen sein, wonach in den unter a und b genannten Voraussetzungen das entschädigungslose Erlöschen von Drittrechten angeordnet werden kann¹¹.

bereits näher dargestellt, finden sich die ersten Ansätze, die ursprünglich unbeschränkten Dritteinziehungsvorschriften durch Quasi-Verschuldenskriterien einzuschränken, schon in der Wirtschafts- und Steuergesetzgebung der 30er Jahre. Nach deren Übernahme in das WiStG 1949 (§ 40) und OWiG 1952 (§ 19) war damit zugleich der Grund gelegt für den vom BGH entwickelten Rechtfertigungskatalog, der über den E 1962 (§§ 113, 114) dann schließlich auch im geltenden Recht seinen Niederschlag fand.

⁹ Darüber hinausgehend wollte § 113 II Nr. 2 a E 1962 die Dritteinziehung auch noch auf Grund anderer, mit der Haupttat oder ihrer Vorbereitung zusammenhängender rechtswidriger Taten (sog. *Zusammenhangstaten*) zulassen; vgl. dazu Sonderausschuß V/54, Sitzung S. 1036 ff., 1040.

¹⁰ Diese Klausel des E 1962, die übrigens u. a. bereits in § 414 II Nr. 2 b RAO 1961 und § 39 II Nr. 26 AWG 1961 geltendes Recht geworden war, wurde, wie zuvor erwähnt, vom EGOWiG fallengelassen (vgl. Sonderausschuß V/54, Sitzung S. 1036 ff., 1044).

¹¹ Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 4 vor § 40, § 41 a Rdnr. 10.

Die Kritik dieser Dritteinziehungsgründe hat auf zwei Ebenen anzusetzen: Zunächst soll es nur um die verfassungsrechtliche Frage gehen, inwieweit diese Kriterien eine die Eigentumsgarantie beseitigende Verwirkungs-*causa* abgeben (B). Im Anschluß daran werden dann die spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkte zu erörtern sein (C).

B) Die grundrechtliche Verwirkungsproblematik

I. Was die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der hier in Frage stehenden Dritteinziehungsfälle speziell gegenüber Art. 14 GG anlangt, gilt es im wesentlichen nur die Schlußfolgerungen aus den im allgemeinen Teil erarbeiteten Grundsätzen zu ziehen.

In *formaler* Hinsicht läßt sich die Barriere der Eigentumsgarantie mit Hilfe der Schrankensetzbefugnis des Art. 14 I 2 GG übersteigen, da damit dem Gesetzgeber auch das Recht zu Eigentumsentziehungen eingeräumt ist¹².

Auch was die Frage nach der *materiellen* Verwirkung des Grundrechtsschutzes betrifft, erheben sich keine prinzipiellen Schwierigkeiten. Denn auch der Umstand, daß der Dritteigentümer selbst nicht — jedenfalls nicht in strafrechtlich verantwortlicher Weise — an der einziehungsbegründeten Tat mitgewirkt hat, vermag eine Verwirkung nicht zu hindern, sofern ihm nur der Mißbrauch seines Eigentums durch die Tatbeteiligten zurechenbar ist¹³. Ob dafür freilich schon allein seine sachenrechtliche Beziehung zu dem tatverstrickten, aber an sich ungefährlichen Gegenstand ausreicht, ist zweifelhaft. Wollte man dies genügen lassen und damit den Eigentümer praktisch für alles verantwortlich machen, was auch ohne sein Wissen und Zutun mit seinen Sachen geschieht, so liefe die Verwirkung auf eine Art Gefährdungshaftung hinaus, was letztlich zu einer völligen Aushöhlung der Eigentumsgarantie führen müßte. Auch wäre es mit der Menschenwürde nicht vereinbar, daß staatliche Sanktionen und Eingriffe selbst den sollten treffen dürfen, dem ein mißbräuchlicher Vorgang oder Störungszustand weder strafrechtlich noch sonstwie persönlich zurechenbar ist¹⁴.

Deshalb könnte weder eine „dingliche“ noch eine sonstige „Garantenhaftung“ des Eigentümers¹⁵ eine Verwirkung zu Lasten des Dritteigentümers

¹² Vgl. oben S. 166 ff.

¹³ Vgl. oben S. 184 f.

¹⁴ Vgl. DÜRIG, AöR 81, 137 f.; STREE, Deliktsfolgen S. 107. Dieser Gedanke, daß ein Grundrechtseingriff nicht von einem unbeeinflussbaren Drittverhalten abhängig gemacht werden darf, klingt auch bereits in einer der ersten Dritteinziehungsentscheidungen des BGH an, wenn er die Einziehung gegenüber dem Vertretenen nicht schon allein aus einer Steuerstraftat des Vertreters für gerechtfertigt ansieht: „Vielmehr muß ein in seiner (des Eigentümers) Person liegender besonderer Umstand hinzutreten...“ (BGHS: 2, 320/3).

begründen¹⁶, geschweige ein der Sache objektiv anhaftender Tatmakel¹⁷. Vielmehr muß der verwirkungsbegründende Eigentumsmißbrauch auch in irgendeiner Weise auf die Verantwortlichkeit des Dritteigentümers rückführbar sein. Deshalb wird im folgenden zu prüfen sein, ob und inwieweit die vorgenannten Dritteinziehungsklauseln diesem Erfordernis genügen.

II. Zwar ist prinzipiell einzuräumen, daß unter den von § 40 a StGB bzw. § 113 II Nr. 2 E 1962 erfaßten Umständen die Dritteinziehung nicht allein vom objektiven Makel der Strafverstrickung abhängig gemacht wird, sondern auch gegenüber dem Dritteigentümer selbst der Vorwurf des „Mit-im-Spiel-gewesens“ zu erheben ist. Dennoch bleibt fraglich, ob die einzelnen Kriterien in jedem Falle den Mißbrauchserfordernissen der Verwirkungs-*causa* zu genügen vermögen.

I. Was zunächst das *Beihilfe*-Kriterium betrifft, so ist sicher unproblematisch der Fall, daß der Eigentümer seine Sache aus *grob-fahrlässiger Sorglosigkeit* zur Ermöglichung der fremden Tat zur Verfügung gestellt hat¹⁸. Denn hier liegt ein dem Eigentümer auf Grund seines nachlässigen Verhaltens persönlich zurechenbarer Mißbrauch vor¹⁹.

An dieser persönlichen Verantwortung des Dritteigentümers würde es zwar auch dort nicht fehlen, wo die Sache lediglich zur *Vorbereitung* der fremden Tat oder einer *anderen damit zusammenhängenden Tat* gedient hat. Doch fragt es sich, ob hier überhaupt noch ein rechtlich faßbarer Mißbrauch vorliegt. Man braucht sich nur den Fall vorzustellen, daß ein Abschleppunternehmer in leichtfertiger Gutgläubigkeit einem verunglückten Schmugglertrio aus dem Graben hilft und deren PKW in seiner Werkstatt zur Fortsetzung der Grenzfahrt wieder „flott“ macht. Kein Zweifel, daß er seinen Abschleppwagen und sein Werkzeug der Vorbereitung einer Zollhinterziehung

¹⁵ Zu derartigen Rechtfertigungsversuchen des RG und einem Teil der früheren Lehre Näheres oben S. 77 ff.

¹⁶ Abl. bereits BGHS: 1, 351/3 f.; ferner u. a. ZEIDLER, NJW 1954, 1149; GILSDORF, JZ 1958, 686; STREE, Deliktsfolgen S. 107; SCHÖNKE-SCHRÖDER 13. Aufl., § 40 Rdnr. 5; auch DALCKE-SCHÄFER haben in der 37. Aufl. (1961) dem RG die Gefolgschaft aufgekündigt.

¹⁷ Denn hier ist das Fehlen einer verwirkungsbegründenden Beziehung zwischen dem rein gegenständlichen Makel und der persönlichen Verantwortlichkeit des Eigentümers besonders augenfällig. Näheres zum Makelgedanken oben S. 123 ff.

¹⁸ Vgl. etwa BGH bei HERLAN, GA 1955, 80: Die Eigentümerin eines PKW überläßt diesen völlig unbeaufsichtigt ihrem vielfach vorbestraften Geliebten, obwohl sie hätte wissen können, daß er damit strafbare Handlungen (Kaffeeschmuggel) begehen wird. Ähnlich OLG Tübingen ZfZ 1952, 187/9 und OLG Koblenz ZfZ 1957, 249.

¹⁹ Vgl. oben S. 184 ff. — Daß „leichtfertig“ i. S. der in Frage stehenden Einziehungsvorschrift als grobfahrlässig zu verstehen ist, ergibt sich aus der Legaldefinition des § 18 III E 1962. Nach der Rspr. soll allerdings schon leichte Fahrlässigkeit bei der Überwachung des Eigentums ausreichen: OLG Koblenz ZfZ 1957, 249/250; vgl. auch BGHS: 1, 351/4 ff. und RÜMELIN, ZfZ 1961, 209.

dienstbar gemacht hat. Dennoch kann in derartigen Fällen von einem so intensiven und in seiner Gemeinwohlwidrigkeit erfassbaren Eigentumsmissbrauch, der deshalb zu einer Aberkennung des Grundrechtsschutzes berechtigen würde, noch keine Rede sein, ganz abgesehen von der zweifelhaften Frage, was schon (oder noch) als „Vorbereitung“ im Sinne dieser Klausel gelten kann²⁰. Wenn daher die Verwirkung auch nur einigermaßen erkennbare Konturen behalten soll, muß man die bloße Vorbereitungshilfe zu fremden Taten genauso aus dem Einziehungsbereich herauslassen, wie dies bei der tätergerichteten Strafeinziehung hinsichtlich der als solcher nicht selbständig strafbaren Vorbereitungshandlungen anzunehmen war²¹.

Das gilt in verstärktem Maße für die sog. *Zusammenhangstaten* i. S. des § 113 II Nr. 2 a E 1962²². Schon die Tatsache, daß bislang noch niemand überzeugend darzulegen vermochte, was unter dieser Sammelbezeichnung alles verstanden werden kann²³, ist ein Zeichen für die Fragwürdigkeit dieses Anknüpfungspunktes. Zudem kann auch hier der Faden zwischen der vom Dritteigentümer unterstützten Zusammenhangstat und der eigentlichen Anknüpfungstat u. U. so dünn werden, daß von einem verwirkungsrechtfertigenden Mißbrauch des Dritten nicht mehr gesprochen werden kann. Schon um hier von vorneherein klare Verhältnisse zu schaffen, sollte man auch diesen Dritteinziehungsgrund, der erfreulicherweise nicht in den § 40 a StGB aufgenommen wurde, auch künftig völlig aus dem Spiel lassen.

2. Was dagegen die *Erwerbs-Klausel* anbelangt, dürften jedenfalls von der Verwirkungsfrage keine durchschlagenden Bedenken bestehen. Denn hier setzt sich der Dritteigentümer selbst dadurch ins Unrecht, daß er den tatverstrickten Gegenstand in Kenntnis der einziehungsbegründenden Umstände erwirbt²⁴. Wer auf diese Weise bösgläubig die Einziehung gegenüber dem Veräußerer zu vereiteln sucht, kann dafür nicht den Schutz der Eigentums-garantie in Anspruch nehmen. Denn auch diese Art der Rechtserschleichung ist eine Form des Mißbrauchs²⁵.

²⁰ Die Amtl. Begr. gibt dazu nichts her. HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. IV 2 c aa i. V. m. Anm. III 1, will damit beispielsweise auch die Umschließungen und Behältnisse zollpflichtiger Gegenstände erfassen. Von hier ist kaum abzusehen, was sich mit dem Vorbereitungskriterium noch alles anfangen läßt.

²¹ Vgl. oben S. 214 ff.

²² Vgl. oben Anm. 9.

²³ Bezeichnend dafür die Ratlosigkeit in den Beratungen des Sonderausschusses, V/54. Sitzung, S. 1037 ff. GÖHLER als Sachbearbeiter des BMJ nannte als Beispiel den Fall, daß der tatunbeteiligte Eigentümer seinen nach einer entdeckten Schmuggelfahrt beschlagnahmten und mit einem Siegel belegten Wagen dem Schmuggeltäter leichtfertig zum Wegschaffen des Wagens überlasse. Hier müsse der grobfahrlässige Beitrag des Eigentümers zur Ermöglichung des Siegelbruchs als Zusammenhangstat der fremden Zollhinterziehung die Einziehung rechtfertigen können. Diese Deutbarkeit der Bestimmung hat im Sonderausschuß jedoch wenig Beifall gefunden. Auch HARTUNG, Steuerstrafrecht § 414 Anm. IV 2 c aa hält sie für zu vage.

²⁴ Vgl. näher E 1962 Begr. S. 247, HARTUNG, § 414 Anm. IV 2 c cc.

²⁵ Vgl. oben S. 181 ff. Vgl. aber auch die Kritik aus strafrechtlicher Sicht unten S. 233 ff.

3. Um so problematischer erscheint hingegen die *Ausnützungsklausel*, die sich keinesfalls in dem von § 113 II Nr. 2 b vorgeschlagenen Umfang aufrechterhalten läßt. Wohl dürfte sie unbedenklich sein, soweit sie die Fälle *eigenmütziger Begünstigung* und *Hehlerei* erfassen will²⁶; denn auch dort, wo der Eigentümer der tatverstrickten Gegenstände die fremde Tat erst nachträglich zu fördern oder in ihren rechtswidrigen Folgen zu perpetuieren sucht, nimmt er in einem weiteren Sinne noch unterstützend und fortführend teil an der einziehungsbegründenden Anknüpfungstat²⁷. Daher erscheint es gerechtfertigt, ihm den gemeinwohlwidrigen Mißbrauch seines Eigentums ebenso zuzurechnen wie jedem anderen Tatbeteiligten²⁸.

Indes soll sich die Ausnützungsklausel ja gerade nicht nur auf Hehlerei- und Begünstigungsfälle beschränken, sondern das tatverstrickte Dritteigentum auch dann der Einziehung unterwerfen, wenn der Eigentümer lediglich noch einen *Vorteil aus der fremden Tat* ziehen wollte, ohne aber diese selbst noch in irgendeiner Weise zu fördern. Gedacht ist dabei vor allem an den Fall, daß der zunächst völlig arglose Vermieter bei Rückerhalt seines Mietwagens erfüllt, daß dieser zu einer Schmuggelfahrt benutzt wurde, und deshalb nunmehr einen höheren Mietpreis verlangt²⁹. Wenn man hier die Einziehung des Fahrzeugs allein aus dem unlauteren Gewinnstreben des Eigentümers rechtfertigen will, wirft man — jedenfalls vom Blickwinkel der Verwirkung aus — zwei völlig verschiedene Gesichtspunkte durcheinander. Keine Frage, daß der unlautere Gewinn als solcher nicht den Schutz der Eigentums-garantie verdient³⁰. Doch das berührt den fremdhändigen Mißbrauch des Fahrzeugs noch in keiner Weise. Denn selbst wenn man in der Ausnützung der fremden Tat — gewissermaßen in Form eines *dolus subsequens* — deren nachträgliche Billigung durch den Eigentümer sehen könnte, so darf das dennoch nicht in eine dem Eigentümer zurechenbare Beteiligung an dem fremdhändigen Eigentumsmissbrauch umgemünzt werden. Jener Mißbrauch ist abgeschlossen; der Eigentümer kann insoweit — und das unterscheidet diesen Fall von der Begünstigung und Hehlerei — nicht mehr das geringste dazu tun³¹. Ihm

²⁶ Vgl. E 1962 Begr. S. 247.

²⁷ Vgl. die Nachw. oben S. 212 Anm. 27.

²⁸ Über die Zulässigkeit dieses Einziehungsgrundes scheint man sich auch in den Beratungen des Sonderausschusses, V/54. Sitzg., S. 1041 ff., völlig einig gewesen zu sein.

²⁹ So das Beispiel, das GÖHLER als Referent des BMJ für diesen Anwendungsfall der Ausnützungsklausel gegeben hat (Sonderausschuß, V/54. Sitzg., S. 1041). Nach HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. IV 2 c bb ist die Klausel ferner anwendbar auf den Fall, daß der Eigentümer des Einziehungsgegenstandes Schmuggelware zu besonders günstigem Preis erworben hat, ohne daß ihm Steuerhehlerei nachzuweisen wäre. Demgegenüber waren die amtlichen Begründungen zu dieser Klausel bislang nicht so deutlich, sondern haben immer die Hehlerei- und Begünstigungsfälle in den Vordergrund geschoben (vgl. E 1962 Begr. S. 247, EGOWiGE Begr. S. 55).

³⁰ Vgl. oben S. 183.

³¹ Dieses Fehlen jeglicher Tatförderung wird von GÖHLER verkannt, wenn er meint, daß zwischen den Fällen, in denen der Eigentümer die Verwendung seiner

das Fahrzeug allein wegen der Billigung der fremden Tat wegzunehmen, käme einer Gesinnungsstrafe gleich. Soll das schmarotzerhafte Ausnützen der fremden Tat vergolten werden, so ist dort anzusetzen, worin sich das Fehlverhalten des Eigentümers verkörpert hat: in den unlauteren Vorteilen³². Dafür sein Fahrzeug einzuziehen, wäre nichts anderes, als statt der schmutzigen Hände den makelfreien Fuß abzuschlagen.

Wenn daher die Ausnützungs-Klausel überhaupt legalisiert werden soll³³, so wäre sie auf jene Fälle zu beschränken, in denen sich der Dritteigentümer im Hinblick auf den einziehungsverstrickten Gegenstand einer Begünstigung oder Hehlerei schuldig gemacht hat³⁴.

C) Kritik aus strafrechtlicher Sicht

Mit dem Nachweis eines dem Dritteigentümer zurechenbaren Mißbrauchs ist indes nur die Verwirkungs-*causa* gegeben und damit lediglich die Grundrechtsbarriere des Art. 14 GG beseitigt. Die weitere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen der Staat von diesem Eingriffsrecht Gebrauch machen kann. Dies bestimmt sich, wie an anderer Stelle bereits dargetan³⁵, maßgeblich nach dem spezifischen „modus“ der zu verhängenden Sanktionen: Wo diese etwa Strafzwecke verfolgt, müssen auch die entsprechenden strafrechtlichen Voraussetzungen gegeben sein. Demgemäß hängt auch die Unbedenklichkeit der Dritteinziehung ganz entscheidend von ihrem *Sanktionscharakter* ab.

I. Der materielle Strafcharakter der repressiven Dritteinziehung

Wenn die h. M. die an ein quasi-schuldhaftes Verhalten geknüpfte Dritteinziehung als „strafähnlich“ bezeichnet³⁶, so ist für ihre dogmatische Einordnung letztlich nicht viel gewonnen — allenfalls, daß sie nicht in die Nähe

Sache ermöglicht hat (Beihilfe-Klausel), und den hier in Frage stehenden, in denen er nachträglich billigen Vorteil aus der fremden Tat gezogen hat, nur ein „hauchdünner“ Unterschied bestehe (Sonderausschuß, V/54. Sitzg., S. 1042; ähnlich DREHER, ebd.). Treffend hiergegen A. ARNDT, Sonderausschuß aaO, S. 1042/3, wenn er darauf hinweist, daß das soziale Unwerturteil gegenüber dem Eigentümer nur die Vorteilsverschaffung betreffe, nicht dagegen den fremdhändigen Mißbrauch seines Eigentums. Im gleichen Sinne SCHWARZHAUPT, aaO, S. 1042.

³² Daß die Gewinnverfallsvorschriften dafür u. U. nicht immer ausreichen (dazu GÖHLER, Sonderausschuß aaO, S. 1041 ff.), mag stimmen. Doch das berechtigt deswegen noch lange nicht zu einer fragwürdigen Ausdehnung der Dritteinziehung.

³³ Das EGOWiG hat sie, wie bereits erwähnt, erfreulicherweise nicht übernommen.

³⁴ So auch bereits GALLAS in der Großen Strafrechtskommission, Niederschriften III S. 265; vgl. auch GOSSRAU, ebd. S. 283 sowie unten S. 239 f.

³⁵ Oben S. 188 ff.

³⁶ Vgl. die Nachw. oben in Anm. 5.

der Sicherungsmaßregel, sondern in die Nähe der Strafe zu stellen ist. Doch wie weit nun eigentlich die Verwandtschaft beider geht, worin sie miteinander übereinstimmen und wo nicht, darüber sagt das Etikett der „Strafähnlichkeit“ nichts Genaueres aus. Damit aber bleibt gerade die entscheidende Frage offen: die Frage nach den Voraussetzungen, die für eine derartige Sanktion bestimmend sein sollen. Denn wie bereits erörtert, kann der Gesetzgeber ja nicht einfach irgendwelchen Voraussetzungen irgendeine Sanktion anhängen; vielmehr muß *zwischen beiden Seiten* ein inneres *Korrespondenzverhältnis* bestehen, das sich jedoch nicht allein von den Rechtsfolgevoraussetzungen her bestimmt; vielmehr kann auch die Sanktion ihrerseits je nach der ihr innewohnenden Zielsetzung und Wirkung auf ihre Voraussetzungen einwirken³⁷.

Derartige Rückschlüsse von der Rechtsfolge auf die entsprechenden Rechtsfolge-Voraussetzungen sind naturgemäß nur dort möglich, wo über den Rechtscharakter der in Frage stehenden Sanktion Klarheit herrscht. Deshalb verwundert es nicht, daß die Bezeichnung der Dritteinziehung als „strafähnlich“ gerade in diesem Punkt versagen muß. Die einzige Aussage, die sie zuläßt, ist die, daß dementsprechend auch die Dritteinziehungsvoraussetzungen strafähnlich sein müssen³⁸. Doch in welcher Hinsicht und in welchem Umfang? Und um welche Art von Fehlverhalten des Dritten muß es sich handeln? Mit welchem Grad von Bestimmtheit muß es tatbestandlich umschrieben sein? Und was die subjektive Seite betrifft: genügt dafür bereits ein geringeres Maß oder eine andere, etwa moralische Qualität des Verschuldens? Mit dem Begriff der „Strafähnlichkeit“ jedenfalls wird sich daraus keine klare und verbindliche Antwort geben lassen³⁹.

Um der wahren Rechtsnatur der Dritteinziehung näherzukommen, darf man daher nicht an ihrer vordergründigen und verharmlosenden⁴⁰ Etikettie-

³⁷ Näher dazu oben S. 138 ff.

³⁸ In diesem Sinne ist vor allem GALLAS, Niederschriften III S. 283 ff. für eine möglichst enge Angleichung der Dritteinziehungsgründe an Straftatbestände eingetreten.

³⁹ Deshalb ist es schon von der Ausgangsposition her nicht überzeugend, wenn CREFFELDS die strafähnliche Maßnahme zwar einerseits als graduelles Minus gegenüber der Strafe versteht (JR 1955, 408), andererseits aber postuliert, daß sie, da keine Sicherungsmaßregel, „ihrem Wesen wie ihren Voraussetzungen nach der Anwendung von Verschuldensgrundsätzen“ unterliege (aaO, S. 407 Anm. 43). Welchen Sinn hat es dann, sie zunächst als ein Minus zu begreifen? Spricht das nicht dafür, daß bereits die Prämisse nicht stimmt? Vgl. auch HARTUNG, NJW 1949, 769, wonach die „strafähnliche“ Dritteinziehung bei Amnestie und Rückwirkung gleich der einer Strafe zu behandeln sei. Aber warum eigentlich nur in diesen Fragen und nicht auch in anderen?

⁴⁰ Verharmlosend deshalb, weil man bei einer als „kleine“ Strafe verstandenen Maßnahme leichter geneigt ist, sich dann eben auch mit laxeren Voraussetzungen zu begnügen. Tatsächlich war es ja auch nur auf diesem Wege möglich, sich dem Dritteigentümer gegenüber damit zu begnügen, daß „zwar kein zur Bestrafung ausreichender, aber doch ein anderer die Einziehung rechtfertigender Vorwurf erhoben

rung hängenbleiben, sondern muß nach ihrer tatsächlichen Wirkung und ihrer inneren Zielsetzung fragen; denn nur diese Kriterien können über ihre dogmatische Einordnung verbindlichen Aufschluß geben⁴¹.

Daran gemessen kann aber wohl kein Zweifel sein, daß die hier in Frage stehende *Dritteinziehung nichts anderes ist als eine Strafe*. Denn schon ihrem äußeren Effekt nach steht der von ihr Betroffene um nichts besser da als der formell „Bestrafte“. Nicht anders, als wenn er täterschaftlich verantwortlich wäre, wird ihm sein Eigentum entzogen, gleichgültig, ob dieses als solches gefährlich ist, und gleichgültig, ob es einem Wiedergutmachungsinteresse dient oder nicht. Der einzige Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß der eine formell angeklagt und verurteilt wird, der andere dagegen sein Eigentum gewissermaßen „auf kaltem Wege“ verliert; doch auch ihm gegenüber stützt der Staat die Entziehung auf den Vorwurf eines leichtfertigen oder verwerflichen Verhaltens, sieht also auch in ihm einen „Quasi-Tatbeteiligten“. Deshalb wäre es reiner Formalismus, den Strafeffekt der Dritteinziehung allein deshalb verneinen zu wollen, weil sie nicht auf Grund eines förmlichen Strafverfahrens gegenüber dem Dritten ausgesprochen wird; denn die Art des Verfahrens vermag am Gehalt der Sanktion nichts zu ändern; eher muß umgekehrt das Verfahren dem Charakter der Sanktion angepaßt werden.

Dieser Gleichartigkeit der Wirkung entspricht die *Gleichartigkeit der Zielsetzung*. Da es — ebensowenig wie bei der tätergerichteten Strafeinziehung — auf eine etwaige Gefährlichkeit der betroffenen Gegenstände nicht ankommt — denn sonst könnte man sich ja mit der Sicherungseinziehung begnügen —, kann diese nur den Sinn haben, dem nachlässig oder vorwerfbar handelnden Eigentümer sein Verhalten zu vergelten, ihm einen Denkkettel zu geben und und die Allgemeinheit abzuschrecken⁴². Das aber sind typische Strafzwecke⁴³.

werden“ kann (BGHSt 1, 351/4). Bezeichnend dafür auch die Beratungen der Großen Strafrechtskommission, Niederschriften III S. 283 ff. Vgl. auch STREE, Deliktsfolgen S. 112: weil nur eine strafähnliche Maßnahme, setze sich auch nicht unbedingt ein strafbares Verhalten voraus. In diesem Sinne praktisch alle, die sich wegen der bloßen Strafähnlichkeit der Dritteinziehung mit minderen Anordnungsvoraussetzungen begnügen; vgl. im einzelnen die Nachw. oben Anm. 5.

⁴¹ Treffend COPIC, Grundgesetz und politisches Strafrecht, S. 118: „Über den Rechtscharakter einer Sanktion entscheidet nicht die gesetzliche Etikettierung, sondern die Sachstruktur und objektive Funktion der angedrohten Deliktsfolge.“ Im gleichen Sinne ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip S. 210 f., H. MAYER, AT S. 379, STREE, Deliktsfolgen S. 219, v. WEBER, DRiZ 1951, 153 und JZ 1953, 153. Vgl. auch oben S. 136 f., insbes. in und zu Anm. 55.

⁴² Dies wird auch allgemein zugegeben: so wenn u. a. die Rede ist von generalpräventiven Zwecken (E 1962 Begr. S. 241, EGOWiGE Begr. S. 52), Sühn gedanken (BGHZ 27, 382/6, KRÖNER, Eigentumsgarantie S. 56, NJW 1959, 83), Dritteinziehung „zum Zwecke der Bestrafung“ (LANGEN, § 39 AWG Anm. 4), repressive Vergeltung (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 4), Ahndung der Nachlässigkeit (STREE, Deliktsfolgen S. 112), „eine Art Strafe“ (SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 2), „ahndungsähnliche Wirkung“ (GÖHLER, OWIG, § 19 Anm. 1 A, BODE, Ordnungswidrigkeiten S. 43).

⁴³ Vgl. oben S. 89 f., 109 ff., 136 ff.

Deshalb kann am materiellen Strafcharakter der repressiv personbezogenen Dritteinziehung kein Zweifel sein⁴⁴.

Wenn demgegenüber immer wieder damit argumentiert wird, daß die Dritteinziehung dem Betroffenen gegenüber „nicht Strafe sein (könne), weil er keine strafbare Handlung begangen hat“ (BGHSt 1, 351/3)⁴⁵, so ist das eine schon im Ansatz verfehlte Denkweise. Sie verfährt nach dem Motto, daß „nicht sein kann, was nicht sein darf“. Statt zunächst einmal vorbehaltlos zu fragen, welche Rechtsnatur der Sanktion auf Grund ihrer inneren Zielsetzung und Wirkung vorgegeben ist und demgemäß nicht ohne weiteres übergangen werden kann, werden die für ahndungswürdig gehaltenen Sanktionsvoraussetzungen als Fixum genommen, ohne sich ernsthaft darum zu kümmern, ob sie die daran angeknüpfte Sanktion auch im Hinblick auf ihren materiellen Strafcharakter zu tragen vermögen. Kurz: statt die Verhängungsvoraussetzungen am fixen Charakter der Sanktion auszurichten, hängt man beide einfach zusammen und minimalisiert notfalls den Namen der Sanktion.

Auch wenn man mit STREE⁴⁶ die „strafähnliche“ Dritteinziehung u. a. als „Verwirkung“ infolge eines vorwerfbaren Verhaltens rechtfertigen wollte, so wäre sie damit zunächst doch nur gegen Art. 14 GG abgesichert, nicht dagegen ihr Strafcharakter widerlegt. Denn wie bereits oben näher dargelegt⁴⁷, ist mit der Verwirkung als solcher noch in keiner Weise der Charakter des Sanktionsmodus präjudiziert; vielmehr ist dieser erst aus seinem spezifischen Zweck heraus zu bestimmen. Im übrigen müßte sich eigentlich gerade dann, wenn man die repressive Einziehung sowohl dem Täter wie dem Dritten gegenüber als „Verwirkungsvollzug“ verstehen will⁴⁸, die innere Gleichartigkeit beider Fälle besonders nachhaltig aufdrängen.

Wenn dem aber so ist, wenn also die repressive Dritteinziehung ihrer Zielsetzung und Wirkung nach materiell einer Strafe gleichkommt, so kann sie konsequenterweise *nur unter Voraussetzungen verhängt werden, die denen der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen entsprechen*⁴⁹. Das bedeutet

⁴⁴ Ebenso schon ZEIDLER, NJW 1954, 1148 f., BUSSE, NJW 1959, 1211 und jetzt BAUMANN, AT S. 731 („Nebenstrafe gegen nichtstrafbaren Dritten“). — Eine ganz andere Frage ist, ob die Dritteinziehung als echte Kriminalstrafe, d. h. als eine mit sozialetischem Tadel verbundene Strafe aufzufassen ist. Dies wird man heute de facto verneinen müssen, was jedoch nicht ausschließt, daß nicht auch die an ein verwerfliches Verhalten anknüpfende Dritteinziehung u. U. einmal einen derartigen Tadel verkörpert. Im übrigen ist dies in keiner Weise eine Besonderheit der Dritteinziehung. Denn auch soweit sie einem Tatbeteiligten gegenüber ausgesprochen wird, wird sie regelmäßig keine besondere sittliche Diskriminierung beinhalten, ohne daß dies an ihrem prinzipiellen Strafcharakter etwas ändern würde; vgl. STREE, Deliktsfolgen S. 84 Anm. 5.

⁴⁵ Ähnlich auch schon RGSt 74, 326/9; vgl. ferner RGSt 68, 404/6, WIMMER, MDR 1947, 249 (bezüglich des Sicherungscharakters der Mehrerlösabführung); vgl. auch FREY, ZStW 65, 10 und OLG Hamm GA 1958, 378.

⁴⁶ Oben S. 188 ff.

⁴⁷ Deliktsfolgen S. 112 f.

⁴⁸ So STREE, Deliktsfolgen S. 91 f. bzw. 113.

⁴⁹ So zu Recht bereits ZEIDLER, NJW 1954, 1148, GILSDORF, JZ 1958, 642, BUSSE, NJW 1959, 1211, ferner BRONGERSMA, ZStW 78, 562 zum neuen niederländischen Einziehungsrecht. Dies wird im Prinzip auch von jenen nicht geleugnet, die eine auf

insbesondere, daß nicht schon der Vorwurf einer nur sehr vagen moralischen Verwerflichkeit ausreicht, sondern ein strafrechtliches Verschulden zu fordern ist, das in einem mit hinreichender Bestimmtheit umschriebenen Tatbestand seinen objektiven Bezugspunkt hat.

II. Die Konsequenzen

Diesen Anforderungen genügen die derzeitigen Dritteinziehungskriterien jedoch nur in unvollkommener Weise.

1. Was zunächst die objektive Seite anlangt, ist heute immerhin insofern ein Fortschritt zu verzeichnen, als man die Dritthaftung nicht mehr einfach nur an die fremde Straftat anhängt, sondern ein eigenes Fehlverhalten des Dritteigentümers verlangt. Wenn man will, kann man in den dafür maßgeblichen Kriterien sogar die tatbestandliche Umschreibung einer „Anknüpfungstat“ des Eigentümers erblicken. So gesehen, fehlt es dann — jedenfalls im Prinzip — auch keineswegs mehr an einem gesetzlich umschriebenen, speziell auf das Drittverhalten abgestellten Anknüpfungstatbestand — ein Einwand, der im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen „nulla poena sine lege“ — Grundsatz (Art. 103 II GG) zu Recht auch noch gegen den von der Rechtsprechung entwickelten Dritteinziehungskatalog erhoben werden konnte⁵⁰; denn diesem geht die Qualität eines gesetzlichen Garantietatbestandes nun einmal unbestreitbar ab⁵¹.

Eine andere Frage ist jedoch, ob die als Tatbestände verstandenen Dritteinziehungsklauseln des näheren auch den Grundsätzen der Tatbestands-Bestimmtheit genügen. In dieser Hinsicht sind starke Zweifel anzumelden⁵². Zwar ist zuzugeben, daß es selbst im StGB eine ganze Reihe von Tatbeständen gibt, die an Vagheit und Ausfüllungsbedürftigkeit den fraglichen Dritteinziehungsklauseln kaum nachstehen; hier sei nur an den groben Unfug, die Begünstigung oder auch die Garantiepfllichten bei Unterlassungsdelikten erinnert⁵³. Indes erscheint es schon von vorneherein mißlich, bedenkliche Re-

ein Quasi-Verschulden des Dritteigentümers gestützte Einziehung für zulässig halten (vgl. u. a. BGHSt 1, 351/3; 2, 311/2, 328/330; 19, 123/5 f. sowie die Nachw. oben S. 222 Anm. 5), nur daß sie sich den daraus ergebenden Konsequenzen eben dadurch zu entziehen suchen, daß sie der repressiven Dritteinziehung nur „Strafähnlichkeit“ zubilligen und deshalb glauben, sich mit geringeren Anforderungen begnügen zu können. Vgl. dazu auch oben S. 229 Anm. 40.

⁵⁰ Vgl. ZEIDLER, NJW 1954, 1149; GILSDORF, JZ 1958, 686, 689.

⁵¹ Näher dazu oben S. 43 Anm. 114.

⁵² Generell verneinend GILSDORF, JZ 1958, 691. Dagegen hält sie insbes. STREE, Deliktsfolgen S. 113, 115 für ausreichend bestimmt. — Näheres über die allgemeinen Anforderungen an die Tatbestandsbestimmtheit bei SAX, in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHNEUR, Grundrechte III/2 S. 1006 ff., LENCKNER, JuS 1968, 249 ff., 304 ff., SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdnr. 64 mit weit. Nachw.

⁵³ Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, aaO, STREE, Deliktsfolgen S. 113.

geln damit rechtfertigen zu wollen, daß es bereits ähnlich bedenkliche Regeln gibt. Auf diesem Wege wird man nie aus Mißständen herauskommen. Deshalb kann dieses Argument gerade für ein Reformwerk, das mit der eindeutig verfassungswidrigen Dritteinziehung alten Stils brechen will und daher klare und abgrenzbare Tatbestände braucht, kein Rezept sein.

Was die fraglichen Klauseln im einzelnen anlangt, so mag vielleicht das leichtfertige Zugänglichmachen der Sache für die Tatbegehung als ausreichend bestimmt erscheinen. Doch bereits beim leichtfertigen Beitragen zu Vorbereitungstaten hört die einigermaßen zuverlässige Abgrenzbarkeit auf⁵⁴, ganz zu schweigen von den „Zusammenhangstaten“ von denen schon in den Beratungen des Sonderausschusses niemand recht zu sagen wußte, was darunter eigentlich alles verstanden werden kann⁵⁵.

Ähnliche Vorbehalte sind gegenüber der Ausnützungsklausel zu machen. Wohl mag auch hier der Kernbereich des inkriminierten Drittverhaltens (Begünstigung und Hehlerei) noch einigermaßen durchschaubar sein. Doch die Klausel will ja keineswegs so eng verstanden sein, sondern praktisch jeden Ausnützungsfall erfassen, weshalb der Wortlaut sehr weit zu fassen war — so weit, daß man ihn andererseits wieder durch ein moralisierendes und wenig griffiges Verwerflichkeitskriterium einschränken mußte⁵⁶.

Gleiches gilt insoweit für die Erwerbsklausel, wo man, statt klipp und klar die Absicht der Einziehungsverletzung zu fordern, jeden Erwerb der tatverstrickten Sache in Kenntnis der einziehungsbegründenden Umstände erfaßt; da aber dadurch auch rechtmäßige Erwerbsfälle (wie etwa bei Notveräußerung oder durch Ersteigerung) der Einziehung unterworfen wären, mußte man zum Zwecke der Tatstandsbeschränkung wiederum bei dem fraglichen Verwerflichkeitskriterium seine Zuflucht suchen⁵⁷.

⁵⁴ Vgl. oben S. 225 f.

⁵⁵ Vgl. Sonderausschuß, V/54, Sitzg. S. 1037 ff. und oben S. 226 Anm. 23.

⁵⁶ Vgl. etwa LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 24, wo mit Berufung auf OLG Frankfurt NJW 1962, 974 verwerflich schlicht als „sittenwidrig“ interpretiert wird, oder SIEG-FAHNING-KÖLLING, AWG, § 39 Anm. 5, wo von verwerflicher Gesinnung oder Handlung (Kniffe, Tricks) die Rede ist. Ähnlich vage HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. IV 2c bb und SCHNORR VON CAROLSFELD, JZ 1961, 712. Auch mit der Deutung von KÜHN, AO, § 414 Anm. 4 (verwerflich, wenn Dritter sich „in ausbeuterischer oder erpresserischer Weise aus der Tat bereichert“) ist nur eine von vielen anderen denkbaren Interpretationen gegeben. Beachte demgegenüber die Bedenken, die bereits H. MAYER, AT S. 36 und ROXIN, JuS 1964, 373 ff., gegen die Verwerflichkeitsformel der § 240 II bzw. § 226 a StGB vorgetragen haben, und das, obgleich sich dort immerhin noch gewisse objektivierbare Abgrenzungsprinzipien herauskristallisieren lassen; so etwa bei § 240 II StGB auf Grund der Zweck-Mittel-Relation, durch die bereits gewisse Anhaltspunkte für eine Konkretisierung gegeben sind. Bei der hier in Frage stehenden Ausnützungsklausel hingegen bleibt völlig offen, nach welchen Kriterien sich die Verwerflichkeit bestimmen soll. Vgl. auch Anm. 57.

⁵⁷ Vgl. E 1962 Begr. S. 247. Bezeichnend für die Vieldeutigkeit dieses Kriteriums ist auch hier die Spannweite der Deutungen: Während SCHWARZ-DREHER, § 40 a

Ganz ungeachtet der Bestimmtheitsfrage ist dieses Verfahren schon deshalb höchst bedenklich, weil es in einem ängstlichen Streben nach Lückenlosigkeit den Einziehungsbereich gegenüber Dritten so weit ausdehnt, daß auch Verhaltensweisen erfaßt werden, deren *Strafwürdigkeit* und -bedürftigkeit zumindest *zweifelhaft* erscheint. Hier ist etwa daran zu erinnern, daß auf Grund der Ausnützungsklausel selbst solche Gegenstände eingezogen werden können, in bezug auf die dem Eigentümer keinerlei persönlich zurechenbarer Mißbrauch nachzuweisen ist⁵⁸. Auch der nachträgliche Erwerb der einziehungsverstrickten Sache erscheint nur dann ahndungsbedürftig, wenn dies mit Vereitelungsabsicht oder zumindest in Kenntnis der einziehungsverittelnden Wirkung des Erwerbs geschieht. Doch nicht einmal das wird gefordert, sondern genügen soll bereits die Kenntnis der einziehungsbegründenden Umstände, also praktisch das bloße Wissen um die Vortat⁵⁹.

Fragt man nach den Motiven für diese Ausweitungstendenzen, so wird man sie teils in einem vom Makel-Denken beherrschten, moralisierenden Purismus — so jedenfalls gegenüber dem Schmarotzer der fremden Tat —, teils in dem Bestreben nach Ausschaltung von Beweisschwierigkeiten suchen müssen. Deshalb wird man kaum fehlgehen in der Annahme, daß es sich hier gleichsam

Anm. 4 C einen „erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung“ verlangt, wofür jedoch — in schlichter Wiederholung des ohnehin erforderlichen Kenntniselements — regelmäßig ausreichen soll, daß der Dritte von der drohenden Einziehung gewußt hat, sollen nach GÖHLER, OWiG, § 19 Anm. 3 C (vgl. auch Sonderausschuß, V/54, Sitzung S. 1041/4) damit praktisch lediglich die Notveräußerungsfälle ausgeschieden werden, da in allen anderen Fällen der Erwerber in Kenntnis der Einziehungsverstrickung grundsätzlich verwerflich handle. Wenn aber das richtig sein soll, warum bringt man dann das nicht bereits im Gesetzeswortlaut klar zum Ausdruck? So wie er jetzt lautet, ist seine Tragweite in der Tat „nur schwer auszumachen“ (BAUMANN, AT S. 731). SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 a Rdnr. 10 sucht daher wohl noch das Beste daraus zu machen, wenn er, statt sich auf eine vage „Sittenwidrigkeit“ zu verlassen, die Klausel auf Fälle beschränken will, in denen der Erwerb „in begünstigender, hehlerischer oder sonstwie ausbeuterischer Absicht“ erfolgt. Immerhin zeigt dies, daß auf Grund des Verwerflichkeitskriteriums die Erwerbsklausel jedenfalls weniger „bestimmt“ ist, als sie (etwa i. S. LENCKNERS, JuS 1968, 304 ff.) tatsächlich „bestimmbar“ gewesen wäre.

⁵⁹ Vgl. oben S. 227. Daher wird etwa auch der Fall erfaßt, daß der in jeder Hinsicht unbescholtene und arglose Erwerber bereits vor der einziehungsbegründenden Tat mit dem Veräußerer des PKW in ernsthaften Kaufverhandlungen stand, jedoch bei Übernahme des Wagens beiläufig hört, daß der Veräußerer damit zwischenzeitlich noch eine Schmuggelfahrt unternommen hat. Selbst wenn ihm nicht der geringste Gedanke daran kommt, daß damit der PKW der Einziehung unterfällt, würde er von der Erwerbsklausel des § 40 a Nr. 2 StGB erfaßt werden; denn kein Zweifel, daß er den Gegenstand in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten (Zollhinterziehung des Veräußerers), erworben hat. Es könnte ihm also nur noch das Verwerflichkeitskriterium helfen (vgl. SCHWARZ-DREHER, § 40 a Anm. 4 C), falls man dieses nicht, wie das offenbar GÖHLER vorschwebt (vgl. oben Anm. 57), nur der Ausschaltung von Fällen vorbehalten will, in denen der Erwerb nicht gegen das Einziehungsinteresse des Staates verstößt, wie z. B. bei Notveräußerungen.

um *Verdachts-Klauseln* handelt: Schon die Tatsache, daß der Dritte überhaupt in die Anknüpfungstat hinein verwickelt ist, läßt ihn verdächtig erscheinen. Die weite Fassung der Dritthaftungstatbestände dient deshalb dem Zweck, der etwaigen Berufung auf guten Glauben von vorneherein einen Riegel vorzuschieben⁶⁰. Aber damit sind sie allenfalls erklärt, jedoch keineswegs gerechtfertigt. Denn für Verdachtsstrafen ist in einem modernen Strafrecht kein Raum mehr⁶¹.

⁶⁰ In diesem Sinne etwa OLG Koblenz, NJW 1950, 78/9, wenn es die unterschiedslose Einziehung nach der RAO im Interesse einer wirksamen Bekämpfung des Schmuggels aus Gründen der „Beweiserleichterung“ rechtfertigt; ebenso östOGH OJZ 1963, 442, RITTER, NJW 1954, 293; vgl. ferner KEINATH, Betrieb 1968, 1844. Auf der gleichen Linie CREIFELDS, JR 1955, 405/7, HARTUNG, NJW 1949, 768, JZ 1952, 488, RICHTER, ZfZ 1951, 129, ROTBERG, OWiG, § 19 Rdnr. 4, OLG Oldenburg MDR 1954, 119, wenn sie im Hinblick auf den Dritten von „*vermuteter Mitschuld*“, „*Schuldvermutung*“ und dergleichen sprechen. Bezeichnend dafür auch die Ausführungen von GÖHLER vor dem Sonderausschuß, V/54, Sitzg. S. 1043. Auf ähnliche Ergebnisse laufen jene Auffassungen hinaus, die dem Gericht zwar die Pflicht zur Aufklärung des Quasi-Verschuldens des Dritten auferlegen, das Mißlingen der Entlastung jedoch gegen den Betroffenen ausschlagen lassen: so etwa SPITALLER, Finanz-Rundschau 1951, 299 f., WALTHER, ZfZ 1951, 65 f. und die von diesem angeführte Entscheidung des OLG Hamm vom 9. 1. 1951 (vgl. aber auch OLG Hamm MDR 1951, 375); in *duo contra reum* auch OLG Neustadt ZfZ 1950, 368, FUCHS, GA 1954, 90; ähnlich spricht JAGUSCH, LK, § 40 Anm. 1 la von einem „Entschuldigungsbeweis“ des Betroffenen. Über gleichgerichtete Auffassungen in der älteren Rechtsprechung und Lehre vgl. SCHWABE, GA 60, 395 ff. und RUNGE, GA 72, 26 ff. sowie die Nachw. oben S. 37 Anm. 84. Über Gegenauffassungen unten Anm. 61.

⁶¹ Scharf ablehnend bereits DROST, NJW 1950, 127. Kritisch bezüglich der hier einschlägigen Fälle vor allem auch GALLAS, Niederschriften III S. 212, DIEMER-NICOLAUS, Sonderausschuß, V/54, Sitzg. S. 1038 und A. ARNDT, ebda. S. 1043; vgl. auch MÜLLER, DDevR 1955, 123. Gegen jegliche Schuldvermutungen im Strafrecht insbes. LEIPOLD, Beweislastregeln S. 125 ff., da gegen die Menschenwürde verstößend; vgl. ferner die Nachw. oben S. 79 Anm. 142; großzügiger SCHÖNKE-SCHRÖDER, NJW 1959, 1903 ff.; vgl. auch BVerfGE 9, 167, 169 f. In der Tat kann man die Frage stellen, ob eine Schuldvermutung in jedem Fall verfassungswidrig wäre. Doch selbst wenn dies zu verneinen ist, werden damit — jedenfalls *kriminalpolitisch* gesehen — Verdachtsstrafen nicht weniger bedenklich, nicht zuletzt deshalb, weil sie die Verfolgungsbehörden zur Bequemlichkeit verleiten. Diese Neigung, den staatlichen Strafausspruch durch weitgefaßte Dritthaftungstatbestände abzusichern, war vor allem im Steuerstrafrecht schon immer groß (vgl. etwa das von RUMMLER, S. 51 ff. zur Nachhaftung Dritter im Steuerstrafrecht aufgewiesene Material, sowie GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 189 ff., und SEELIGER, JW 1938, 1865 ff.; DOG NJW 1950, 652). Selbst heute scheinen die zuständigen Fachministerien noch zu glauben, daß sie nur ein fiskalpolitisches Bedürfnis geltend zu machen bräuchten, um den Strafgesetzgeber in Aktion treten zu lassen. Demgegenüber schien bereits das RG davon überzeugt, daß beispielsweise in der unterschiedslosen Einziehung nach dem BranntwMonG „eine in ein neuzeitliches Strafrecht nicht mehr hineinpassende Überspannung der Wahrung der Belange des Fiskus gegenüber den Belangen des gutgläubigen Eigentümers und in den Bedürfnissen des Verkehrs“ zu sehen sei (RGSt 62, 49/52). Um so mehr läßt es hoffen, daß jetzt auch der Sonderausschuß an die Ahndungswürdig-

2. Diese Einwände wiegen noch schwerer, wenn man sie den heutigen Anforderungen an die subjektive Tatseite gegenüberstellt. Wenn die repressiv personbezogene Dritteinziehung Strafcharakter hat, setzt sie *Schuld* voraus. Daß dieser „unantastbare Grundsatz allen Strafs“⁶² für jede Art von Strafen gilt, hat das BVerfG jüngst sogar bezüglich einer zivilprozessualen Vollstreckungsstrafe gegenüber einer juristischen Person betont⁶³, so daß es müßig wäre, hier mit einem minderkriminellen Strafgehalt der Dritteinziehung⁶⁴ spekulieren zu wollen.

Nun ist freilich einzuräumen, daß mit dem Postulat des Verschuldens über dessen materialen Gehalt kaum schon Konkretes ausgesagt ist⁶⁵. Und nachdem die hier in Frage stehenden Dritteinziehungskriterien immerhin eine gewisse Art persönlicher Vorwerfbarkeit voraussetzen, könnte man sogar fragen, ob das nicht bereits dem Schuldgrundsatz genügen würde. Doch wie auch immer Wesen und Inhalt strafrechtlicher Schuld letztlich und allumfassend zu umschreiben sind⁶⁶, unbestreitbar dürfte sein, daß sie jedenfalls nach heutigen Maßstäben *vorsätzliches* oder *zumindest fahrlässiges Verhalten* voraussetzt, ganz ungeachtet der Problematik des Unrechtsbewußtseins⁶⁷.

Diesen Anforderungen genügt jedoch allenfalls die Beihilfeklausel, da sie leichtfertiges, d. h. grobfahrlässiges Handeln⁶⁸ voraussetzt. Bei den Ausnützungs- und Erwerbsklauseln hingegen wird allein auf die Kenntnis der fremden Tat bzw. der einziehungsbegründenden Umstände abgestellt. Das aber entspricht weder dem traditionellen Vorsatzbegriff noch dem Fahrlässigkeitskonzept, da das *voluntative* Schulselement der Billigung (Vorsatz) bzw. der Nichtbilligung (Fahrlässigkeit) des tatbestandlichen Erfolgs (hier etwa der Einziehungsverweigerung) völlig unterschlagen wird⁶⁹. Daß

keit und -bedürftigkeit der Dritteinziehungsfälle einen kritischeren Maßstab angelegt hat und sich von der Berufung auf alte Fiskalprivilegien nicht mehr ohne weiteres beeindrucken ließ (vgl. insbes. V/54. Sitzung S. 1036 ff.).

⁶² BGHSt 1, 194/202.

⁶³ BVerfGE 20, 323 ff. Vgl. ferner die Nachw. oben S. 211 Anm. 18.

⁶⁴ Vgl. oben Anm. 44.

⁶⁵ ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip S. 16 ff.

⁶⁶ Zu der Frage, inwieweit das menschliche Erkennen überhaupt möglich ist, sowie zu dem Versuch, einige grundlegende Schuldskriterien aufzuweisen, eingehend ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip, insbes. S. 20 ff., 116 ff.

⁶⁷ Dabei kann hier völlig dahingestellt bleiben, an welcher Stelle des Verbrechensbegriffs man diese subjektiven Zurechnungsfaktoren lokalisiert. Denn auch für jene, die Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits als subjektives Rückgrad der Handlung begreifen (finale Handlungslehre), bleiben sie letzten Endes doch unverzichtbare Voraussetzungen des Schuldvorwurfs. Grundlegend die „Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht“ von ENGISCH, insbes. S. 49 ff.; siehe ferner ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip S. 140 ff. (speziell zur Fahrlässigkeit und ihren Grenzen).

⁶⁸ Vgl. § 18 III E 1962.

⁶⁹ Über die fundamentale Bedeutung des Willenselementes für die Schuld vgl. insbes. ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip S. 149 ff., insbes. S. 153, wo Schuld im materialen Sinne (und zwar einschließlich der Fahrlässigkeit) definiert wird als „die

diese einseitige Gewichtsverlagerung der fraglichen Klauseln auf das *intellektuelle* Kennniskriterium eine Mißachtung elementarer Strafbarkeitsprinzipien bedeutet, liegt auf der Hand⁷⁰. Auch das Verwerflichkeitskriterium wäre hier nur ein unsicherer Lückenbüßer, ganz abgesehen davon, daß dies kaum der richtige Weg wäre, um fehlende Verschuldenselemente zu ersetzen.

Über die verschuldensdogmatischen Bedenken hinaus ist noch auf eine weitere fragwürdige Anomalie der strafweisen Dritteinziehung aufmerksam zu machen: die Tatsache, daß mit dem Dritteinziehungsgrund des leichtfertigen Beistehens zur Tatbegehung bereits die nur *fahrlässige Beihilfe* unter Strafe gestellt wird⁷¹. Welche Konsequenzen sich daraus für die weitere Entwicklung der Teilnahmelehre, die sich bislang immer noch streng auf vorsätzliche Beteiligungsförmlichkeiten beschränkt hat⁷², noch ergeben können, braucht hier nicht erörtert zu werden. Jedenfalls erscheint es aber in kriminalpolitischer Hinsicht alarmierend, daß hier gewissermaßen durch die Hintertür eine ohnehin fragwürdige Rechtsfigur in das Strafrecht eingeführt wird, und das ausgerechnet zur strafrechtlichen Erfassung von Personen, die am äußersten Rande des strafbaren Geschehens stehen, in das der einzuziehende Gegenstand verwickelt ist.

Nicht weniger beunruhigend ist das *Mißverhältnis*, das dadurch zwischen der *täter- und der drittgerichteten Einziehung* entstanden ist. Während beispielsweise der Täter oder Teilnehmer sein eigenes Tatwerkzeug nach § 40 II Nr. 1 StGB nur dann verliert, wenn er vorsätzlich gehandelt hat, kann für den tatunbeteiligten Dritten nach der Beihilfeklausel des § 40 a Nr. 1 StGB schon die bloße Leichtfertigkeit in der Überwachung seines Eigentums zur Einziehung führen⁷³. Nicht weniger verständlich ist, daß nach der 3. Altern. des § 113 II Nr. 2 a E 1962 für die Dritteinziehung u. a. bereits das Beistehen zu einer nur rechtswidrigen Zusammenhangstat genügen soll, während der Täter selbst nur bei seinem eigenen volldeliktischen Handeln die Entziehung seines Eigentums zu fürchten braucht. Gewiß muß in jedem Falle

bewußte Willensentscheidung gegen das Veto, das sich in der Vorstellung von der Verhinderung oder möglichen Herbeiführung eines unerlaubten Erfolgs (im weitesten Sinne) ankündigt⁷⁴. Ungeachtet der Standortfrage im gleichen Sinne grundlegend jetzt auch SCHMIDHÄUSER, Vorsatzbegriff (insbes. S. 23 ff.) zum voluntativen Wesenselement des Verbrechensbegriffes. Vgl. auch ENGISCH, Untersuchungen S. 456 ff. und MAURACH, AT S. 351, 456 f.

⁷⁰ Vgl. etwa das Beispiel in Anm. 59; oder den Fall, daß der Mietwagenunternehmer noch vor der Tat erfährt, daß der an A vermietete PKW zur Ermöglichung einer Wirtschaftsstraftat dienen soll, er dies aber nicht mehr verhindern kann.

⁷¹ Darauf hat schon GALLAS, Niederschriften III S. 212 warnend aufmerksam gemacht; vgl. auch GILSDORF, JZ 1958, 689 sowie SCHWARZ-DREHER (§ 40 a Anm. 3 und in Sonderausschuß, V/54. Sitzg., S. 1038), der diese Ausdehnung jedoch nicht für bedenklich zu halten scheint.

⁷² Vgl. statt aller MAURACH, AT S. 571 f., SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 101 vor § 47, je m. weit. Nachw.

⁷³ Kritisch dazu auch W. THIEME, JZ 1961, 301.

eine wegen Vorsatzes strafbare Anknüpfungstat des „Haupttäters“ vorliegen. Doch das wird für den Dritteigentümer nur ein schwacher Trost sein, denn mit dem Erfordernis einer volldeliktischen Haupttat ist noch keineswegs erklärt, warum er als Tatunbeteiligter wegen eines geringeren persönlichen Versagens das Übel der Einziehung auf sich nehmen soll. Von einem wirklichen Ernstnehmen des Gleichheitsgedankens ist hier nur wenig zu spüren.

D) Gesamtwürdigung

I. Nimmt man die sich aus der Eigentumsгарantie ergebenden Bedenken (oben B) und auch die strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Einwände (oben C II) zusammen, so erscheint die *repressiv personbezogene Dritteinziehung*, so wie sie uns in den Dritteinziehungsklauseln der Rechtsprechung und der neueren Gesetzgebung noch entgegentritt, *nicht länger haltbar*. Dazu braucht man sich nicht einmal auf den harten Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu versteifen⁷⁴, obgleich sich dafür wohl hinreichendes Beweismaterial vorlegen ließe. Denn selbst wenn man diese Einziehungsfigur noch als verfassungsmäßig ansehen will, bleibt sie doch mit so vielen rechtsstaatlichen Fragwürdigkeiten belastet, daß sie nur mit schlechtestem Gewissen vertreten werden kann. Schon das allein sollte — eingedenk des „legislatorischen Imperativs“, nur das Unbedenkliche in ein Reformwerk aufzunehmen⁷⁵ — Grund genug sein, um nach dem Vorbild des AE auf die strafweise Dritteinziehung künftig völlig zu verzichten⁷⁶. Denn auch die Einziehung ist als Mittel personbezogener Repression nun einmal nur dort sinnvoll und gerecht, wo sie einen strafrechtlich voll verantwortlichen Tatbeteiligten trifft.

Überdies wird man die tatsächlichen Einbußen, die der Schlagkraft der Einziehung durch Verzicht auf die repressive Dritteinziehung drohen können, nicht ungebührlich dramatisieren dürfen; denn sie sind keineswegs so beängstigend, wie sie manchmal hingestellt werden. Zudem lassen sich die angestrebten Ziele zu einem beträchtlichen Teil auch auf *weniger bedenklichen Wegen* erreichen.

⁷⁴ So wohl generell GILSDORF, JZ 1958, 689; vgl. auch BUSSE, NJW 1959, 1211, ZEIDLER, NJW 1954, 1148 f.

⁷⁵ Vgl. oben S. 102.

⁷⁶ Vgl. AE Begr. S. 161; generell ablehnend auch BAUMANN, AT S. 729; vgl. ferner SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 a Rdnr. 2. — Von den ausländischen Rechten haben vor allem die Niederlande die repressive Dritteinziehung völlig abgeschafft, mit Ausnahme des Falles, daß Personen mit unbekanntem Aufenthalt betroffen sind; vgl. BRONGERSMA, ZStW 78, 562 und CÍRPKA, System der Strafen S. 33. Dänemark kennt nur noch die Dritteinziehung des Profits (§ 76 IV; vgl. MARCUS, ZStW 78, 552 f.); auch der östE 1964 begnügt sich mit der sicherungsweisen Dritteinziehung.

II. 1. So bleibt z. B. für die *Beihilfe*-Klausel heute schon deshalb kein allzu großer praktischer Anwendungsbereich mehr, weil die allgemeine strafrechtliche Teilnehmerhaftung des Eigentümers ohnehin schon sehr weit geht und über die *Garantenpflichten* aus Eigentum oder vorausgegangenem Tun immer weiter ausgedehnt wird. Wer beispielsweise einen PKW verleiht, obwohl er weiß, daß der Entleiher damit eine Schmuggelfahrt unternehmen will, macht sich bereits der aktiven Teilnahme schuldig und liefert damit einen Einziehungsgrund⁷⁷. Wer tatenlos zusieht, wie sein Fahrzeug entgegen einem Fahrverbot in Betrieb genommen wird, haftet als Garant⁷⁸. Gleiches gilt für den, der etwa erst nach Aushändigung einer Waffe merkt, daß sie zu einem Mord dienen soll, und dies noch verhindern könnte⁷⁹.

Ein weiterer Teil der Fälle, die die Beihilfeklausel im Auge hat, wird sich über die *Sicherungseinziehung* erfassen lassen. Denn wie dort noch näher zu zeigen sein wird, braucht das Sicherungsbedürfnis nicht unbedingt auf einer dem Einziehungsobjekt inhärenten Gefährlichkeit zu beruhen, sondern kann sich auch aus den Umständen des Einzelfalles ergeben, so etwa daraus, daß der Eigentümer auf Grund seiner persönlichkeitsbedingten Nachlässigkeit oder einer sonstigen Schwäche nicht in der Lage ist, sein Eigentum ordnungsgemäß zu überwachen⁸⁰.

2. Ähnliche legitime Ersatzlösungen gibt es für den Bereich der *Ausnützungs- und Erwerbsklauseln*.

Was einerseits die *aus der fremden Tat gezogenen Vorteile* anlangt, kommen ohnehin nur die Vorschriften über den Gewinnverfall in Betracht. Soweit es dabei um Gewinne geht, die auf Kosten der Allgemeinheit erlangt wurden, wäre nach der hier vertretenen Auffassung ein *Ausgleichsverfall* auch bei fehlendem Verschulden des bereicherten Dritten zulässig⁸¹.

Was andererseits die *in die fremde Tat verwickelten Gegenstände* betrifft, um die es den Ausnützungs- und Erkenntnisklauseln in erster Linie geht, ließe sich eine Einziehung schon weitgehend dadurch erreichen, daß man die Täter- und Teilnehmerhaftung i. S. des § 40 II Nr. 1 StGB auch auf den *Hehler* und *Begünstiger* erstreckt, also den, der sich hinsichtlich des einziehungsverstrickten Gegenstandes einer Begünstigung oder Hehlerei schuldig macht, noch als Tatbeteiligten behandelt.

⁷⁷ BGHSt 1, 351/6, DROST, NJW 1950, 127. Vgl. ferner BGH bei HERLAN, GA 1955, 80 f.

⁷⁸ Vgl. BGHSt 18, 7 zur Pflicht des Kraftfahrzeughalters, eine Fahrerflucht mit seinem Kfz zu verhindern. Wohl noch strenger H. MAYER, AT S. 397, wenn er dem Eigentümer die Pflicht auferlegt, dafür zu sorgen, daß seine Sachen nicht in unrechte Hände geraten (krit. hiergegen STREE, Deliktsfolgen S. 107/8). Näheres über die Garantenhaftung aus Eigentum und Sachherrschaft bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 124 ff., insbes. 129 f. vor § 1, m. weit. Nachw.

⁷⁹ BGHSt 11, 353/5. Insoweit aber enger SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 121, 130 vor § 1.

⁸⁰ Näheres unten S. 264.

⁸¹ Vgl. unten S. 288 ff.

Dieser bereits von GALLAS vorgeschlagene Weg⁸² würde nicht nur dem Verwirkungserfordernis besser genügen⁸³, sondern auch eine größere tatbestandliche Bestimmtheit in der Erfassung des eigenen Fehlverhaltens des Eigentümers bringen⁸⁴. Wohl könnte das vor allem bei Hehlerei zu einer Verengung der Einziehungsmöglichkeiten führen; denn da sich diese in ihrer heutigen Form nur auf Gegenstände bezieht, die der Vortäter durch seine Tat „erlangt“ hat⁸⁵, würde sie den bösgläubigen Erwerb von Tatwerkzeugen und Tatprodukten nicht decken⁸⁶. Doch dem ließe sich damit abhelfen, daß man den Hehlereitatabstand, soweit er die Einziehung begründen soll, entsprechend ausweitet. Das könnte etwa in der Weise geschehen, daß als Hehler i. S. des Einziehungsrechts auch derjenige gilt, der einen einziehungsverstrickten Gegenstand — gleichgültig, ob instrumentum, productum oder quaesitum sceleris — verheimlicht, ankauft oder sonstwie sich verschafft⁸⁷. Trotz aller kriminalpolitischen Bedenken, die gegen ein derartiges Ausnahmerecht geltend gemacht werden könnten, wäre diese Form einer erweiterten Täter-einziehung immer noch eher zu ertragen als eine auf fragwürdigen Verwerflichkeitskriterien gestützte Dritteinziehung.

Sicherlich ist zugegeben, daß selbst bei Ausschöpfung der hier angedeuteten Ersatzmöglichkeiten noch gewisse Einziehungslücken bleiben würden. Keinesfalls erscheinen sie aber so beängstigend, als daß man deshalb zu vagen Dritt-

⁸² GALLAS, Niederschriften III S. 285; vgl. den Fassungs-vorschlag § f 2. Altern. in Niederschriften III S. 413. Dieser Weg war dann auch in den Beratungen des Sonderausschusses erneut erwogen worden (V/54. Sitzg. S. 1041 ff.); im Ergebnis wurde jedoch die ersatzlose Streichung der Ausnützungsklausel vorgezogen (S. 1044). — Übrigens hätte eine derartige Anknüpfung der Einziehung an Begünstigung und Hehlerei bereits ein gesetzliches Vorbild im Steuerstrafrecht; denn nach § 401 II i. V. m. §§ 394, 398 RAO werden der „eigennützige“ Begünstiger und der Steuerhehler genauso behandelt wie der Steuerhinterzieher selbst. Schon deshalb wird hier die drittgerichtete Erwerbsklausel praktisch weitgehend leerlaufen.

⁸³ Vgl. oben S. 227 f.

⁸⁴ Vgl. oben S. 233 f.

⁸⁵ § 259 StGB. Insoweit bringt auch die in § 288 E 1962 vorgesehene Erstreckung der Hehlerei auf Ersatzgegenstände der ursprünglich erlangten Sache keine Änderung.

⁸⁶ Über die Abgrenzung zwischen den durch die Straftat erlangten Gegenständen einerseits und den Tatprodukten und -instrumenten andererseits vgl. näher unten S. 317 ff. Eine weitere Verengung des Hehlereibereiches ergibt sich daraus, daß er sich nur auf solche Vortaten erstreckt, durch die eine widerrechtliche Besitzposition geschaffen worden ist, also praktisch nur an Vermögensdelikte anknüpft; näheres bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 259 Rdnr. 9 f.

⁸⁷ Zu überlegen wäre, ob über diesen objektiven Erwerbsvorgang hinaus noch ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber der einziehungsverstrickten Sache zu fordern wäre, etwa in der Weise, wie dies heute von einem Teil der Lehre bei § 259 StGB angenommen wird (so BOCKELMANN, NJW 1950, 852; GEERDS, GA 1958, 135; MAURACH, BT S. 353; and. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 259 Rdnr. 44 m. weit. Nachw.). Nach dem Sinn der Einziehungserstreckung auf den Erwerber wird man aber bei diesem zumindest das Bewußtsein der Einziehungsvereitelung fordern müssen; so zu § 40 a Nr. 2 StGB auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdnr. 9; and. SCHWARZ-DREHER, Anm. 4 B, GÖHLER, OWiG, § 19 Anm. 3 A.

einziehungskriterien oder zweifelhaften Beweiserleichterungskrücken greifen müßte. Jedenfalls dürfte der damit erreichte praktische Gewinn kaum die Opfer an Rechtssicherheit aufwiegen, die auf lange Sicht dafür zu erbringen sind.

E) Speziell zu den Organ- und Vertreterklauseln

I. Problemstellung

Die vorangegangenen Erörterungen könnten insofern als einseitig erscheinen, als sie durchwegs nur von Fällen ausgingen, in denen zwischen Täter und Dritteigentümer keine besonderen rechtlichen Beziehungen bestanden. Damit wurden in der Tat gerade die Fälle vernachlässigt, in denen die Gefahr des Mißbrauchs fremder Gegenstände (und Hand in Hand damit auch die Möglichkeit der Einziehungsvereitelung) besonders nahe liegt: nämlich dort, wo auf Grund rechtlicher oder wirtschaftlicher Gegebenheiten *formelles Eigentum* und *tatsächliche Herrschaftsmacht* des Täters über die betroffene Sache auseinanderfallen. Das ist in einem weiteren Sinne überall dort der Fall, wo der Täter als Vertreter des Eigentümers handelt⁸⁸. Gesteigerte kriminalpolitische Bedeutung hat dies naturgemäß bei der Einziehungsverstrickung von Verbandseigentum⁸⁹. Da hier der Eigentümer selbst keine Handlungsfähigkeit besitzt, ist ein Eigentumsmißbrauch durch Verwicklung in strafbare Handlungen immer nur durch Organe oder Vertreter möglich. Deshalb stellt sich in besonderem Maße die Frage, ob deren Verhalten allgemein und bedingungslos dem Vertretenen zugerechnet werden kann, mit der Folge, daß sich aus der strafbaren Handlung des Vertreters praktisch schon die Zulässigkeit der Einziehung dem vertretenen Eigentümer gegenüber ergibt.

⁸⁸ Auf den ersten Blick scheinen auch die Fälle des *Sicherungs- und Vorbehaltseigentums* hierher zu gehören, da auch bei ihnen formelles Eigentum (des Sicherungsnehmers bzw. Vorbehaltverkäufers) und besitzausübungsberechtigte Inhaberschaft (des Sicherungsgebers bzw. Vorbehaltskäufers) auseinanderfallen. Doch fehlt es bei ihnen an dem für Vertretungsverhältnisse typischen Handeln-Wollen für einen anderen, so daß schon aus diesem Grund eine Zurechnung des Täterverhaltens zu Lasten des formellen Eigentümers ausgeschlossen erscheint. Davon ganz abgesehen liegt die Problematik der Einziehung von Sicherungs- und Vorbehaltseigentum mehr bei der Frage nach dem für die Einziehung maßgeblichen Eigentumsbegriff; deshalb dort (S. 309 ff.) näheres zu diesen Fällen.

⁸⁹ „Verband“ ist hier und im folgenden nicht in einem technischen Sinne zu verstehen, sondern soll als Sammelbezeichnung für alle Fälle dienen, in denen das Eigentum einer juristischen Person, einem nichtrechtsfähigen Verein, einer Handelsgesellschaft oder einem sonstigen nichtnatürlichen Vermögensträger zusteht. Zur begrifflichen Bestimmung des Verbandes vgl. im übrigen R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 12 ff.

Die Antwort hängt auch hier entscheidend von der Zielsetzung der betreffenden Sanktion ab. Soweit sie durch ein *Sicherungsbedürfnis* geboten ist, ergeben sich auch bei Vertretungsverhältnissen keine besonderen Probleme, da es dort wegen der Objektbezogenheit der Maßnahme auf die Eigentumsverhältnisse an der betroffenen Sache ohnehin nicht ankommt⁹⁰. Gleiches gilt für *ausgleichsbedingte* Einziehungen; ja man wird sogar sagen müssen, daß die Gewinnabschöpfung praktisch die wichtigste Sanktion gegenüber Verbänden darstellt⁹¹.

Problematisch wird es dagegen bei Einziehungen, die sich mangels eines Sicherungs- oder Ausgleichsinteresses nur als *repressiv* begreifen lassen. Hier ist eine einheitliche Antwort nicht mehr möglich. Zunächst ungeachtet der vom EGOWiG getroffenen Regelung⁹² wird man hier zunächst zwei Fallgruppen unterscheiden müssen: einerseits den Vertretungsverhältnissen zwischen natürlichen Personen (II); andererseits der Organschaft oder Vertretung von Verbänden (III).

II. Bei Vertretung natürlicher Personen

Hier muß eine strafbare Einziehung gegenüber dem Vertretenen jedenfalls dann möglich sein, wenn er die *Tat seines Vertreters ermöglichen*, erleichtern, verschleiern half oder sie sonstwie unterstützte oder ausnützte; denn wenn er sich hier nicht gar als Mittäter zu verantworten hätte, so käme doch wenigstens eine Teilnehmer-, Begünstiger- oder Hehlereihaftung im oben erörterten Sinne in Betracht⁹³.

Ganz anders ist die Lage zu beurteilen, wenn der *Eigentümer* mit der Straftat seines Vertreters *in keiner Weise etwas zu tun* hatte. Sofern ihm hier nicht wenigstens die Verletzung einer etwaigen Aufsichtspflicht vorgeworfen werden kann⁹⁴, ist ihm gegenüber eine strafweise Einziehung ausgeschlossen. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, daß in zivilrechtlicher Hinsicht das Verhalten des Vertreters u. U. dem Vertretenen zuzurechnen ist⁹⁵. Denn die strafbegründende Verantwortlichkeit allein darauf zu grün-

⁹⁰ Vgl. unten S. 248, 283.

⁹² § 42 StGB, § 25 OWiG.

⁹⁴ Dazu ROTBERG, OWiG, § 19 Rdnr. 6 a, GÖHLER, OWiG, § 33 Anm. 5 A, STREE, Deliktsfolgen S. 117. Freilich wird man eine Garantenpflicht des Vertretenen für ein gesetzestreu Verhalten seines Vertreters nicht schon ohne weiteres aus dem Vertretungsverhältnis begründen können; vielmehr muß dieses auf einer tatsächlichen Autoritätsstellung beruhen, die dem Vertretenen die Möglichkeit der Einflußnahme eröffnet; vgl. im übrigen SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 132 ff. vor § 1 über die Pflichten aus der Verantwortung für fremdes Handeln. U. U. kann sich die Aufsichtspflicht jedoch auch aus der Eigentümerstellung ergeben; vgl. oben S. 239.

⁹⁵ So zu Recht — wenn auch in gewissem Widerspruch zu der noch zu erörternden Vertreterklausel — BGHSt 2, 337/8, wo es abgelehnt wird, die Einziehung gegen-

⁹¹ Vgl. unten S. 285, 289.

⁹³ Vgl. im einzelnen oben S. 212, 239 f.

den, daß er bei Verwaltung seines Vermögens oder bei Erledigung bestimmter Geschäfte sich eines Vertreters bedient, würde auf eine *Risikohaftung* hinauslaufen, die mit dem Grundsatz persönlichen Verschuldens nicht zu vereinbaren wäre⁹⁶.

Wenn demgegenüber der BGH nach der bekannten *Vertreter-Klausel*⁹⁷ die Einziehung unverzollter Waren schon allein deshalb zugelassen hat, weil der Erwerber die Ware durch einen Vertreter einführen ließ⁹⁸, so mag das aus der steuerrechtlichen Tradition der Haftung für Hilfspersonen zu erklären sein⁹⁹, ist aber heute kaum noch zu rechtfertigen¹⁰⁰.

Doch selbst wenn man die Einziehung gegenüber dem Vertretenen von dessen culpa in eligendo abhängig machen würde¹⁰¹, wären damit noch nicht alle Bedenken ausgeräumt. Denn ganz abgesehen davon, daß diese Haftung nur bei gewillkürter Vertretung in Betracht käme¹⁰², könnte auch der Vorwurf, daß sich der Eigentümer einen zuverlässigeren Vertreter hätte aussuchen sollen, immer nur eine Fahrlässigkeitshaftung begründen; und hiergegen wären die gleichen Einwände zu erheben, die bereits gegen die Leichtfertigkeitklausel des § 40 a Nr. 1 StGB vorzubringen waren¹⁰³. Zudem könnte das Auswahlverschulden keinesfalls einfachhin aus dem Versagen des Vertreters geschlossen werden; denn dies käme einer Schuldvermutung gleich.

Vermutlich verdankt auch die Vertreterklausel des BGH ihre Existenz der bereits verschiedentlich zu konstatierenden Kurzsichtigkeit, mit der man lediglich die Rechtfertigungsfrage gegenüber der Eigentumsgarantie im Auge

über einem Minderjährigen allein auf die Tat des Vaters zu gründen: „denn die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die gesetzliche Vertretung rechtfertigen keine Strafmaßnahmen gegen den Vertretenen, wenn diesen keine persönliche strafrechtliche Schuld trifft.“ In diesem Sinne auch RG GA 58, 445.

⁹⁶ Gar nicht zu denken an die wirtschaftspolitischen Folgen, die eine so weittragende schuldindifferente Haftung des Vollmachtgebers für das moderne Wirtschaftsleben, aus dem das Handeln durch Dritte überhaupt nicht mehr wegzudenken ist, nach sich ziehen müßte. Wenn im übrigen der Risikogedanke nicht einmal für die Verbandshaftung taugt, wie R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 197 f., m. weit. Nachw. dargetan hat, so paßt er auf möglicherweise nur sehr lockere Vertretungsverhältnisse noch viel weniger.

⁹⁷ BGHSt 2, 320 (m. Anm. WERNER, LM Nr. 4 zu § 414 RAO); 2, 328 (m. Anm. FRÄNKEL, LM Nr. 1 zu § 414 RAO); ferner BGH, LM Nr. 1 zu § 19 OWiG. Vgl. zum Ganzen auch oben S. 42.

⁹⁸ BGHSt 2, 320/3; vgl. auch BGH JR 1953, 430: Haftung der Ehefrau für die Tat ihres Ehemannes als ihres steuerrechtlichen Vertreters.

⁹⁹ Vgl. GOETZELER, Steuerstrafrecht S. 189 ff. und RUMMLER, S. 51 ff.

¹⁰⁰ Krit. insbes. auch GILSDORF, JZ 1958, 689, ROTBERG, OWiG, § 19 Rdnr. 6 a, SEEWALD, JR 1954, 387 f. Vgl. ferner die beachtlichen verfassungsrechtlichen Einwände, die RUMMLER, S. 66 ff. gegen die steuerrechtliche Nachhaftung Dritter erhebt.

¹⁰¹ So wohl STREE, Deliktsfolgen S. 117; vgl. auch GÖHLER, Sonderausschuß, V/54, Sitzung, S. 1080, über gleiche Motive bei der Verbandshaftung.

¹⁰² STREE, Deliktsfolgen S. 117. Insoweit ebenso BGHSt 2, 337 (oben Anm. 95).

¹⁰³ Oben S. 237.

hatte und daher die sich aus dem Strafcharakter der Sanktion ergebende Schuldproblematik nicht mehr gebührend berücksichtigte. Um so mehr ist es zu begrüßen, daß sowohl der E 1962 wie auch das EGOWiG darauf verzichtet haben, ihre Vertreterklauseln auch auf natürliche Personen zu erstrecken¹⁰⁴.

III. Einziehung gegenüber Verbänden

Bei der Einziehung von Verbandseigentum hingegen stellt sich die Frage insofern etwas anders, als es hier kein echtes Gegenüber zweier eigenverantwortlicher Personen gibt, sondern das natürliche Organ Kopf und Hand der selbst nicht handlungsfähigen Verbandsperson ist.

1. Diese Handlungsunfähigkeit des Verbandes als solchem hat naturgemäß zur Folge, daß er sich grundsätzlich die Handlungen seiner Organe zurechnen lassen muß. Ob diese Zurechenbarkeit indes auch die Zulässigkeit strafweiser Einziehungen zu begründen vermag, hängt entscheidend davon ab, inwieweit *Verbandspersonen* überhaupt *straffähig sind*. Denn da die Sanktion und ihre Wirkung nicht gegen die Organe, sondern den Verband trifft, und die Interessen und Motivationen der Organe sich keineswegs mit denen des Verbandes bzw. der in ihm zusammengeschlossenen Mitglieder zu decken brauchen, ist es nicht genug, die Sanktion nur den Organen gegenüber als Strafe rechtfertigen zu können; vielmehr kommt es entscheidend darauf an, daß der Verband selbst als Integration seiner Mitglieder Adressat einer repressiven Sanktion sein kann.

Es versteht sich, daß diese vielschichtige und auch heute noch nicht voll ausgetragene Frage hier nicht im einzelnen aufgerollt werden kann¹⁰⁵, son-

¹⁰⁴ Vgl. § 42 StGB, § 25 OWiG, § 120 E 1962. Soweit es dagegen um den Verfall von Vermögensvorteilen geht, macht § 109 III E 1962 keinen Unterschied zwischen der Haftung von juristischen und natürlichen Personen. Hiergegen wird nichts einzuwenden sein, solange es sich nur um Gewinnabschöpfung handeln soll; denn dort kommt der Ausgleichsgedanke zum Zuge (vgl. oben S. 120 ff. und unten S. 284 ff.). Problematisch wird es dagegen beim Verfall von Tatengeldern, die in das Vermögen des Vertretenen gelangt sind. Denn da insoweit weder ein Sicherungs- noch ein Ausgleichsinteresse ersichtlich ist (vgl. oben S. 82 ff.) und der Makelgedanke für sich allein keinen überzeugenden Verfallsgrund liefert (so aber wohl die Begr. des E 1962 S. 242; vgl. hiergegen oben S. 127 ff.), bleiben nur noch repressive Gesichtspunkte. Damit ist der Entgeltverfall jedoch nur dann zu rechtfertigen, wenn dem Vertretenen ein Verschulden nachweisbar ist. Deshalb kann insoweit nichts anderes gelten als bei der Einziehung sonstiger tatverstrickter Gegenstände.

¹⁰⁵ Vgl. dazu im einzelnen insbes. die eingehenden Untersuchungen von Busch, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933, und R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958, sowie aus jüngster Zeit GÖHLER, OWiG, Vorbem. 2 ff. vor § 26, LANG-HINRICHSSEN, Verbandsunrecht, in: H. MAYER-Festschrift S. 49 ff. und SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967. Zu den in den Reformkommissionen vertre-

tern allenfalls die Konsequenzen des jeweiligen Standpunktes aufgezeigt werden können. Hält man mit einer im Vordringen begriffenen Auffassung auch Verbände grundsätzlich für straffähig¹⁰⁶, so bestehen keine Bedenken, ihnen gegenüber auch eine nur repressiv begründbare Einziehung zuzulassen¹⁰⁷, wobei es sich in konstruktiver Hinsicht auf Grund der weitgehenden Identifizierung von Organ und Verband nicht um eine dritt-, sondern um eine *tätergerichtete* Einziehung handeln würde. Verneint man dagegen die eigene Straffähigkeit der Verbände — und dazu vermag die wohl vorherrschende Meinung nach wie vor sehr gewichtige dogmatische Gründe ins Feld zu führen¹⁰⁸ —, so bleibt konsequenterweise auch für eine repressive Einziehung von Verbandseigentum kein Raum¹⁰⁹.

2. Indes wird selbst nach der strengeren Auffassung eine repressive Einziehung von Verbandseigentum jedenfalls dann zuzulassen sein, wenn im Einzelfall eine so *enge personelle Verknüpfung zwischen Verbandsträgern und Verbandsorganen* besteht, daß man im Grunde von einer *Identität* beider sprechen kann. Das ist etwa dort der Fall, wo die Geschäftsführer einer GmbH zugleich ihre alleinigen Gesellschafter sind. Wird hier im Einverständnis aller Geschäftsführer ein PKW der GmbH laufend zu Schmuggelfahrten benützt, so könnte die Gesellschaft einer repressiven Einziehung gegenüber weder juristische Selbständigkeit noch mangelnde Strafempfindlichkeit vor-schützen. Denn da hier die tatbeteiligten Organe und die materiell betroffenen Gesellschafter faktisch identisch sind, bedeutet ihre Verselbständigung als GmbH nichts anderes als eine formale Hülle, die als solche keinen absoluten Schutz vor strafrechtlichen Sanktionen verdient. Ebenso wenig kann hier von

tenen Standpunkten vgl. Niederschriften IV S. 321 ff. und Sonderausschuß, IV/23. Sitzg. S. 379 ff. und V/57. Sitzg. S. 1079 ff.

¹⁰⁶ So nach OTTO v. GIERKE, v. LISZT-SCHMIDT, M. E. MAYER und HAFTER (vgl. im einzelnen R. SCHMITT, aaO, S. 111 ff.) vor allem BUSCH, aaO, v. WEBER, DRIZ 1951, 155, JZ 1953, 294; 1960, 549, sowie aus neuester Zeit BAUMANN, AT S. 181 f. und ROTBERG, in 100-Jahre-DJT-Festschrift, II, S. 193 ff. Im gleichen Sinne BGHSt 2, 328; 12, 295; 14, 194; BGHZ 27, 69 sowie BVerfGE 20, 323/335. Vgl. ferner insbes. § 26 OWiG.

¹⁰⁷ So BGHSt 2, 328; 5, 28/32; 14, 194; ROTBERG, OWiG, § 19 Rdnr. 6 a, STREE, Deliktsfolgen S. 117. Vgl. auch GÖHLER, OWiG, Vorbem. 4 vor § 26.

¹⁰⁸ So wird teils bereits die Handlungsfähigkeit verneint (so etwa von BRUNS, JZ 1954, 12, JESCHECK, AT S. 156, LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 53, MAURACH, AT S. 133, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 51 vor § 47, R. SCHMITT, aaO, S. 104 ff., 181 ff. m. weit. Nachw.), teils die Schuldfähigkeit bestritten (so u. a. von BÖCKELMANN, Dt. Beiträge zum VII. Intern. Strafrechtskongreß S. 64 ff., ENGISCHE, in Verhandlungen des 40. DJT, Bd. II, E S. 24, HEINITZ, ebd. Bd. I S. 85, ZStW 65, 47, JESCHECK, ZStW 65, 213, LANGE, JZ 1952, 262 ff., SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 86 ff.); insbes. fehlt es den Verbänden aber auch an der Strafempfindlichkeit, wie vor allem R. SCHMITT, aaO, S. 195 ff. m. weit. Nachw., überzeugend dargelegt hat.

¹⁰⁹ So im Ergebnis auch R. SCHMITT, aaO, S. 199 und SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 178; im Prinzip auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 Rdnr. 1.

einem Mangel der Schuldfähigkeit bzw. Strafeempfänglichkeit die Rede sein; denn da diejenigen, die durch den Eingriff in das Gesellschaftsvermögen materiell betroffen werden, zugleich die tatverantwortlichen Organe sind, bedarf es keiner weiteren Kommunikation zwischen juristischer Verbandsperson und Organ, um durch die strafweise Einziehung unmittelbar auf die Motivation der Personen einzuwirken, die sich im Verband verkörpern und sein Verhalten bestimmen¹¹⁰.

Ob es sich bei der einziehungsbegründenden Tat nur um eine Gelegenheits-tat der gesellschaftsidentischen Organe handelt, oder ob die Gesellschaft gerade zu dem Zweck gegründet ist, die tatverstrickten Gegenstände einem scheinbar eigenständigen Eigentümer zu unterstellen, darauf kann es nicht entscheidend ankommen. Auch andere Umgehungstricks vermögen die Einziehung selbstverständlich nicht zu hindern: so etwa, wenn die Gesellschafter einen *Strohmann* als ihr Organ agieren lassen.

In jedem Fall aber hat diese Kollektivhaftung ihre Grenze dort, wo eine tatbilligende Übereinstimmung zwischen Mitgliedern und Organen nicht feststellbar ist: so etwa, wo — wie in einem vom BGH entschiedenen Fall¹¹¹ — nur einem der BGB-Gesellschafter eine strafbare Handlung nachgewiesen werden kann. Da es hier an der vollen Identität zwischen Gesellschafter und Tatbeteiligten fehlt, ist eine pönal motivierte Einziehung grundsätzlich abzulehnen¹¹². Allerdings wird in derartigen Fällen genau zu prüfen sein, ob bei strafbarer Verwendung von Gesellschaftseigentum durch den einen Mitgesellschafter in der bewußten Gleichgültigkeit des anderen nicht schon strafbare Teilnahme liegt¹¹³ bzw. wegen eines umständebedingten Sicherungsbedürfnisses¹¹⁴ nicht eine Sicherungseinziehung in Betracht käme.

Gemessen an dieser differenzierenden Behandlung der Einziehung von Verbandseigentum müssen die schematischen *Zurechnungsregeln* der § 42 StGB, § 25 OWiG bzw. des § 120 E 1962 auf Bedenken stoßen. Danach sollen im Hinblick auf die Einziehung die juristische Person, der nichtrechtsfähige Verein und die handelsrechtliche Personengesellschaft im Ergebnis so

¹¹⁰ Für Zulässigkeit der Einziehung in diesen Fällen daher auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 27; im gleichen Sinne BOCKELMANN, Dt. Beiträge S. 64 Anm. 34.

¹¹¹ BGHSt 2, 328.

¹¹² Gegen die vorgenannte Entscheidung des BGH auch JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 26. Zustimmung dagegen HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. IV 2 c cc a.

¹¹³ Das ist insoweit anzunehmen, als den Mitgesellschaftern die Pflicht obliegt, den ordnungsgemäßen Gebrauch des Gesellschaftseigentums zu überwachen. Dabei wird man aber nicht so weit gehen können, den Gesellschafter für jegliches mißbräuchliche Verhalten des Mitgesellschafters verantwortlich zu machen. Keinesfalls kann die Überwachungsspflicht über den Rahmen des Verbandszweckes oder -betriebes hinaus erstreckt werden; denn in Privatangelegenheiten darf sich der Gesellschafter zu Recht dagegen verwahren, zum „Hüter seines Bruders“ gemacht zu werden. Vgl. auch STREE, Deliktfolgen S. 117 f.

¹¹⁴ Dazu unten S. 264.

behandelt werden, als sei die einziehungsbegründende Straftat des Organs bzw. des vertretungsberechtigten Gesellschafters von der juristischen Person etc. selbst begangen worden¹¹⁵. Gleiches soll nach § 109 III E 1962 für den Verfall von Tatentgelten und -gewinnen gelten. Das bedeutet, daß danach eine Sanktion gegen das Verbandseigentum auch dann möglich ist, wenn keinerlei Sicherungs- oder Ausgleichsbedürfnis besteht, u. U. also auch schon eine repressive Zielsetzung ausreichen soll. Das erscheint jedenfalls dort bedenklich, wo das strafbare Organ und die Mitglieder des betroffenen Verbandes verschiedene Personen sind. Denn da sich hier die Sanktion nicht gegen den Täter, sondern letztlich gegen die möglicherweise völlig schuldlosen Mitglieder richtet, kann diese Zurechnungsregel im Einzelfall zum Bruch mit dem Grundsatz führen, daß Strafsanktionen nur den treffen sollen, dem ein schuldhaftes Verhalten nachzuweisen ist¹¹⁶. Deshalb erscheint eine derartige Zurechnungsregel über die Sicherungs- und Ausgleichseinziehung hinaus nur unter den zuvor erörterten Beschränkungen vertretbar.

§ 14 SICHERUNGSEINZIEHUNG, UNBRAUCHBARMACHUNG UND SONSTIGE SICHERNDE EIGENTUMSSANKTIONEN

A) Ihre kennzeichnenden Merkmale

Das kennzeichnende Merkmal der sichernden Eigentumsanktionen, zu denen neben der Sicherungseinziehung¹ insbesondere die Vernichtung², die Unbrauchbarmachung³ und die Außerverkehrziehung⁴ zu rechnen sind⁵, be-

¹¹⁵ Über Einzelheiten vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 Rdnr. 3 ff., SCHWARZ-DREHER, § 42 Anm. 2 ff., GÖHLER, OWiG, § 25 Anm. 2 ff. ¹¹⁶ Vgl. E 1962 Begr. S. 96.

¹ Vgl. insbes. § 40 II Nr. 2, III StGB, § 18 II Nr. 2, III OWiG. Ferner gelten als Sicherungseinziehungen im Rahmen des StGB die Fälle der § 86 I a. F. (BGHSt 6, 62; 8, 165; 13, 32/8; 14, 391/3; 15, 399/401; 19, 63, 158/160), § 152 (RGSt 14, 161/3 f.), § 245 a (BGHSt 9, 96/7), § 284 b (RGSt 63, 379/380), § 295 (MAURACH, AT S. 702), § 296 III (MAURACH aaO); im Nebenstrafrecht u. a. § 13 LebMG (RGSt 55, 12; BGHSt 21, 66/7), § 28 WeinG (RGSt 50, 386/8 f.; BGHSt 16, 210/4; 19, 7/17) und § 20 FernmAnlG (OLG Köln MDR 1957, 372, OLG Celle NJW 1964, 1381). Indes bleibt zu beachten, daß diese Frage der dogmatischen Einordnung weitgehend von den jeweiligen Abgrenzungskriterien abhängt, weshalb die vorgenannten Nachweise keineswegs als unumstritten anzusehen sind; näheres zum Streitstand oben S. 61 ff. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es ohnehin weniger auf die abstrakte Fassung der jeweiligen Vorschrift als auf die konkrete Zielsetzung der einzelnen Sanktionen an; dazu oben S. 93 ff., 141 f.

² Vgl. etwa § 98 UrhG, § 14 GeschmacksmusterG, § 30 WarenzeichenG.

³ §§ 40 b II Nr. 1, 41 StGB (vgl. BGHSt 5, 168/178; 16, 49/56), § 86 I StGB a. F. (BGHSt 19, 63/75); ferner § 20 II Nr. 1 OWiG.

⁴ So etwa nach Art. 36 a ff. des niederländischen StGB von 1958 (vgl. CIRPKA, System der Strafen S. 34). Das geltende deutsche Recht kennt, soweit ersichtlich, diese Maßregel nicht; de lege ferenda erscheint sie jedoch erwägenswert; vgl. unten S. 242.

⁵ Sonstige Formen der Unschädlichmachung sind beispielsweise in der Kenn-

steht in ihrer spezifischen *Angriffsrichtung*: Es geht ihnen *ausschließlich* um *Gefahrenabwehr*⁹. Dadurch unterscheiden sie sich vornehmlich in dreierlei Hinsicht von der Strafeinziehung:

Während diese in erster Linie gegen die Person des Eigentümers gerichtet ist, ist das primäre Zielobjekt der Sicherungsanktion die gefährliche *Sache*¹⁰. Das hat zur Folge, daß hier auch hinsichtlich der Anordnungsvoraussetzungen die subjektiven Elemente, ja sogar die Person des Eigentümers völlig in den Hintergrund treten und damit, abgesehen von der Rechtfertigungsfrage, auch die Unterschiede zwischen der täter- und dritgerichteten Einziehung weitgehend eingeblendet oder jedenfalls auf die Ebene der Entschädigung verlagert werden. Deshalb können die folgenden Ausführungen die jeweiligen Eigentumsverhältnisse weitgehend unberücksichtigt lassen.

Von Bedeutung ist ferner ein zweites, zeitbezogenes Kriterium: Während sich die Einziehung als Strafe in maßgeblicher Weise an der in der Vergangenheit liegenden Tat und Schuld des Täters auszurichten hat, ist die Sicherungsanktion *zukunftsgerichtet*. Für sie ist die Anknüpfungstat deshalb gleichsam nur der Eingriffsanlaß, während sich Grund und Ausmaß der konkreten Sanktion nach dem Grad des jeweiligen Sicherungsinteresses zu bestimmen haben. Dadurch wird das *Sicherungsbedürfnis* zum *Angelpunkt* der sichernden Eigentumsanktionen.

Damit hängt ein drittes Charakteristikum zusammen: Während die Strafanktion ihres personbezogenen Repressionscharakters wegen auf die völlige Entziehung des Eigentums ausgerichtet ist, ja als (bloße) Unschädlichmachung an sich ungefährlicher Gegenstände wirtschaftlich geradezu widersinnig wäre, gebietet der Sicherungszweck eine *Abstufung* der Sanktion je nach dem Grad ihrer *Erforderlichkeit*. Deshalb kann in der Sicherungseinziehung, auch wenn sie hier im Vordergrund der Betrachtung stehen wird, immer nur eine neben anderen, ja letztlich nur die ultima ratio der sichernden Eigentumsanktionen gesehen werden. Denn sie darf immer nur dann zum Zuge kommen, wenn weniger einschneidende Sanktionen, wie etwa die Unbrauchbarmachung oder Außerverkehrziehung, nicht mehr ausreichen.

zeichenbeseitigung (§ 40 b II Nr. 2 StGB, § 20 II Nr. 2 OWiG, § 30 WarenzeichenG) und in den Verfügungsaufgaben (§ 40 b II Nr. 3 StGB, § 20 II Nr. 3 OWiG) zu sehen.

⁹ Vgl. zum Ganzen auch oben S. 90, 118 ff.

¹⁰ Dieses Kriterium wurde erstmals scharf herausgearbeitet in RGSt 50, 386/9; vgl. ferner v. REDWITZ, S. 94, 103 und MAURACH, JZ 1964, 530. — Diese Sachbezogenheit der Sicherungseinziehung schließt freilich nicht aus, daß sich die Gefährlichkeit eines Gegenstandes u. U. nicht auch aus subjektbedingten Faktoren ergeben könnte; dazu unten S. 263 f.

B) Die Rechtfertigungsfrage

I. Im allgemeinen

Im Unterschied zur Strafeinziehung steht das kriminalpolitische Bedürfnis nach sichernden Eigentumsanktionen heute außer Frage⁸. Auch ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit wird im Prinzip kaum noch bestritten⁹; jedoch herrscht hinsichtlich der Begründung noch manche Unsicherheit. Selbst soherrscht hinsichtlich der Begründung noch manche Unsicherheit. Selbst so gestellt wird¹⁰, liegt der *grundrechtsdogmatische Ansatzpunkt* dafür noch weithin im Dunkel. Deshalb gilt es zu zeigen, daß sich auch die Sicherungseinziehung — ähnlich den sonstigen Eigentumsanktionen — unmittelbar aus dem Normengefüge des Art. 14 GG begründen läßt, ohne sich dabei mit der vagen Berufung auf überwiegende Belange des Allgemeinwohls begnügen zu müssen. Denn auch hier bildet die Schrankenziehungsbefugnis in Verbindung mit dem Mißbrauchs- und Verwirkungsprinzip eine tragfähige Rechtfertigungsgrundlage.

Soweit es dabei um Sicherungsmaßnahmen gegen das Eigentum von *Tatbeteiligten* geht, genügt es, die oben in der allgemeinen Fundierung erörterten Grundsätze in Erinnerung zu rufen. Den formalen Ansatzpunkt bildet auch hier die Schrankenziehungsbefugnis des Art. 14 I 2 GG, die bis zur völligen Eigentumsentziehung reicht¹¹. Die materiale Eingriffs-*causa* liefert der durch die Straftat manifestierte Eigentumsmißbrauch, der kraft Verwirkung zum Verlust des grundrechtlichen Eigentumsschutzes führt (Art. 14 II GG)¹². Da

⁸ Vgl. näher oben S. 106 ff., 118 ff.

⁹ Eine grundsätzliche Ablehnung der sicherungsweisen Einziehung läßt sich, soweit ersichtlich, nur den Auffassungen von E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 40 f., 338 f. und FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I S. 310 f. entnehmen; dies beruht jedoch offenbar auf einem falsch verstandenen — weil strafrechtliches Verschulden erfordernden — Verwirkungsbegriff; vgl. dazu oben S. 184 f.; ferner STREE, Deliktsfolgen S. 92 f., 102 f.

¹⁰ So die allgemeine Meinung; vgl. u. a. bereits das OLG Koblenz NJW 1950, 78/9 und das OLG NJW 1950, 652/3; ferner BGHSt 19, 63/76; 20, 253/5; 21, 66/9; BGHZ 5, 144/151; 27, 382/7; OLG Oldenburg NdsRpfl. 1964, 19; OLG Celle MDR 1966, 779; NdsRpfl. 1966, 131/2; BUSSE, NJW 1959, 1211, DIETRICH, S. 47, DROST, NJW 1950, 127; CREIFELDS, JR 1955, 408, GILSDORF, JZ 1958, 644, HARTUNG, NJW 1949, 767, SAX, in KMR, Vorbem. 1 c vor § 430, SCHÄFER, in LÖWY-ROSENBERG, Vorbem. 5 B vor § 430, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 20. Im Prinzip ebenso STREE, Deliktsfolgen S. 92 ff., 109 ff. und ZEIDLER, NJW 1954, 1149, die jedoch im einzelnen die Geeignetheit der Maßnahme bezweifeln.

¹¹ Näher dazu oben S. 166 ff.

¹² Vgl. im einzelnen oben S. 170 ff., 186 f. Da es für einen derartigen Mißbrauch lediglich auf den natürlichen Handlungswillen, nicht dagegen auf ein Verschulden im strafrechtlichen Sinne ankommt (näher oben S. 184 f.), kann insbesondere auch ein schuldunfähiger Täter den grundrechtlichen Schutz seines Tatwerkzeugs verwirken; ebenso STREE, Deliktsfolgen S. 93, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 10.

dies zur Folge hat, daß der betroffene Gegenstand dem Staat gegenüber eingriffsfrei wird, kann dieser ihn — und hier kommt schließlich auch der von der h. M. beschworene Sicherungsgedanke zum Zuge — zur Abwehr weiterer Gefahren einziehen.

Somit ist auch hier die Rechtfertigung der Einziehung im Zusammenspiel mehrerer Kriterien begründet, wobei in materieller Hinsicht der verwirkungsbegründende Eigentumsmissbrauch die Eingriffs-*causa* und das Sicherungsbedürfnis den zielgerichteten Eingriffs-Zweck hergibt.

II. Speziell zur Dritteinziehung

Nicht ganz so einfach liegen die Dinge bei Präventivmaßnahmen gegen das Eigentum tatunbeteiligter *Dritter*. Denn da hier dem Eigentümer selbst kein eigenes mißbräuchliches Handeln zur Last gelegt werden kann, scheint für den Verwirkungsbegriff kein Raum zu sein¹³. Wie jedoch ein Blick auf das Sicherheits- und Polizeirecht zeigt, das ja ebenfalls eine ganze Reihe von präventiven Eingriffsbefugnissen gegen das Eigentum kennt¹⁴, läßt sich der Verwirkungsgedanke durchaus auch für die sicherungsweise Dritteinziehung fruchtbar machen. Entscheidend ist nur, daß man die im allgemeinen Sicherheitsrecht entwickelten Kategorien des „Störers“ und der „Zustandshaftung“ auch auf die spezifisch strafrechtliche Sicherungseinziehung überträgt und die Verantwortlichkeit des Eigentümers als Störer aus seiner *Garantenhaftung für den ordnungsmäßigen Zustand seines Eigentums* begründet.

1. Trotz aller Unterschiede, die zwischen der polizeirechtlichen und der strafrechtlichen Sicherungseinziehung vor allem in formeller Hinsicht bestehen mögen, werden beide jedenfalls *materiell* von der gleichen Zielsetzung bestimmt: Es geht ihnen um die Unschädlichmachung von Gegenständen, die sich durch ihre Art und Beschaffenheit oder auch durch die Umstände ihrer Innehabung oder Verwendung als gefährlich erwiesen haben und auch weiterhin eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeuten¹⁵. Daß dabei der Anknüpfungssachverhalt einerseits nur in einer „Polizeiwidrigkeit“¹⁶, andererseits in einer (straf- oder ordnungswidrigkeits-)tatbestandlich umschriebenen „Rechtswidrigkeit“ besteht, macht vom Schutzobjekt her keinen wesentlichen Unterschied¹⁷. Denn sowohl bei einem polizeiwidrigen wie bei einem straf-

¹³ So jedenfalls für den Regelfall die Auffassung von SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 11 und STREE, Deliktsfolgen S. 102.

¹⁴ Vgl. die Nachw. oben S. 9 Anm. 24.

¹⁵ Zu der Frage, welche Kriterien zur Bestimmung der Gefährlichkeit und des Sicherungsbedürfnisses im einzelnen maßgeblich sind, näheres unten S. 258 ff.

¹⁶ D. h. Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung; vgl. im einzelnen DREWS-WACKE, Allgem. Polizeirecht S. 204 ff., KÖNIG, Allgem. Sicherheitsrecht S. 326 ff., ULE-RASCH, Allgem. Polizeirecht S. 109 ff., WOLFF, Verwaltungsrecht III S. 58 ff.

¹⁷ Zudem läuft die Tendenz immer stärker auf eine normative Vertatbestand-

rechtswidrigen Zustand einer Sache werden die Schranken, wie sie dem Eigentümer durch die Gemeinwohlklausel des Art. 14 II GG gesetzt und durch die einschlägigen Verbotstatbestände gemäß Art. 14 I 2 GG konkretisiert sind¹⁸, überschritten, wenn nicht sogar dadurch der Gemeinnützlichkeitszweck des Eigentums¹⁹ geradezu in sein Gegenteil verkehrt wird. Damit bedeutet der Verbleib gefährlicher Gegenstände im allgemeinen Verkehr jedenfalls *objektiv einen eigentumsmißbräuchlichen Zustand*.

2. Freilich besagt dieser objektive Befund noch nichts Entscheidendes; denn so lange er nicht auch dem Eigentümer der fraglichen Gegenstände *persönlich zurechenbar* ist, vermag er keine Verwirkung des grundrechtlichen Eigentums zu begründen²⁰. Doch auch dies wird bei gefährlichen Gegenständen, wie sie die Sicherungseinziehung funktionsgemäß zum Gegenstand hat, durchwegs zu bejahen sein. Denn da die für den Mißbrauchsbegriff entscheidende Zurechenbarkeit keineswegs auf einem subjektiv verwerflichen Verschulden des Eigentümers zu beruhen braucht²¹, kommt als Grundlage seiner Verantwortlichkeit auch die ihm obliegende Pflicht in Betracht, für einen ordnungsgemäßen, d. h. die legitimen Interessen der Rechtsgemeinschaft nicht verletzenden oder gefährlichen Zustand seines Eigentums Sorge zu tragen²².

Abgesehen von der polizeiwidrigkeit hinaus, nachdem die vielfältigen Versuche, dem ins Uferlose führenden Begriff des ordnungswidrigen Verhaltens oder Zustandes mit Hilfe einschränkender Kausalitätsformeln Herr zu werden (vgl. insbes. WACKE, DVBl. 1960, 93 ff. sowie die Darstellung des Meinungsstandes bei HURST, AöR 83, 43 ff.), heute als gescheitert gelten können (krit. vor allem HURST, aaO, S. 61 ff., KÖNIG, Allgem. Sicherheitsrecht S. 327 ff., SCHNUR, DVBl. 1962, 1 ff.). So soll etwa nach HURST, aaO, S. 75 ff. nur das „sozialunübliche“ Verhalten (Gedanke der Sozialadäquanz) eine Störerhaftung begründen können, während SCHNUR, aaO, S. 3 ff. das entscheidende Kriterium in der „Rechtswidrigkeit“ des verursachten Erfolgs, d. h. in einem von der Rechtsordnung nicht mehr gedeckten störenden Verhalten sieht; in diesem Sinne auch KÖNIG, aaO, S. 329 f. und WOLFF, aaO, S. 61.

¹⁸ Vgl. oben S. 166 ff., 191 f.

¹⁹ Art. 14 II 2 GG: Der Gebrauch des Eigentums „soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“; vgl. dazu auch oben S. 180 f. ²⁰ Einzelheiten oben S. 184 f.

²¹ Nachw. dazu aaO. Ebensowenig setzt nach heute unbestrittener Auffassung die sicherheitsrechtliche Störerhaftung ein Verschulden voraus; vgl. u. a. BGHZ 27, 382/9; DREWS-WACKE, Allg. Polizeirecht S. 207, 233, DÜRIG, AöR 79, 57 ff., 79, HURST, AöR 83, 47 ff., KÖNIG, Allg. Sicherheitsrecht S. 326, ULE-RASCH, Allg. Polizeirecht S. 109, WOLFF, Verwaltungsrecht III S. 60, 62. — Indes ist dieser Verzicht auf das subjektive Verschuldenserfordernis nicht so zu verstehen, als ob der Eigentümer auch für völlig unbeeinflussbare Störungszustände verantwortlich gemacht werden könnte; denn auch das Störungsverbot kann nur so weit reichen, wie dem Eigentümer ein nichtstörendes oder störungsbeseitigendes Verhalten überhaupt möglich ist; treffend dazu ULE-RASCH, Allg. Polizeirecht S. 118 f. m. weit. Nachw.; im gleichen Sinne WOLFF, Verwaltungsrecht III S. 63: Zustandshaftung des Eigentümers nur so weit, wie seine Verfügungsmacht reicht (mit Beispielen). Strenger DREWS-WACKE, aaO, S. 233 f.

²² Diese sich aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums ergebende Pflicht ist allge-

Kommt der Eigentümer dieser Pflicht nicht nach — sei es, daß er den betroffenen Gegenstand seiner gefährlichen Beschaffenheit oder in seiner mißbrauchsgeneigten Lage (z. B. beim Täter) beläßt, oder sei es, daß er keine sonstigen Sicherheitsvorkehrungen trifft —, so muß er sich nach den Grundsätzen der polizeirechtlichen „Zustandshaftung“ als *Störer* behandeln lassen²³. Das aber hat praktisch zur Folge, daß an seiner Stelle der Staat als Ordnungshüter die notwendigen Abwehrmaßnahmen treffen und zu diesem Zwecke die fraglichen Gegenstände notfalls völlig entziehen kann, ohne daß demgegenüber noch eine Berufung auf die Eigentumsgarantie möglich wäre²⁴. Das heißt nichts anderes, als daß der Eigentümer auf Grund des ihm *zurechenbaren Pflichtversäumnisses* dem Staat gegenüber den Schutz des Grundrechts verwirkt hat.

3. Ebenso wie bei der tätergerichteten Einziehung ist auch hier durch die Verwirkung lediglich die grundrechtliche Eigentumsbarriere beseitigt. Um daher von dieser Zugriffsmöglichkeit Gebrauch machen zu können, muß sich der Staat von einem bestimmten Sachzweck leiten lassen. Dieser liegt bei der Einziehung oder Unschädlichmachung störender Gegenstände in der Gefahrenabwehr, d. h. im *Sicherungszweck*. So sehr also der verwirkungsbegründende Störergedanke notwendig war, um zunächst einmal über die grundrechtliche Eigentumsbarriere hinwegzukommen, so bleibt für das Ob und Wie der Sanktion letztlich doch das *Sicherungsbedürfnis* entscheidend²⁵.

meine anerkannt; vgl. u. a. CREIFELDS, JR 1955, 408, DREWS-WACKE, Allg. Polizeirecht S. 205, 231, DÜRIG, AöR 79, 79, ULE-RASCH, Allg. Polizeirecht S. 118, WOLFF, Verwaltungsrecht III S. 58 f. sowie QUARITSCH, DVBL 1959, 458 m. weit. Nachw.

²³ Näheres über die Voraussetzungen und Konsequenzen dieser Zustandshaftung bei DREWS-WACKE, Allg. Polizeirecht S. 233 ff., KÖNIG, Allg. Sicherheitsrecht S. 326 ff., ULE-RASCH, Allg. Polizeirecht S. 118 ff., WOLFF, Verwaltungsrecht III S. 61 ff. Dieser Gedanke der Zustandshaftung wurde insbes. auch von BGHZ 5, 144/151 f.; 27, 382/7, BUSSE, NJW 1959, 1211, STREE, Deliktsfolgen S. 110 und ZEIDLER, NJW 1954, 1149 zur Begründung der Sicherungseinziehung herangezogen. — Dazu, daß freilich auch die Zustandshaftung dort ihre Grenze haben muß, wo die *zumutbare Einwirkungsmacht des Eigentümers endet*, vgl. oben Anm. 21.

²⁴ Dieser Gedanke der Ersatzvornahme läßt sich auch schon der Abbruchentscheidung des OLG Stuttgart NJW 1954, 759 sowie der Seuchenentscheidung des OVG Koblenz NJW 1956, 886/7 entnehmen (vgl. oben S. 172). Daß es sich dabei nicht nur um die Zurückverweisung in bereits bestehende Schranken handelt, wie selbst neuerdings wieder von WOLFF, Verwaltungsrecht III S. 58 f. angenommen wird, sondern regelmäßig über darüber hinausgehende Eingriffe, wurde bereits oben S. 152 ff. näher erörtert.

²⁵ Insofern herrscht im Ergebnis mit der h. M. (vgl. oben S. 249) völlige Übereinstimmung. In methodischer Hinsicht hat sich jedoch auch hier wieder die innere Verzahnung von Verwirkungsgrund und Sanktionszweck ergeben. Gewisse Ansätze für eine derartige Betrachtung finden sich bereits in BGHZ 27, 382/387/394 und BGHSt 15, 399/403. Vgl. auch BGHSt 20, 253/5, wo zwar ebenfalls auf den Störergedanken und das *Sicherungsbedürfnis* abgehoben wird, letzteres aber zu Unrecht nur als Element der richterlichen Ermessensprüfung, nicht aber als Voraussetzung der grundsätzlichen Einziehungsrechtfertigung begriffen wird. Ähnlich OLG Celle MDR 1966, 779.

C) Das *Sicherungsbedürfnis* im einzelnen

I. Die gesetzlichen Formeln

Angesichts der grundlegenden Bedeutung, die damit dem *Sicherungsbedürfnis* für die Gestaltung der Eigentumsanktionen zukommt, muß seiner näheren Umgrenzung einige Aufmerksamkeit gewidmet werden. Dies vor allem dann, wenn man im Zuge heutiger Tendenzen die konkrete Prüfung des *Sicherungsbedürfnisses* weitgehend in die Hand des Richters legt.

Wenn es nun auch kaum möglich sein dürfte, dafür eine scharf umrissene und allgemein gültige Formel zu finden²⁶, erscheint es doch schon aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässlich, zumindest die *Kriterien* aufzuzeigen, an denen im Einzelfall der Richter die Prüfung des *Sicherungsbedürfnisses* auszurichten hat. Das ist um so dringlicher, als in dieser Hinsicht dogmatisch bislang wenig geschehen ist²⁷. Auch das Folgende kann freilich nur ein erster Versuch sein, von drei verschiedenen, wenn auch innerlich zusammenhängenden Blickpunkten aus den für die strafrechtliche Sicherungseinziehung bestimmenden Sicherungsgedanken näher einzugrenzen: zunächst vom Schutzobjekt der Sanktion her (II), sodann nach den Gefährlichkeitskriterien der betroffenen Gegenstände (III), und schließlich nach der Art und Weise der Gefährlichkeitsfeststellung (IV). Weitere einschränkende Kriterien werden sich dann insbesondere auch aus den Übermaßkriterien (unten D) sowie aus den Anforderungen an die Anknüpfungstat (unten E) ergeben.

Im Gegensatz zum bisherigen Recht, das über die maßgeblichen Kriterien der *Sicherungsbedürfnisse* noch kein Wort verlor, hat nach einigen Ansätzen in früheren Entwürfen²⁸ erstmals der E 1960/62 eine umfassende Umschreibung versucht²⁹, die jetzt auch in das StGB (§ 40 II Nr. 2) und in das OWiG (§ 18 II Nr. 2) Eingang gefunden hat. Danach ist die Einziehung möglich, wenn

²⁶ Denn auch die Legaldefinitionen der Reformentwürfe, die im folgenden noch zu erörtern sind, kommen über allgemeinste Anhaltspunkte nicht hinaus.

²⁷ Selbst die grundlegende Arbeit von EXNER zur „Theorie der Sicherungsmittel“ (1914) hilft hier nicht wesentlich weiter, da sie hauptsächlich auf die *personbezogenen* Maßregeln abgestellt ist.

²⁸ So zuerst im GE 1911, wo in § 80 II die Einziehung davon abhängig gemacht wurde, daß durch das Verbleiben der fraglichen Gegenstände „in der Gewalt des Inhabers oder im Verkehr die Rechtssicherheit“ gefährdet wird. Erst der E 1936 brachte wiederum eine derartige Klausel; nach dessen § 77 I sollte die Einziehung nur zulässig sein, wenn die Tatwerkzeuge oder -produkte „ihrer Art nach gefährlich sind oder sich in der Hand eines an der Tat Beteiligten als gefährlich erwiesen haben“.

²⁹ § 113 II Nr. 3 und 4 E 1960/62. Diese Formeln hatten übrigens u. a. bereits in § 414 II Nr. 3, 4 RAO 1961, § 39 II Nr. 3, 4 AWG 1961 gesetzliche Geltung erlangt; vgl. ferner § 311 c StGB 1964.

1. „die Gegenstände nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden“
- oder
2. „die Gefahr besteht, daß sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden“³⁰.

II. Das Schutzobjekt der Sicherung

Zwei Ziele sind es also, denen nach diesen Alternativ-Formeln die Einziehung dienen kann: zum einen dem Schutz der Allgemeinheit vor art- und umständebedingten Gefahren, die von den fraglichen Gegenständen ausgehen (Formel 1), zum anderen der Verhinderung rechtswidriger Tatbegegnungen mittels dieser Gegenstände (Formel 2).

1. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als sei hier mit verschiedenen Worten inhaltlich zweimal das gleiche ausgesagt; denn welche rechtswidrige Tat würde nicht zugleich auch eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen?³¹ Dennoch sollte man den je eigenen Sinn dieser Klauseln nicht restlos verneinen. Denn ganz abgesehen davon, daß darin die der neuen Konzeption zugrunde liegende, aber auch sonst bekannte Unterscheidung zwischen abstrakt und relativ gefährlichen Gegenständen konsequent zum Tragen kommt³², sind in der Tat Fälle denkbar, die sich wohl unter die eine, nicht aber unter die andere Klausel bringen lassen. Die gefälschte Urkunde etwa stellt auch dann eine Gefahr für den Rechtsverkehr dar, wenn der gutgläubige Erwerber der Urkunde von der Fälschung nichts weiß und deshalb trotz Gebrauchmachens noch nicht einmal den Tatbestand des § 267 StGB erfüllen kann, weil ihm die dafür erforderliche Täuschungsabsicht fehlt. Gäbe es daher nur die Formel 2, so wäre eine Einziehung nicht möglich. Umgekehrt wird etwa eine Schreibmaschine wohl kaum zu den Gegenständen zu rechnen sein, die ihrer Art nach für die Allgemeinheit gefährlich sind; trotzdem kann sie für einen Landesverräter ein unerlässliches Werkzeug seiner Nachrichtenübermittlungen sein, so daß sie nach Formel 1 nicht eingezogen werden könnte, wohl aber nach Formel 2.

³⁰ Ebenso die Formeln des § 88 I AE, während das OWiG 1952 (§ 18 III) nur die Wiederholungsgefahr genügen ließ. Auch die Klauseln des § 32 I östE 1964 stimmen mit dem E 1962 im Prinzip überein, mit der einen Ausnahme jedoch, daß im Falle 1 nur die artbedingte Gefährlichkeit der Sache die Einziehung begründen soll. Dagegen völlig anders Art. 58 I SchweizStGB, das nur eine der Formel 1 vergleichbare Klausel kennt und insoweit die Einziehung auf Gegenstände beschränkt, die „die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden“.

³¹ Deshalb kritisch hierzu SCHÄFER, Niederschriften III S. 392.

³² Ob diese Unterscheidung freilich auch praktikabel ist, ist eine andere Frage; dazu unten S. 258 ff.

Deshalb ist gegen diese *zweifache Schutzrichtung*, nämlich gegenständlicher Gefahrenschutz der Allgemeinheit einerseits und Verbrechensprophylaxe andererseits, im Prinzip nichts einzuwenden.

2. Was indessen den jeweiligen *Umfang* dieser Schutzbereiche anlangt, erscheinen einige Korrekturen notwendig. So ist etwa das Kriterium des *Schutzes der „Allgemeinheit“ in der 1. Altern.* in einer Hinsicht zu eng, in einer anderen zu weit.

Zu *eng* deshalb, weil hier dem Schutz der Individualisierung zu wenig Rechnung getragen wird. Denn selbst wenn man den Begriff der Allgemeinheit nicht nur auf die Interessen der staatlichen Gewalt oder der Rechtsgemeinschaft als solcher³³ beschränken will, so impliziert er doch die Gefährdung von mehr als nur einer Person³⁴ oder zumindest die eines Repräsentanten der Allgemeinheit³⁵.

Indes ist nicht einzusehen, warum etwa das vergiftete Sprudelwasser nur dann einzuziehen sein soll, wenn es mehrere Personen gefährdet, nicht dagegen, wenn es allein für die Ehefrau des Giftmischers bestimmt war. Ebenso wenig kann für die Einziehungsbedürftigkeit eines Plakats ausschlaggebend sein, ob darin sämtliche Mitglieder einer Fakultät oder nur ein bestimmter Ordinarius verleumdet werden. Denn ebenso wie die konkrete Strafe nicht nur schlechthin der Allgemeinheit oder der Bewährung der Rechtsordnung dienen soll, sondern gegebenenfalls auch den Schutz einer ganz bestimmten Person bezwecken kann, so läge es auch nicht außerhalb des legitimen Sicherungsbereiches der Einziehung, wenn sie lediglich einem einzigen Bürger den Schutz seines Lebens, seiner Ehre oder seines Vermögens gewährleisten würde. Zudem sind schon aus dem Urheberrecht genügend Beispiele bekannt, in denen strafrechtliche Eigentumssanktionen ganz spezifischen Einzelinteressen dienen³⁶. Andere Rechtsgüter sind demgegenüber nicht weniger schutzwürdig³⁷.

³³ Wie etwa der Rechtspflege, der Verkehrssicherheit, der öffentlichen Sittlichkeit, des Beweisverkehrs u. dgl. Über die Möglichkeit einer Abgrenzung gegenüber den Individualrechtsgütern vgl. MAURACH, BT S. 6 ff. m. weit. Nachw.

³⁴ In diesem Sinne etwa SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 311 c Anm. 1 D, wenn er den Schutz „etwa bedrohter Einzelner“ nicht ausreichen läßt. Vgl. aber auch 30. Aufl., § 40 Anm. 6 B, wo er lediglich von „genereller“ Gefährlichkeit spricht.

³⁵ Vgl. KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 414 RAO Anm. 7, § 39 AWG Anm. 7 und KÜHN, AO, § 414 Anm. 3 d, wo „Gemeingefahr“ bzw. „Gemeingefährlichkeit“ der fraglichen Gegenstände verlangt wird. Sich wohl schon über den Wortlaut hinwegsetzend, will demgegenüber SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 32 unter Allgemeinheit „praktisch jedes rechtlich geschützte Interesse“ verstehen.

³⁶ Vgl. oben S. 32 f. und 87.

³⁷ Daher im Ergebnis richtig SCHÖNKE-SCHRÖDER (oben Anm. 35). — In diesem Sinne sollte auch schon nach den Vorstellungen des GE 1911 (Begr. S. 111 f.) und des E 1936 (Begr. S. 72) die Einziehung nicht nur der Sicherheit des allgemeinen Publikums, sondern auch bestimmter Einzelpersonen dienen. Ob freilich der dazu eingeschlagene Weg, nämlich das Abstellen auf den Schutz der „Rechtssicherheit“ (so

Andererseits ist aber das Kriterium des Schutzes der „Allgemeinheit“ insofern zu weit, als damit jegliche Interessen, gleichgültig, ob sie auch straf- oder sicherheitsrechtlich schutzwürdig erscheinen oder nicht, eine Einziehung begründen könnten. Zwar mag im Bereich des StGB die Gefahr einer derartigen Ausweitung des Sicherungsbereiches weniger naheliegen; im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht hingegen läßt sich nicht ausschließen, daß eine Gefährdung der Allgemeinheit schon in rein wirtschaftspolitisch oder fiskalisch begründeten Nachteilen erblickt werden könnte.

Die darin liegende Gefahr eines kriminalpolitisch kostspieligen Verschleißes, ja einer Zweckentfremdung strafrechtlicher Sanktionen sollte nicht unterschätzt werden. Schon EXNER hat demgegenüber betont, daß die Gefährlichkeit, wie sie den Kriminalisten allein angeht, auf die Abwehr „strafgesetzwidriger Schädigungen“ ausgerichtet sein muß³⁸. Auch angesichts der Tatmittel des Polizei- und Sicherungsrechts gibt³⁹, spricht vieles dafür, daß für die strafrechtliche Einziehung maßgebliche Sicherungsbedürfnis allein am Schutz strafrechtlich geschützter Interessen auszurichten⁴⁰ und im übrigen die Aufrechterhaltung der äußeren Sicherheit und Ordnung den allgemeinen Sicherheitsbehörden zu überlassen⁴¹. Damit könnte die Strafjustiz nicht nur von Aufgaben untergeordneter Bedeutung entlastet, sondern auch mit einem Beurteilungsmaßstab versehen werden, der jedenfalls eine bessere Konkretisierung erlaubt, als das ins Uferlose treibende Kriterium des Schutzes der Allgemeinheit⁴².

nach § 80 II GE 1911) bzw. der Verzicht auf jegliche Umgrenzung des Sicherungsobjekts (so nach § 77 E 1936; wiedergegeben oben in Anm. 28), der richtige war, ist eine andere Frage. Vgl. dazu weiteren Text.

³⁸ EXNER, Sicherungsmittel S. 113; vgl. auch dort S. 57 f.

³⁹ Vgl. die Nachw. oben S. 9 Anm. 24.

⁴⁰ Allenfalls käme daneben noch der Schutz geldbußbewehrter Interessen des Ordnungswidrigkeitenrechts in Betracht. Freilich kommt man dabei schon wieder weit in den Schutzbereich der verwaltungsrechtlichen Sicherungsmittel hinein, mit der Folge, daß alle Bewertungskriterien wiederum in dem bekannten Konglomerat kaum noch identifizierbarer Interessen untergehen. Auch ist der Einwand E. R. HUBERS, Wirtschaftsverwaltungsrecht II S. 40, daß es im Ordnungswidrigkeitenrecht an dem zwischen der Einziehung und der Schwere des Verstoßes notwendigen Gleichgewicht fehle, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Deshalb war die Zurückhaltung des § 18 III OWiG, der nur eine der Nr. 2 vergleichbare Klausel enthielt, dem jetzigen § 18 II Nr. 2 OWiG vorzuziehen. Allgemein zur Bewertung der straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlich geschützten Interessen ESER, Abgrenzung S. 83 ff., 167 ff., 178 ff. sowie speziell in ihrer verfassungsrechtlichen Dimension in Duquesne Univ. Law Rev. 1966, 345, 394 ff.

⁴¹ Ganz in diesem Sinne wollte auch schon BGHZ 27, 382/394 nicht schon jede Gefährdung der gesetzlichen Ordnung ausreichen lassen. Ob jedoch statt dessen mit dem Kriterium des „gemeinschädlichen Mißbrauchs“ ein besserer Beurteilungsmaßstab zu gewinnen ist, muß ebenfalls bezweifelt werden.

⁴² Nicht weniger vage ist das vom GE 1911 gebrauchte Kriterium des Schutzes

Deshalb sollte in der Einziehungsklausel Nr. 1 klar zum Ausdruck gebracht werden, daß ein Einziehungsbedürfnis nicht schon bei jeder Gefährdung irgendwelcher Allgemeininteressen, sondern nur bei strafrechtlich — oder allenfalls ordnungswidrigkeitsrechtlich — geschützten Rechtsgütern angenommen werden kann.

3. Auch gegen die *Tatverhinderungsklausel* der Nr. 2 sind gewisse Vorbehalte zu machen. Danach soll die Einziehung zulässig sein, wenn die Gefahr besteht, daß die betroffenen Gegenstände der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden⁴³.

Zwar ist einerseits zu begrüßen, daß sich die Klausel auf die Verhinderung „rechtswidriger“ Taten beschränkt, also auf strafrechtlich vertyppte Taten abhebt⁴⁴. Dadurch sind zu Recht jene Auffassungen abgelehnt, welche die Einziehung schon allein im Hinblick auf sonstige „gesetzwidrige“ Handlungen zulassen wollen⁴⁵. Denn sonst könnte man auf eine Begrenzung des Sicherungsumfanges gleich ganz verzichten, da sich die Gefahr, daß eine Sache einer außerstrafrechtlichen gesetzwidrigen Handlung i. S. des Verwaltungs- oder auch Zivilrechts dienen könnte, nie ausschließen läßt. Auch hier gibt es nur eine klare und tragbare Grenzlinie, wenn man das Einziehungsbedürfnis auf die Verhinderung spezifisch straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlicher Taten beschränkt.

Ebensowenig ist etwas dagegen einzuwenden, daß es bei den zu verhindernden Taten auf das Verschulden nicht ankommen soll; denn dieser Verzicht ist durch den Sicherungszweck gerechtfertigt.

Problematisch bleibt die Klausel jedoch insoweit, als sie schon die bloße „Gefahr“ weiterer Taten für die Einziehung ausreichen lassen will. Denn ist eine derartige Gefahr nicht immer gegeben? Kein PKW-Halter kann heute sicher sein, daß sein Fahrzeug nicht gestohlen wird und dann der Begehung einer Schmuggelfahrt, eines Einbruchs oder dergleichen dient.

der „Rechtssicherheit“ (§ 80 II), ganz zu schweigen von dem Vorschlag des E 1936, auf jegliche Umschreibung des Schutzobjekts zu verzichten (vgl. oben Anm. 28).

⁴³ Ganz offensichtlich sind hier nur Mittel oder Werkzeuge der Tat gemeint, nicht dagegen bloße Objekte der Tat (näher zu dieser Abgrenzung unten S. 318 ff.). Deshalb hat das BayOblGSt 1963, 107/110 zu Recht die Einziehung von Altmittel abgelehnt, das lediglich Gegenstand einer Steuerhehlerei sein sollte.

⁴⁴ Entsprechend sollen nach § 18 II Nr. 2 OWiG mit Geldbuße bedrohte Handlungen ausreichen. Gewiß ist diese Ausweitung von den Grundlagen des Ordnungswidrigkeitenrechts her zwar konsequent, im Hinblick auf die von HUBER erhobenen Einwände (oben Anm. 40) jedoch nicht unbedenklich. Auf jeden Fall erheischt die Einziehung im Ordnungswidrigkeitenrecht eine besonders gewissenhafte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (dazu unten S. 351 f., 358 ff.).

⁴⁵ So insbesondere CREIFELDS, JR 1955, 406, 408 und SCHÄFER, in DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, § 40 StGB Anm. 7. Ähnlich vage spricht auch BGHSt 15, 399/401 von der „Gefahr weiterer Verstöße gegen die Rechtsordnung“.

Zwar wird man allein wegen der Vagheit des Gefahr-Kriteriums auf diesen Einziehungsgrund nicht völlig zu verzichten brauchen⁴⁶. Denn die Erschwerung drohender Straftaten durch die Beseitigung verbrechensdienlicher Gegenstände liegt im legitimen Interesse des Staates. Wenn aber dafür bereits die schlichte Gefahr etwaiger Tatbegehungen ausreichen soll, so läuft das leicht auf bloße Verdachtseinziehungen hinaus. Das ist gerade deshalb um so unerträglicher, als hier — im Unterschied zur Formel 1 — keinerlei gegenständliche Einschränkungen, etwa hinsichtlich der arttypischen Gefährlichkeit der betroffenen Sache, gemacht werden, vielleicht auch gar nicht gemacht werden können, da sich das Tatverhinderungsinteresse kaum auf bestimmte Kategorien von Gegenständen festlegen läßt.

Deshalb muß die Klausel durch strengere Anforderungen an das *Gefahr-Kriterium* eingengt werden. Mit dem Abstellen auf eine nachweislich „dringende“ Gefahr könnten wenigstens die Fälle vager Vermutungen ausgeschlossen werden. Noch besser wäre es jedoch, sich die neueren Bemühungen um eine rechtsstaatlich optimale Fassung der U-Haft-Voraussetzungen zunutze zu machen. Demgemäß wäre in Anlehnung an § 112 II StPO n. F. die Einziehung nach der 2. Altern. von dem Nachweis bestimmter Tatsachen abhängig zu machen, die bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Wahrscheinlichkeit ergeben, daß der fragliche Gegenstand in absehbarer Zeit der Begehung weiterer rechtswidriger Taten dienen soll⁴⁷.

III. Die maßgeblichen Gefährlichkeitskriterien

Nicht weniger schwierig ist die Frage, inwieweit sich das Sicherheitsbedürfnis von der *gegenständlichen* Seite her eingrenzen läßt. Diese Fragestellung ist vor allem für die in der Schutzklausel der 1. Altern. angesprochenen Kriterien bedeutsam, da hier auf die Art der sich aus dem Gegenstand ergebenden Gefahren abgestellt wird. Doch auch für die Tatverhinderungsklausel der 2. Altern. erscheint die Frage einer Beschränkung der Einziehung auf besonders geartete Gegenstände nicht ohne Bedeutung.

Die hier aufgeworfene Problematik zentriert sich um die schon lange bekannte und ansatzweise auch der gegenwärtigen Konzeption zugrundeliegende Unterscheidung zwischen den sog. *abstrakt* und den nur *relativ gefähr-*

⁴⁶ So aber wohl STREE, Deliktsfolgen S. 111 Anm. 84 und konsequenterweise jeder, der die Sicherungseinziehung generell auf abstrakt gefährliche Gegenstände beschränken will; dazu unten S. 259 bei Anm. 51.

⁴⁷ In ähnlicher Weise versucht auch KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 414 RAO Anm. 8 eine einschränkende Auslegung dieser Klausel. Vgl. ferner SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 34, der „konkrete Anhaltspunkt“ für eine in ihren Umrissen bereits klar bestimmbar Tat verlangt. Zum Grad und der Art des Gefährlichkeitsnachweises vgl. im übrigen auch unten S. 265 ff.

lichen Gegenständen⁴⁸. Das die beiden Kategorien unterscheidende Kriterium wird allgemein darin gesehen, daß die abstrakt gefährlichen Gegenstände „an sich“, d. h. schon ihrer Art und Beschaffenheit nach und unabhängig davon, in wessen Händen sie sich befinden, als gefährlich erscheinen⁴⁹, während die nur relativ gefährlichen von Natur aus harmlos oder gefahrenneutral sind, jedoch unter besonderen Umständen, so etwa durch die Art ihrer Verwendung, auf Grund der Verbindung mit anderen Tatmitteln oder auch durch die besonderen verbrecherischen Neigungen ihres Inhabers, zu einer Gefahrenquelle werden können⁵⁰.

1. Daß die Art und Beschaffenheit eines Gegenstandes für die Beurteilung seiner Gefährlichkeit von wesentlicher Bedeutung sind, liegt auf der Hand. Auch daß die auf Grund ihrer Beschaffenheit gefährlichen Gegenstände das Kernziel der Sicherungseinziehung ausmachen, kann nicht bezweifelt werden. Heftig umstritten ist jedoch die Frage, ob die Sicherungseinziehung auf die Fälle artbedingter *abstrakter* Gefährlichkeit beschränkt werden soll. Dieser Standpunkt wird auch heute noch von beachtlichen Stimmen vertreten⁵¹. Zur Begründung wird im wesentlichen darauf hingewiesen, daß nur auf diesem Wege eine einigermaßen klare Umgrenzung der wirklich einzieherheischenden Gegenstände möglich sei⁵². Doch selbst wenn man einmal die Richtigkeit dieser These unterstellt, würde sich eine derartige Fixierung auf abstrakt gefährliche Gegenstände kriminalpolitisch kaum als sinnvoll erweisen, da sie teils zu eng, teils zu weit wäre.

Zu *weit* vor allem deshalb, weil eine streng abstrakte Betrachtung konsequenterweise keinen Raum für die Berücksichtigung der *konkreten* Umstände lassen würde. Das müßte letztlich dazu führen, daß der Einziehung auch Gegenstände zu unterwerfen wären, die zwar nach ihrer Art und Beschaffenheit (wie z. B. Gifte, Sprengstoffe, gesundheitsschädliche Lebensmittel, unzüchtige Schriften) als gefährlich erscheinen, jedoch unter den konkreten Bedingungen

⁴⁸ Vgl. E 1962 Begr. S. 247. Gleiches hat für § 88 I AE zu gelten.

⁴⁹ Gelegentlich ist statt von „abstrakter“ auch von „genereller“ oder „absoluter“ Gefährlichkeit die Rede; doch in der Sache ist auch damit nichts anderes gemeint als die von den konkreten Umständen des Einzelfalles losgelöste Beurteilung der Gefährlichkeit, so wie sie sich aus der Art und Beschaffenheit des Gegenstandes ergibt.

⁵⁰ Vgl. u. a. HARTUNG, NJW 1949, 767 f., STREE, Deliktsfolgen S. 111; grundlegend dazu auch schon STOOß, Vermögensstrafen S. 34 ff.

⁵¹ So u. a. von CREIFELDS, JR 1955, 404, 406, JESCHECK, Niederschriften III S. 213, SCHÄFER, in DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, § 40 StGB Anm. 7, STREE, Deliktsfolgen S. 111; im gleichen Sinne wohl auch BGHSt 1, 351/3 (and. die neuere BGH-Rspr.; vgl. unten Anm. 59). Auch HARTUNG hatte ursprünglich diesen Standpunkt vertreten (NJW 1949, 767 f., Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 414 Anm. III 2), scheint ihn aber mit der vorbehaltlosen Hinnahme des § 414 II Nr. 3 und 4 RAO 1961 jetzt aufgegeben zu haben (Steuerstrafrecht, 3. Aufl., § 414 Anm. IV 2 b).

⁵² Vgl. vor allem JESCHECK, aaO. — Außerdem wird bei nicht abstrakt gefährlichen Gegenständen die Geeignetheit der Einziehung als Sicherungssanktion in Frage gestellt. Näher dazu unten S. 276 f.

des Einzelfalles tatsächlich keine Gefahr bedeuten. Werden etwa Sprengstoffe oder Gifte vorschriftsmäßig gelagert, beaufsichtigt oder verwendet, so sind sie kaum gefährlicher als irgendwelche anderen Gegenstände des täglichen Bedarfs. Auch unzüchtige Schriften können, um ein Beispiel OETKERS⁵³ zu gebrauchen, für die öffentliche Sicherheit gänzlich ungefährlich sein, wenn sie wegen ihres kulturhistorischen Wertes in einer öffentlichen Bibliothek verwahrt werden und damit dem Zugang Unberufener entzogen sind. Selbst die Falschmünze, das Musterbeispiel absoluter Gefährlichkeit, kann in der Hand eines loyalen Sammlers völlig harmlos sein⁵⁴. Wollte man derartige Gegenstände trotzdem — und zwar allein wegen ihrer gefährlichen Art und Beschaffenheit — einziehen, so wäre diese Maßnahme vom Sicherungszweck her nicht mehr gedeckt und deshalb auch verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Wenn man daher die abstrakte Gefährlichkeit überhaupt zur Grundlage einer Sicherungseinziehung machen will, so muß daneben noch, wie das jetzt auch in Formel 1 geschehen ist, die Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles vorgesehen werden⁵⁵.

Andererseits wäre aber der auf Art und Beschaffenheit abgestellte Gefährlichkeitsbegriff insofern zu eng, als damit keinerlei Handhabe gegen Sachen bestünde, die ihre Gefährlichkeit lediglich aus den konkreten Umständen beziehen. Daß gegenüber solchen Gegenständen das Sicherheitsbedürfnis jedoch keineswegs geringer zu sein braucht als bei artbedingter Gefährlichkeit, ließe sich an zahlreichen Beispielen belegen: Man denke nur an den PKW, der auch ohne besondere Vorrichtungen als Schmuggelfahrzeug, zu Wildereizwecken (Anstrahlen des Tieres) oder zur Entführung dient, oder an den Werkzeugkasten des Schlossers, die Jagdgeräte des Jagdberechtigten, die, obwohl an sich legitimen Zwecken dienend, in der Hand des Verbrechers um nichts weniger gefährlich sind als die speziell angefertigten Einbruchs- oder Wildereizwerkzeuge. Daß hier die Einziehung allein am Mangel der abstrakten Gefährlichkeit scheitern soll, ist vom Sicherungszweck der Maßnahme her nicht einzusehen. Denn von daher gesehen kann es keinen Unterschied machen, ob der PKW des Schmugglers besondere Vorrichtungen hat oder nicht, oder ob der Wilderer mit einem gewöhnlichen Jagdgewehr oder einem Wildererstutzen arbeitet. Aus dem Gesichtswinkel der Gefahrenabwehr stehen sich daher beide Gegenstandskategorien gleich.

⁵³ GS 92, 40.

⁵⁴ Im gleichen Sinne GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 453 Anm. 1 und SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 10 Anm. 4, wenn sie die Möglichkeit einer absoluten Gefährlichkeit generell bestreiten.

⁵⁵ Deshalb ist beispielsweise die Einziehungsklausel des § 77 E 1936 (oben Anm. 28) zweifellos über das Ziel hinausgeschossen. Nach § 32 I östE 1964 wird dieses Ergebnis immerhin dadurch vermieden, daß die Einziehung abstrakt gefährlicher Gegenstände zudem ausdrücklich von einem Erforderlichkeitskriterium abhängig gemacht wird.

Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, ob sich der Kreis der absolut gefährlichen Gegenstände tatsächlich so klar umgrenzen ließe, wie dies von den Vertretern dieser Auffassung ohne weiteres unterstellt wird. Selbst wenn man in der Art und Beschaffenheit des Gegenstandes die grundlegenden Beurteilungskriterien sieht, bleibt immer noch die Frage nach dem maßgeblichen *Bezugspunkt des Gefährlichkeitsurteils*. Gegenstände, die in jeder Hinsicht, also gleichsam „per se“, gefährlich sind, gibt es im Grunde nur wenige. Verdorbene Lebensmittel könnte man etwa dazu rechnen; doch selbst diese können im Forschungslabor eines Toxikologen u. U. noch von Wert sein. Auch die meisten anderen gefährlich scheinenden Gegenstände, wie etwa Gift, Sprengstoffe, Waffen u. dgl., sind dies immer nur in gewisser Hinsicht. Wenn dem aber so ist, so ist eine völlig abstrakte und allein aus der Art und Beschaffenheit gewonnene Beurteilung ohnehin faktisch ausgeschlossen. Vielmehr wird man immer berücksichtigen müssen, in wessen Händen sie sich befinden, welchen Zwecken sie dienen sollen oder für wen sie eine Gefahr bedeuten können. Es ist hier im Grunde nicht anders als beim Begriff der „lebensgefährdenden Behandlung“ in § 223 a StGB. Auch dort haben sich alle Versuche, allein nach objektiv-abstrakten Kriterien eine brauchbare Abgrenzung zu finden, letztlich als untauglich erwiesen⁵⁶. Denn sobald man gezwungen ist, die Art- und Beschaffenheitskriterien auf einen bestimmten Punkt hin zu beziehen (hier auf den Schutz rechtlich geschützter Interessen), werden sie zwangsläufig *relativiert*. Da aber damit der Boden einer abstrakten Betrachtung bereits verlassen ist, steht man vor der nicht weniger schwierigen Frage, wie konkret dann eigentlich die art- und beschaffenheitsbedingte Gefährlichkeit zu beurteilen wäre⁵⁷. Daher hat schon OETKER, wenn auch vielleicht etwas überspitzt, im Kern treffend bemerkt, daß „ein Gegenstand an sich im Grunde niemals gefährlich (ist), nur eine Situation kann gefährlich sein, in die der Gegenstand gebracht worden oder doch geraten ist“⁵⁸.

2. Aus diesen Gründen erscheint eine Beschränkung der Sicherungseinziehung auf sog. absolut gefährliche Gegenstände nicht haltbar. Weder würde sie den kriminalpolitischen Bedürfnissen genügen, noch könnte sie eine wirklich sichere gegenständliche Abgrenzung liefern. Deshalb ist es zu begrüßen, daß die im Vordringen begriffene Auffassung auch schon die umständebedingte, also „relative“ Gefährlichkeit eines Gegenstandes für seine sicherungsweise Einziehung ausreichen läßt⁵⁹.

⁵⁶ Vgl. dazu SCHRÖDER, JZ 1967, 522 ff., mit weiteren Beispielen zur Problematik oder abstrakt-konkreten Gefährlichkeitsbeurteilung bei den Gefährdungsdelikten.

⁵⁷ Deshalb setzt das von JESCHECK, Niederschriften III S. 213, gegen die relative Gefährlichkeitsbeurteilung ins Feld geführte Unsicherheitsmoment auch bei den abstrakt gefährlichen Gegenständen spätestens mit der Frage ein, welche der Sache konkret anhaftenden Gefährlichkeitsfaktoren bereits (oder auch noch) zu ihren artigen Elementen gehören.

⁵⁸ OETKER, GS 92, 40. Im gleichen Sinne VORBERG, S. 8, v. REDWITZ, S. 83.

⁵⁹ In diesem Sinne insbes. BGHZ 27, 382/386 ff./394, BGHSt 15, 399/403; 20,

Indes drängt sich darüber hinaus die Frage auf, ob man die Unterscheidung von absoluter und relativer Gefährlichkeit nicht völlig aufgeben sollte, um statt dessen primär auf die *Würdigung der Gesamtumstände* abzustellen. Entscheidend wäre dann nur, die hierfür maßgeblichen *Gefährlichkeitsfaktoren* aufzudecken.

Freilich, um darüber eine erschöpfende Übersicht geben zu können, bedürfte es zunächst noch eingehenderer empirischer Vorarbeiten. Immerhin lassen sich aber bereits die wichtigsten Anhaltspunkte nennen, an denen sich die Beurteilung der einziehungsbegründenden Gefährlichkeit auszurichten hat. Im wesentlichen sind es drei Gruppen von Faktoren, die man hier unterscheiden kann:

a) Von grundlegender Bedeutung bleiben — trotz aller Vorbehalte, die im Vorangegangenen zu machen waren, — die *Art und Beschaffenheit* der Sache; denn diesen Kriterien kommt ein angeborener Indizwert zu. Je leichter sich die natürlichen oder wesensbestimmenden Kräfte oder Funktionen einer Sache in eine schadensstiftende Richtung lenken lassen (Sprengstoffe, Gifte, Waffen, Munitionen), je offensichtlicher besondere Vorrichtungen einer Sache die Begehung bestimmter Straftaten zu erleichtern vermögen (doppelte Böden, Spezialdiertische), oder je offensichtlicher ein Gegenstand schon durch seine bloße Existenz eine Gefährdung bestimmter Rechtsgüter darstellt (nachgemachte Münzen, gefälschte Urkunden, gesundheitsgefährdende Lebensmittel, irreführende Angaben auf Verpackungen), desto stärker ist das Bedürfnis für eine Sicherung.

Indes läßt sich auch hiernach kaum eine generelle oder absolute Gefährlichkeitsgrenze festlegen⁶⁰. Allenfalls kann je nach dem Grad der „Gefahrengeignetheit“ von *artbedingten Stufen der Gefährlichkeit* die Rede sein⁶¹. Je höher jene ist, desto weniger bedarf sie der Ergänzung durch weitere Gefährdungsmomente. Je mehr sich umgekehrt der Grad der artbedingten Gefährlichkeit verflüchtigt, desto stärker kommt es auf andere Faktoren an.

b) Dafür kommen insbesondere *objektive Situations- oder Geeignetheitskriterien* in Betracht. Obgleich etwa ein PKW nicht als typisches Verbrechen-

253/6; 21, 66/9; BayObLGSt 1958, 203/4, GILSDORF, JZ 1958, 644, GÖHLER, Sonderausschuß V/54, Sitzg., S. 1034, SCHÄFER, in LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 5 A vor § 430, R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 55, 96, 159. Ebenso schon GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 452 f., OETIKER, GS 92, 39 ff., SCHOETENSACK, Konfiskationsprozeß S. 10 Anm. 4, VORBERG, S. 8. Auf dem gleichen Standpunkt steht die schweiz. Praxis; vgl. GERMANN, Schweiz. StGB Anm. zu Art. 58 m. weit. Nachw. sowie neuestens H. SCHULTZ, Strafrechtliche Rechtsprechung S. 71.

⁶⁰ So etwa wäre es eine glatte Fiktion, die Tatprodukte schon allein auf Grund ihrer deliktischen Herkunft generell für gefährlich anzusehen; so aber KÖBNER, S. 8 ff.; im gleichen Sinne MÜLLER-EMMERT, Sonderausschuß, V/54, Sitzg. S. 1034.

⁶¹ Zu derartigen Abstufungen der Gefährlichkeit vgl. auch — allerdings von jeweils anderen Blickpunkten aus — CREIFELDS, JR 1955, 406 f. und SCHÄFER, Niederschriften III S. 207 f., 391 ff.

werkzeug angesprochen werden kann, weist er doch insofern eine gewisse Tatgeeignetheit auf, als er sich auch ohne besondere Vorrichtungen zur Begehung der verschiedenartigsten Delikte (Schmuggel, Wilderei, Raub usw.) anbietet. Gleiches gilt z. B. für Schlosserwerkzeuge, die auf Grund ihrer leichten Zugänglichkeit oder auch allgemeinen Käuflichkeit dem Mißbrauch durch Unberufene ausgesetzt sind. Kommen hier noch weitere Momente hinzu (z. B. die gewohnheitsverbrecherischen Neigungen des Eigentümers), so kann sich die Gesamtheit der Gefährlichkeitsfaktoren bis zu einem Sicherheitsbedürfnis verdichten.

c) Damit ist bereits ein weiterer Kreis von Gefährlichkeitsfaktoren angesprochen: die *persönlichkeitsbedingten*. Zwar wird man nicht schon allein daraus, daß sich die Tatwerkzeuge noch in der Hand des Täters befinden, zwingend auf ein Sicherheitsbedürfnis schließen können. Denn eine derartige Vermutung müßte letztlich auf die totale Entziehung aller verbrechensgeeigneten Gegenstände des Täters hinauslaufen, eine Konsequenz, die das Maß des Tragbaren und auch die Grenzen des Verwirkungsprinzips überschreiten würde. Deshalb ist die vom E 1936 vorgeschlagene Formel, wonach alle Gegenstände, die sich „in der Hand eines an der Tat Beteiligten als gefährlich erwiesen haben“⁶², schon im Ansatz abzulehnen.

Eine gewisse Vermutung der Gefährlichkeit käme allenfalls dort in Betracht, wo sich der als Tatwerkzeug geeignete Gegenstand in der Hand eines *geistesgestörten* Täters befindet; denn da diesem meist jede Selbstkontrolle fehlt, ist die Wahrscheinlichkeit, daß die betreffenden Gegenstände auch künftig noch weiteren strafbedrohten Handlungen dienen werden, in der Tat sehr groß. Trotzdem wird die Tatsache der Zurechnungsunfähigkeit nicht der allein entscheidende Faktor sein können⁶³. Vielmehr kommt es auch hier auf die Gesamtwürdigung aller Umstände an⁶⁴.

Ähnliche Vorsicht ist auch bei Beurteilung der *verbrecherischen Neigungen* eines schuldfähigen Täters am Platze. Denn selbst bei einem mehrmals rückfälligen Täter läßt sich nicht ausschließen, daß er eines Tages nicht doch einen Schlußstrich zieht und ein gesetzestreuendes Leben beginnt. Dennoch wäre es falsch, allein deshalb von der Berücksichtigung persönlichkeitsbedingter Faktoren völlig abzusehen. Denn daß sich selbst der von Natur aus harmloseste Gegenstand in den Händen eines geschickten Verbrechers als ideales Tatwerkzeug entpuppen kann, läßt sich nicht leugnen. Hier könnte die Einziehung u. U. immerhin einen taterschwerenden Effekt haben. Deshalb ver-

⁶² Eine ähnliche Auffassung klingt auch bei SCHÄFER, Niederschriften III S. 207, durch; vgl. auch seine Ausführungen zur sog. „latenten“ Gefährlichkeit, aaO, S. 393; ferner Bozi, GA 39, 416 f.

⁶³ So etwa ließe sich die persönliche Gefährlichkeit des Geisteskranken durch eine zuverlässige Überwachungsperson neutralisieren.

⁶⁴ Vgl. aber auch SCHÄFER, Niederschriften III S. 394 f., der wegen der praktischen Schwierigkeiten einer konkreten Prognose hier eine generelle Gefährlichkeitsvermutung vorziehen würde.

dient die Neuregelung volle Zustimmung, wenn sie *neben* der Art und Beschaffenheit des Gegenstandes auch die Berücksichtigung sonstiger Umstände zuläßt⁶⁵ und es auf diese Weise der Rechtsprechung ermöglicht, auch persönlichkeitsbedingten Faktoren, etwa der Tatsache, daß sich der Gegenstand „in der Hand eines zum objektiven Rechtsverstoß neigenden Täters“ befindet⁶⁶, Rechnung zu tragen.

d) Auch wenn die bisherigen Erörterungen vornehmlich auf Fälle abgestellt waren, in denen der Täter selbst der Eigentümer des gefährlichen Gegenstandes war, so sollte damit keineswegs gesagt sein, daß die umständebedingte Gefährlichkeit nicht auch auf der *Persönlichkeit des Dritteigentümers* beruhen könnte. Zwar wird man — und insoweit STREE⁶⁷ von seinem abweichenden Standpunkt aus sicher zu Recht — aus dem Versagen des Eigentümers bei Überwachung der vom Täter benutzten Gegenstände nicht ohne weiteres den Schluß ziehen können, daß er generell unfähig sei, sein Eigentum vor rechtswidriger Verwendung zu schützen. Besteht aber auf Grund einer sorgfältigen Prognose tatsächlich die Wahrscheinlichkeit, daß etwa der Vater auch künftig nicht in der Lage sein wird, seinen Sohn an Schmuggelfahrten oder Raubzügen mit seinem PKW zu hindern, oder daß der Jäger nicht alles tun wird, um die unbefugte Ingebrauchnahme seines Jagdgewehrs unmöglich zu machen, dann läßt sich ein rechtfertigendes Sicherungsbedürfnis nicht verneinen⁶⁸.

Läßt man auf dieser Basis eine Sicherungseinziehung überall dort zu, wo die nachweisbare Gefahr besteht, daß potentielle Tatwerkzeuge wegen der Schwäche oder Sorglosigkeit des Eigentümers oder auch wegen unzureichender Kontrollmöglichkeiten an den Täter gelangen, so lassen sich übrigens bereits mit der Sicherungseinziehung viele der Fälle erfassen, die § 40 a StGB auf dem zweifelhaften Wege einer „strafähnlichen Dritteinziehung“ in den Griff zu bekommen versucht.

Entsprechendes gilt für die Einziehung gegenüber *Verbänden*. Auch hier lassen sich quasi-persönlichkeitsbedingte, d. h. organisatorisch-personelle Gefährlichkeitsfaktoren denken, die in gleicher Weise eine Sicherungseinziehung begründen könnten, wie bei mangelnder Überwachung durch eine natürliche Person.

⁶⁵ So vor allem die Formel 2, da hiernach die zur Verhinderung weiterer Straftaten notwendige Einziehung nicht mehr von der artbedingten Gefährlichkeit des Gegenstandes abzuhängen braucht. Zu eng dagegen die Formel 1, weil danach der einzuziehende Gegenstand offenbar auch seiner Art und Beschaffenheit nach gefährlich sein muß.

⁶⁶ So BGHSt 15, 399/403. Ebenso spricht BGHZ 27, 386/9 in einem Atemzuge von Gefährdungen, „die sich aus der Person (!) des Eigentümers oder der Beschaffenheit des Gegenstandes ergeben“. Vgl. ferner BGHSt 20, 253/6.

⁶⁷ Deliktsfolgen S. 110 f. Vgl. auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 295 Rdnr. 7.

⁶⁸ So wohl auch SCHÄFER, Niederschriften III S. 391; vgl. ferner BayObLGSt 1958, 203/4.

IV. Richterliche Gefährlichkeitsprognose oder gesetzliche Gefährlichkeitspräsuntion?

1. Nach dem Vorangegangenen versteht es sich von selbst, daß eine auf alle Umstände des Einzelfalles zu erstreckende Prüfung des Sicherungsbedürfnisses nur möglich ist, wenn die individuelle Gefährlichkeitsprognose in die Hand des *Richters* gelegt wird. Deshalb bleibt hier für gesetzliche Gefährlichkeitsvermutungen, wie sie für das überkommene Einziehungsrecht typisch waren⁶⁹ und auch heute gelegentlich noch erwogen werden⁷⁰, grundsätzlich kein Raum mehr.

Der zu erwartenden Kritik dieses Ergebnisses ist sicherlich einzuräumen, daß damit dem Richter u. U. eine schwere Aufgabe aufgebürdet wird. Denn daß sich mit gesetzlichen Vermutungen, die für bestimmte Arten von Gegenständen oder für bestimmte Situationen die Gefährlichkeitsprognose vorwegnehmen und damit dem Richter sowohl die Beweiserhebung wie die Begründung ersparen, leichter arbeiten läßt, ist zu offensichtlich, als daß man es ernsthaft bestreiten könnte. Auch soll hier derartigen Vermutungen und Beweiserleichterungsregeln, wie sie letztlich ja auch den abstrakten Gefährdungsdelikten zugrunde liegen, keineswegs generell die Zulässigkeit bestritten werden⁷¹. Dennoch dürften, jedenfalls soweit die Sicherungseinziehung in

⁶⁹ Dies gilt vor allem für die Fälle der unterschiedslos zwingenden Einziehung (Nachw. oben S. 52 Anm. 29). Soweit hier nicht der Gedanke einer vermuteten Mitschuld des Eigentümers mitschwingt (wie etwa bei § 295 StGB a. F., § 414 RAO 1931), dürfte der Gesetzgeber von einer generellen Gefährlichkeitsvermutung ausgegangen sein: so etwa bei §§ 152, 285 b, 296 StGB (vgl. BayObLGSt 1958, 203/4; 1966, 176/9). Über vergleichbare Fälle im schweizerischen Recht vgl. THORMANN-V. OVERBECK, Schweiz. StGB, Art. 153 Anm. 12, 154 Anm. 8, 155 Anm. 7, und H. SCHULTZ, ZBernJV 1965, 16.

⁷⁰ Am weitesten ist hier bisher wohl der E 1936 gegangen, als er aus der Tatsache, daß sich ein Gegenstand in der Hand eines Tatbeteiligten als gefährlich erwiesen hat (§ 77; oben Anm. 28), auf dessen fortbestehende Gefährlichkeit schließen wollte: RIETSCH, in GÜRTNER, Das kommende dt. Strafrecht, AT, S. 158. Ähnlich will auch GÖHLER, Sonderausschuß, V/54, Sitzg., S. 1031 ff. die tätigergerichtete Einziehung nicht zuletzt deshalb zulassen, um auf diese Weise dem Richter den konkreten Gefährlichkeitsnachweis zu ersparen (im gleichen Sinne wohl auch in OWiG, Vorbem. 2 B vor § 18). Diese Deutung ist nicht unbedenklich, da sie die an eine schuldhaft Tat geknüpfte tätigergerichtete Einziehung möglicherweise in ihrer personbezogenen Zielsetzung verfälscht. Überdies bringt sie, wenn sie gewissenhaft gehandhabt wird, keine echte Beweiserleichterung. Denn da es sich um eine Kann-Bestimmung handelt, muß der Richter seine Ermessensentscheidung begründen; hierbei kann er aber, falls die geringe Schuld für eine strafweise Einziehung nicht ausreicht, nur dann auf ein Sicherungsbedürfnis verweisen, wenn ein solches tatsächlich nachweisbar ist (vgl. DROST, NJW 1950, 127 zum Sicherungsbedürfnis als Grenze des Ermessens). Denn dafür, daß gegenüber dem Eigentum eines Tatbeteiligten generell eine Gefährlichkeitsvermutung begründet sei, gibt § 40 II Nr. 1 StGB gewiß nichts her.

⁷¹ Zu dieser vielschichtigen Problematik vgl. näher HENKEL, in Eb. SCHMIDT-Festschrift S. 578 ff., SCHÖNKE-SCHRÖDER, NJW 1959, 1903 ff., WOESNER, NJW 1961, 1384 sowie

Frage steht, die gewichtigeren Gründe gegen eine derartige Lösung sprechen.

Nicht nur, daß gesetzliche Vermutungen vor allem im Bereich des öffentlichen Sanktionsrechts immer nur die ultima ratio sein können. Vielmehr wird man auch dem durch die Verfassung gebotenen Grundsatz, daß Sicherungssanktionen nur dort zulässig sein sollen, wo ein effektives und nicht anders abzuwendendes Bedürfnis dafür besteht, nur dann voll genügen können, wenn für die Feststellung eben dieses Bedürfnisses ein Weg gewählt wird, der eine möglichst umfassende Einzelwürdigung erlaubt⁷². Gerade das wäre bei einer notwendig generalisierenden Gefährlichkeitsprognose des Gesetzgebers ausgeschlossen. Denn wenn diese dem Richter tatsächlich die schwierige Prüfung des Sicherungsbedürfnisses abnehmen wollte, müßte sie möglichst grobmaschig sein, also bestimmte Kategorien von Gegenständen oder bestimmte Gegebenheiten (etwa Tatwerkzeuge in der Hand des Täters) generell für gefährlich erklären⁷³. Das aber müßte unweigerlich dort zu Ungerechtigkeiten führen, wo entgegen der gesetzlichen Fiktion im Einzelfall ein Sicherungsbedürfnis nicht oder nicht mehr besteht⁷⁴. Würde sich umgekehrt der Gesetzgeber darauf beschränken, im Interesse größtmöglicher Einzelfallgerechtigkeit die Gefährlichkeitsvermutung auf offensichtliche Sicherungsfälle zu beschränken, so würde das für die Praxis im Grunde keine echte Erleichterung bringen. Denn in solchen Fällen wäre es auch für den Richter ein leichtes, die individuelle Gefährlichkeitsprognose zu stellen und zu begründen.

Im übrigen fragt es sich, ob der Richter mit der Pflicht zum konkreten Gefährlichkeitsnachweis tatsächlich überfordert würde. Wenn man ihm bei den sonstigen Sicherungsmaßregeln zutraut, daß er über die künftige Gefährlichkeit oder Besserungsfähigkeit eines Geisteskranken, eines Trunkers, eines Arbeitsscheuers oder eines Gewohnheitsverbrechers eine individuelle Prognose

neuerdings LEIPOLD, Beweislastregeln, insbes. S. 125 ff.; ferner BGHSt 21, 306 ff. und BayOblGSt 1966, 176/9.

⁷² Treffend dazu BGH JR 1954, 306/7, m. zust. Anm. HARTUNG.

⁷³ Musterbeispiel dafür der bereits erwähnte § 77 E 1936 (oben Anm. 28).

⁷⁴ Z. B. die nachgemachte Münze befindet sich in den Händen eines seriösen Falschmünzmanns; die irreführenden Angaben auf Lebensmittelpackungen werden durch Aufklebezettel berichtigt; der Spezialdiätetiker hat sich verformt; der Wildererstutzen ist nicht mehr schießfähig; vgl. weiter CREIFELDS, JR 1955, 404 sowie oben S. 259 ff. — Natürlich könnte man den Gefährlichkeitsvermutungen dadurch die Spitze nehmen, daß man die fraglichen Einziehungsbestimmungen als Kann-Vorschriften faßt (so SCHÄFER, Niederschriften III S. 388 ff.). Ob aber damit dem Richter wirklich eine wesentliche Beweis- und Begründungserleichterung verschafft würde, ist höchst fraglich, da er dann seine Ermessensentscheidung rechtfertigen müßte und damit — ähnlich wie das bei GÖHLERS Ansicht der Fall ist (oben Anm. 70) — letztlich doch zu einem konkreten Sicherungsnachweis gezwungen wäre. Daher dürfte mit einer einfachen Ermessensregelung wenig geholfen sein. Wenn überhaupt, so dürfte eine abgeschwächte Gefährlichkeitsvermutung allenfalls im Wege einer Regel-Ausnahme-Klausel sinnvoll sein, so etwa, wie sie jetzt in § 42 m StGB für die Entziehung der Fahrerlaubnis besteht; dazu näher SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 m Rdnr. 29 ff.

stellt⁷⁵, so ist kein Grund ersichtlich, warum man ausgerechnet dort, wo es primär um objektbezogene Gefahren geht, seiner Urteilskraft weniger Vertrauen schenken soll.

Im Ergebnis ist es daher zu begrüßen, daß die neueren Reformentwürfe und im Anschluß daran auch die neueste Gesetzgebung der richterlichen Prüfung des Sicherungsbedürfnisses immer mehr Raum geben⁷⁶.

2. Eine andere Frage ist freilich die, mit welchem Intensitätsgrad das erforderliche Sicherungsinteresse nachgewiesen sein muß. Obgleich es zunächst so scheinen könnte, ist diese Frage keineswegs dadurch vorentschieden, daß die Feststellung des Sicherungsbedürfnisses in der Hand des Richters liegen soll. Denn dies zwingt nicht dazu, ihm auch den Nachweis einer konkreten Gefährlichkeit abzuverlangen⁷⁷.

Gewiß wäre ein derartiger Grad von Gefährlichkeit das sicherste Mittel, um der Versuchung zu überreichten Eingriffen entgegenzuwirken und damit die Einziehung auf die tatsächlich sicherungsbedürftigen Fälle zu beschränken. Indes fragt es sich, ob damit nicht der Schutz der Allgemeinheit vor potentiellen Schädigungen ungebührlich verkürzt würde. Denn wollte man beispielsweise bei der Tatverhinderungsklausel der 2. Altern. des § 40 II Nr. 2 StGB vom Richter den konkreten Nachweis dafür verlangen, daß bereits ein fester Tatplan besteht, in dem das Tatwerkzeug wiederum Verwendung finden soll⁷⁸, so wäre er in der Tat meist überfordert. Wenn daher die Sicherungs-

⁷⁵ Denn dazu ist er nach den §§ 42 a ff. StGB verpflichtet, weil in jedem Fall das konkrete Sicherungsbedürfnis nachgewiesen sein muß: SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 7 vor § 42 a, § 42 b Rdnr. 11; vgl. auch BAUMANN, Unterbringungsrecht S. 40. Das gilt auch für den bereits erwähnten § 42 m StGB n. F. Denn hier ist dem Richter nur insofern eine Beweiserleichterungshilfe gegeben, als er bei Vorliegen einer Regelstrafe von einem Eignungsmangel des Täters ausgehen kann. Sobald sich jedoch Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Täter entgegen der gesetzlichen Vermutung fahrtüchtig sein kann, hat der Richter dem nachzugehen, ohne die Beweislast dafür dem Betroffenen aufzulegen zu können (vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 42 m Rdnr. 32, 40). Daher kommt es letztlich auch hier auf die konkrete individuelle Prognose des Richters an.

⁷⁶ So nach § 18 III OWiG 1952, § 414 RAO 1961, § 39 AWG jetzt vor allem in § 40 StGB, § 18 OWiG; vgl. auch § 88 I AE und § 32 I OStE 1964. Auch bei den sonstigen Maßregeln scheut man sich durchaus nicht, dem Richter die Prognose zu überlassen; vgl. im einzelnen HEINITZ, JR 1961, 241. — Soweit es daneben in Sondevorschriften noch Gefährlichkeitsvermutungen geben soll (so z. B. in § 319 E 1962), wäre zumindest eine Ausnahmeklausel wünschenswert, so daß — etwa ähnlich wie bei § 42 m StGB (vgl. oben Anm. 74 und 75) — die Einziehung jedenfalls dann zu unterbleiben hat, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalles ergibt, daß entgegen der gesetzlichen Vermutung ein Sicherungsbedürfnis tatsächlich nicht besteht.

⁷⁷ Denn wenn auch der Gewißheitsgrad der Gefahr und die Art der dafür maßgeblichen Bewertungsgrundlage innerlich zusammenhängen, stellen sie doch zwei durchaus selbständig zu beurteilende Problemkreise dar.

⁷⁸ In diesem Sinne einer konkreten Gefährlichkeit aber offenbar BGHSt 19, 63/76 und GINSBOURG, JZ 1958, 644, wenn er verlangt, daß stets die Gefahr „so konkret sein muß, daß die Allgemeinheit unmittelbar bedroht ist“; im gleichen Sinne WENKE-

einziehung überhaupt noch ein wirkungsvolles kriminalpolitisches Instrument sein soll, muß man bereits einen geringeren Grad von Nachweisbarkeit ausreichen lassen. Dafür wird zwar noch nicht die bloße Möglichkeit weiterer Rechtsbrüche ausreichen können⁷⁹; denn diese Möglichkeit besteht eigentlich immer. Auch die einfache Wahrscheinlichkeit einer weiterbestehenden Gefahr für die Allgemeinheit bewegt sich noch zu sehr im Bereich vager Vermutungen. Dagegen sollte es ausreichen, daß sich auf Grund allseitiger Würdigung des Einzelfalles mit *dringender Wahrscheinlichkeit* ein Sicherungsbedürfnis feststellen läßt⁸⁰.

V. Ergebnis

Faßt man die vorangehend erörterten Kriterien in einer einheitlichen Umschreibung zusammen, so ergibt sich für das einziehungsrechtfertigende Sicherungsbedürfnis folgende *Formel*: Ein Sicherungsgrund für die Einziehung eines tatverstrickten Gegenstandes ist dann gegeben, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen und unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Art und Beschaffenheit des Gegenstandes oder der Unzuverlässigkeit des Eigentümers, die dringende Wahrscheinlichkeit besteht, daß der Gegenstand rechtlich geschützte Interessen beeinträchtigt oder der Begehung rechtswidriger Taten (Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten) dienen wird.

D) Sicherungsanktion und Übermaßverbot

Wie jeder staatliche Eingriff, so stehen auch die gegen das Eigentum gerichteten Sicherungsanktionen unter dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Übermaßverbotes⁸¹. Dabei bildet auch hier das *Verhältnismäßigkeits-Krite-*

BACH, NJW 1962, 2095 (bezüglich verfassungsfeindlicher Schriften); vgl. ferner SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 34. Dagegen dürfte GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 452, wenn er den Nachweis „konkreter Gefährlichkeit“ fordert, dies eher im Sinne der konkreten Prüfung des Sicherungsbedürfnisses durch den Richter verstehen, also im Gegensatz zur gesetzlichen Schuldvermutung. Wohl mehr im Sinne einer abstrakten Gefährlichkeit auch BGH GA 1967, 371/2 (bezüglich gesundheitsgefährdender Weine).

⁷⁹ Insoweit hat BGHSt 19, 63/76 zu Recht die bloß abstrakte Möglichkeit der Weiterverbreitung von Druckschriften nach § 41 II StGB a. F. nicht ausreichen lassen.

⁸⁰ In diesem Sinne wohl auch die herrschende Praxis, wenn sie für das Sicherungsbedürfnis der §§ 42 a ff. StGB nicht nur die einfache, sondern einen „gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit“ verlangt; vgl. näher BAUMANN, Unterbringungsrecht S. 41, 286 ff. und SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 7 vor § 42 a, § 42 b Rdnr. 11. Vgl. aber auch CREIFELDS, JR 1955, 404/6, DIETRICH, S. 15 und STREE, Deliktsfolgen S. 111, die für die Sicherungseinziehung eine abstrakte Gefahr ausreichen lassen; freilich bleibt offen, was angesichts der Vieldeutigkeit des Begriffes der abstrakten Gefahr damit näherhin gemeint ist.

⁸¹ Hierzu und zum Folgenden vgl. die allgemeine Grundlage oben S. 195 ff.

rium die äußerste Grenze des Zulässigen: Mag eine bestimmte Sanktion zur Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses noch so erforderlich und geeignet sein; sofern sie nicht auch zu den schützenden Interessen in einem angemessenen Verhältnis steht, ist sie unzulässig. Insofern kann bei der Sicherungseinziehung nichts anderes gelten als bei den sonstigen Eigentumsanktionen⁸².

Darüber hinaus spielen aber gerade bei den Sicherungsanktionen die Grundsätze der *Erforderlichkeit* und *Geeignetheit* noch eine besonders große Rolle. Im Grunde ist ja das zuvor erörterte Sicherungsbedürfnis ohnehin nichts anderes als eine Ausprägung des Erforderlichkeitsgedankens. Insofern kommt seine sanktionsbegründende Funktion hier besonders augenfällig zum Ausdruck.

Nicht weniger bedeutsam ist hier jedoch die *limitierende* Funktion dieser Grundsätze, insofern nämlich, als sie alle Maßnahmen, soweit sie zur Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses nicht erforderlich oder nicht geeignet erscheinen, von vornherein ausschließen. Das ist wegen seiner eminenten praktischen Bedeutung nun im einzelnen zu betrachten.

I. Das Erforderlichkeitskriterium

1. Wie das Übermaßverbot überhaupt erst in jüngster Zeit in seiner allgemeinen Bedeutung erkannt wurde⁸³, so sind auch die Fälle, in denen speziell das Erforderlichkeitsprinzip zur Limitierung eigentumsbezogener Sicherungsanktionen herangezogen wurde, durchwegs neueren Datums⁸⁴.

Bis zum EGOWiG 1968 konnte in der Gesetzgebung von einer durchgehenden Berücksichtigung dieses Grundsatzes ohnehin noch keine Rede sein. Denn in der Regel kennt das überkommene Recht immer nur eine Form von Maßnahmen: entweder die völlige Einziehung⁸⁵ oder nur die Unbrauchbarmachung⁸⁶. Nur in Ausnahmefällen gab es eine Wahl zwischen beiden⁸⁷ oder ein Ausweichen auf sonstige Arten von Maßregeln (z. B. Vernichtung, Beseitigung von Kennzeichen und dergleichen)⁸⁸.

⁸² Dazu unten S. 358 ff.

⁸³ LERCHE, Übermaßverbot S. 24 ff. Vgl. im übrigen oben S. 195 ff.

⁸⁴ Erste Andeutungen finden sich in BGHZ 27, 382/387/396. Ausdrücklich wird jetzt auf die Erforderlichkeit abgehoben in BGHSt 20, 253/5 und OLG Celle MDR 1966, 779 (vgl. dazu aber auch oben Anm. 25). Vgl. auch BGE 89 IV 132/5 ff. m. Anm. H. SCHULTZ, ZBernJV 1965, 30. In der älteren Literatur haben vor allem GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 453 und v. REDWITZ, S. 152 dem Erforderlichkeitsgedanken größere Berücksichtigung verschaffen wollen; vgl. ferner RAUB, S. 52.

⁸⁵ So etwa, um nur einige der typischen Sicherungseinziehungsfälle zu nennen, in §§ 152, 245 a, 295, 296, 311 c StGB.

⁸⁶ § 41 StGB a. F.

⁸⁷ Z. B. in § 86 I StGB a. F. Vgl. ferner § 13 LebensmittelG a. F. und § 28 WeinG a. F. (Wahl zwischen Einziehung und Vernichtung).

⁸⁸ Z. B. die Vernichtung bzw. (falls ausreichend) die Beseitigung oder Änderung

Erst die neuesten Reformentwürfe (AE und jetzt EGOWiG) zeugen hier von einer radikalen Umorientierung, indem sie die sicherungsweise Einziehung generell davon abhängig machen, daß dem Sicherungsbedürfnis nicht durch weniger einschneidende Mittel abgeholfen werden kann⁹⁰.

Diese Bemühungen verdienen nachhaltige Unterstützung; denn das bisherige System war in der Tat zu unelastisch und phantasielos, als daß es dem Erforderlichkeitsgedanken hätte genügen können. Was bisher die Ausnahme war, muß daher die Regel werden: Nicht der Gesetzgeber kann im voraus bestimmen, welche Art von Sicherungsanktion im Einzelfall zu verhängen ist; vielmehr muß diese Entscheidung dem Richter überlassen bleiben, da Art und Umfang der Sanktion ganz entscheidend vom Grad des jeweiligen Sicherungsbedürfnisses abhängen, dieses aber wiederum nur vom Richter zweckgerecht abgeschätzt werden kann.

2. Daraus ergeben sich für die Art der im Einzelfall zu wählenden Sanktionen folgende Forderungen:

a) Die volle Entziehung eines Gegenstandes als die schärfste und intensivste Form einer Eigentumsanktion kann immer nur die ultima ratio sein und darf deshalb nur dann zur Anwendung kommen, wenn alle weniger einschneidenden Mittel versagen.

Zwar kann gesetzestechisch die Einziehung weiterhin als Hauptform der Sicherungsanktionen vorgesehen werden. Jedoch ist durch eine allgemeine Vorschrift klarzustellen, daß die Zulässigkeit der Einziehung davon abhängig

unzulässiger Kennzeichen nach § 98 UrhG n. F., § 30 WarenzeichenG, § 14 GeschmacksmusterG; vgl. ferner § 9 II FeingehaltsG a. F., §§ 60 II, 61 II Maß- und GewichtG a. F. Vgl. dazu oben S. 32 f.

⁹⁰ So nach § 88 II AE jetzt § 40 b II StGB und § 20 II OWiG, wobei letztere beispielhaft die Unbrauchmachung, die Beseitigung von Kennzeichen und die Verfügungsanweisung als schonendere Maßnahmen nennen. Wenn die Entwürfe dabei die Berücksichtigung des Erforderlichkeitsgedankens aus dem Verhältnisgrundsatz erklären (AE Begr. S. 163 bzw. EGOWiG Begr. S. 56), so liegt dem das gleiche Mißverständnis zugrunde, wie es in der h. M. zur Vermengung dieser beiden Prinzipien geführt hat (vgl. dazu oben S. 195 m. Anm. 13, 14).

⁹¹ Der E 1962 läßt demgegenüber noch keine besondere Hervorhebung des Erforderlichkeitsgedankens erkennen (vgl. E 1962 Begr. S. 247). Dagegen war auch in dieser Hinsicht der GE 1911 seiner Zeit weit voraus, als er dem Betroffenen die Möglichkeit geben wollte, die Sicherungseinziehung durch Übernahme der Kosten für die Unschädlichmachung abzuwenden (§ 80 II GE 1911). Vgl. auch § 251 E 1913, § 200 E 1925; lediglich Unbrauchmachung des Geldes, wenn der Eigentümer an der Tat nicht beteiligt war. — Was die ausländischen Rechte anbelangt, hat vor allem Dänemark bei Neufassung des Einziehungsrechts im Jahre 1965 dem Erforderlichkeitsgedanken Rechnung zu tragen gesucht und deshalb statt der Einziehung generell die Anordnung anderer Maßnahmen vorgesehen (§§ 75 IV, 77 a S. 2 dänStGB; Übersetzung bei MARCUS, ZStW 78, 551 ff.). Interessant auch das neue niederländische Recht, das dem Betroffenen die Möglichkeit einräumt, die Einziehung durch andere Mittel abzuwenden (vgl. im einzelnen CRPKA, System der Strafen S. 33 f.). Vgl. ferner § 32 II östE 1964: Absehen von der Einziehung, wenn der Eigentümer Gewähr für Ungefährlichkeit der Gegenstände bietet.

ist, daß nicht bereits schonendere Mittel dem Sicherungszweck genügen würden⁹¹.

Entsprechendes gilt im wesentlichen für die Vernichtung, soweit dadurch das Eigentum des Betroffenen völlig zum Erlöschen kommt⁹².

b) Welche Maßnahmen als schonendere Mittel ins Auge zu fassen sind, läßt sich nicht in einem abschließenden Katalog festlegen. Da es entscheidend darauf ankommt, die dem jeweiligen Sicherungsbedürfnis am besten gerecht werdende Maßnahme zu finden, muß dem Richter größtmögliche Freiheit in der Wahl seiner Mittel gelassen werden. Daher kann auch das Gesetz nur beispielhaft die wichtigsten Sicherungsmittel anführen⁹³.

An erster Stelle ist hier die traditionelle Unbrauchmachung zu nennen. Sie kommt überall dort in Betracht, wo auch ohne völlige Aufhebung des sachenrechtlichen Eigentumsrechts dem Sicherungsbedürfnis dadurch genügt werden kann, daß der betroffene Gegenstand lediglich seiner gefährlichen Elemente in Form und Inhalt entkleidet wird. Dies wird vor allem für die Unschädlichmachung von Druckschriften und der zu ihrer Herstellung notwendigen Platten und Formen bedeutsam sein⁹⁴, aber etwa auch für die Einschmelzung verfälschter Münzen⁹⁵.

c) Als weitere Abart der Unschädlichmachung ist an die Beseitigung oder Veränderung äußerer Einrichtungen oder Kennzeichen eines Gegenstandes zu denken: so das Entfernen oder Überkleben irreführender Angaben auf Etiketten oder Verpackungen oder die Veränderung der äußeren Form oder Aufmachung, um der Verwechslungsgefahr mit Konkurrenzprodukten vorzubeugen⁹⁶.

⁹² Insoweit etwa vorbildlich § 88 II AE, §§ 75 IV, 77 a S. 2 dänStGB. Zu diesem Subsidiaritätsgedanken vgl. auch schon EXNER, Sicherungsmittel S. 142 sowie jetzt allgemein WARD, Dogmatische Grundlagen S. 147 ff. Dagegen werden §§ 40 II StGB und § 20 II OWiG diesem Prinzip nicht voll gerecht, da sie schonendere Mittel nur bei der fakultativen Einziehung zulassen wollen; vgl. aber dazu BAUMANN, AT S. 731, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 b Rdnr. 2 sowie unten S. 357.

⁹³ Dies wird bei der völligen Vernichtung eines Gegenstandes immer der Fall sein. Wie nach bisherigem Recht, wird der praktische Schwerpunkt der Vernichtung im Nebenstrafrecht liegen, insbesondere im gewerblichen und urheberrechtlichen Rechtsschutz, sowie im Lebensmittelrecht.

⁹⁴ So ist wohl auch der Katalog des § 40 b II StGB zu verstehen. Der AE hingegen verzichtet auf jede Anführung milderer Mittel (ebenso das dänische Recht; oben Anm. 90).

⁹⁵ Vgl. BGHSt 19, 245/257.

⁹⁶ And. dagegen selbst der neue § 152 StGB, wo ebenso wie in § 319 III E 1962 ausschließlich die Einziehung vorgesehen ist. Demgegenüber hat sich das OLG Oldenburg NdsRpfl. 1964, 19/21 unter dem Gesichtspunkt der Sicherung zu Recht mit dem Einschmelzen nachgemachter Münzen begnügt und dem Eigentümer den Goldwert belassen; ebenso SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 152 Rdnr. 1. Vgl. auch GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 453 sowie § 252 II E 1913 und § 200 III E 1925.

⁹⁷ Dies wäre z. B. angebracht bei Lebensmitteln, die lediglich irreführend bezeichnet, an sich jedoch genießbar sind (vgl. BayObLG LRE 2, 48 bzgl. Honig). Weitere Beispiele dazu bei GÖHLER, Sonderausschuß, V/54. Sitzg. S. 1044.

d) Als eine dem deutschen Recht bislang noch ungeläufige Maßnahme könnte u. U. auch schon die einfache *Außerkehrziehung* des gefährlichen Gegenstandes ausreichen⁹⁷. Denkbar wäre eine räumliche und eine zeitliche Außerkehrziehung: Eine *räumliche* etwa in der Weise, daß ein Gegenstand (stark jugendgefährdendes, aber künstlerisch außergewöhnliches Gemälde) nicht mehr allgemein, sondern nur noch an bestimmten Orten zugänglich ist⁹⁸. Eine *zeitliche* Außerkehrziehung käme in Betracht, wenn nur für die Dauer eines Staatsbesuches oder eines Wahlkampfes die Gefahr besteht, daß eine bestimmte Druckschrift zu unkontrollierten Ausschreitungen aufpeitschen würde. Wollte man hier statt dessen die Unbrauchbarmachung anordnen, so würde damit eine Dauerwirkung erzeugt, die über das Maß des nur zeitweilig Erforderlichen hinausginge. Ähnlich könnte die sicherungsweise Entziehung eines PKW, der einem noch nicht Fahrerberechtigten gehört, auf den Zeitpunkt beschränkt werden, in dem er eine Fahrerlaubnis erworben hat.

e) Für den Vollzug dieser Maßnahme ist nicht einmal unbedingt die Mitwirkung staatlicher Organe notwendig: Man könnte den Eigentümer in Form von Auflagen selbst zur Beseitigung der drohenden Gefahren verpflichten⁹⁹. Dafür würden u. U. schon bestimmte *Verfügungsaufgaben* genügen: so etwa die Veräußerung des Gegenstandes (Sprengstoff) an verwahrungs- oder verwendungsberechtigte Personen; die Rücknahme des Gegenstandes von dem unzuverlässigen Täter; oder auch der Einbau von besonderen Kontrollvorrichtungen (z. B. bei Giften, Waffen u. dgl.)¹⁰⁰. Gerade hier würde sich dem Richter ein weites Feld bieten, um selbst eine dem konkreten Sicherungsbedürfnis am besten gerecht werdende Maßnahme zu finden.

f) Soweit diese weniger entscheidenden Mittel versagen, muß selbstverständlich der Weg zu schärferen Maßnahmen offenbleiben. Hier bietet sich die Möglichkeit einer *nachträglichen* Anordnung der *Einziehung* an¹⁰¹.

⁹⁷ Jetzt als generelle Sicherungsmaßregel vorgesehen in §§ 31 a ff. des niederländischen StGB i. d. F. vom 22. 5. 1958. Näheres bei CIRPKA, System der Strafen S. 34.

⁹⁸ So das schweiz. BGE 89 IV 132/5 ff.: Statt einen an sich unzüchtigen Gegenstand (japanische Elfenbeinreliefs) von wissenschaftlichem oder künstlerischem Interesse zu vernichten, genügen Maßnahmen, die den Zugang der öffentlichen Verhinderung, ohne den beschränkten Kreis ernsthafter Kenner auszuschließen.

⁹⁹ In diesem Sinne auch die Möglichkeit von „Anweisungen“ nach § 40 b II StGB und § 20 II OWiG.

¹⁰⁰ Im gleichen Sinne auch schon BVerwGE 13, 258/9 zum WaffenG. Vgl. ferner EGOWiG Begr. S. 56 und GÖHLER, Sonderausschuß, V/54, Sitzung S. 1044 f. m. weit. Beispielen. Über die Verfügungsaufgaben im Rahmen des Lebensmittelrechts (z. B. Verkauf von minderwertigem Fleisch über die Schlachtbank) KEINATH, Betrieb 1968, 1844. Vgl. auch § 32 II StGB zur Gewährleistung der Ungefährlichkeit durch den Eigentümer (mit Begr. S. 55).

¹⁰¹ Dabei wird es im Regelfall zweckmäßig sein, die schonendere Maßnahme von vorneherein unter den Vorbehalt der Einziehung zu stellen, so wie dies jetzt auch § 40 b II StGB vorsieht. Wird die Anweisung nicht befolgt, so hat eine nachträgliche Anordnung der Einziehung zu erfolgen; zum Verfahren vgl. § 462 StPO.

3. Auch hinsichtlich des *Umfangs* der gewählten Sanktion muß das Erforderlichkeitsprinzip zur Geltung kommen. Hier sind vor allem zwei Gesichtspunkte bedeutsam:

a) Soweit nur gegen bestimmte Teile eines Gegenstandes ein Sicherungsbedürfnis besteht, ist die Maßregel auf diese *Teile zu beschränken*, falls dies praktisch durchführbar ist¹⁰². Dieser bereits in § 41 III StGB a. F. für die Unbrauchbarmachung ausgesprochene Grundsatz bringt einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck, der für alle Arten von Eigentumsanktionen Verbindlichkeit erheischt, auch für die Sicherungseinziehung.

Dem wurde jetzt auch in der Novellierung durch das EGOWiG Rechnung getragen, wenn auch nur zum Teil; denn im Unterschied zu § 20 III OWiG, der die Teileinziehung generell ohne jeden Vorbehalt zuläßt¹⁰³, soll sie nach § 40 b II StGB in Fällen der obligatorischen Einziehung ausgeschlossen sein. Auch darin liegt eine bedenkliche Verkürzung des Übermaßverbots.

b) Da es der Sicherungsanktion nur um Gefahrenabwehr geht, darf die Wirkung der Sanktion nicht über die notwendig mit dem Sicherungszweck verbundenen Übel hinausgehen. Was m. a. W. dem Sicherungsbetroffenen an Einbußen erspart werden kann, ohne daß dadurch das Sicherungsinteresse leidet, ist ihm zu ersparen. Das hat insbesondere für die Sicherungseinziehung zur Folge, daß etwaige *Erlöse* aus der Verwertung der eingezogenen Gegenstände an den Betroffenen *herauszugeben* sind¹⁰⁴. Das kommt selbstverständlich nur dort in Frage, wo nicht zu befürchten ist, daß der Erlös zum Erwerb gleichgefährlicher Ersatzgegenstände verwendet wird und dadurch der Zweck der präventiven Einziehung im nachhinein wieder vereitelt würde¹⁰⁵. Auch kann der Eigentümer als „Störer“ nur das beanspruchen, was nach Abzug aller Einziehungs- und Verwertungskosten vom Erlös übrig bleibt¹⁰⁶. Soweit jedoch diese Voraussetzungen gegeben sind, wäre es eine unzulässige Verfälschung des Sicherungszwecks, wenn sich der Staat über das Maß des präventiv Erforderlichen hinaus am etwaigen Erlös aus Sicherungsgegenständen bereichern wollte. Eine derartige Vorenthaltung des Erlöses könnte allenfalls aus Straf- oder Ausgleichsgründen gerechtfertigt sein¹⁰⁷.

¹⁰² Zu den Voraussetzungen, unter denen dies möglich ist, vgl. unten S. 306 ff. Falls die Teilbarkeit ausscheidet, kann die Maßregel aber u. U. wegen Unverhältnismäßigkeit gänzlich unzulässig sein; dazu unten S. 359 f.

¹⁰³ Ebenso §§ 113 I, 116 III E 1962, § 89 II 2 AE und wohl auch § 88 I AE („so weit“!).

¹⁰⁴ So im Prinzip auch schon BVerwGE 13, 258/9 m. Anm. GASS, DÜV 1962, 790.

¹⁰⁵ Z. B. der Morphinit würde sich mit dem Erlös der ihm entzogenen Rauschmittel sofort neue beschaffen. Zu der hierin liegenden Problematik der Geeignetheit der Maßnahme vgl. unten S. 276 f.

¹⁰⁶ Weitergehend will das niederländische Recht dem Eigentümer sogar eine Vergütung für die entzogenen Gegenstände gewähren (CIRPKA, System der Strafen S. 34). Eine Entschädigung in dieser Form dürfte für den Regelfall jedoch nur beim Drittgutentümer in Betracht kommen. Vgl. aber auch unten S. 375 f.

¹⁰⁷ Im gleichen Sinne, ja teilweise sogar noch weitergehend, hat bereits der seiner-

Hier gilt daher dem Sinn nach nichts anderes als das, was BAUMANN¹⁰⁸ mit seinem „Hotelvollzug“ der Sicherungsverwahrung gemeint hat: Die Sicherung darf keine verkappte Strafe sein. Deshalb sind dem Betroffenen alle Übel zu ersparen, die nicht durch ein Sicherheitsbedürfnis geboten sind.

II. Das Geeignetheitskriterium

1. Auch der dem Übermaßverbot entspringende Grundsatz der Geeignetheit oder „Zwecktauglichkeit“ der Maßnahme¹⁰⁹ findet im Bereich der Eigentumsanktionen bislang nur zögernd Anerkennung¹¹⁰. Das ist kriminalpolitisch schon deshalb zu bedauern, weil sich die Justiz selbst der Lächerlichkeit preisgibt, wenn sie eine unsinnige, weil zur Abwehr der bekämpften Gefahr völlig untaugliche Maßnahme verhängt. Zudem fragt es sich, ob eine Sanktion, der die Zwecktauglichkeit abgeht, nicht überhaupt des für ihre Rechtfertigung erforderlichen Eingriffsgrundes ermangeln würde.

Freilich ist zuzugeben, daß die praktische Verwirklichung dieses Prinzips u. U. sehr schwierig sein kann. Nicht nur, daß auch in dieser Hinsicht dem Richter wiederum eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalles abverlangt wird¹¹¹. Hinzu kommt, daß man die Kriterien der Geeignetheit kaum in eine erschöpfende Definition, geschweige in eine griffige Subsumtionsformel wird bringen können.

zeit in manchem vorauseilende Kriminalist HENKE (Criminalrecht I, 1823, S. 484) bemerkt, eine Sicherungseinziehung würde, „insofern der in der Entziehung jener Sachen enthaltene Vermögensverlust nicht etwa zugleich die Stelle der Strafe vertreten soll, nur gegen Entschädigung geschehen dürfen, da, wenn auch die mißbrauchte Sache nicht länger ohne Gefahr gelassen werden kann, doch der Genuß eines Aequivalentes für die bürgerliche Gesellschaft durchaus gefahrlos seyn würde“. Vgl. auch unten S. 349 f., 359 f., 375 f.

¹⁰⁸ Dazu allgemein oben S. 196 m. weit. Nachw.

¹⁰⁹ Kleinschmidt S. 24.

¹¹⁰ Erstmals wohl in BGHZ 27, 382/394 ff. Noch deutlicher in BGHSt 20, 253/5, wo die Einziehung u. a. davon abhängig gemacht wurde, daß „der Eingriff zur Gefahrenabwehr überhaupt geeignet ... ist“; allerdings geschieht dies auch hier nur im Rahmen der Ermessensausübung (dazu oben S. 252). Auch nach ZEIDLER, NJW 1954, 1149 muß die Einziehung ein „wirksames Mittel zur Erreichung des Sicherungszweckes“ sein. Die Reformentwürfe hingegen haben von der Frage der Geeignetheit offenbar keine Kenntnis genommen. Ausdrücklich ablehnend etwa RG DJZ 1909, 148: Unbrauchbarmachung auch dann geboten, wenn sich der Richter davon keinen praktischen Erfolg verspricht. — Zur Geeignetheitsprüfung bei sonstigen strafrechtlichen Maßregeln (§§ 42 b, 42 c StGB) vgl. die Nachw. oben S. 196 Anm. 16.

¹¹¹ Dennoch kann keine Rede davon sein, daß er dadurch überfordert würde. Wenn man es im allgemeinen Sicherheitsrecht schon dem einfachen Polizeibeamten zumutet und auch zutraut, die im Einzelfall zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung angemessenen und geeigneten Maßnahmen zu treffen (vgl. näher DREWS-WACKE, Allg. Polizeirecht S. 281 ff., insbes. S. 284 f., KÖNIG, Allg. Sicherheitsrecht S. 300 ff., 322 f.), so wird auch der Richter diese Aufgabe bewältigen können.

Doch darauf kommt es letztlich auch gar nicht an. Denn wollte man vom Richter einen echten „Beweis“ für die effektive Zwecktauglichkeit der jeweils in Frage stehenden Maßregel verlangen, so würden die Grenzen einer möglichen Prognose sicherlich meist überschritten. Dieser positive Tauglichkeitsbeweis ließe sich allenfalls dort erbringen, wo es sich um ein in jeder Hinsicht einmaliges und unersetzliches Einziehungsobjekt handelt. Deshalb kann es beim Kriterium der Geeignetheit immer nur darum gehen, gewissermaßen im Wege eines *negativen Beweises jene Maßregeln auszuschneiden, bei denen die erstrebte Sicherung auf Grund der Umstände des Einzelfalles von vorneherein illusorisch erscheint*, wo also etwa die Einziehung des potentiellen Tatwerkzeuges die geplante Tat ohnehin weder zu unterbinden noch zu hemmen, noch auch nur zu erschweren vermag.

Diese Feststellung setzt zunächst Klarheit über den zu erreichenden Zweck voraus: Der Richter muß wissen, welches Rechtsgut es gegen welche Gefahr zu schützen gilt. Denn erst dann wird es sinnvoll, danach zu fragen, ob die in Aussicht genommene Maßregel dazu geeignet — oder jedenfalls nicht von vorneherein ungeeignet — erscheint, gerade diesem Sicherungszweck wirksam zu dienen¹¹².

2. Von dieser Fragestellung aus gesehen sind zahlreiche Gründe denkbar, aus denen sich eine Sicherungssanktion als zweckuntauglich erweisen kann. Hier seien wenigstens beispielhaft zwei Arten von *Zweckverfehlungen* angeführt.

a) Denkbar ist zunächst eine *Inkongruenz von Ziel und Weg*, Fälle also, in denen die Sanktion am konkreten Sicherungszweck vorbeigeht.

Das kann vor allem im Steuerstrafrecht bedeutsam werden. Wenn beispielsweise unverzollte Waren eingezogen werden, so kann das — neben etwaigen punitiven Erwägungen — durchaus auch dazu dienen, den Steueranspruch des Staates vor einem zollrechtswidrigen Weiterverkauf dieser Waren im Schwarzhandel zu schützen. Deshalb ist die Einziehung unverzollter Waren jedenfalls dann ein geeignetes Sicherungsmittel, wenn der Zollhinterzieher zur Nachverzollung nicht bereit oder nicht in der Lage ist. Anders liegt die Sache dagegen etwa dort, wo Spirituosen, die unter Verletzung des BranntweinMonG hergestellt wurden, ordnungsgemäß nachversteuert wurden. Hier könnte die Einziehung nichts mehr Wesentliches zur Sicherung der Branntweinmonopolfreiheit des Staates beitragen; denn diesem Monopol wurde bereits durch die Nachversteuerung ausreichend Tribut gezollt. Die Einziehung könnte deshalb nur noch den Sinn einer personenbezogenen Strafe haben. Als objektbezogene Sicherungsmaßregel dagegen würde sie ihren Zweck verfehlen¹¹³.

¹¹² Treffend dazu schon EXNER, Sicherungsmittel S. 4: „Geeignet ist, was dem Zweck entspricht. Das Ziel bestimmt den Weg. Die Mittel sind aus dem Zwecke abzuleiten.“

¹¹³ So im Grundsatz auch der BGH, wenn er in der bereits erwähnten Brannt-

b) Für die Praxis weitaus bedeutsamer dürfte aber wohl die *objektbedingte Unzulänglichkeit des Mittels* sein. Damit sind vor allem die Fälle gemeint, in denen das Einziehungsobjekt zu unbedeutend oder zu alltäglich ist, als daß seine Einziehung das bestehende Sicherungsbedürfnis merklich beeinflussen könnte.

Das ist in der Regel überall dort anzunehmen, wo es sich um geringwertige Gegenstände (Schnur, Papier, Draht u. ä.) oder um einfache Gebrauchsmittel des täglichen Lebens (Küchenmesser, Schere, Hammer, Beißzange u. dgl.) handelt, für die sich der Eigentümer ohne sonderlichen Kostenaufwand und ohne nennenswerte Schwierigkeiten Ersatz beschaffen kann, oder die ihm ohnedies noch anderweitig zur Verfügung stehen¹¹⁴. Denn in derartigen Fällen wäre die Einziehung vom Sicherungszweck her gesehen ein „Schlag ins Wasser“.

Ist das Tatwerkzeug dagegen zwar geringwertig, aber nicht ohne schwierige oder langwierige Vorbereitungen zu beschaffen¹¹⁵, oder ist umgekehrt der leicht zu erlangende Ersatz mit erheblichen Kosten verbunden¹¹⁶, so könnten durch die Einziehung weitere Taten zumindest verzögert oder erschwert werden. Deshalb kann hier die Zweckdienlichkeit der Maßnahme nicht von vorneherein verneint werden.

Diese Beispiele zeigen, daß es somit auch für die Frage der präventiven Tauglichkeit der Maßnahme nur in zweiter Linie auf die etwaige „abstrakte“ Gefährlichkeit des Gegenstandes ankommt¹¹⁷. Der zu einem Dietrich zurechtgebogene Draht mag seiner Art und Beschaffenheit nach noch so gefährlich sein; seine Einziehung wäre trotzdem unsinnig, wenn er durch einen einfachen Handgriff ohne weiteres wieder nachgemacht werden könnte. Umge-

weinmonopolentscheidung (BGHZ 27, 382) fragt, ob die Einziehung des Branntweins, der wegen Nichtbeachtung der Nachweispflicht die staatliche Branntweinmonopolordnung stört, als „ein immerhin mögliches Mittel, den Mißbrauch gerade dieses Eigentums auszuschließen“, angesehen werden könne (aaO, S. 396). In der praktischen Anwendung dieses Satzes freilich verfährt dann der BGH zu großzügig; denn daß die Einziehung auch dann noch zum Schutze der Monopolordnung notwendig und geeignet sein soll, wenn der betroffene Eigentümer zur Nachentrichtung der entsprechenden Abgaben bereit ist, ist nicht einzusehen. Hier dürften pönale Gesichtspunkte die Entscheidung mitbeeinflusst haben.

¹¹⁴ Vgl. auch BGHSt 20, 253/6, wo der BGH die Einziehung einer Schreibmaschine u. a. auch deshalb abgelehnt hat, weil ihre Wegnahme nicht geeignet sei, die etwaige landesverräterische Gefährlichkeit des Journalisten zu mindern, und zudem die Schreibmaschine gerade für einen Journalisten ein notwendiges Handwerkzeug darstelle.

¹¹⁵ Z. B. ein Schlüssel, für dessen Nachahmung erst wieder ein neuer Wachsabdruck beschafft werden müßte; Büropapier, das zur Erleichterung von Betrügereien mit dem Namen einer Scheinfirma bedruckt ist; rezeptpflichtige Gifte.

¹¹⁶ Kauf eines Ersatzwagens, eines neuen Wildererstutzens oder einer Schnellfeuerpistole.

¹¹⁷ Zu den „abstrakt“ gefährlichen Gegenständen und ihrem Verhältnis zu den „relativ“ gefährlichen Näheres oben S. 258 ff.

kehrt kann die Einziehung eines nur „relativ“ gefährlichen Gegenstandes von bedeutendem Wert, etwa eines PKW, zumindest einen „Bremsseffekt“ haben; dies vor allem dann, wenn dem Betroffenen die Mittel fehlen, sich alsbald einen vergleichbaren Ersatz zu verschaffen¹¹⁸. Deshalb kommt es auch für die Beurteilung der Geeignetheit der Sicherungssanktion ganz auf die *Umstände des Einzelfalles* an. Den erwähnten Gefährlichkeits- und Tauglichkeitskriterien kann dabei immer nur eine indizielle Bedeutung zukommen.

E) Die Anknüpfungstat

I. Das Erfordernis einer Anknüpfungstat

Vom Sicherungsgedanken her erschiene es konsequent, *allein das Sicherungsbedürfnis* über jegliche Voraussetzungen der sichernden Eigentumssanktionen entscheiden zu lassen. Im Extrem müßte das aber dazu führen, daß schon allein die Tatsache der Gefährlichkeit eines Gegenstandes zu dessen Einziehung berechtigen würde, gleichgültig, worauf die Gefährlichkeit zurückzuführen oder auf welchem Wege sie evident geworden ist. Die praktische Konsequenz wäre die, daß selbst solche Gegenstände einzuziehen wären, die noch in keine Straftat verwickelt waren, an deren Gefährlichkeit jedoch auf Grund anderer Indizien kein Zweifel bestehen kann: m. a. W. Zulässigkeit der Sicherungseinziehung auch ohne strafrechtliche Anknüpfungstat.

In der Tat ist dies weitgehend der Standpunkt des verwaltungsrechtlichen Sicherheits- und Polizeirechts. Denn dort setzt die polizeiliche Maßnahme gegen den Störer bzw. gegen eine störende Sache keineswegs eine strafrechtswidrige Tat voraus; vielmehr ist sie im wesentlichen schon dann zulässig, wenn ohne Eingreifen der Sicherheitsbehörden eine polizeiwidrige Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu besorgen ist¹¹⁹.

Doch so sehr dieser Weg vom Sicherungsgedanken her auch einleuchten mag: für das Strafrecht erscheint er nicht gangbar. Im wesentlichen sind es zwei Gründe, die gegen einen Verzicht auf eine bestimmte Anknüpfungstat bei strafrechtlichen Sanktionen sprechen.

¹¹⁸ Daher schlägt auch das gegen die Einziehung relativ gefährlicher Gegenstände gerichtete Argument, daß diese ja selbst vom Täter wieder ersteigert werden könnten (so schon BINDING, Grundriß S. 260; heute wieder ZEIDLER, NJW 1954, 1149 und STREE, Deliktsfolgen S. 111 mit Hinweis auf §§ 63 II 3, 69 ff. StrVollstrO), regelmäßig nicht durch. Denn wenn der Täter die Mittel dazu hat, sich den relativ gefährlichen Gegenstand zu ersteigern, würde es ihm auch kaum schwer fallen, selbst einen abstrakt gefährlichen Gegenstand sich kaufweise wieder zu beschaffen. Trotzdem hat noch niemand behauptet, daß schon allein wegen der Möglichkeit einer Neubeschaffung die Einziehung abstrakt gefährlicher Gegenstände generell sinnlos sei. Auch hier wird daher der Sicherungseffekt oft nur in einer zeitweiligen Zurückdrängung der abzuwehrenden Gefahr bestehen können.

¹¹⁹ Vgl. im einzelnen DREWS-WACKE, Allg. Polizeirecht S. 205 ff., KÖNIG, Allg. Sicherheitsrecht S. 326 ff., ferner oben S. 250 f.

Der eine ist ein mehr vordergründiger: Es ist die Befürchtung, daß die sichernden Eigentumsanktionen ihren *spezifisch strafrechtlichen Charakter* einbüßen müßten, wenn man sie allein an sicherheitsrechtlichen Gefährlichkeitskriterien ausrichten würde, ja daß dadurch praktisch die letzte Brücke, die bislang noch die strafrechtlichen Maßregeln mit den echten Strafen verbindet, die strafbedrohte Handlung, aufgeben würde.

Doch schwerer wiegen die Bedenken, die sich aus dem Grundsatz der *Rechtssicherheit* ergeben. Dem Strafrecht geht es — seinem fragmentarischen Charakter gemäß — nicht um Gesellschaftsschutz um jeden Preis und in jedem Falle. Vielmehr will es — nicht zuletzt aus Gründen der Berechenbarkeit — nur auf bestimmte, tatbestandsmäßig vertypete Verletzungen oder Gefährdungen reagieren. Wollte man an dieser Selbstbeschränkung rütteln und die Tatbestandsgebundenheit zugunsten einer rein gefährlichkeitsorientierten Prophylaxe aufgeben, so würde das nicht nur zu einer gefährlichen Aufweichung des in Art. 103 II GG garantierten Legalitätsprinzips führen¹²⁰, sondern auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die strenge *Gesetzesgebundenheit der Strafrechtspflege* erschüttern¹²¹. Deshalb muß selbst ein an sich berechtigtes Sicherungstreben spätestens dort seine Grenze haben, wo es in ein nicht mehr kontrollierbares und damit auch für die Bürgerrechte gefährliches „Prävenieren“ auszuarten droht¹²².

¹²⁰ Davon macht übrigens auch § 2 IV StGB keine Ausnahme. Denn wenn dort für Sicherungsmaßregeln das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht für anwendbar erklärt wird, so geht diese Abweichung von § 2 II doch nicht so weit, daß die Maßregel auch auf Grund einer strafgesetzlich gar nicht vertypeten Gefährlichkeit verhängt werden könnte.

¹²¹ Im gleichen Sinne R. SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen* S. 150, 200. Vgl. auch EXNER, *Sicherungsmittel* S. 114 f.

¹²² Auf diese Begrenzung des Sicherungszweckes durch die „Bürgerfreiheiten“ hat schon EXNER, aaO, S. 108 ff. bei Erörterung der „Tat als Bedingung der Sicherung“ aufmerksam gemacht und auf die These, daß die Garantien der Bürgerfreiheit dem vollen Ernst des Gesellschaftsschutzes weichen müßten (NAGLER, *Verbrechensprophylaxe und Strafrecht*, 1911, S. 102) in trefflicher Weise erwidert: „Man darf eben, will man Kriminalpolitiker sein, nicht einen einzigen Grundsatz auf das Piedestal erheben, um dann planlos seine Konsequenzen zu ziehen; eben wegen des Freiheitsinteresses hat kein ernst zu nehmender Vertreter der Spezialprävention je eine Strafe ohne Tat verlangt. Und aus dem gleichen Grunde kann die Theorie der sichernden Maßnahmen die Folgerungen der einen Prämisse, der Idee des Gesellschaftsschutzes, nur so weit ziehen, als sie mit der anderen, der Idee der Freiheit, vereinbar sind. Die beiden Prämissen . . . bilden eben ein unteilbares Ganzes; die Folgerungen ihrer einzelnen Teilsätze zu ziehen, ohne der anderen zu gedenken, ist falsch, nicht aber konsequent, wofern man nicht auch den Arzt konsequent nennt, der dem Darmkranken so viel Opium eingibt, daß er stirbt“ (EXNER, aaO, S. 115 f.). Von dem hier vertretenen Standpunkt aus ist nur zu bedauern, daß EXNER diese Sätze unmittelbar nur auf die persönlichen Sicherungsmittel gemünzt hatte, bei den sachlichen Sicherungsmitteln hingegen, zu denen er auch die Einziehung zählt, nicht unbedingt auf einem vorangehenden Verbrechen bestehen wollte (aaO, S. 123). Da sich jedoch die strafrechtliche Einziehung auf die strafrechtswidrige Gefährlichkeit beschränken soll (vgl.

Aus diesen Gründen ist es sehr zu begrüßen, daß sich weder das geltende Recht noch die Reformentwürfe mit der bloßen Feststellung eines Sicherungsbedürfnisses begnügen, sondern auch für die gegen das Eigentum gerichteten Sicherungsmaßregeln eine bestimmte Anknüpfungstat voraussetzen, also davon ausgehen, daß sich die *Gefährlichkeit des Gegenstandes* bereits durch eine *strafrechtlich relevante Handlung manifestiert* hat^{123 124}.

II. Die Qualität der Anknüpfungstat

Die grundsätzliche Einigkeit über das Erfordernis einer Anknüpfungstat darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, daß bezüglich der spezifischen Qualifikationen, welche von eben dieser Anknüpfungstat zu verlangen sind, noch eine beträchtliche Uneinheitlichkeit besteht. Hier reicht die Skala der Anforderungen von rein äußeren Tatbestandsverwirklichungen bis hinauf zu vollschuldhaften Taten.

Beide Extreme dürften jedoch über das Ziel hinausschießen. Was beim ersten zu Lasten der Individualinteressen geht, führt bei letzteren zur Verkürzung des Sicherungszwecks. Auch hier dürfte daher der Weg, der beiden Seiten am besten gerecht wird, in der Mitte liegen.

1. Mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit erscheint es aus den zuvor genannten Gründen auf jeden Fall erforderlich, daß der *volle Tatbestand* des

oben S. 256), diese aber ohne vorangegangene Tat kaum sicher nachweisbar ist, sollte auch für die Sicherungseinziehung EXNERS Satz gelten: „ohne festgestellte Tat keine festgestellte Gefährlichkeit und keine sichernde Maßnahme“ (aaO, S. 109). Im gleichen Sinne BAUMANN, AT S. 714, LANG-HINRICHSSEN, in Verhandlungen des 43. DJT, Bd. I, Teil 3 B, S. 42 ff. Auf den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wird insbes. auch in der Begr. des östE 1964 S. 43 abgehoben.

¹²³ Vgl. §§ 40, 41 StGB, §§ 18 OWiG, § 113 I E 1962, § 88 I AE. Auch soweit die sicherungsweise Einziehung durch besondere Vorschriften zugelassen wird, ist das immer nur auf Grund eines bestimmten Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestandes möglich; vgl. BGHSt 19, 63/7. — Zu der weiteren Frage, wie nah der Zusammenhang zwischen der Anknüpfungstat und dem betreffenden Gegenstand gewesen sein muß (instrumentum, productum, quaesitum oder sog. „Beziehungsgegenstand“), vgl. unten S. 321 ff., 330 ff.

¹²⁴ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz schien, soweit ersichtlich, nur § 152 StGB a. F. machen zu wollen, wenn er ohne jede Bezugnahme auf eine entsprechende Anknüpfungstat schlicht von der „Einziehung des nachgemachten oder verfälschten Geldes“ sprach. Der von vielen daraus gezogene Schluß, daß es daher hier nicht einmal auf die objektive Verwirklichung eines Münzdelikts ankomme (vgl. u. a. RGSt 14, 161/9; 55, 46/7, JAGUSCH, LK, § 152 Anm. 1, LACKNER-MAASSEN, Anm. zu § 152, SCHÄFER, in DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, § 152 Anm. 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 152 Rdnr. 4), ist jedoch zu Recht auf immer stärkere Kritik gestoßen (so bereits bei BINDING, Lehrbuch II S. 312, EBERMAYER, LK, 4. Aufl., § 152 Anm. 1, FRANK, § 152 Anm. 1; vgl. ferner MAURACH, AT S. 702, BT S. 481, SCHWARZ-DREHER, § 152 Anm. 1 A). Erfreulicherweise wurde jetzt durch die Neufassung des § 152 StGB derartigen gefährlichen Spekulationen endgültig der Boden entzogen.

die Sanktion tragenden Delikts erfüllt ist. Denn nur so wird der einziehungsbegründende Vorgang in seiner strafrechtlichen Relevanz überhaupt erst mit aller Klarheit und Sicherheit nachweisbar. Deshalb kann es grundsätzlich auch nicht genügen, daß nur die objektiven Tatbestandselemente erfüllt sind. Denn wenn der Tatbestand darüber hinaus noch bestimmte subjektive Absichten oder Eigenschaften voraussetzt, so ist das regelmäßig ein Zeichen dafür, daß dem Gesetzgeber die rein objektive Umschreibung eben nicht als ausreichend oder als noch zu weitgehend erschien. Wollte man hier auf die Erfüllung der subjektiven Kriterien verzichten, so würde die Sanktion an ein Verhalten geknüpft, das der Gesetzgeber als solches noch nicht für sanktionsbedürftig angesehen hat. Daher kann die nur objektive Tatbestandsverwirklichung jedenfalls dort nicht genügen, wo den subjektiven Elementen nicht nur eine strafschärfende, sondern eine sanktionsbegründende, d. h. eine das Ausmaß des relevanten Verhaltens mitbestimmende Funktion zukommt¹²⁵.

Darüber hinaus wird man sogar verlangen müssen, daß die voll tatbestandsmäßige Anknüpfungshandlung im konkreten Fall auch rechtswidrig war. Denn solange es daran mangelt (etwa weil der Journalist das Staatsgeheimnis aus rechtfertigenden Gründen publik gemacht hat), fehlt es meist nicht nur an einem ausreichenden Sicherungsbedürfnis, sondern auch schon an dem sicheren Beweis dafür, daß der Täter den als gefährlich erscheinenden Gegenstand notfalls auch zu rechtswidrigen Zwecken verwenden würde.

Daher ist auch für die sichernden Eigentumssanktionen in jedem Falle eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Anknüpfungstat zu verlangen, so wie dies auch im geltenden Recht jetzt durchgängig geschieht¹²⁶. Selbst wenn da-

¹²⁵ Diese Grundsätze waren vor allem bei den praktisch sehr bedeutsamen Sicherungseinziehungen des bisherigen Staatsschutzrechts (§§ 86, 98 StGB a. F.) bedenklich aufgeweicht worden: so etwa, wenn sich der BGH mit einem „objektiv tatbestandlichen Verhalten“ (BGHSt 14, 391/4) oder mit der Erfüllung des „äußeren Tatbestandes“ ohne Rücksicht auf die innere Tatseite (BGH NJW 1955, 71, BGHSt 13, 32/9; 15, 399/400; 16, 49/57; MDR 1964, 798) begnügen wollte. Diese Äußerungen waren zumindest mißverständlich, wenn nicht gar sachlich falsch; so jedenfalls bei jenen Tatbeständen, bei denen erst der Nachweis der inneren Tatseite hinreichenden Aufschluß über das spezifische Tatunrecht gibt. Immerhin wurde das vom BGH allmählich wenigstens in Ansätzen beachtet: vgl. BGHSt 13, 32/9; 18, 136/8; 19, 63/8).

¹²⁶ Soweit eine volldeliktische Anknüpfungstat verlangt wird (wie z. B. in §§ 40 I, II, 132 a IV, 152, 245 a III, 295, 256 III StGB, § 18 I, II OWiG), ist das ohnehin klar. Soweit sich das Gesetz mit einer „straftbedrohten Handlung“ begnügt (so vor allem in §§ 40 III, 41, 101 a I 3, 109 k I 3 StGB, § 18 III OWiG), muß das ganz unzweifelhaft i. S. einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung verstanden werden (SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 36, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 6, GÖHLER, OWiG, § 18 Anm. 7), so wie dies ja auch in anderen strafrechtlichen Bereichen, insbesondere in der Teilnahmelehre, geschieht (vgl. BAUMANN, AT S. 591 f., SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 79 vor § 47, aber auch MAURACH, AT S. 609 ff.). Daher zu Recht gegen sicherungsweise Einziehung bei übergesetzlichem Notstand ROTBERG, OWiG, § 18 Rdnr. 9. — Von den ausländischen Rechten setzen z. B. auch das

durch die Einziehung eines faktisch gefährlichen Gegenstandes einmal ausgeschlossen bleibt, muß das die Rechtsgemeinschaft verkraften können¹²⁷.

2. So viel Nachdruck nun einerseits auf die tatbestandliche Anknüpfungsbasis zu legen war, so entschieden ist andererseits im Interesse eines optimalen Sicherungseffektes auf alle Sanktionsvoraussetzungen zu verzichten, die weder durch die Rechtssicherheit noch durch den Sicherungscharakter der in Frage stehenden Maßnahmen unbedingt geboten erscheinen.

Das führt insbesondere zu einem *Absehen vom Schuldverfordernis* und von sonstigen personbezogenen Tat- oder Sanktionskriterien, wie etwa strafehöhenden Eigenschaften oder Motiven des Täters, persönlichen Schuld- und Strafausschließungsgründen und dergleichen. Zwar kann den subjektiven Kriterien nicht jede Bedeutung für Grund und Umfang einer objektbezogenen Sicherungsmaßregel abgesprochen werden. Denn daß es auch eine durchaus persönlichkeitsbedingte Gefährlichkeit von Gegenständen geben kann, hat sich an anderer Stelle bereits gezeigt¹²⁸. Freilich, soweit das in Betracht kommt, wird es sich immer um subjektive Besonderheiten des Einzelfalles handeln. Keineswegs kann die Rede davon sein, daß der Schuld des Täters in jedem Falle eine für das gegenständliche Sicherungsbedürfnis konstitutive Bedeutung zukommen müßte¹²⁹.

Auch vom Sanktionscharakter der sichernden Eigentumssanktionen her bedarf es nicht unbedingt einer „schuldhaften“ Anknüpfungstat. Denn ebenso wenig wie die sonstigen Maßregeln der Sicherung und Besserung wollen sie ein Unwerturteil über den Täter fällen, sondern maßgeblicher Zweck ist al-

schweizStGB (Art. 58) und das dänStGB (§ 75 II) für die sicherungsweise Einziehung eine rechtswidrige Tat voraus. Ebenso § 32 I öStE 1964 (mit Begr. S. 56).

¹²⁷ Aus diesen Gründen sollte auch für die Einziehung bzw. *Unbrauchbarmachung von Schriften*, die Mittel oder Gegenstand einer rechtswidrigen Tat gewesen sind, nicht schon allein die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende Weiterverbreitung ausreichen (so § 89 I AE bzw. 116 I E 1962, wo sogar nur von „äußerem Tatbestand“ die Rede ist), sondern auch für die Weiterverbreitung Rechtswidrigkeit verlangt werden; denn es sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Verbreitung derartiger Schriften gerechtfertigt sein kann; hier wegen der zwingenden Natur dieser Vorschriften dann trotzdem einziehen zu müssen, wäre nicht einzusehen.

¹²⁸ Vgl. oben S. 263 f.

¹²⁹ Die gegenteilige Auffassung, die in der Schuld des Täters ein notwendiges Gefährlichkeitskriterium sehen will (GRÖNING, S. 29; vgl. auch KÖBNER, S. 39 und STROOS, Vermögensstrafen S. 37, 39 ff.), dürfte auf einer Verallgemeinerung beruhen, die von der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht gedeckt wird. Denn daß ein sich harmloser Gegenstand gerade in der Hand eines Geisteskranken besondere Gefährlichkeit erlangen kann, läßt sich schlechterdings nicht leugnen. Freilich ist einzuräumen, daß es durchaus Maßregeln gibt, bei denen ohne Berücksichtigung der Schuld eine zuverlässige Gefährlichkeitsprognose nicht möglich ist; so etwa bei der Sicherungsverwahrung nach § 42e StGB. Doch dies trifft im allgemeinen nur auf die spezifisch personbezogenen Maßregeln zu (vgl. näher EXNER, Sicherungsmittel S. 124 ff.). Bei den sachlichen Sicherungsmitteln hingegen, zu denen auch die Einziehung zählt, spielen derartige Gesichtspunkte nur eine untergeordnete Rolle.

lein der Gesellschaftsschutz¹³⁰. Soweit es aber nur darum geht, rechtswidrige Angriffe auf die Rechtsgüterordnung abzuwehren, kommt es auf einen etwaigen persönlichen Schuldvorwurf gegen den Täter nicht an¹³¹. Daher muß auch für die objektbezogenen Sicherungssanktionen eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige, aber nicht notwendig schuldhaft Anknüpfungstat ausreichen¹³².

Diesen Vorstellungen entsprach das bisherige Recht nur in unvollkommenem Maße, da es für die Einziehung grundsätzlich eine volldeliktische Tat voraussetzt¹³³. Auch vom E 1962 wäre insoweit keine durchgreifende Änderung zu erhoffen gewesen. Zwar war hier der Katalog der Vorschriften, die die Einziehung bereits auf Grund einer nur rechtswidrigen Tat zulassen, wesentlich erweitert¹³⁴. Doch ganz abgesehen davon, daß diese Verbesserung im wesentlichen nur den öffentlichen Interessen zugute kam, wurde im Prinzip auch hier an einer volldeliktischen Anknüpfungstat festgehalten¹³⁵. Um so mehr ist es — nicht nur im Interesse möglicher Einheitlichkeit, sondern auch in folgerichtiger Durchführung des Sicherungsgedankens — zu begrüßen, daß im Anschluß an den AE jetzt auch das EGOWiG über diesen Standpunkt hinweggegangen ist und in Sicherungsfällen die Einziehung nur noch von einer rechtswidrigen Anknüpfungstat abhängig macht¹³⁶.

F) *Schlußfolgerungen*

I. Entscheidendes Kriterium für die sichernden Eigentumsanktionen bildet der Nachweis eines gegen die Sache bestehenden *Sicherungsbedürfnisses*. Fehlt es daran, kommt eine sicherungsweise Einziehung nicht in Betracht:

¹³⁰ Vgl. statt vieler EXNER, Sicherungsmittel S. 108, MAURACH, AT S. 676 f., 748 f., SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 1 vor § 13 und Vorbem. 1, 7 vor § 42 a.

¹³¹ Demgemäß genügt z. B. für die Unterbringung in einer Heilanstalt (§ 42 b StGB) und die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 42 m StGB) eine rechtswidrige Anknüpfungstat.

¹³² Heute im Prinzip unbestritten: vgl. u. a. BGHSt 8, 165, OLG Braunschweig NdsRpfl 1952, 72, DROST, NJW 1950, 128, GOLDSCHMIDT, VDA IV, S. 453, KOHL-RAUSCH-LANGE, § 41 Anm. II, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 41 Rdnr. 4; anders dagegen etwa noch KG DJZ 1903, 299 (subjektive Tatseite bei § 41 StGB a. F. erforderlich).

¹³³ Vgl. etwa §§ 40, 245a III, 284b, 295, 296 StGB a. F. Zwar war in diesen und in anderen Vorschriften, in denen die Einziehung zumindest auch Sicherungscharakter haben kann, das Verschuldenserfordernis nicht eigens genannt; doch ergibt sich dies schon daraus, daß auch in diesen Fällen die Einziehung nur neben einer Hauptstrafe in Betracht kommt; vgl. dazu auch OLG Stuttgart HöchstRR 1, 293 ff. und BayObLGSt 1954, 86/7 f. — Lediglich in Ausnahmefällen wurde auf ein Verschulden des Täters verzichtet (§§ 41, 86, 98, 152, 311c StGB a. F.). Dadurch kam vor allem der Schutz von Leib und Leben zu kurz, da beispielsweise weder dem mordsüchtigen Epileptiker seine Pistole noch dem schwachsinnigen Kraftfahrer sein Vehikel weggenommen werden konnte; denn sowohl für § 40 StGB a. F. wie für § 26 II WaffenG 1938 bzw. § 24 III StVG a. F. wurde eine *schuldhaft* Tat vorausgesetzt.

weder gegen einen Tatbeteiligten noch gegen einen Dritten, und zwar gleichgültig, wie verabscheuungswürdig die Tat oder wie persönlich gefährlich der Täter sein mag.

II. Ist dagegen ein Sicherungsbedürfnis gegeben, so kann nicht nur das Eigentum eines schuldhaft, sondern auch das eines nur *rechtswidrig* handelnden Tatbeteiligten eingezogen werden. Denn für die aus Gründen der Rechtssicherheit erforderliche Anknüpfungstat kommt es auf ein Verschulden des Täters nicht an.

III. Letzteres ist auch für die *Dritteinziehung* von Bedeutung. Denn da die Sicherungseinziehung als Maßregel keinen Schuldvorwurf enthält, sondern lediglich den Störungszustand beseitigen will, der in der Gefährlichkeit des betroffenen Gegenstandes besteht, kann auch das Eigentum eines an der rechtswidrigen Anknüpfungstat nicht beteiligten Dritten zum Zwecke der Sicherung eingezogen werden, sofern ihm der störende Zustand seines Eigentums zurechenbar ist. Ob ihm daraus ein persönlicher Schuldvorwurf gemacht werden kann, ist jedenfalls für die Zulässigkeit der Einziehung unerheblich¹³⁷.

IV. Aus diesen Gründen beantwortet sich auch die Frage nach der Einziehbarkeit von Gesellschafts- oder *Verbandseigentum* hier anders als bei der strafweisen Einziehung. Da sich die Sicherungseinziehung nicht nach der Person des Eigentümers, sondern gegen die Gefährlichkeit der Sache richtet, kann es keinen Unterschied machen, ob dadurch das Eigentum einer natürlichen Person, einer juristischen Person oder einer sonstigen vermögensfähigen Vereinigung betroffen wird. Deshalb bestehen auch gegen die sicherungsweise Einziehung des Verbandseigentum jeder Art keinerlei grundsätzliche Bedenken¹³⁸.

¹³⁴ §§ 225 III, 234, 319 III, 339 III, 350 III, 382, 394 IV, 417 III E 1962. Allerdings sind einige dieser Fälle nicht neu, sondern wurden aus dem Nebenstrafrecht übernommen, z. B. § 234.

¹³⁵ Vgl. die Allgemeinregelung der Sicherungseinziehung in § 113 I, II Nr. 3 und 4 E 1962.

¹³⁶ § 40 III StGB, § 18 III OWiG bzw. § 88 I AE. Ebenso Art. 58 schweizStGB, § 75 II dänStGB und § 32 I östE 1964.

¹³⁷ Allerdings kann dies für die Frage der Entschädigung von Bedeutung sein; vgl. dazu unten S. 376.

¹³⁸ Diese Frage ist bisher vor allem bei § 86 StGB a. F. praktisch geworden und von Rechtsprechung und Schrifttum zu Recht bejaht worden: vgl. u. a. BGHSt 14, 194/5, 299, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 86 Anm. 2c. Eingehend zum Ganzen R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 199 ff., 214, ferner JESCHECK, SchwZ-Str 70, 246 ff.

§ 15 DIE GEWINNABSCHÖPFUNG ALS AUSGLEICHsverfall

A) Gegenstand, Zweck und Rechtfertigung

Wie bereits in der Bestandsaufnahme dargetan, gibt es schon seit einigen Jahrzehnten gewisse Arten von Sanktionen, die sich weder allein durch pönale noch durch rein präventive Gesichtspunkte erklären lassen, sondern denen auch ein *reparativer* Ausgleichsgedanke (zumindest mit-) zugrunde liegt. Das gilt vor allem für die Maßnahmen, durch die dem Täter rechtswidrige Vermögensvorteile, die er sich durch seine Tat verschafft hat, wieder entzogen werden sollen. Man pflegt hierbei heute meist von „Gewinnabschöpfung“ oder auch „Mehrerlösabführung“ zu sprechen¹.

Zwar wird die Entziehung derartiger Tatvorteile regelmäßig schon aus Strafgründen geboten sein. Denn daß eine Strafe — vor allem dann, wenn sie nicht schon von sich aus empfindlich genug ist —, letztlich ohne nachhaltigen Eindruck bleiben müßte, wenn dem Täter die Früchte seiner Tat belassen würden, liegt auf der Hand. Deshalb ist sinnvolles Strafen gar nicht denkbar, ohne daß dem Täter zugleich auch seine Tatvorteile entzogen würden². Indes würde man den Sinn der Gewinnabschöpfung verkürzen, wollte man sie auf diese punitive Zielsetzung beschränken. Denn tatsächlich vermag sie auch noch anderen Zwecken zu genügen: Sie kann vor allem dem Ausgleich des Unrechts dienen, auf Grund dessen der Täter seine Gewinne überhaupt erst machen konnte.

Dieser Gesichtspunkt stützt sich auf die Beobachtung, daß — abgesehen von den spezifischen Tatentgelten (Anstifterlohn, Bestechungsgeld), wo angesichts der unlauteren Motive der Hingabe von einem schutzwürdigen „Geschädigten“ keine Rede sein kann³ — praktisch alle Tatgewinne, die sich jemand durch Mißachtung strafrechtlicher Verbotsnormen verschafft, *letztlich auf Kosten derer erlangt werden, zu deren Schutz die betreffenden Gesetze geschaffen wurden*: seien das nun bestimmte Einzelne (Geschäftspartner, Konkurrenten, Kunden) oder sei es die Allgemeinheit durch Schädigung der Volkswirtschaft⁴.

¹ Vgl. im einzelnen oben S. 34 f. und 84 ff. Dort auch Näheres zu den teils sehr unterschiedlichen Auffassungen über die Rechtsnatur dieser Sanktionen.

² Vgl. aaO und S. 112 f. Soweit daher der Gewinnverfall im Zusammenhang mit einer Strafe steht, erscheint es sachgerecht, daß er bereits vom Gesetz zwingend angeordnet wird; so z. B. nach § 109 I, II E 1962. Dagegen schlägt dieser Grund bei § 83 I AE und § 73 I StGB 1973 nicht durch, da hier der zweifelhafte Makelgedanke mitshwingt (dazu oben S. 123 ff.). Vgl. im übrigen auch unten S. 354.

³ Vgl. oben S. 82 ff.

⁴ Freilich wird man hier nicht immer nach einem genau abmeßbaren, geschweige zahlenmäßig bezifferbaren Schaden suchen dürfen. Denn nicht selten werden die verbotenen Gewinne gerade auf Kosten höchstpersönlicher Rechtsgüter gemacht sein (z. B. Gesundheitsschäden auf Grund von Lebensmitteln, die mit Hilfe unzulässi-

Daß für Gewinne, die durch Überschreitung der dem Erwerbsstreben gezogenen Grenzen auf Kosten anderer erlangt wurden, *nicht* der Schutz der *Eigentumsgarantie* in Anspruch genommen werden kann, liegt auf der Hand⁵. Ebenso wenig dürfte zweifelhaft sein, daß derartige rechtswidrige Bereicherungen wieder entzogen werden können, wenn dadurch den Interessen, auf deren Verletzung die Gewinne letztlich beruhen, eine gewisse Genugtuung verschafft werden kann.

Es ist also auch hier nicht der Makelgedanke⁶, sondern der *Ausgleichszweck*, der den Staat dazu legitimiert, als Repräsentant des Gemeinwohls, als der er zugleich auch die Interessen seiner geschädigten Individuen zu vertreten hat⁷, die rechtswidrigen Gewinne wieder abzuschöpfen.

Von dieser Möglichkeit eines quasi-konditionellen Ausgleichsverfalls Gebrauch zu machen, besteht vor allem dort ein Bedürfnis, wo die betreffenden Vermögensvorteile nicht bereits über die Strafe erfaßt werden können. Das ist namentlich für den Bereich der *Verbandskriminalität* von besonderer praktischer Bedeutung. Nicht nur, weil auf wirtschaftlichem Gebiet die Neigung zu unlauterem Erwerbsstreben naturgemäß besonders groß ist und die dabei erzielten Gewinne erfahrungsgemäß am höchsten sind; sondern mehr noch, weil sich gerade gegenüber Verbänden echte Strafen als besonders problematisch erweisen⁸. Hier kann durch ausgleichsweise Entziehung der verbotenen Früchte wenigstens das grösste Unrecht wieder gutgemacht werden.

Doch auch außerhalb dieses Bereiches sind Fälle denkbar, in denen sich das kriminalpolitische Bedürfnis für einen nichtpönalen Ausgleichsverfall nicht leugnen läßt⁹. Diesem Bedürfnis sollte durch eine allgemeine Regelung Rechnung getragen werden¹⁰. Um dabei von vorneherein Verwechslungen mit der

gar Auffrischungsmittel vertrieben worden waren). Sofern jedoch ein Verbot tatsächlich einem rechtlich schützenswerten Interesse dient — und wenn dies nicht der Fall ist, fehlt ihm die innere Rechtfertigung —, sind Gewinne, die durch Mißachtung jener Verbote erwirtschaftet werden, zwangsläufig auf Kosten jener Interessen erlangt. Vgl. im übrigen auch oben S. 120 ff.

⁵ Näheres zur allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundlegung oben § 10, insbes. S. 183.

⁶ So aber auch heute noch weit verbreitete Auffassungen; vgl. näher oben S. 123 ff.

⁷ Zu der sich daraus ergebenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf private Ersatzinteressen unten S. 294 ff.

⁸ Vgl. oben S. 244 ff.

⁹ Z. B. ein Weinhändler verkauft billigen Auslandswein als deutschen Qualitätswein; ein Verleger verdient sich durch jugendgefährdende Schriften ein Vermögen u. dgl.; vgl. GÖHLER, Sonderausschuß, V/53. Sitzg. S. 993 f. Weiteres zur kriminalpolitischen Notwendigkeit der Gewinnabschöpfung oben S. 121 ff. mit weit. Nachw.

¹⁰ Diese sollte sich nicht nur auf den Bereich des Strafrechts i. e. S. beschränken, sondern auch auf Ordnungswidrigkeiten anwendbar sein, da gerade hier das Schwergewicht der Verbandskriminalität liegen wird. Gegen den Versuch, rechtswidrige Gewinne im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts statt dessen über die Geldbuße zu erfassen (GÖHLER, Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 546, DREHER, Sonderausschuß, V/53. Sitzg. S. 998; so jetzt auch § 13 IV OWiG), spricht nicht nur die Gefahr der Zweckverfälschung, der damit die Geldbuße ausgesetzt wird (dazu tref-

straßbedingten Gewinneinziehung, wie sie eingangs kurz angedeutet wurde, zu vermeiden, erscheint es angebracht, für den ausschließlich zu Ausgleichszwecken angeordneten Gewinnverfall den Begriff der „Gewinnabschöpfung“ vorzubehalten.

B) Die personbezogenen Voraussetzungen der Gewinnabschöpfung

I. Die Anknüpfungstat

1. Da es sich bei den abzuschöpfenden Gewinnen um „verbotene“ Gewinne handeln muß, setzt die Maßnahme notwendig eine Tat voraus, aus der die betreffenden Vermögensvorteile gezogen wurden. Zudem bedarf es schon aus Gründen der Rechtssicherheit eines klaren *tatbestandlichen* Maßstabes, nach dem sich das gewinnbezogene Verhalten des Täters zweifelsfrei als mißbräuchlich beurteilen läßt. Allein auf eine vage „Sittenwidrigkeit“ abstellende Unlauterkeitskriterien würden dafür nicht ausreichen. Dagegen kann es keinen Unterschied machen, ob sich die Rechtswidrigkeit der Gewinne aus einem echten Straf- oder nur aus einem Ordnungswidrigkeitstatbestand ergibt¹¹.

Für die strafrechtliche *Qualität* der Anknüpfungstat muß entscheidend sein, daß es sich bei der Gewinnabschöpfung in dem hier gemeinten Sinne nicht um eine Strafe, auch nicht um eine strafunterstützende Sanktion¹², sondern um eine reine Ausgleichsmaßnahme handelt. Als solche geht es ihr — ebenso wenig wie der Sicherungseinziehung — nicht um ein soziales Unwerturteil über den Täter, sondern allein um eine quasi-konditionelle Entziehung der dem Empfänger auf Kosten anderer zugeflossenen Vorteile. Als derart sachbezogene Maßnahme braucht sie daher auch *nicht* von einem persönlichen *Verschulden* des Täters abzuhängen¹³.

fend JESCHECK, Niederschriften IV S. 324; vgl. auch EB. SCHMIDT, ebda. S. 326); vielmehr wird auch übersehen, daß man sich dadurch die Möglichkeit verschließt, auch bei nur rechtswidrigen Zuwiderhandlungen die Gewinne abzuschöpfen — es sei denn, man wollte die Geldbuße auch bei fehlendem Verschulden zur Anwendung bringen. Dann aber bliebe nur noch der Name. Vgl. auch die Kritik von LANG-HINRICHSSEN in H. MAYER-Festschrift S. 60 Anm. 44 a. E., S. 70 f. und R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 219 f.

¹¹ In diesem Sinne de lege lata auch schon § 8 WiStG 1954.

¹² Dazu oben S. 284.

¹³ Vgl. OLG Bamberg MDR 1951, 246. Insofern kommt der Gewinnabschöpfung eine ähnliche *Korrekturaufgabe* zu, wie sie für den zivilrechtlichen Bereicherungsausgleich nach §§ 812 ff. BGB bestimmend ist; vgl. näher ESSER, Schuldrecht S. 763 ff., insbes. S. 764: Bereicherungshaftung, als „Ausgleichshaftung für rechtlich unbegründete Vermögensmehrung durch unverdientes Erhalten oder Behalten fremder Leistung oder durch unberechtigte Verwertung fremden Gutes“, Entsprechendes gilt auch für die Gewinnabschöpfung, nur daß hier die Bereicherung auf einem strafrechtswidrigen Verhalten des Bereicherten beruht und regelmäßig auf Kosten eines nicht genau spezifizierbaren Opfers erlangt ist. Vgl. auch SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 251 f.

Von dieser Verzichtbarkeit auf das Schuldverfordernis ist aus kriminalpolitischen Gründen Gebrauch zu machen, da nur so die Gewinnabschöpfung als Ausgleichsmaßnahme ihre Zielsetzung voll erfüllen kann¹⁴. Daher ist § 109 II E 1962, der eine schuldhaft Anknüpfungstat voraussetzt, als zu eng abzulehnen¹⁵ und demgegenüber im Anschluß an den AE (§ 83 I) dem § 73 I StGB 1973 der Vorzug zu geben, wo bereits für die aus *rechtswidrigen* Taten gezogenen Gewinne der Verfall vorgesehen ist¹⁶.

2. In den Reformdiskussionen wurde jedoch darüber hinaus auch immer wieder die Frage aufgeworfen, ob man die Gewinnabschöpfung nicht auf bestimmte, spezifisch *gewinnbezogene* Tatbestände beschränken sollte¹⁷.

Doch obgleich sich nicht leugnen läßt, daß für gewisse Handlungsbereiche, insbesondere auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts, die Neigung zu unlauteren Profitmethoden besonders typisch sein mag, wird sich eine derartige Beschränkung kaum befriedigend durchführen lassen. Nicht nur, daß sich dafür schwerlich eine brauchbare Grenze finden ließe; vielmehr können selbst bei Tatbeständen, die ihrer Art nach nicht zu den „profitgeneigten“ zählen mögen, Gewinne erzielt werden, wo sich das Bedürfnis nach einer Abschöpfung im Einzelfall nicht mehr unterdrücken läßt. Daher würde eine kasuistische Regelung, wie GÖHLER¹⁸ auf Grund der bisherigen Erfahrungen zutreffend festgestellt hat, zwangsläufig immer weitere Sonderregelungen nach sich ziehen und damit die Rechtseinheitlichkeit auf diesem Gebiet bald wieder zerstören.

Deshalb ist eine alle Tatbestände erfassende *Allgemeinregelung* der Gewinnabschöpfung vorzuziehen. Die notwendige Elastizität kann ihr durch eine *Ermessensklausel* gegeben werden.

II. Der erfaßte Personenkreis

1. Aus dem Wesen des Ausgleichs versteht es sich, daß die rechtswidrigen Tatgewinne in erster Linie dem entzogen werden, dem sie zugeflossen sind. Soweit dadurch der Täter selbst oder ein sonstiger *Tatbeteiligter* betroffen

¹⁴ Vgl. GÖHLER, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1005/6.

¹⁵ Die Gewinnverfallsregelung des E 1962 ist ohnedies in sich widersprüchlich, da sie sich trotz des grundsätzlichen Schuldverfordernisses nicht scheut, über den Kreis der Tatbeteiligten hinaus die Gewinne auch bei Drittempfängern einzuziehen (§ 109 III). Vgl. dazu auch GÖHLER und DREHER, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1002/5/6.

¹⁶ Vgl. auch Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1002 ff., 1013. In diesem Sinne auch LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 72 und R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 221, SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 241 ff. Ebenso de lege lata bereits § 8 I 2 WiStG 1954. Vgl. zum Ganzen auch oben S. 122 f.

¹⁷ Vgl. etwa LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 73.

¹⁸ Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 995.

wird¹⁹, ist dies schon deshalb unproblematisch, weil die von der Rechtsordnung nicht gedeckte Bereicherung auf deren eigenes oder jedenfalls auf ein ihnen zurechenbares Verhalten eines Mitbeteiligten zurückzuführen ist.

2. Fraglich ist dagegen, inwieweit man die Gewinnabschöpfung auch auf Personen erstrecken kann, die an der gewinnbringenden Tat zwar nicht selbst beteiligt waren, denen der Gewinn jedoch tatsächlich zugute gekommen ist. Eine derartige Ausdehnung auf tatunbeteiligte *Drittempfänger* erscheint jedenfalls dort vertretbar, wo der Täter in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zum Empfänger stand und diesem die rechtswidrigen Tatvorteile auf Grund eben dieser Beziehung zugefallen sind. Denn nicht nur, daß es vom Ausgleichsgedanken her konsequent wäre, die Tatvorteile überall dort zu suchen, wo sie hingeflossen sind²⁰. Vielmehr kommt noch hinzu, daß auf Grund der engen Beziehung, die hier u. U. sogar in Form eines Unter- und Überordnungsverhältnisses zwischen Täter und Empfänger besteht, für letzteren regelmäßig die Möglichkeit einer Einflußnahme bestanden hätte. Selbst wenn die Versäumung von Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten nicht ausreicht, um gegen den Geschäftsherrn einen strafrechtlichen Schuldvorwurf zu erheben²¹, so dürfte dies doch dazu berechtigen, dem Nutznießer die gewinnbringende Tat des ihm verpflichteten und in seinem Interesse handelnden Täters als rechtsmißbräuchliches und deshalb ausgleichsbegründendes Verhalten *zurechnen*²².

Ob es sich bei diesem Verpflichtungs- oder Abhängigkeitsverhältnis zwischen Täter und Empfänger um eine echte Vertretung oder um einen ausdrücklichen Auftrag handelt, ist ebenso unerheblich wie die Frage, inwieweit diese Beziehung nach außen erkennbar war²³. Zwar werden die meisten der hier einschlägigen Gewinnfälle auf echten Vertretungsgeschäften beruhen. Doch weder vom Zurechnungsgedanken noch vom Ausgleichsinteresse her kann es einen wesentlichen Unterschied machen, ob der Geschäftsherr seine ungerechtfertigten Steuervorteile seinem skrupellosen Geschäftsführer zu verdanken hat oder ob ihm der als einfacher Angestellter fungierende Lebensmittelchemiker durch unzulässige Verschönerungssätze die Kassen füllen

¹⁹ § 73 I StGB 1973, § 109 II E 1962, § 83 I AE, § 8 I WiStG 1954.

²⁰ Allein darauf will offenbar die Begr. des AE S. 157 zu Abs. 2 abstellen.

²¹ Vgl. dazu oben S. 242 f.

²² Vgl. auch E 1962 Begr. S. 242 und LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 72 f. sowie vom Standpunkt des WiStG aus BayObLGSt 1951, 426/9 f.; 1952, 74 f., OLG Bamberg MDR 1951, 246 m. Anm. DIPPER, OLG Braunschweig NJW 1951, 855, DIPPER, NJW 1951, 220 f.; aber auch OLG Kiel SchlHA 1948, 49, OLG Hamm SJZ 1950, 760, MDR 1951, 375, OLG Oldenburg NJW 1951, 814.

²³ GÖHLER, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1014. Vgl. aber auch E 1962 Begr. S. 242 zu § 109 III, wo stärker auf die äußere Erkennbarkeit des Pflichtverhältnisses zwischen Täter und Empfänger abgestellt wird. Wenn freilich als Beispiel dafür auch der Buchhalter angeführt wird, so wird die Erkennbarkeit nach außen letztlich doch in einem sehr weiten, ja die Grenzen des Wortlauts übersteigenden Sinn verstanden.

half²⁴. Vielmehr muß allein entscheidend sein, daß der Täter auf Grund eines rechtlichen oder tatsächlichen Autoritätsverhältnisses im Interesse und mit unmittelbarer Wirkung für den Empfänger gehandelt hat²⁵.

3. Ebenso wenig kann die in den Reformdiskussionen aufgeworfene Frage von Bedeutung sein, ob der unlautere Gewinn einem *Verband* oder einer natürlichen Person zugute gekommen ist. Zwar ist nicht zu leugnen, daß in erwerbswirtschaftlichen Verbänden der durch die Anonymität begünstigte Anreiz zu unlauterem Profitstreben besonders verlockend sein mag und etwaige Unregelmäßigkeiten wegen der oft nur schwer durchschaubaren Innenstruktur auch verhältnismäßig leicht zu verdecken sind, ganz zu schweigen davon, daß das Ausmaß der auf Kosten anderer erlangten Gewinne hier meist eine beachtliche Größenordnung erreichen wird²⁶.

Dennoch dürften diese mehr akzidentiellen Gesichtspunkte kaum hinreichen, um die Gewinnabschöpfung auf Verbände zu beschränken und damit von der Zufälligkeit der rechtlichen Organisation abhängig zu machen. Nicht nur, daß in einer derartigen Diskriminierung eine von der Sache her nicht gerechtfertigte, weil zu Unrecht verallgemeinernde Abwertung des Körperschaftsgedankens liegen würde — denn genauso wie es große und kleine Handelsgesellschaften gibt, die sich völlig loyal betätigen, gibt es gigantische Einzelunternehmen mit höchst zweifelhaftem Geschäftsgebaren²⁷. Auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht — und damit wird es kriminalpolitisch bedeutsam — wäre es kaum zu rechtfertigen, daß die OHG ihre Gewinne aus Preisverstößen abführen müßte, während der als Einzelkaufmann firmierende Konkurrent mit gleich verwerflichen Gewinnen weiterwirtschaften könnte. Deshalb verzichtet § 73 III StGB 1973 im Anschluß an die Entwürfe²⁸ zu Recht auf eine Diskriminierung zwischen Verbänden und sonstigen natürlichen Empfängern rechtswidriger Tatgewinne.

4. Indes muß diese drittgerichtete Ausgleichshaftung dort ihre *Grenze* haben, wo der erlangte Vorteil aus einer Tat herrührt, die völlig außerhalb des

²⁴ Vgl. auch das Contergan-Beispiel von GÜDE, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1015, sowie GÖHLER, Sonderausschuß, V/28, Sitzg. S. 547 f.

²⁵ Vgl. A. ARNDT, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1016. In diesem Sinne beschränken auch die Entwürfe die Gewinnabschöpfung nicht auf gewinnbringende Taten von Organen oder gewillkürten Vertretern, sondern lassen das „Handeln für einen anderen“ ausreichen: § 83 II AE. Der darüber hinaus den Vertreter als Beispiel anführende Zusatz des § 109 III E 1962 wurde vom Sonderausschuß wieder gestrichen: V/53, Sitzg. S. 1014 ff. Zur Gewinnabschöpfung gegenüber *Mitinhabern* eines Betriebes vgl. BayObLGSt 1959, 70 f. und OLG Oldenburg MDR 1954, 119 (aber bedenklich, soweit aus Verdachtshaftung begründet). — Zur Frage der „*Unmittelbarkeit*“ des Erlangungsvorganges vgl. E 1962 Begr. S. 242 und GÖHLER, Sonderausschuß, aaO, S. 1016.

²⁶ Vgl. KOFFKA, Niederschriften IV S. 567 f., LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 75 f.

²⁷ Vgl. LANG-HINRICHSSEN, aaO, S. 76.

²⁸ Vgl. § 109 III E 1962, § 83 II AE mit Begr. S. 157.

Einflußbereichs des Empfängers liegt. Zwar könnte es naheliegen, die Möglichkeiten der Kondiktionshaftung restlos auszuschöpfen und demgemäß den Tatgewinn analog zu § 822 BGB auch jenem zu entziehen, dem er von Anfang an zugedacht oder nachträglich unentgeltlich zugewendet wurde. Tatsächlich gehen die skandinavischen Rechte sehr weit in dieser Richtung²⁹, und auch in der großen Strafrechtskommission stand eine derartige Ausdehnung des Gewinnverfalls auf jeden Empfänger durchaus ernsthaft zur Diskussion³⁰. Schließlich wurde dies aber zu Recht abgelehnt. Denn auch die Gewinnabschöpfung muß im Interesse der Rechtssicherheit dort ihre Grenze haben, wo ihre Auswirkungen von dem potentiell Betroffenen nicht mehr zu überschauen, also praktisch nicht mehr einkalkulierbar wären. Daran fehlt es vor allem dort, wo der Vermögensvorteil auf einer Tat beruht, von der der Empfänger weder Kenntnis hatte noch haben konnte und auf die er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen auch keinerlei Einfluß hätte nehmen können. Hier würde die Vorteilsentziehung für den u. U. völlig überraschten Betroffenen regelmäßig eine Härte bedeuten, so daß es zweckmäßiger erscheint, hier von vorneherein auf jede Gewinnabschöpfung zu verzichten³¹.

Ins Positive gewendet bedeutet dies, daß die Gewinnabschöpfung nur solche Vermögensvorteile erfassen sollte, die dem Drittempfänger auf Grund einer Tat zugeflossen sind, die in seinem Interesse und von einer in seinem Einflußbereich stehenden Person begangen wurde. In diesem Sinne muß auch das „für einen anderen handeln“ in § 73 III StGB 1973 verstanden werden³². Andernfalls ginge sie zu weit³³.

²⁹ Vgl. insbes. die schwedische und dänische Regelung, wonach der rechtswidrige Profit einer Tat jedem entzogen werden kann, dem er durch die Tat zugefallen ist: vgl. GÖHLER, Sonderausschuß, V/28, Sitzg. S. 543 f. und V/54, Sitzg. S. 1021; (für das dort referierte dänische Recht gilt jedoch jetzt Art. 76 I der Novelle von 1965, nicht mehr Art. 77 StGB von 1930).

³⁰ Vgl. den 3. Alternativvorschlag der Unterkommission zu § 4, in Niederschriften III S. 412; ferner Niederschriften III S. 216 f., 278 ff.

³¹ In den Reformdiskussionen wurde im Sinne einer einschränkenden Fassung außerdem darauf hingewiesen, daß sich sonst der Kreis der von der Gewinnabschöpfung zu erfassenden Personen kaum noch übersehen ließe, ganz zu schweigen von den verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten, die sich aus der erforderlichen Anhörung jedes Drittbetroffenen ergeben würden: GÖHLER, Sonderausschuß, V/28, Sitzg. S. 544.

³² Gleiches gilt für die Entwürfe: § 103 III E 1962, § 83 II AE. Vgl. auch § 109 VII E 1962 bzw. § 83 IV AE zum Ausschluß der Gewinnabschöpfung gegenüber tatunbeteiligten Dritten, denen der Vorteil zur Zeit der Verfallentscheidung gehört.

³³ Über die Möglichkeit, statt dessen vom Täter Wertersatz zu verlangen, vgl. unten § 18.

C) Der gegenständliche Umfang

I. Die abzuschöpfenden Vermögensvorteile

1. Da die Gewinnabschöpfung vom Ausgleichs- und nicht vom Makelgedanken beherrscht wird, kann sie sich von vorneherein nur auf solche Vermögensvorteile erstrecken, von denen auf Grund allgemeiner Erfahrung anzunehmen ist, daß sie auf Kosten der Allgemeinheit oder anderer schutzwürdiger Rechtsgenossen gewonnen sind. Das ist regelmäßig nur bei Vermögensvorteilen der Fall, die aus oder mittels der rechtswidrigen Tat erlangt wurden, nicht dagegen bei Entgelten, die der Täter für die Begehung der Tat erhalten hat. Wohl dient auch der Anstifterlohn oder das Bestechungsgeld letztlich einem gemeinwohlwidrigen Zweck. Doch fehlt es hier, da der Geber selbst keinen Schutz verdient, an dem unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Vorteil auf der einen und dem reparationswürdigen Nachteil auf der anderen Seite, wie er für den echten Gewinnausgleich typisch ist.

Um daher jeder Verwässerung des Ausgleichsgedankens vorzubeugen, ist die quasi-konditionelle Gewinnabschöpfung auf *eigentliche Tatgewinne* zu beschränken, während die Tatentgelte über die strafweise Einziehung zu erfassen sind³⁴.

2. Das ist unproblematisch, soweit es um *unmittelbare* Gewinne geht, so etwa um erschlissene Steuervorteile, den Mehrerlös aus Überpreisen oder den Profit aus dem unlauteren Wettbewerb³⁵.

Fraglich ist dagegen, inwieweit auch sog. *mittelbare* Gewinne abgeschöpft werden können: so die Zinsen aus dem Gewinn, die Mieteinnahmen aus dem mit rechtswidrigen Steuerersparnissen gekauften Haus, der Erlös aus dem Verkauf des gestohlenen PKW, die Gewinne aus dem geschickten Wirtschaften mit dem gewonnenen Kapital, die Modernisierung des Betriebs mittels der unlauteren Gewinne und der dadurch erreichten Vergrößerung des Marktanteils und dergleichen mehr³⁶.

Kein Zweifel, all das ist „unrecht Gut“. Wollte man daher allein nach Mißbilligungs- oder Makelkriterien urteilen, wie dies auch in den gegenwärti-

³⁴ Vgl. dazu auch oben S. 82 ff., 127 f. und unten 335 ff. Natürlich kann die Abgrenzung von Gewinnen und Entgelten im Einzelfall schwierig sein (vgl. GÖHLER, Sonderausschuß, V/28, Sitzg. S. 542 f. und 53. Sitzg. S. 993 ff., 1001 f.); bei Abstellen auf das Ausgleichsbedürfnis erscheint sie jedoch nicht unlösbar (vgl. aber auch unten Anm. 56). Übrigens kommt auch der AE um eine Abgrenzung von Entgelt und Gewinn jedenfalls dort nicht herum, wo es um die Berücksichtigung etwaiger Gegenansprüche des Verletzten geht: vgl. § 83 I 2 AE mit Begr. S. 157. Dies gilt auch für die undifferenzierte Lösung des § 73 I StGB 1973.

³⁵ Weitere instruktive Beispiele bei R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 222.

³⁶ Vgl. R. SCHMITT, aaO, S. 222 ff., SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 243 ff., GÖHLER, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 993 f., 1001 f.

gen Diskussionen immer wieder durchklingt³⁷, so wären fraglos auch die mittelbaren Gewinne zu entziehen. Dies um so mehr, als oft gerade erst die Verwertung der Tatfrüchte die größten Gewinne bringt³⁸ und es dem Rechtsgefühl zu widerstreben scheint, daß der Täter sie unbehelligt sollte genießen dürfen.

Wie sich jedoch bei näherem Zusehen zeigt, dürfte eine radikale Abschöpfung jeglicher mittelbaren Tatvorteile kaum durchführbar sein. Schon in der Sache erscheint es verfehlt, hier allzu sehr die Emotionen sprechen zu lassen. Daß der Makelgedanke für sich allein keine tragfähige Einziehungsgrundlage bietet, wurde bereits an anderer Stelle dargetan³⁹. Auch bei der Gewinnabschöpfung kann sich der heutige säkulare Staat nur dadurch vor einem fragwürdigen Purismus bewahren, daß er ihren Zweck *nicht* so sehr in einer negativ ausgerichteten *Ausmerzung* der verbotenen Zweit- und Drittfrüchte sieht, als vielmehr in einem reparativ bestimmten *Unrechtsausgleich*. Es versteht sich, daß für einen derartigen Ausgleich auch bei mittelbaren Vorteilen nur insoweit Raum ist, als ihnen ein mittelbarer Nachteil gegenübersteht. Wo etwa der Täter auf Grund besonderer Tüchtigkeit aus seinem Gewinn weitere Früchte zieht, die vom Opfer möglicherweise nicht gezogen worden wären, so hätte es nichts mehr mit Ausgleich zu tun, wenn man sie dennoch voll entziehen wollte. Gleiches gilt für den Fall, daß sich faktisch nicht feststellen läßt, inwieweit etwa die Erträge aus einem Zweigwerk, das die Gesellschaft mit unzulässigen Steuervorteilen errichtet hat, als mittelbare Tatgewinne anzusehen und inwieweit sie der eigenen unternehmerischen Leistung oder der Mithilfe anderer⁴⁰ zu verdanken sind. Hier schlankweg alle Erträge, die ohne die unmittelbaren Steuergewinne nicht gemacht worden wären, abzuschöpfen, würde nicht nur ins Uferlose führen⁴¹, sondern allenfalls als eine über den Ausgleichsgedanken hinausgehende Ausmerzungssanktion zu verstehen sein.

Auch die *praktischen* Schwierigkeiten, die der konkreten Feststellung und Berechnung des unmittelbaren Gewinns oft entgegenstehen, wird man nicht unterschätzen dürfen⁴². Dies selbst dann nicht, wenn sich der Richter mit schätz-

³⁷ Vgl. etwa die Begr. des AE S. 157 sowie die Diskussionen des Sonderausschusses, V/53. Sitzg. S. 992 ff., V/54. Sitzg. S. 1021 ff.

³⁸ Vgl. KOFFKA, Niederschriften IV S. 567 f., LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 71, ROTBERG, in 100 Jahre DJT-Festschrift, Bd. II, S. 212, R. SCHMITT, aaO, S. 224, SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 245.

³⁹ Vgl. oben S. 125 ff.; treffend dazu auch OLG Hamburg JR 1957, 431.

⁴⁰ So etwa der Betriebsangehörigen. Überhaupt könnten diese bei Abschöpfung aller mittelbaren Gewinne eines Unternehmens und der daraus folgenden Gefährdung seines Bestandes besonders hart in Mitleidenschaft gezogen werden, und das als völlig Tatunbeteiligte (vgl. LANG-HINRICHSSEN, aaO, S. 73 f.).

⁴¹ So die berechtigte Sorge von GÖHLER, Sonderausschuß, V/53. Sitzg. S. 1002.

⁴² So waren es vor allem auch praktische Überlegungen, die den E 1962 von einer generellen Abschöpfung der mittelbaren Gewinne abhielten; vgl. Begr. S. 242; ferner GÖHLER, Sonderausschuß, V/53. Sitzg. S. 1013 f.

zungsweisen Feststellungen begnügen darf⁴³. Denn auch das enthebt ihn nicht der Aufgabe, über den unmittelbaren Gewinn hinaus etwaigen weiteren Tatfrüchten nachzuspüren und zumindest die Kriterien zu bestimmen, nach denen ihre Bewertung vorzunehmen ist⁴⁴.

Nun brauchen diese Einwände keineswegs dazu zu zwingen, auf die Entziehung mittelbarer Tatvorteile völlig zu verzichten. Was jedoch not tut, ist die Beschränkung auf solche Gewinne, die einigermaßen klar fixierbar sind und zudem noch innerhalb des Bereiches liegen, wie er durch das Prinzip des Vor- und Nachteilsausgleichs vorgezeichnet ist. Das soll heißen, daß prinzipiell nur solche mittelbaren Gewinne zu entziehen sind, die nach allgemeiner Erfahrung auch der Entreicherte erzielt hätte, wenn ihm der gewinnbringende Gegenstand nicht rechtswidrig entzogen worden wäre.

Um dies in praktikabler Weise feststellen zu können, sollte man sich mit einem *typisierenden Maßstab* begnügen. Danach wäre die Gewinnabschöpfung auf solche Vorteile zu beschränken, die mit dem betreffenden Gegenstand typischerweise zu erzielen sind: so die bankenüblichen Zinsen, die sachspezifischen Nutzungen (z. B. die marktgerechten Mieteinnahmen), der handelsübliche Erlös für die Veräußerung bzw. der Ersatz für den Verlust oder die Zerstörung des Gegenstandes usw. Diese typisierende Beschränkung der Gewinnabschöpfung hätte auch für den Richter den Vorzug, daß er nicht die im konkreten Einzelfall effektiv erzielten Zweit-, Dritt- und Mehrfrüchte zu ermitteln und zu bewerten hätte, sondern sich mit der *schätzungsweisen* Feststellung der mit einem Gegenstande typischerweise zu erwirtschaftenden Vorteile begnügen könnte⁴⁵.

Erfreulicherweise verfolgt auch der Gesetzgeber hier einen zurückhalten-

⁴³ So sowohl nach § 109 VI E 1962 wie auch nach § 85 AE und jetzt § 73 b StGB 1973.

⁴⁴ Um diesen praktischen Schwierigkeiten leichter Herr werden zu können, hat LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 76 ff., vorgeschlagen, die Gewinnabschöpfung einem mit besonderen Sachkennern ausgestatteten eigenen Gerichtskörper zu übertragen. Falls man die Abschöpfung aller mittelbaren Gewinne einführen wollte, wäre dies zur Entlastung des Strafrichters in der Tat wohl unumgänglich. Ob indes der erhoffte kriminalpolitische Ertrag diesen justizpolitischen Aufwand wirklich lohnen würde, muß bezweifelt werden. Vgl. auch R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 226 ff.

⁴⁵ Auch wäre im übrigen, soweit es einmal angesichts besonderer Umstände des Einzelfalles an jeglichen Beurteilungsmaßstäben fehlen würde, im Interesse der Prozeßökonomie eher auf die Entziehung des mittelbaren Gewinnes zu verzichten, als daß der Richter zu langwierigen und pedantischen Ermittlungen gezwungen sein sollte. Für einen typisierten „Zweitgewinnzuschlag“ ist selbstverständlich auch dann kein Raum, wenn mittelbare Vorteile tatsächlich nicht erzielt wurden.

⁴⁶ Weitergehend hingegen insbes. KOFFKA, Niederschriften IV S. 564 ff., LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 71 ff., ROTBERG, in 100 Jahre DJT-Festschrift, Bd. II S. 212, und wohl auch R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 119 ff.

fern hinaus, als die Abschöpfung nicht auf *typische* mittelbare Gewinne beschränkt wird. Immerhin wird aber sowohl im Verfallskatalog des E 1962⁴⁷ wie auch in der Ausgestaltung der Generalklausel des § 83 II AE („Nutzungen und sonstige Vermögensvorteile“) als Kann-Vorschrift das Bemühen um eine Beschränkung sichtbar. Das trifft auch auf die vermittelnde Lösung des § 73 II StGB 1973 zu, die hinsichtlich der Nutzungen i. e. S. der zwingenden Regelung des E 1962 folgt, im übrigen jedoch die Ermessensklausel des AE übernimmt⁴⁸. So kann wenigstens auf diesem Wege dem Ausgleichsgedanken Rechnung getragen werden.

II. Die Berücksichtigung von Gegenansprüchen

1. Aus dem Wesen des Ausgleichs ergibt sich, daß für eine reparative Gewinnabschöpfung dort kein Raum mehr sein kann, wo der ursprünglich erlangte Tatgewinn zum Ersatz der dadurch entstandenen Nachteile tatsächlich wieder *aufgebraucht* ist; so etwa, wo der durch den Betrug erzielte Vermögensvorteil dem Opfer wieder zurückgegeben wurde oder die hinterzogenen Steuern nachgezahlt sind⁴⁹. Hier kommt allenfalls noch eine Abschöpfung etwaiger mittelbarer Gewinne in Betracht⁵⁰.

Schwieriger sind dagegen die Fälle zu entscheiden, in denen dem Tatgewinn zwar ebenfalls entsprechende Ausgleichsansprüche gegenüberstehen, diese von den Berechtigten jedoch noch nicht geltend gemacht wurden. Soll auch hier eine Gewinnabschöpfung stattfinden können oder aber von vornherein ausgeschlossen sein? Hier gilt es, *drei Interessensphären* zu berücksichtigen:

⁴⁷ So vor allem Nutzungen, Ersatzgegenstände und die üblichen Zinsen: § 109 IV, V E 1962.

⁴⁸ Vgl. im einzelnen Sonderausschuß, V/53. Sitzung S. 1013 ff., 54. Sitzung S. 1022. Im übrigen bemerkt die Begr. des AE zu Recht, daß man den Gewinnverfall möglichst elastisch gestalten sollte, um der Wissenschaft und Praxis Gelegenheit zu geben, hier erst noch weitere Grundsätze herauszubilden (AE S. 157 zu § 83 III).

⁴⁹ Dabei kommt es naturgemäß entscheidend darauf an, daß die Gewinne zum Zwecke des Nachteilsausgleichs wieder herausgegeben wurden, wie auch immer dieser Ausgleich rechtstechnisch beschaffen sein mag: sei es als zivilrechtliche Restitution oder Kondition, oder auch als öffentlich-rechtlicher Schadensausgleich, Abgabennachentrichtung u. dgl. (einige interessante Beispiele dazu bei R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 222). Dagegen steht ein sonstiger Wegfall der Bereicherung (wie z. B. durch Verbrauch) einer Gewinnabschöpfung — u. U. in Form der Ersatz-einziehung — nicht entgegen; denn da es sich hier immer um rechtswidriges Verhalten handelt, besteht für eine Rücksichtnahme auf den Bereicherten, wie sie § 818 III BGB bietet, regelmäßig kein Anlaß (R. SCHMITT, aaO, S. 220). In Ausnahmefällen kann hier über die Härteklausel geholfen werden: vgl. Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 543 ff., 54. Sitzg. S. 1023 ff. sowie unten S. 354 f.

⁵⁰ Selbstverständlich unter Beachtung der zuvor (bei I 2c) aufgezeigten Grenzen.

Dem individuellen *Tatopfer* gegenüber wäre es nicht vertretbar, wenn ihm durch die Gewinnabschöpfung der Zugriff auf die Gewinne, die auf seine Kosten gemacht wurden, verschlossen und damit möglicherweise die einzige reale Ersatzchance genommen würde. Das würde schon dem Wiedergutmachtungsgedanken widersprechen, dem nicht zuletzt auch das Strafrecht zu dienen hat⁵¹. — Deshalb ist sicherzustellen, daß etwaige Ausgleichsansprüche durch die Gewinnabschöpfung in ihrer Realisierbarkeit nicht beeinträchtigt werden.

Umgekehrt darf dem *Täter* gegenüber die Gewinnabschöpfung nicht dazu führen, daß er im Endergebnis praktisch doppelt zu zahlen hat: zum einen durch Herausgabe des Gewinnes an den Staat, zum anderen durch Erfüllung etwaiger Ausgleichsansprüche⁵². — Deshalb müssen beide Sanktionen in der Weise miteinander koordiniert werden, daß der Täter den Gewinn bzw. den ihm entsprechenden Wert nur einmal abzugeben hat.

Der *Staat* schließlich hat ein legitimes Interesse daran, daß dem Täter die rechtswidrigen Gewinne auf keinen Fall verbleiben. Dies weniger wegen eines ihnen vielleicht anhaftenden Makels, sondern vornehmlich deshalb, weil hier der Staat als Repräsentant der Allgemeinheit das öffentliche Ausgleichsinteresse zu vertreten und durchzusetzen hat. Denn dem Strafrecht geht es ja nicht nur um den Schutz des konkret Betroffenen, sondern immer zugleich auch um Bewahrung und Gewährleistung der Rechtsgüter, um derentwillen die mißachtete Norm erlassen wurde. Deshalb muß im Interesse des Gemeinwohls der Staat die Gewinnabschöpfung auch dann durchführen können, wenn das etwaige Tatopfer von seinen Ersatzmöglichkeiten nichts weiß oder an einem privatrechtlichen Ausgleich nicht interessiert ist. Das kann vor allem dort von Bedeutung werden, wo der Gewinn einer Tat auf Kosten einer nur schwer bestimmbar Zahl von Personen geht und deren etwaige Ersatzansprüche nur schwer festzustellen und zu realisieren sind: so etwa bei Preisverstößen, bei Verletzung gesundheits- und lebensrechtlicher Vorschriften, oder auch bei unlauterem Wettbewerb, soweit dieser zu Lasten der Kundschaft geht⁵³. — Deshalb wäre es verfehlt, die Gewinnabschöpfung generell schon allein im Hinblick auf die Existenz etwaiger privater Ersatzansprüche ausschließen zu wollen.

2. Das Kardinalproblem der Gewinnabschöpfung besteht nun darin, eine Regelung zu finden, die diesen verschiedenen Standpunkten in möglichst gleichem Maße gerecht wird. Um diese praktische Frage kreist auch heute im wesentlichen noch die Diskussion⁵⁴. Eine allseits befriedigende Antwort

⁵¹ Vgl. näher oben S. 88, 116 ff.

⁵² Vgl. BayObLGSt 1957, 150/1 zu § 8 I 1 WiStG 1954.

⁵³ Über die sehr unterschiedlichen Gründe dafür, daß ein begründeter Ersatzanspruch u. U. nicht durchgesetzt wird, vgl. im übrigen auch R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 233 und GÖHLER, Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 544. Vgl. ferner SEILER, Strafrechtliche Maßnahmen S. 253 ff.

⁵⁴ Vgl. zuletzt wieder die langwierigen Beratungen des Sonderausschusses, V/28. Sitzg. S. 542 ff., V/53. Sitzg. S. 993 ff., V/54. Sitzg. S. 1007 ff.

ist bislang noch nicht gefunden, läßt sich vielleicht auch gar nicht finden, da es immer darauf ankommen wird, wie man die Akzente setzt. Und das ist eine Wertungsfrage.

Sieht man von allen Randfragen einmal ab, so scheinen sich im wesentlichen folgende Lösungswege anzubieten:

a) Auf dem einen Extrem steht die *unbeschränkte und unbedingte Abschöpfung* des Tatgewinns, jedoch mit der Möglichkeit, ihn zur Befriedigung etwaiger Ersatzansprüche zu verwenden. Dieser Weg wird namentlich vom neuen dänischen Konfiskationsrecht beschritten⁵⁵.

Hier dürfte der Schwerpunkt zu einseitig auf dem Abschöpfungsinteresse des Staates liegen⁵⁶. Zwar ist auch an das Tatopfer gedacht, indem ihm aus dem eingezogenen Gewinn Ersatz geleistet werden kann, wobei allerdings offen bleibt, inwieweit darauf ein durchsetzbarer Anspruch gegen den Fiskus begründet werden kann⁵⁷. Der Abschöpfungsbetroffene hingegen muß gewärtig sein, daß er auch vom Verletzten noch in Anspruch genommen wird ohne ihn auf den Fiskus verweisen zu können⁵⁸.

⁵⁵ §§ 75 I, 77 I dänStGB i. d. F. von 1965 (Übersetzung von MARCUS, in ZStW 78, 551 ff.). Eine ähnliche Regelung sieht auch Art. 60 schweizStGB bei Verfall von Entgelten vor; vgl. dazu im einzelnen HAFER, AT (2. Aufl.) S. 241 f., SCHWANDER, Schweiz. StGB S. 280 f.; krit. dazu GÜDE und GÖHLER, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1007 bzw. 1008.

⁵⁶ Gleiches gilt übrigens auch für die zivilrechtliche Praxis beim Entgeltverfall, wenn bei Kollision zwischen dem Verfallanspruch des Staates und etwaigen Ersatzansprüchen des durch die Bestechung Betroffenen grundsätzlich den Interessen des Staates der Vorrang eingeräumt wird (vgl. u. a. RGZ 146, 194/206 ff., BGHZ 39, 1 ff., m. krit. Anm. DILCHER, JZ 1963, 510). Freilich liegt beim Entgeltverfall die Problematik insofern etwas anders, als das Entgelt nicht direkt aus dem Vermögen des Opfers stammt, sondern allenfalls in unmittelbarer Beziehung zu dem Nachteil steht, der dem Opfer durch die Tat zugefügt wird, genau genommen also das Verfallsobjekt keineswegs identisch ist mit dem zu restituierenden Schaden (vgl. DILCHER, aaO). Trotzdem wäre auch hier im Interesse des Tatgeschädigten durchaus denkbar, den Umfang des Entgeltverfalls auf den Betrag zu beschränken, der dem Täter nach Zahlung der Ersatzansprüche noch als „Gewinn“ verbleibt. Allerdings wäre dies ein Gedanke, der sich allein aus Härteerwägungen, nicht dagegen aus den der echten Gewinnabschöpfung zugrunde liegenden Ausgleichsprinzipien ergibt.

⁵⁷ Wie H. H. BRYDENSHOLT, Referent im dänischen Justizministerium, dem Verfasser erläutert hat, ist dem Tatopfer zwar kein Herausforderungsanspruch gegen den Staat eingeräumt, jedoch wird die zuständige Behörde nach den Regeln pflichtgemäßen Verwaltungshandelns gehalten sein, nachweisbare Ausgleichsansprüche des Tatopfers aus den konfiszierten Gewinnen zu befriedigen. Völlig offen ist jedoch, was geschehen soll, wenn von mehreren Personen konkurrierende Ausgleichsansprüche geltend gemacht werden. Vgl. zum Ganzen auch MARCUS, ZStW 78, 553, wonach der Einziehungsanspruch des Staates grundsätzlich den Schadensansprüchen des Verletzten im Range vorgehen soll. — Für das schweizerische Recht hingegen wird dem Tatopfer ein Ausgleichsanspruch gegen den Fiskus eingeräumt: vgl. HAEMMERLI, S. 57 m. weit. Nachw.; abw. SCHWANDER, Schweiz. StGB, S. 281, der dem Richter freies Ermessen zugesteht.

⁵⁸ Immerhin soll aber Doppelleistungen des Täters dadurch vorgebeugt werden,

b) Diesem Bedenken wäre durch eine Lösung abgeholfen, wie sie insbesondere von R. SCHMITT⁵⁹ vorgeschlagen wurde und auch im Sonderausschuß erneut zur Debatte stand⁶⁰: nämlich durch Abschöpfung aller Tatgewinne ohne Rücksicht auf etwaige Ausgleichsansprüche⁶¹, verbunden mit dem Recht des Abschöpfungsbetroffenen, den Verletzten mit seinen Forderungen bis zur Höhe des entzogenen Gewinns an den Fiskus zu verweisen. Praktisch bedeutet das eine *unbeschränkte und unbedingte Gewinnabschöpfung mit gleichzeitigem Übergang etwaiger Ausgleichspflichten auf den Fiskus*⁶².

Neben dem Schutz des Täters vor Doppelleistungen hätte dieser Weg zweifellos auch für das Tatopfer den Vorzug, daß es sich nicht mehr mit einem zahlungsunwilligen oder vielleicht sogar schon zahlungsunfähigen Schuldner herumschlagen müßte, sondern direkt gegen den Fiskus vorgehen könnte. Indes wurde gerade hiergegen zu bedenken gegeben, daß dadurch der Staat zum Ausgleichsabwickler würde, ja in die Rolle des „Geldverteilers“ gedrängt wäre⁶³. Die könnte vor allem dort zu großen Schwierigkeiten führen, wo eine größere Zahl von Ausgleichsberechtigten auf den abgeschöpften Gewinn zugreifen will, dieser jedoch zur Befriedigung aller nicht ausreicht⁶⁴.

c) Um den Staat aus derartigen Auseinandersetzungen herauszuhalten, will daher der E 1962 — und ihm folgend der AE — von vorneherein auf jegliche Abschöpfung verzichten, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung den Gewinn beseitigen oder mindern würde (*materiell-rechtliche Lösung*)⁶⁵.

daß in Höhe des von ihm geleisteten Ersatzes der Abschöpfungsbetrag entsprechend herunterzusetzen ist (vgl. § 77 III dänStGB). War die Abschöpfung bereits vollzogen, so wird dem Täter ein entsprechender Rückforderungsanspruch gegen den Fiskus zuzubilligen sein. Im übrigen bleibt zu beachten, daß nach dänischem Prozeßrecht zivilrechtliche Ersatzansprüche in weitaus stärkerem Maße bereits im Strafverfahren miterledigt werden und damit ein etwaiger Gewinnverfall schon gar nicht mehr zum Zuge kommt.

⁵⁹ R. SCHMITT, Strafrechtliche Maßnahmen S. 224 f. Vgl. auch LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 74 Anm. 89.

⁶⁰ Vgl. Sonderausschuß, V/28, Sitzg. S. 542 ff., V/53, Sitzg. S. 994 ff., S. 1007 ff., V/54, Sitzg. S. 1021 f.

⁶¹ Jedoch sollte nach R. SCHMITT, aaO, S. 224 eine Ausnahme für öffentlich-rechtliche Ausgleichsansprüche gelten; insoweit sollte die Gewinnabschöpfung hinter dem anderen öffentlichen Ausgleichsverfahren zurücktreten.

⁶² Eine ähnliche Lösung gibt es derzeit bereits für die Mehrerlösabführung nach § 8 WiStG 1954. Auch diese kann ohne Rücksicht auf etwaige Ausgleichsansprüche des Geschädigten durchgeführt werden, es sei denn, dieser beantragt nach § 9 I ausdrücklich die Rückforderung an sich (vgl. im einzelnen EBISCH, WiStG, § 9 Rdnr. 2 ff.). Wird erst nach Abführung des Mehrerlöses an den Staat der Rückforderungsanspruch des Geschädigten rechtskräftig festgestellt, so kann dieser seine Befriedigung aus dem bereits abgeführten Mehrerlös verlangen (§ 9 II); auch hierzu Näheres bei EBISCH, aaO, Rdnr. 6 ff.

⁶³ DREHER, Sonderausschuß, V/53, Sitzg. S. 1008.

⁶⁴ Diese praktischen Schwierigkeiten kamen vor allem im Sonderausschuß sehr eingehend zur Sprache: vgl. die Nachw. oben Anm. 60.

⁶⁵ § 109 II E 1962 mit Begr. S. 241, § 83 I 2 AE mit Begr. S. 157.

Doch auch dieses Extrem kann kaum befriedigen. Nicht nur, daß hier das allgemeine Ausgleichsinteresse völlig hintangestellt wird, indem auch dort auf eine Abschöpfung verzichtet wird, wo vielleicht sogar feststeht, daß die privaten Ersatzansprüche nicht geltend gemacht werden und damit der ganze Tatgewinn dem Täter verbleibt. Auch was die Interessen des Tatopfers anlangt, fragt es sich, ob nicht zumindest der Versuch zu machen wäre, diesem die Wiedergutmachung zu erleichtern. Hier dürfte daher der Ausgleichsgedanke einem übersteigerten Streben nach Prozeßökonomie zum Opfer gefallen sein⁹⁶.

d) Nicht zuletzt mit Rücksicht auf die Interessen des Verletzten hat deshalb der Sonderausschuß einen *prozessualen Mittelweg* vorgeschlagen. Zwar will er in materieller Hinsicht mit dem E 1962 vom Verfall des Gewinnes absehen, soweit dieser durch etwaige Ausgleichsansprüche gemindert oder beseitigt würde (§ 73 I 2 StGB 1973). Doch soll durch eine prozessuale Zusatzregelung dafür gesorgt werden, daß die Gewinne einstweilen beschlagnahmt und dem Tatopfer zur Befriedigung seiner Ansprüche zur Verfügung gestellt werden. Soweit davon innerhalb einer bestimmten Frist kein Gebrauch gemacht wird, sollen die verbliebenen Gewinne auf den Staat übergehen⁹⁷.

Gewiß wird damit sowohl dem individuellen wie auch dem allgemeinen Ausgleichsinteresse auf bessere Weise Genüge getan; denn wenn auch der konkret Verletzte Vorrang genießt, so ist doch sichergestellt, daß dem Täter auf keinen Fall die Gewinne verbleiben. Indes ist wenig befriedigend, daß dies durch eine prozessuale Hintertür und durch einen verkappten Nachtragsverfall geschieht⁹⁸.

e) Deshalb ist zu versuchen, das gleiche Ziel auf anderem Wege zu erreichen. Dafür käme der *bedingte Gewinnverfall* in Betracht. Danach hat der Tatrichter umfangmäßig unbeschränkt den Verfall aller rechtswidrigen Tatgewinne auszusprechen, jedoch unter dem Vorbehalt, daß sie erst dann und nur insoweit auf den Fiskus übergehen, als sie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht durch die Befriedigung etwaiger Ausgleichsansprüche wieder aufgezehrt sind. Zur Absicherung dieser „Anwartschaft“ des Fiskus wie auch zur Erleichterung der Wiedergutmachung sind die Gewinne einstweilen sicherzustellen. Der Abschöpfungsbetroffene hingegen muß nach wie vor das Recht

⁹⁶ Vgl. auch die Kritik von LANG-HINRICHSSEN, in H. MAYER-Festschrift S. 74 Anm. 89.

⁹⁷ Sonderausschuß, V/54. Sitzg. S. 1021 f. Eine derartige Ersatzregelung war auch schon in der Begr. des E 1962 S. 241 angeregt worden, jedoch beschränkt auf die Sicherstellung zur Schadloshaltung des Tatopfers, also ohne nachherigen Verfall des Gewinnrestes an den Staat. Ein Beispiel für einen nachträglichen Verfall bietet auch § 434 RAO.

⁹⁸ Denn irgendwann und irgendwie muß dann ja doch einmal der endgültige Verfall ausgesprochen werden; und dies, obgleich die materielle Verfallsregelung nach wie vor den Anschein erweckt, als gäbe es bei etwaigen Ausgleichsansprüchen keinen Gewinnverfall.

haben, etwaige Ausgleichsansprüche, soweit sie erweisbar sind, aus den vom Staat sichergestellten Gegenständen zu befriedigen⁹⁹.

Damit erscheint jede der durch die Abschöpfung berührten Interessensphären einigermaßen gebührend berücksichtigt. Der Abschöpfungsbetroffene hätte es selbst in der Hand, sich vor einer doppelten Heranziehung zu schützen. Dem Ausgleichsberechtigten hingegen wäre durch Sicherstellung der Gewinne die Wiedergutmachung erleichtert. Und dem Staat schließlich bliebe der letzte Zugriff, ohne daß er sich zuvor selbst in die Ausgleichsentwicklung einschalten müßte und ohne daß es nachher für den endgültigen Übergang der verbliebenen Gewinne auf ihn noch eines besonderen Verfallauspruches bedürfte.

Gewiß ließe sich auch hieran noch manches aussetzen. Doch bei einem so jungen Institut wie dem der Gewinnabschöpfung kann es nicht verwundern, daß jede Lösung, um vollkommen zu sein, erst noch der praktischen Erprobung bedarf.

⁹⁹ Die dafür vorzusehende Frist muß sich nicht unbedingt mit den Verjährungsfristen der in Frage kommenden Ausgleichsansprüche decken; denn diese würden durch den Gewinnverfall ja auf keinen Fall in ihrer Existenz berührt, nur könnten sie nach dem endgültigen Verfallseintritt, d. h. nach Ablauf der Vorbehaltsfrist, nicht mehr aus dem abgeschöpften Gewinn befriedigt werden. Allerdings wäre im Interesse der Ausgleichsberechtigten von Amts wegen dafür zu sorgen, daß diese von der aufschiebend bedingten Verfallsanordnung Kenntnis erhalten und damit noch rechtzeitig die Erfüllung ihrer Ansprüche betreiben können.

5. KAPITEL

OBJEKTBEZOGENE KATEGORIEN DER EIGENTUMSSANKTIONEN

Eine der Besonderheiten der Eigentumssanktionen besteht darin, daß sie sich nicht direkt gegen die Person richten, sondern sich durch Einwirkung auf bestimmte Gegenstände verwirklichen. Damit stellt sich jedenfalls dort, wo es nach Abschaffung der allgemeinen Vermögenskonfiskation nur noch die Einzeleinziehung gibt, zwangsläufig die Frage, wie weit nun eigentlich der Kreis der Gegenstände zu ziehen ist, die in diesen Sanktionsbereich einbezogen werden können.

Diese Frage konnte in den vorangegangenen Erörterungen, die sich vornehmlich mit den person- und zweckbezogenen Voraussetzungen der Eigentumssanktionen beschäftigten, immer nur am Rande berührt werden. Da ihr jedoch für die gegenständliche Umgrenzung dieser Sanktionsarten grundlegende Bedeutung zukommt, ist sie noch von zwei Seiten her zu beleuchten: zum einen mit Blick auf den für die Einziehung maßgeblichen Gegenstands- und Eigentumsbegriff (§ 16); zum anderen im Hinblick auf die verschiedenen Typen einziehbarer Gegenstände (§ 17), wobei in einem besonderen Abschnitt auf die Problematik der Ersatzeinziehung einzugehen ist (§ 18).

§ 16 DER MASSGEBLICHE GEGENSTANDS- UND EIGENTUMSBEGRIFF

A) Zum einziehungsrechtlichen Begriff des „Gegenstandes“

I. Die Sachnatur der Einziehungsobjekte

Mit den verfeinerten Methoden der modernen Kriminalität, die nicht mehr nur mit Brecheisen und barem Geld arbeitet, sondern auch die Hilfsmittel und Transferierwege des technisierten Rechts- und Wirtschaftsverkehrs zu nutzen weiß, ist auch der einziehungsrechtliche Gegenstandsbegriff zum Problem geworden. Damit ist die für die Natur der Einziehungsobjekte grundlegende Frage berührt, ob die Eigentumssanktionen auf „Sachen“ i. S. körperlicher Gegenstände zu beschränken sind oder sich auf sonstige vermögenswerte Rechte, wie z. B. Bankguthaben, Eigentumsanteile, Anwartschaften und dergleichen, erstrecken können. Die Meinungen darüber sind auch heute noch geteilt.

Unter der Herrschaft des alten § 40 StGB ist man bis zuletzt von einem engen körperlichen Verständnis des Gegenstandsbegriffes ausgegangen¹ und hat demgemäß die Einziehung auf bewegliche Sachen und Grundstücke beschränkt². Auch bei anderen Einziehungsvorschriften des StGB, so insbesondere bei dem praktisch höchst bedeutsamen § 86 a. F., glaubte man, nicht anders verfahren zu können³, ja selbst die Einziehung in Ordnungswidrigkeiten- und Nebenstrafrecht hat man auf den körperlichen Gegenstandsbegriff festzulegen versucht⁴.

¹ So u. a. bereits BINDING, Grundriß (7. Aufl. 1907) S. 259, OPPENHOFF, § 40 Anm. 6, OLSHAUSEN, 6. Aufl. § 40 Anm. 6; sowie aus neuerer Zeit insbes. FRANK, § 40 Anm. II 2, v. LISZY-SCHMIDT, Lehrbuch, 26. Aufl. S. 411, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3, KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. II, LACKNER-MAASSEN, § 40 Anm. 3b, SCHÄFER, in DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, § 40 Anm. 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 25, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 40 Anm. 2; STREE, Deliktsfolgen S. 119; aus der Rspr. vgl. insbes. RGSt 52, 201; BGHSt 2, 337/8; 8, 205/214; 9, 184/5. — Allerdings wurde auch immer wieder die Gegenmeinung vertreten: so etwa von HEINZE, in HOLTZENDORFFS Handbuch des Strafrechts, II S. 14, RUBO, § 40 Anm. 6; später von STÄHLIN, DJ 1939, 915, HAPPE, RpfL 1951, 497 und bis zur 5. Aufl. auch von SCHÖNKE, § 40 Anm. III 1; vgl. ferner OLG Köln NJW 1951, 612/3 und MAURACH, JZ 1964, 529 ff.

² Z. B. auf das Residium eines verbotenen Geheimbundes oder das Clubhaus einer Spielergesellschaft (JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3). Konsequenz *abgelehnt*, weil nicht körperlich, wurde dagegen die Einziehung von Bankeinlagen (RGSt 52, 201), von auf dem Einziehungsobjekt ruhenden Pfandrechten oder Hypotheken (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 25) oder von Miteigentumsanteilen (so u. a. BGHSt 2, 337 m. zust. Anm. KRUMME, LM Nr. 1 zu § 40 StGB, BGH vom 7. 6. 1951 bei DALLINGER, MDR 1951, 657, BayObLGSt 1961, 277/9, OLG Hamburg NJW 1953, 675, OLG Hamm NJW 1967, 1432, LG Krefeld DAR, 1966, 192; aus der Lit. insbes. JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3, KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. II, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 26 und wohl auch MAURACH, AT S. 702). — Für die Einziehbarkeit von Miteigentumsanteilen dagegen bereits bei § 40 StGB a. F. OLG Köln NJW 1951, 612/3, FRANK, § 40 Anm. II 2b, HARTUNG, JZ 1952, 488 und Steuerstrafrecht, § 414 Anm. IV 2c, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 18 OWiG Anm. I 1, REINICKE, NJW 1952, 1155, ROTBERG, OWiG, § 18 Rdnr. 3, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 2. Seit der Neufassung des § 40 StGB durch das EGOWiG kann an der prinzipiellen Richtigkeit dieser Auffassung kein Zweifel mehr sein; vgl. unten Anm. 9.

³ Zur Begründung dafür hat man sich teils auf den allgemeinen Sprachgebrauch und das sonstige physische Verständnis des Gegenstandsbegriffes im Strafrecht berufen (so etwa OLSHAUSEN, 6. Aufl. § 40 Anm. 6), teils wurde aus dem „gehören“ auf eigentumsfähige körperliche Sachen geschlossen (so FRANK, § 40 Anm. II 2, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 40 Anm. 2). Zudem dürfte auch schon der historische Gesetzgeber von physischen Sachvorstellungen ausgegangen sein (näher MAURACH, JZ 1964, 533).

⁴ Vgl. u. a. BGHSt 19, 158 ff., JAGUSCH, LK, § 86 Anm. 4, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 86 Rdnr. 6, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 86 Anm. 2 d. Vgl. ferner RGSt 57, 127 zu § 284 b StGB a. F. (Ablehnung der Einziehung von Spielgewinnen, die auf einer Geschäftsbank gutgeschrieben waren).

⁵ EBISCH, WiStG, § 7 Rdnr. 4, GERNER-WINCKLER, WiStG, § 7 Anm. 4, ROTBERG, OWiG, § 18 Rdnr. 3. Dagegen kann RGSt 67, 341 nicht hierher gerechnet

Diese Meinung konnte jedoch nicht unangefochten bleiben. Denn gerade im Bereich des Nebenstrafrechts liegt die Tatverstrickung unkörperlicher Rechte (z. B. bei Devisenvergehen, Preisüberwachungsverstößen u. dgl.) besonders nahe. Deshalb hat man hier in steigendem Maße auch unkörperliche Gegenstände, wie Rechte und Forderungen, als einziehungsfähig anerkannt⁶.

Diesen Vorstellungen konnten sich auch die Reformarbeiten nicht verschließen. Mit Ausnahme des AE, der auch weiterhin am engen Sachbegriff festhalten will⁷, werden daher schon seit dem E 1927 auch nichtkörperliche Vermögenswerte ganz allgemein in den Kreis der Einziehungsobjekte miteinbezogen⁸. Diesen Standpunkt hat sich jetzt auch das EGOWiG zu eigen gemacht⁹.

Ganz abgesehen von der Frage, ob nicht bereits der Gegenstandsbegriff des StGB a. F. einer derartigen Auslegung zugänglich gewesen wäre¹⁰, dürfte

werden, da es dort im Grunde nur um die Frage ging, inwieweit die Provisionsforderung Mittel oder Gegenstand des Devisenvergehens war.

⁶ So BGHSt 9, 184 ff., m. Anm. KOHLHAAS, LM Nr. 1 zu § 17 OWiG, OLG Neustadt DDevR 1953, 156, DROST-ERBS, WiStG, § 39 Anm. 1, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 18 OWiG Anm. I 1, § 39 AWG Anm. 1, LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 12, RAHN-GRIMSINSKI, WiStG, § 39 Anm. 2, SIEG-FAHNING-KÖLLING, AWG, § 39 Anm. III 1; insoweit zust. auch KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. II und ROTBERG, OWiG, § 18 Rdnr. 3 zu § 39 AWG. Weit. Nachw. bei MAURACH, JZ 1964, 531 Anm. 9.

⁷ AE § 88 I. Wenn dies mit der Beschränkung des AE auf die *sicherungsweise* Einziehung begründet wird (AE S. 161), so ist dies weder zwingend noch verständlich, nachdem man gerade bei der präventiven Einziehung nach § 86 StGB a. F. mit dem engen Sachbegriff besonders schlechte Erfahrungen gemacht hat (vgl. BGHSt 19, 158 ff. und weiteren Text).

⁸ Vgl. § 52 E 1927, der von „Sachen und anderen Vermögenswerten“ spricht. Seitdem sind letztere aus den Reformvorschlägen nicht mehr verschwunden. Einzelheiten dazu bei MAURACH, JZ 1964, 534.

⁹ Allerdings ist gesetzestechnisch zu bedauern, daß diese Erfassung von Sachen und Rechten nicht bereits in der Grundnorm des § 40 I StGB bzw. des § 18 I OWiG klar ausgesprochen ist, sondern erst den ergänzenden Regeln (insbes. §§ 40 a Nr. 1, 41 a I StGB bzw. §§ 19 Nr. 1, 22 I OWiG) zu entnehmen ist. Im Ergebnis steht jedoch der *weite* Gegenstandsbegriff, der auch nichtkörperliche Rechte umfaßt, jetzt außer Frage, so daß insbesondere auch Miteigentumsanteile, soweit sie selbst in die Tat verstrickt sind (vgl. unten Anm. 16), eingezogen werden können; vgl. näher SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 6, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 3, GÖHLER, OWiG, § 18 Anm. 2.

¹⁰ Bezüglich des § 86 StGB a. F. hatte das bereits MAURACH, JZ 1964, S. 535 ff., überzeugend dargetan. Selbst bei § 40 StGB a. F. hätte sich das begründen lassen; denn wenn hier der Gesetzgeber von engeren Vorstellungen ausgegangen ist (vgl. oben Anm. 3), so schwerlich deshalb, weil er die Einziehung bewußt auf das Körperlichkeitsprinzip festlegen wollte, sondern wohl einfach deshalb, weil er, da noch ganz befangen in der Zurückdrängung der allgemeinen Vermögenskonfiskation (vgl. oben S. 20 ff.), über die gegenständliche Fixierung der Einzeleinziehung überhaupt noch keine weiteren Überlegungen angestellt hat und dazu angesichts der handfesteren Methoden der damaligen Kriminalität auch noch keine Veranlassung hatte.

jedenfalls auf Grund der heutigen kriminalpolitischen Bedürfnisse eine derartige Ausweitung des gegenständlichen Einziehungsbereichs nicht mehr länger zu umgehen sein. Wie sich etwa auf dem Gebiet des Devisenstrafrechts gezeigt hat, wäre hier der Sinn der Einziehung meist illusorisch, wenn nicht auch die aus den gesetzwidrigen Geschäften stammenden Forderungen eingezogen werden könnten¹¹. Auch im Bereich des Staatsschutzes hat sich gezeigt, daß das eigentlich gefährliche Werkzeug oft gar nicht in einer physisch greifbaren Sache, sondern in einem nur rechtlich faßbaren Gegenstand besteht. Dem, was etwa MAURACH zur Gefährlichkeit von Bankguthaben bei der Organisierung und Durchführung staatsgefährdender Unternehmen ausgeführt hat, ist insoweit nichts mehr hinzuzufügen: Gerade das Giralgeld ist wegen seiner leichten Transferierbarkeit ein gefährlicheres Kampfmittel „als das Bündel Hundertmarkscheine in der Brieftasche des umherreisenden Funktionärs“¹². Hier wie auch in anderen Fällen spricht daher alles dafür, den ohnehin vieldeutigen Begriff des Gegenstandes¹³ so weit zu fassen, daß die Einziehung ihre Gegenwartsaufgaben am wirkungsvollsten erfüllen kann.

Daß dadurch das Einziehungsrecht ungebührlich ausgedehnt würde, ist kaum zu befürchten; denn selbstverständlich kann die gegenständliche Einziehungsbasis nur dort erweitert werden, wo dies die *Natur der betroffenen Objekte* überhaupt zuläßt. Wo es etwa um die Einziehung verdorbener Gegenstände geht, kann das gar nicht anders als im physischen Sinne gemeint sein¹⁴. Zudem wird es in jedem Falle darauf ankommen, daß der *nichtkörperliche Gegenstand als solcher* in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise in die Tat *verstrickt* war. Weder genügt es, daß er ein Surrogat des eigentlichen Einziehungsobjekts ist; denn sonst würden die eingeschränkten Voraussetzungen der Ersatzeinziehung¹⁵ völlig aus den Angeln gehoben. Noch würde ein nichtkörperlicher Gegenstand schon allein deshalb eingezogen werden können, weil er mit einem körperlichen Einziehungsobjekt in Zusammenhang stand; so z. B. das auf dem Tatwerkzeug ruhende Pfandrecht. Vielmehr muß gerade für den betroffenen Gegenstand (hier: das Pfandrecht) ein Einziehungsgrund gegeben sein, so etwa, weil er als Mittel einer Anstiftung diente¹⁶.

¹¹ OLG Neustadt DDevR 1953, 156, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 18 OWiG Anm. I 1.

¹² MAURACH, JZ 1964, 535 f. mit weiterem Material. Vgl. ferner WAGNER, MDR 1964, 799.

¹³ Auch dazu reiches Material bei MAURACH, JZ 1964, 531 f.; vgl. ferner BGHSt 5, 263/6; 19, 158/9.

¹⁴ So z. B. in § 13 LebMG, § 13 FarbenG, § 49 AtomG oder auch in §§ 152, 295 StGB. Dies gilt praktisch überall dort, wo die Arten der einziehbaren Gegenstände in der betreffenden Einziehungsvorschrift näher bezeichnet sind.

¹⁵ Dazu im einzelnen unten § 18.

¹⁶ Vgl. dazu auch die oben in Anm. 4 und 5 angeführten Entscheidungen von RGSt 57, 127 und 67, 341. — Die hiernach erforderliche Tatverstrickung des Rechtes selbst wird man aber überall dort bejahen können, wo es um die Einziehung von

Nimmt man diese Kriterien ernst, so besteht keine Gefahr, daß durch Er Streckung auf unkörperliche Gegenstände der Bereich der Einziehung über das Maß des Erträglichen ausgeweitet würde.

II. Identitätsfragen

Wie zuvor angedeutet, ist die Eigentumsanktion streng auf die tatverstrickte Sache oder Rechte zu beschränken. Liefße sich dieses Identitäts-Erfordernis nicht bereits aus den einschlägigen Vorschriften entnehmen¹⁷, so ergäbe es sich doch zwingend aus dem Mißbrauchs- und Verwirklichungsprinzip¹⁸.

Außer den noch gesondert zu betrachtenden Fällen, in denen an die Stelle des ursprünglichen Einziehungsobjekts ein Ersatzgegenstand getreten ist (unten § 18), wird die Identitätsfrage vor allem bei Auswechslung vertretbarer Sachen, bei vermischten und verarbeiteten Gegenständen und Zubehör praktisch.

1. Die *Auswechslung des Tatobjektes* gegen einen anderen Gegenstand (z. B. durch Tausch oder Veräußerung gegen Geld) ist im Prinzip der Schulfall mangelnder Identität. Wurde etwa das Schmuggelfahrzeug gegen einen anderen PKW eingetauscht, so wäre es ein Verstoß gegen das Mißbrauchserfordernis, das tatunbeteiligte Fahrzeug als Ausgleich für das eigentliche Tatfahrzeug einziehen zu wollen.

Dieses strenge Identitätsprinzip hat jedoch dort eine Grenze, wo der fragliche Gegenstand lediglich als Träger eines bestimmten Wertes fungiert und

Miteigentumsanteilen des Täters an seinem Tatwerkzeug geht; denn das Miteigentumsrecht und die Sache stehen in einer so engen inneren Einheit, daß bei Mißbrauch der Sache der Täter zugleich auch sein Miteigentumsrecht mißbraucht. Deshalb ist der generellen Einziehbarkeit von Miteigentumsanteilen des Täters im Prinzip zuzustimmen (vgl. dazu die Nachw. oben in Anm. 2). Eine ganz andere Frage ist, ob vom Zweck der Sanktion her die Einziehung eines Anteils immer sinnvoll sein wird (vgl. dazu die Bedenken von BayObLGSt 1961, 277/9 f., aber auch SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 3). Denkbar wäre dies aus Sicherheitsgründen etwa dort, wo auf diese Weise der Anteil einem zuverlässigeren Miteigentümer übertragen werden könnte. — Dagegen ist die Einziehung (und zwar auch die ideelle Teileinziehung) von Gegenständen, die im *Gesamthandseigentum* mehrerer stehen (Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Personalgesellschaft) grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, die Einziehungsvoraussetzungen sind gegenüber allen zur gesamten Hand Berechtigten gegeben: RG JW 1933, 174, RGSt 74, 326/333, BGHSt 2, 328 m. Anm. HARTUNG, JZ 1952, 487 (aber bedenklich, soweit dem Mitgesellschafter Risikohaftung aufgeladen wird), OLG Hamm NJW 1967, 1432, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 23, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 3. Dies vor allem deshalb, weil dem einzelnen Gesamthandsberechtigten kein Verfügungsrecht über seinen Anteil an den Einzelgegenständen zusteht (BAUR, Sachenrecht, S. 16, WESTERMANN, Sachenrecht, S. 125 f., WOLFF-RAISER, Sachenrecht, S. 353 f.).

¹⁷ Vgl. statt aller JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 14.
¹⁸ Dazu oben S. 187 f.

daher hinsichtlich seiner körperlichen Identität völlig uninteressant ist. Das gilt vor allem für Geld und ähnlich *fungible Werte*, wie z. B. unspezifizierte Giroguthaben¹⁹. Hier bleibt jedenfalls dort, wo die einziehungsbegründende Tat nicht auf das Geld in seiner Körperlichkeit, sondern auf seine Eigenschaft als Wertträger bezogen ist (wie z. B. bei Devisenvergehen), die Identität auch dann gewahrt, wenn der in die Tat verwickelte Geldschein inzwischen zu Buchgeld geworden ist²⁰.

2. Was die Einziehung vermischter oder *verarbeiteter* Gegenstände anlangt, können die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze im Prinzip gebilligt werden. Danach bleibt eine Sache so lange einziehbar, als sie trotz Vermischung oder Verarbeitung mit einer oder mehreren anderen im wesentlichen die gleiche geblieben ist. Deshalb endet ihre Einziehung erst dort, wo sie durch die Vereinigung mit anderen zu einer *neuen selbständigen Sache*, d. h. zu einer Sache von neuem Wesen und Gehalt geworden ist.

Wann dies im Einzelfall anzunehmen ist, entscheidet sich nicht nach bürgerlich-rechtlichen Kriterien, sondern nach der *allgemeinen Verkehrsauffassung*, wobei von entscheidender Bedeutung sein muß, inwieweit sich die Sache ohne Zerstörung ihres wirtschaftlichen Wertes wieder aus der Verbundenheit mit anderen herauslösen läßt²¹. Denn hier geht es nicht um eine Frage der Zuordnung, wie sie die abstrakten Regeln des Zivilrechts im Auge haben, sondern allein darum, ob der einziehungsverstrickte Gegenstand mit der zu ahnenden Tat überhaupt noch einen Mißbrauchszusammenhang aufweist. Und das ist in der Hauptsache nach wirtschaftlich-soziologischen Kriterien zu entscheiden.

Dementsprechend wurde beispielsweise Sprit, der lediglich mit Wasser verdünnt worden war, zu Recht noch für einziehungsfähig gehalten²². Auch die natürliche Gärung von Traubenmost zu Wein dürfte der Einziehung nicht entgegenstehen²³, obgleich hier die Sache einen neuen Gehalt erlangt; denn dies geschieht nicht durch menschliche Bearbeitung, sondern durch einen hier sachtypisch naturbedingten Vorgang. Beim Verschnitt verschiedener Weine hingegen ist dies anders; deshalb hat sich das RG zu Recht gegen die Einziehung eines Weines ausgesprochen, der im Verhältnis

¹⁹ Allgemein zum Geld als Funktionsträger, auf dessen Körperlichkeit es nur in sekundärer Hinsicht ankommt, SMITIS, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, AcP 159 (1960/61) 406 ff.

²⁰ Insoweit richtig BayObLGSt 1957, 32/7; dagegen würde es zu weit gehen, diese Auswechslbarkeit bei jedweden vertretbaren Sachen zuzulassen, wie dies offenbar auch JAGUSCH, LK, § 40 Anm. 3 annimmt.

²¹ RGSt 65, 175/7, BayObLGSt 1961, 277/281, BayObLGSt 1965, 15/20, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 14; im gleichen Sinne bereits RGSt 42, 123/5; 52, 47/9; vgl. ferner JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3, FUCHS, GA 1954, 78 f., HIERONIMI, LebMittelG, § 13 Anm. 8, und BayObLGSt 1963, 107 ff.

²² BGHSt 8, 98/102.

²³ RGSt 54, 167/9; ebenso HIERONIMI, WeinG, § 28 Anm. 4.

1:2 mit anderen Weinen verschnitten war²⁴; hier ist die alte Sache in anderen, von außen hinzukommenden Substanzen völlig aufgegangen.

3. Auch die Frage, inwieweit etwaiges *Zubehör* einziehungsrechtlich das Schicksal der tatverstrickten Hauptsache zu teilen hat, ist nicht nach den zivilrechtlichen Zubehörregeln²⁵ zu entscheiden²⁶, sondern hängt im wesentlichen davon ab, in welchem Maße das *Zubehörstück selbst Mittel oder Objekt des einziehungsbegründenden Mißbrauchs* gewesen ist.

Das wird regelmäßig dort anzunehmen sein, wo Hauptsache und Zubehör in so enger Verbindung miteinander stehen, daß das eine in seiner Verwendbarkeit praktisch von dem anderen mitgetragen wird. Dagegen kann nicht schon ausreichen, daß sie im Verkehr als Einheit bewertet werden. Wohl wird diesem von der h. M. als maßgeblich herausgestellten Kriterium der „Verkehrseinheit“²⁷ ein starker Indizwert zukommen; letztlich entscheidend muß jedoch das Mißbrauchskriterium bleiben.

In der Praxis spielt dies vor allem bei Umschließungen (Flaschen, Fässern, Siphons usw.) eine große Rolle. Während hier das RG noch bedenkenlos einzog²⁸, neigt die neuere Rechtsprechung und Lehre zu einem differenzierenden Standpunkt, indem sie an das Kriterium der Verkehrseinheit strengere Anforderungen stellt²⁹. Vom Mißbrauchskriterium her verdienen HOLTHÖFER-JUCKENACK-NÜSE Zustimmung, wenn sie fordern, daß sich das einziehungsbegründende Verhalten gerade auch auf die Umschließungen bezogen haben muß, z. B. durch irreführende Kennzeichnungen³⁰.

III. Teileinziehung

1. Bei der *teilweisen* Einziehung tatverstrickter Gegenstände handelt es sich um eine noch recht neuartige Form der Eigentumsanktionen. Denn anders als

²⁴ RGSt 42, 123 ff.; vgl. ferner RGSt 52, 47 ff.; 65, 175 und BayObLGSt 1965, 15.

²⁵ Dazu im einzelnen ENNECCERUS-NIPPERDEY, BGB, Allg. Teil, Bd. I, S. 814, wonach zivilrechtlich zwischen Hauptsache und Zubehör weitgehend Schicksalsgemeinschaft besteht.

²⁶ In diesem Sinne aber offenbar SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 40 Anm. 4 B, und TRAPP, ZfZ 1957, 336 ff.; vgl. auch ZIFFEL, in ERBS-KOHLHAAS, § 13 LebMittelG Anm. 2.

²⁷ Vgl. u. a. RGSt 73, 289 ff., BayObLGSt 1952, 93/4, FUCHS, GA 1954, 50, HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. III 1, ZIFFEL, LebMittelG, § 13 Rdnr. 5.

²⁸ Vgl. RGSt 51, 75/7; 73, 289; ebenso FUCHS, GA 1954, 50 f.; vgl. ferner ZIFFEL, LebMittelG, § 13 Rdnr. 5.

²⁹ Vgl. BGHSt 7, 78/80, BGH LRE 1, 110/2, BayObLG ZStW 47, 340, OLG Frankfurt LRE 3, 57/9; ferner HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. III 1; zum Ganzen auch, insbesondere aus steuerstrafrechtlicher Sicht, TRAPP, ZfZ 1957, 336 ff.; 1958, 272 und MÜNSTERER, ZfZ 1958, 171 f.

³⁰ HOLTHÖFER-JUCKENACK-NÜSE, LebMittelG, § 13 Rdnr. 6 ff. Im gleichen Sinne HIERONIMI, LebMittelG, § 13 Anm. 5; DERS., WeinG, § 28 Anm. 4.

bei der Unbrauchbarmachung, die schon nach der a. F. des § 41 III StGB möglichst auf die einzelnen strafbaren Stellen der betroffenen Schrift oder Abbildung zu beschränken war³¹, galt für die *Einziehung* bislang das Prinzip des „*alles oder nichts*“. Danach konnte das Einziehungsobjekt entweder nur ganz oder überhaupt nicht eingezogen werden³².

Daß diese Praxis leicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Konflikt geraten kann, keinesfalls aber flexibel genug ist, um die Sanktion auf das jeweilige Gewicht der Tat oder den konkreten Grad der Gefahr abzustimmen, liegt auf der Hand. Deshalb ist es nicht nur aus kriminalpolitischen, sondern auch aus verfassungsrechtlichen Gründen³³ zu begrüßen, daß in Erfüllung einer alten Reformforderung³⁴ die Möglichkeit einer Teileinziehung jetzt auch im StGB (§ 40 b III) und OWiG (§ 20 III) generell anerkannt ist. Soweit freilich die obligatorische Einziehung davon ausgenommen sein soll³⁵, ist demgegenüber der verfassungsrechtliche Vorrang des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Erinnerung zu rufen. Danach darf auch eine obligatorische Einziehung nicht auf das Ganze gehen, wenn dem Zweck der Maßnahme bereits durch eine Teileinziehung genügt werden kann³⁶.

2. Freilich kommt eine Teileinziehung naturgemäß immer nur dort in Betracht, wo eine Teilung der einziehungsunterworfenen Gegenstände praktisch überhaupt realisierbar ist.

Das ist in erster Linie dort der Fall, wo sich die Sanktion auf *mehrere Gegenstände*, auf real teilbare Sachmengen oder ziffernmäßig berechenbare Rechte bezieht: z. B. bei dem aus verschiedenen Einzelposten zusammengesetzten Schmuggelgut, bei einem Faß Verschnittwein, bei Bankguthaben³⁷.

Auch die etwaige Verkehrseinheit zwischen *Hauptsache und Zubehör* braucht einziehungsrechtlich kein Hindernis zu sein, die Sanktion ihrem Zweck und ihrer Angemessenheit entsprechend auf die Hauptsache oder einzelne Zubehörstücke zu beschränken³⁸, vorausgesetzt, daß nach den oben

³¹ Einzelheiten bei JAGUSCH, LK, § 41 Anm. 3b m. weit. Nachw.; neuestens dazu auch OLG Düsseldorf NJW 1967, 1142.

³² Vgl. BayObLGSt 1961, 277/8; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 25.

³³ Vgl. dazu oben S. 196 f., 273.

³⁴ Schon im E 1913 (§ 91) war die Teileinziehung vorgesehen; seitdem ist sie aus den Entwürfen nicht mehr verschwunden (vgl. u. a. § 92 E 1919, § 52 E 1927, § 77 E 1936) und in Vorwegnahme des § 113 I E 1960/62 wenigstens in einigen wichtigen Teilbereichen des Nebenstrafrechts Gesetz geworden (§ 414 I RAO 1961, § 39 I AWG 1961). — Obwohl nicht ausdrücklich ausgesprochen, geht wohl auch der AE, wie dem „soweit“ — Satz in § 88 I zu entnehmen, von der Möglichkeit einer Teileinziehung aus.

³⁵ So in § 40 b III StGB; offenbar gebilligt von SCHWARZ-DREHER, § 40 b Anm. 1.

³⁶ Im gleichen Sinne SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 b Rdnr. 11; Bedenken auch bei BAUMANN, AT S. 732.

³⁷ Vgl. BayObLGSt 1957, 32/7; 1961, 277/8 f., KÜHN, AO, § 414 Anm. 3a; auch OLG Frankfurt DDevR 1956, 13.

³⁸ JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3; vgl. aber auch BayObLGSt 1961, 277/280 f.

(II 3) erörterten Grundsätzen eine Einziehung des Zubehörs überhaupt in Betracht kommt.

Ähnliches gilt für die Fälle, in denen *mehrere Gegenstände miteinander verbunden* oder vereinigt wurden. Hier muß entsprechend den oben (unter II 2) erörterten Grundsätzen eine Teileinziehung jedenfalls insoweit zulässig sein, als eine Teilung oder Absonderung bestimmter Teile möglich ist, ohne daß dadurch die Gesamtsache als solche wirtschaftlich wertlos wird. Ob dies bei einem PKW völlig auszuschließen ist, wie das BayObLG anzunehmen scheint³⁹, ist zu bezweifeln. Denn warum etwa die Teileinziehung speziell zu Wildereizwecken hergerichteter Scheinwerfer nicht möglich sein sollte, ist nicht einzusehen.

Problematisch ist dagegen die *ideelle Teileinziehung*, die in der Weise denkbar ist, daß an dem real unteilbaren Gegenstand ideelle Anteile gebildet und auf den Staat übertragen werden. Wohl wird theoretisch auch diese Möglichkeit nicht grundsätzlich zu verneinen sein; denn sofern man die Einziehung von Miteigentumsanteilen für zulässig ansieht⁴⁰, scheint auch dem weiteren Schritt, nämlich der Entziehung erst noch zu begründender Eigentumsanteile, nichts im Wege zu stehen. Allerdings wird hier noch mehr als bei der einziehungsweisen Übernahme bereits bestehender Miteigentumsanteile fraglich sein, ob die Neubegründung einer Miteigentumsgemeinschaft mit dem Täter vom Sanktionszweck her überhaupt sinnvoll und angesichts des weiteren Verfahrens praktikabel ist⁴¹. Für den Regelfall wird man dies verneinen müssen.

B) Der einziehungsrechtliche Eigentumsbegriff

I. Grundsätzliches

Der Eigentumsbegriff ist für die gegenständliche Reichweite der Eigentumsanktionen in zweierlei Hinsicht von Bedeutung.

Nach Natur und Wirkung bedeuten die Eigentumsanktionen einen Eingriff in eine bestimmte Eigentumsposition. Daß es für die dadurch aufgeworfenen Rechtfertigungsfragen nicht auf eine formal-sachenrechtliche Beziehung zu dem betroffenen Gegenstand, sondern auf dessen grundrechtliche Schutzwürdigkeit ankommt, wurde bereits an anderer Stelle gezeigt⁴². Deshalb ist insoweit der über die Kategorien des Sachenrechts hinausgehende *verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff* des Art. 14 GG entscheidend.

Doch innerhalb dieses verfassungsrechtlichen Schutzbereiches kann sich die Eigentumsfrage noch auf andere Weise stellen; nämlich dort, wo sich die Sanktion nur gegen bestimmte Personen richtet, wie vor allem bei der auf

³⁹ BayObLGSt 1961, 277 ff.; vgl. auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 b Rdnr. 12.

⁴⁰ Vgl. oben S. 302 Anm. 9.

⁴¹ Vgl. dazu insbes. BayObLGSt 1961, 277/9 f.

⁴² Vgl. oben S. 7 f., 146 f.

Tatbeteiligte beschränkten Strafeinziehung. Wenn hier das Gesetz darauf abstellt, daß die einzuziehenden Gegenstände einem Täter oder Teilnehmer „gehören“ bzw. „zustehen“⁴³, bleibt immer noch die Frage, ob darunter nur eine rechtliche oder u. U. auch eine wirtschaftliche Zugehörigkeit zu verstehen ist. Was den historischen Gesetzgeber anlangt, so wird sicherlich von sachenrechtlichen bzw. bei Forderungen und ähnlichen Rechten von schuldrechtlichen Vorstellungen, also jedenfalls von *zivilrechtlichen* Zuordnungskategorien auszugehen sein⁴⁴. Und in der Tat wird sich danach wohl auch heute noch die Hauptmasse der einschlägigen Fälle befriedigend beurteilen lassen⁴⁵. Die Frage ist jedoch, ob den rechtlich-formalen Eigentums- und Rechtsinhaberschaftskriterien eine ausschließliche Verbindlichkeit auch dann zukommen soll, wenn sie den *materiell-wirtschaftlichen* Zuordnungsverhältnissen nicht mehr gerecht werden.

Das betrifft vor allem die heute nicht mehr seltenen Fälle, in denen die formale Eigentümerstellung und die wirtschaftliche Innehabung und Verwertung des tatverstrickten Gegenstandes auseinanderfallen. Die typischen und praktisch wichtigsten Beispiele dafür sind das Vorbehalts- und Sicherungseigentum.

II. Speziell zum Vorbehalts- und Sicherungseigentum

1. Schwierigkeiten bereiten hier in erster Linie die Fälle, in denen der Vorbehaltskäufer bzw. Sicherungsgeber die ihm zur Nutzung belassene Sache zu einer strafbaren Handlung mißbraucht. Schulbeispiel dafür ist das der Bank zur Sicherheit übereignete Fahrzeug, das ohne ihr Wissen und Wollen vom Sicherungsgeber zum Schmuggel oder zur Wilderei benutzt wird⁴⁶. Obgleich hier die Bank nur ein Sicherungsinteresse am Fahrzeug hat, wendet die herrschende Rechtsprechung und Lehre die *formalen Eigentumsregeln* an⁴⁷,

⁴³ So u. a. §§ 40 II Nr. 1, 40 a StGB, §§ 18 II Nr. 1, 19 OWiG, wobei mit „gehören“ das sachenrechtliche Eigentum an körperlichen Sachen, mit „zustehen“ die quasi-dingliche Inhaberschaft von Rechten angesprochen ist; vgl. statt aller SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 22.

⁴⁴ Vgl. u. a. FRANK, § 40 Anm. II 2, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 4; BGHSt 2, 311/2; OLG Braunschweig NdsRpfl 1952, 88/9, OLG Hamburg NJW 1953, 1645.

⁴⁵ Speziell zur Einziehbarkeit von Gesamthands- und Miteigentum vgl. oben S. 303 Anm. 16.

⁴⁶ Vgl. etwa BGHSt 2, 311; 19, 123. Dagegen wird der umgekehrte Fall, daß der Vorbehaltsverkäufer bzw. Sicherungsnehmer den betroffenen Gegenstand zu einer Tat mißbraucht, nur selten praktisch werden, da sie normalerweise keinen Besitz daran haben.

⁴⁷ So insbes. BGHSt 2, 311/2; auch im Einziehungsverfahren sei „nur der Eigentumsbegriff des bürgerlichen Rechts maßgebend“; danach habe der Sicherungsnehmer volles Eigentum an dem Schmuggelfahrzeug; ferner BGHSt 3, 227/8; 4, 344; 8, 70/4; 19, 123/6; BayObLGSt 1951, 369/373; 1952, 196/8; OLG Köln NJW 1952, 758; 1953, 1644; MDR 1956, 55/6; im Prinzip ebenso OLG Koblenz NJW 1951,

mit der Konsequenz, daß sich die Einziehung von Vorbehalts- und Sicherungseigentum als Fall einer echten *Dritteinziehung* darstellt. Demgemäß wäre sie nach allgemeinen Regeln nur dann zulässig, wenn einer der bekannten Dritteinziehungsgründe vorliegt, insbesondere also ein Sicherungsbedürfnis oder, falls man das für ausreichend hält, ein quasi-schuldhaftes Verhalten des Vorbehaltsverkäufers oder Sicherungsnehmers⁴⁸. Doch das wird nur selten nachweisbar sein⁴⁹.

Da man es andererseits als kriminalpolitisch unerträglich empfindet, daß die Einziehung hier womöglich allein an der letzten Darlehens- oder Kaufpreisrate scheitern soll, die der Täter noch zu zahlen hätte, um selbst Volleigentümer zu werden, versucht man die Einziehung mit einer Begründung zu rechtfertigen, die man als Dritteinziehungsgrund des *mangelnden Schadens* bezeichnen könnte. Danach soll die Einziehung von Vorbehalts- und Sicherungseigentum auf Grund einer einziehungsbegründenden Tat des Vorbehaltskäufers bzw. Sicherungsgebers jedenfalls dann zulässig sein, wenn gewährleistet ist, daß der Vorbehaltsverkäufer bzw. Sicherungsnehmer dadurch keinen Schaden erleidet⁵⁰.

Unter welchen Umständen jedoch ein derartiger Schaden verneint werden kann, diese Frage wird noch sehr unterschiedlich beantwortet. Während es das OLG Koblenz⁵¹ für ausreichend ansah, daß dem Sicherungsnehmer der Erlös aus der eingezogenen Sache zugesprochen wird, hat der BGH⁵² die Bereiterklärung des Staates

166/7. Vgl. ferner LG Siegen MDR 1950, 501/2, LG Heilbronn DAR 1955, 140, ECKARDT, NJW 1952, 197, FUCHS, GA 1954, 83, HARTSTANG, NJW 1951, 895, GILSDORF, JZ 1958, 689, JESCHECK, AT S. 525, RITTER, NJW 1954, 291/2, RÜMELIN, ZfZ 1961, 210, STREE, Deliktfolgen S. 118 und, soweit Vorbehaltsseigentum in Frage steht, auch LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 18. Vgl. auch die differenzierende Betrachtung von KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, § 19 OWiG, Anm. 2 und § 7 WiStG 1954, Anm. 7. Zu den Gegenstimmen vgl. die Nachw. unten S. 315 Anm. 71 bis 74.

⁴⁸ Näheres dazu oben S. 41 ff., 221 ff.

⁴⁹ Instrukтив dazu etwa BGHSt 19, 123 ff. und OLG Koblenz NJW 1950, 78 f. Vgl. auch v. ALPEN, ZfZ 1950, 226 f.

⁵⁰ Grundlegend BGHSt 2, 311 ff.; ferner BGHSt 3, 227; 4, 344; 8, 70, BayObLGSt 1951, 369/373; OLG Koblenz NJW 1951, 166, OLG Köln NJW 1953, 1644; GILSDORF, JZ 1958, 689, ROTBERG, OWiG, § 19 Rdnr. 6a; STREE, Deliktfolgen S. 118; im Ergebnis auch HARTUNG, Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 414 Anm. III 4b bb. Vgl. ferner CREIFELDS, JR 1955, 405, der offenbar darauf abstellen will, ob die Restforderung nur noch minimal ist. A. A. dagegen RÜMELIN, ZfZ 1961, 210, der die Einziehung auch hier auf die gleichen Grundsätze wie bei sonstigen Dritteinziehungen beschränken will. Obwohl auch BGHSt 19, 123 in diese Richtung zu tendieren scheint, dürfte es doch durch den ausdrücklichen Hinweis auf die o. g. Entscheidungen diese zugleich bestätigt haben. Vgl. zum Ganzen auch RITTER, NJW 1954, 291 f. und ZfZ 1957, 334 ff.

⁵¹ NJW 1951, 166.

⁵² BGHSt 2, 311; m. zust. Anm. GEIER, LM Nr. 3 zu § 414 RAO; noch weitergehend verlangt BGHSt 8, 70 auch die Befriedigung etwaiger Ansprüche auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe.

verlangt, die Forderung des Vorbehaltsverkäufers bzw. Sicherungsnehmers gegen den Täter zu befriedigen. Dies soll jedoch dann entbehrlich sein, wenn die Forderung des Sicherungsnehmers noch durch andere Sicherungsobjekte hinreichend gedeckt ist⁵³. Keinesfalls soll aber nach OLG Köln⁵⁴ eine bloße Bürgschaftserklärung des Staates für die Restforderung des Vorbehaltskäufers ausreichen.

2. Auch wenn einzuräumen ist, daß diese Rechtsprechung meist zu praktikablen Ergebnissen führt, scheint ihre dogmatische Begründung doch kaum tragfähig, ganz zu schweigen davon, daß sie schlicht an der heutigen Rechtswirklichkeit vorbeigeht.

Nicht nur, daß in der Person des tatunbeteiligten Vorbehaltsverkäufers bzw. Sicherungsnehmers jegliche Verwirkungsvoraussetzungen fehlen, wie sie bei einer echten Dritteigentumseinziehung gegeben sein müßten. Ebenso wenig vermag der Gedanke des mangelnden Schadens einen selbständigen Rechtfertigungsgrund zu liefern; dies jedenfalls dann nicht, wenn man mit der h. M. davon ausgeht, daß es sich in den fraglichen Fällen um materiell und formell vollwertiges Eigentum handelt. Denn daß die Entziehung von Eigentum schon allein deswegen zulässig sein soll, weil sie für den Eigentümer im Endeffekt keinen wirtschaftlichen Schaden bedeutet, dafür gibt Art. 14 GG nichts her, es sei denn, man würde die Eigentumsgarantie zu einer rein wirtschaftlichen Vermögenssaldogarantie abwerten wollen. Doch dann wäre auch ein besonderer Enteignungsvorbehalt überflüssig, weil sich das Recht zur Enteignung ja bereits aus der Schadloshaltung durch entsprechende Entschädigung ergeben würde. Daß dem jedoch nicht so ist, ergibt sich aus dem besonderen Zweckerfordernis des Art. 14 III GG. Danach wäre es falsch, in der Entschädigung mehr sehen zu wollen als den Ersatz, d. h. das sekundäre Remedium für den primär aus anderen Gründen (sozialnützlichere Verwendung des entzogenen Gegenstandes) zu rechtfertigenden Eingriff⁵⁵. Wer daher die Rechtfertigungsfrage von der Entschädigung her zu lösen versucht, *verwechselt* den nachfolgenden Eingriffsausgleich mit dem (vorauszugehenden) Eingriffsgrund⁵⁶.

Einen derartigen selbständigen Eingriffsgrund dürfte die h. M. jedoch kaum finden, so lange sie entscheidend auf die Person des Vorbehaltsverkäufers bzw. Sicherungsnehmers als dem formalen Eigentümer abstellt. Da es hier ohnehin nur um die Fälle geht, in denen weder ein Sicherungsgrund besteht — denn sonst käme ja bereits die Sicherungseinziehung zum Zuge —, noch ein Quasiverschulden des formalen Eigentümers nachweisbar ist — denn sonst

⁵³ BGHSt 4, 344. Ähnlich bereits BayObLGSt 1951, 369/373 und 1952, 196/8.

⁵⁴ NJW 1953, 1644.

⁵⁵ Vgl. oben S. 165 f.

⁵⁶ Derartige Kurzschlüsse ließen sich übrigens auch in anderen Grundrechtsfragen nachweisen. Erinnert sei nur an das Argument, mit dem immer wieder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs umgangen wird: keine Gehörverweigerung, weil ja die Möglichkeit der nachträglichen Beschwerde bestehe. Kritisch dazu ESER, Das rechtliche Gehör im Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, JZ 1966, 660, 664 ff.

könnte man sich mit der „strafähnlichen“ Dritteinziehung helfen⁵⁷ —, bliebe allenfalls der Enteignungsgrund. Doch dafür fehlt es der Einziehung an der positiven, d. h. das entzogene Objekt einer größeren Sozialnützlichkeit zuführenden Zielsetzung, wie sie für die Enteignung wesentlich ist⁵⁸.

Wenn somit die h. M. unweigerlich in eine Sackgasse gerät, so dürfte das nicht zuletzt an ihrem verfehlten Ausgangspunkt liegen: Indem sie den Blick auf die rechtlich-formalen Eigentumskategorien beschränkt, räumt sie dem Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer eine Stellung ein, die über die materielle Rechtswirklichkeit wesentlich hinausgeht. Man tut so, als handele es sich beim Sicherungs- und Vorbehalts Eigentum um formelles und materielles Volleigentum und übersieht dabei, daß man es in beiden Fällen mit Erscheinungsformen einer *geteilten Sachherrschaft*⁵⁹ zu tun hat, bei welcher der formalen Eigentumsstellung keineswegs eine gleiche Fülle inhaltlicher Eigentums macht entspricht. Denn bei allem Streit um die sachenrechtliche Einordnung des Sicherungs- und Vorbehalts Eigentums⁶⁰ ist man sich heute doch weitgehend darüber einig, daß Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer nur ein Sicherungs- und (notfalls) Verwertungsrecht an der in ihrem Eigentum stehenden Sache haben⁶¹, während diese — zumindest wirtschaftlich betrachtet — noch bzw. schon zum Vermögen des Sicherungsgebers bzw. Vorbehaltskäufers gehört⁶². Deshalb ist es nur konsequent, das *Vorbehalts- und Sicherungseigen-*

⁵⁷ Instruktiv dazu OLG Köln NJW 1952, 758.

⁵⁸ Vgl. im einzelnen oben S. 161 f.

⁵⁹ Zu diesem wohl auf HECK zurückgehenden Begriff vgl. einerseits BAUR, Sachenrecht S. 533 f., der mit der h. M. darunter die inhaltliche Aufteilung der Eigentums macht versteht, andererseits RAISER, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 65 ff., der mehr das zeitliche Teilungsmoment betont.

⁶⁰ Zum Sicherungseigentum vgl. im einzelnen BAUR, Sachenrecht S. 538 ff., WESTERMANN, Sachenrecht S. 206 ff., WOLFF-RAISER, Sachenrecht S. 731 ff.; zum Vorbehalts Eigentum BAUR, aaO, S. 534, 559 ff., RAISER, Dingliche Anwartschaften, S. 69 ff.; eingehend zum Ganzen SERICK, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung I, insbes. S. 50 ff., 206 ff., II, insbes. S. 71 ff.

⁶¹ Vgl. BAUR, Sachenrecht S. 545, 549 f., WOLFF-RAISER, Sachenrecht S. 734 f. Noch weitergehend will A. BLOMEYER, Studien zur Bedingungslehre, Teil I und II, 1939, sowie AcP 153, 239 ff., JZ 55, 7 den Vorbehaltskäufer sogar schon als Volleigentümer betrachten und dem Verkäufer nur ein Nutz- und Verfallspfandrecht belassen, eine Auffassung, die zweifellos noch stärker in die hier verfochtene Richtung drängt, im Schrifttum allerdings überwiegend abgelehnt wird (vgl. RAISER, Dingliche Anwartschaften S. 52 ff. m. weit. Nachw.). Doch dieser Streit kann hier auf sich beruhen, da ja auch nach der h. M. Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer keinesfalls die volle Eigentums macht innehaben. Selbst SERICK, der streng am vollen Eigentum des Vorbehaltsverkäufers festhalten will, muß letzten Endes einräumen, daß die Eigentümerbefugnisse des Verkäufers in mancher Hinsicht eingeschränkt seien und sich daraus die ausnahmsweise Gleichstellung mit dem Pfandgläubiger erkläre (aaO, I S. 210 ff., II S. 95 ff.).

⁶² Vgl. BAUR, Sachenrecht S. 540, 549 f. Das kommt äußerlich schon dadurch zum Ausdruck, daß Sicherungsgeber und Vorbehaltskäufer die Sache besitzen, nutzen und — so jedenfalls bei verlängertem Eigentumsvorbehalt und antizipierter Siche-

um den Pfandrechten gleichzustellen⁶³, wie dies etwa im Vollstreckungs- und Konkursrecht ja schon weitgehend geschieht⁶⁴.

Die Übertragung dieser Gedanken auf das Einziehungsrecht erscheint nicht zuletzt deshalb gerechtfertigt, weil es im vorliegenden Zusammenhang — ähnlich wie im Vollstreckungs- und Konkursrecht — allein um die Frage geht, inwieweit eine Maßnahme, die sich in ihrer materiellen Wirkung vornehmlich gegen den wirtschaftlichen Sachinhaber als Täter richtet, auf die Interessen des formalen Eigentümers Rücksicht zu nehmen hat⁶⁵. So gesehen, braucht aber die *Achtung vor dem formalen Eigentum* des tatunbeteiligten Dritten *keineswegs weiterzugehen, als seine materielle Interessensphäre tatsächlich reicht*. Soweit daher sein Sicherungs- und Verwertungsinteresse gewährleistet bleibt, kann von einem materiell relevanten Eingriff keine Rede sein. Deshalb ist die Einziehung von Vorbehalts- und Sicherungseigentum jedenfalls dort unbedenklich, wo die Sicherungsrechte des Dritten am Einziehungsobjekt bis zum Wegfall des Sicherungsinteresses bestehen bleiben⁶⁶.

rungsübereignung — sogar verarbeiten und veräußern können, diese also dadurch voll in ihr Vermögen eingegliedert ist bzw. bleibt. Zu den vielfältigen wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten, die etwa die unter Vorbehalt erlangte Sache dem Käufer bereits bietet, vgl. RAISER, Dingliche Anwartschaften, S. 21 ff., 39 f. und SERICK, Eigentumsvorbehalt I S. 79 ff., II S. 111 ff.

⁶³ So sprechen etwa WOLFF-RAISER, Sachenrecht S. 731 ff. ausdrücklich von „pfandähnlichen Sicherungsrechten“.

⁶⁴ Diese im Grundsatz unstrittige Feststellung ist in verschiedenen Einzelfragen freilich noch nicht einmütig geklärt. Zu den Abwehrrechten des Sicherungsnehmers bei (Gesamt- oder Einzel-)Vollstreckung gegen den Sicherungsgeber vgl. näher BAUR, Sachenrecht S. 546 f., WESTERMANN, Sachenrecht S. 211 f., WOLFF-RAISER, Sachenrecht S. 741; zu den Rechtsbehelfen des Vorbehaltsverkäufers bei Vollstreckung gegen die an den Käufer übergebene Sache vgl. BAUR, aaO, S. 566 f., RAISER, Dingliche Anwartschaften S. 91 ff., und SERICK, Eigentumsvorbehalt I S. 294 ff.

⁶⁵ In dieser polemischen Stellung gegenüber dem Staat liegt wohl auch der entscheidende Unterschied zur Akzessorietätsfrage des Fremdeitsbegriffes bei den §§ 246, 266 StGB. Denn dort geht es primär um die Bestimmung des maßgeblichen Schutzobjektes, d. h. um die Frage, wer innerhalb des Interessenkonflikts zwischen dem formellen Eigentümer und dem wirtschaftlichen Sachinhaber strafrechtlich den vorrangigen Schutz verdient. Wie auch immer man sich in dieser — gleichsam *horizontalen* — Frage entscheidet, so braucht das für die vertikale Fragestellung gegenüber der *Sanktionsgewalt des Staates* keineswegs präjudiziell zu sein, da es hier allein darum geht, ob und inwieweit das formale Eigentum des Sicherungsnehmers bzw. Vorbehaltsverkäufers selbst über seinen materiellen Rechtsgehalt hinaus unantastbar sein soll. Im übrigen wird man den Ruf nach der Einheitlichkeit des Eigentumsbegriffes (vgl. insbes. OLG Köln NJW 1952, 758, HARTSTANG, NJW 1951, 895) ohnehin nicht überbewerten dürfen. Denn ganz davon abgesehen, daß es auch bei sonstigen Begriffen ein unterschiedliches Verständnis gibt (vgl. etwa § 11 SteueranpassungsG oder die obigen Erörterungen zum Gegenstandsbegriff), und die Begriffspriorität des Zivilrechts keinesfalls zwingend erscheint (vgl. BRUNS, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938, insbes. S. 51 ff), muß die *Einheit der Rechtsordnung nicht unbedingt von der Einheitlichkeit der Begriffsordnung abhängen*.

⁶⁶ So jetzt § 41 a II StGB, § 22 II OWiG, wonach Rechte am Einziehungsobjekt

Doch selbst dort, wo darüber hinaus auch die formale Eigentumsposition des Vorbehaltsverkäufers und Sicherungsnehmers beseitigt wird⁶⁷, kann vom Gewährleistungsgedanken her im Ergebnis nichts anderes gelten. Denn geht man davon aus, daß der Sicherungsgläubiger auch dem Staat gegenüber von vorneherein nur den Schutz jener Rechtsmacht verlangen kann, die ihm nach der materiellen Funktion des betreffenden Rechtsinstituts zusteht, so kann jenem „Überschuß an Rechtsmacht“⁶⁸, wie er zwischen dem materiellen Sicherungsrecht und dem formalen Eigentum des Sicherungsgläubigers besteht, kein wesentliches Gewicht mehr zukommen. Dies vor allem dann nicht, wenn man bedenkt, daß jene überschießende Rechtsmacht durch entsprechende Vertragsklauseln in Fesseln gelegt ist und damit auch rechtlich kaum zum Tragen kommen kann⁶⁹, ganz zu schweigen davon, daß dieses Mißverhältnis zwischen Funktion und Form des Sicherungsinstituts seine Existenz dem bedauerlichen Nachhinken des positiven Sachenrechts hinter der tatsächlichen Rechtsentwicklung verdankt⁷⁰.

Aus diesen Gründen ist den berechtigten Interessen des Vorbehaltsverkäufers und Sicherungsnehmers vollauf Genüge getan, wenn man ihre Position als das schützt, was sie wirtschaftlich bedeuten und auch ihrer rechtlichen

bestehen bleiben sollen. Ob das allerdings auch für Vorbehalts- und Sicherungseigentum gelten soll, erscheint fraglich, da in Abs. I dieser Bestimmungen der unbedingte Übergang des Eigentums auf den Staat vorgesehen ist.

⁶⁷ So die bisherige Praxis, wonach Drittrechte an der Sache mit der Einziehung untergingen: vgl. näher unten S. 369.

⁶⁸ BAUR, Sachenrecht S. 539, WOLFF-RAISER, Sachenrecht S. 738.

⁶⁹ Zwar gelten im Außenverhältnis zu Dritten sowohl der Sicherungsnehmer wie auch der Vorbehaltsverkäufer als volle Eigentümer, mit der Folge, daß sie rechtswirksam über die Sache verfügen können (h. M.; zum Sicherungseigentum vgl. SERICK, Eigentumsvorbehalt II S. 75 ff., WOLFF-RAISER, Sachenrecht S. 736; zum Vorbehaltsseigentum BAUR, Sachenrecht S. 549 f., SERICK, aaO, I S. 210 ff.). Dadurch aber, daß ihre Eigentumsstellung im Regelfall nur eine bedingte ist (so jetzt auch die im Vordringen begriffene h. M. zum Sicherungseigentum; vgl. BAUR, aaO, S. 542, RAISER, Dingliche Anwartschaften S. 18, WOLFF-RAISER, aaO, S. 735, je m. weit. Nachw.), ist die äußere Verfügungsmacht nicht nur durch die §§ 158 ff. BGB beschränkt (BAUR, aaO, S. 539 f., RAISER, aaO, S. 18), sondern sie kann auch in der Abwehr Dritter praktisch nur zugunsten des Sicherungsgebers bzw. Käufers geltend gemacht werden; so z. B. kann der Vorbehaltsverkäufer gegen den unrechtmäßig besitzenden Dritten nur auf Herausgabe an den Käufer klagen (näher RAISER, aaO, S. 75 ff., WOLFF-RAISER, aaO, S. 736); vgl. zum Ganzen auch SERICK, aaO, I S. 116 ff., 211 ff., 273 ff.; II S. 62 ff., 71 ff. Aber mit am entscheidendsten ist doch wohl dies: beide Formen des bedingten Eigentums geben dem formalen Eigentümer lediglich *latente* Sicherungsrechte, die nur bei Zahlungsverzug des Schuldners praktische Wirksamkeit entfalten (BAUR, aaO, S. 535). Halten sich also beide Seiten an die getroffenen Abreden, wie es dem Zweck des Rechtsinstituts entspricht, so tritt über die bloße Sicherungsfunktion hinaus die äußere Rechtsmacht praktisch überhaupt nicht in Erscheinung.

⁷⁰ Vgl. BAUR, Sachenrecht S. 537 f., SERICK, Eigentumsvorbehalt I S. 1 ff., 9 ff., WOLFF-RAISER, Sachenrecht S. 731 ff.

Funktion nach sein sollen: nämlich als Sicherungsrecht. Demgemäß wären sie, wie schon HARTUNG⁷¹, SCHÖNKE-SCHRÖDER⁷² und neuerdings auch LACKNER-MAASSEN⁷³ gefordert haben, *einziehungsrechtlich den Pfandgläubigern gleichzustellen* und statt dessen die tatbeteiligten Vorbehaltskäufer bzw. Sicherungsgeber als die maßgeblichen Eigentümer zu betrachten⁷⁴.

3. Stellt man es in dieser Weise auf *materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeitskriterien* ab, so ergeben sich für die Einziehung von Vorbehalts- und Sicherungseigentum im wesentlichen diese *Folgerungen*:

a) Soweit die Einziehung auf eine *Tat des materiellen Sachinhabers* gestützt werden kann, handelt es sich entgegen der h. M. nicht um den Fall einer echten Dritteigentumseinziehung, sondern um eine tätergerichtete Einziehung. Demzufolge ist die Frage nach einem etwaigen Mitverschulden des Sicherungsnehmers bzw. Vorbehaltsverkäufers für die grundsätzliche Zulässigkeit der Einziehung ohne jeden Belang; denn die Einziehungsvoraussetzungen sind insoweit allein an der Person des tatbeteiligten Vorbehaltskäufers bzw. Sicherungsgebers auszurichten.

Wohl gibt es auch nach dieser Konzeption eine „*Drittwirkung*“ insofern, als das *Sicherungsrecht des formalen Eigentümers* mitbetroffen wird. Doch dessen Schadloshaltung ist nun kein Zulässigkeitsproblem der Einziehung mehr — denn deren Legitimation ergibt sich aus dem Strafzweck gegenüber dem tatbeteiligten Sachinhaber —, sondern ebenso wie bei sonstigen Sicherungsrechten nur noch eine Frage der Entschädigung. Und dafür kommen dann durchaus die Grundsätze der Enteignung bzw. des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht; denn wie an anderer Stelle bereits erörtert, hat die etwaige Aufhebung dieser Rechte an der Sache sehr wohl einen über die Aufhebung als solche hinausgreifenden Zweck: nämlich den, die Eigentumsentziehung gegenüber dem Täter als wirtschaftlichem Inhaber der Sache zu ermöglichen. Darin kann eine enteignungsrelevante Zielsetzung liegen⁷⁵.

b) Soweit die Einziehung dagegen auf eine *Tat des Sicherungsgläubigers* gestützt werden soll, handelt es sich im Verhältnis zum wirtschaftlichen Sachinhaber um eine echte Dritteinziehung, so daß sie nur nach den dafür gelten-

⁷¹ JZ 1952, 180/1, sowie in *Steuerstrafrecht*, § 414 Anm. IV 2c dd B, wobei er sich freilich zu Unrecht auf den BGH beruft; denn dieser ist schon in BGHSt 2, 311/3 und jetzt wieder in BGHSt 19, 123 immer vom formalen Eigentum des Sicherungsnehmers bzw. Vorbehaltsverkäufers ausgegangen.

⁷² 12. Aufl., § 40 Rdnr. 27; jetzt § 40 Rdnr. 24.

⁷³ § 40 Anm. 3b.

⁷⁴ Ebenso schon OFD Frankfurt ZfZ 1951, 318, LG Aachen NJW 1951, 895/6 und im praktischen Ergebnis auch OLG Koblenz NJW 1951, 166. Vgl. ferner LANGEN, AWG, § 39 Anm. 18 (bzgl. des Sicherungseigentums), RICHTER, ZfZ 1951, 129, RUTKOWSKY, NJW 1964, 164 (in abl. Anm. zu BGHSt 19, 123) und de lege ferenda GILSDORF, JZ 1958, 691. Ebenso jetzt GÖHLER, OWiG, § 18 Anm. 5 A b, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 5 B.

⁷⁵ Vgl. im einzelnen oben S. 164 und unten S. 369 f.

den Regeln zulässig ist⁷⁶. Allerdings wird dieser Fall nur selten praktisch werden, da bei Sicherungsgeschäften dieser Art der Sicherungsgläubiger die Sache schwerlich selbst im Besitz haben wird.

c) Die gleichen Grundsätze haben für den Fall zu gelten, daß der in Vorbehalts- oder Sicherungseigentum stehende Gegenstand weder vom formellen Eigentümer noch vom wirtschaftlichen Sachinhaber, sondern von einer *dritten Person* in eine strafbare Handlung verstrickt wurde. Auch insoweit handelt es sich dann um eine Dritteinziehung gegenüber dem wirtschaftlichen Sachinhaber, mit der Folge, daß ihm gegenüber die Dritteinziehungsvoraussetzungen gegeben sein müssen, während der formale Eigentümer auch hier wie ein Sicherungsgläubiger zu behandeln ist⁷⁷.

III. Im *Ergebnis* ist also auch bei der Einziehung die Eigentumsfrage grundsätzlich nach den zivilrechtlichen Regeln zu beurteilen. Soweit jedoch dem Eigentum in materieller Hinsicht nur die Funktion eines Sicherungsrechts zukommt, ist die materiell-wirtschaftliche Zugehörigkeit entscheidend.

§ 17 DIE TYPEN DER EINZIEHUNGSOBJEKTE UND IHRE UMGRENZUNG

A) Die Notwendigkeit der Typenbildung

Es ist nicht zu verkennen, daß die vorangegangenen Erörterungen zum Sach- und Rechtscharakter der Einziehungsobjekte zu einer bedenklichen Ausweitung des gegenständlichen Einziehungsbereichs führen könnten. Dem kann nur dadurch Einhalt geboten werden, daß die Einziehung auf bestimmte Arten von Gegenständen beschränkt wird.

Maßgeblich hierfür muß das Kriterium des *Tatzusammenhangs* sein, wonach die Einziehung nur auf solche Gegenstände zu erstrecken ist, die mit der Anknüpfungstat in einem besonders engen Zusammenhang stehen und demgemäß auch als Objekte der Sanktion die innere Verbindung mit der Tat besonders augenfällig zum Ausdruck bringen können. Dies ist eine Forderung, die nicht nur historisch für die Verdrängung der allgemeinen unspezifischen Vermögenskonfiskation mitbestimmend war¹, sondern sich nicht zuletzt auch

⁷⁶ Vgl. die Parallele zum Pfandgläubiger bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 24 und GÖHLER, OWiG, § 18 Anm. 5 A b. Ebenso de lege ferenda STREE, Deliktsfolgen S. 119.

⁷⁷ So im Ergebnis zutreffend OLG Koblenz NJW 1951, 166/7. Im Prinzip ähnlich, wenn auch in gegenläufiger Tendenz, wurde gelegentlich versucht, über den Gedanken des wirtschaftlichen Eigentums dem dinglich Berechtigten die einziehungsrechtliche Stellung eines Eigentümers einzuräumen (vgl. BGHZ 27, 69 ff., aber auch LG Hamburg VRS 5, 239 m. Anm. STORKE). Das ist jedoch nur hinsichtlich der Entschädigungsfrage zu billigen; vgl. dazu unten S. 369 f.

¹ Vgl. die Motive zu § 31 des Entwurfes eines StGB für den Norddeutschen

aus dem die Einziehung beherrschenden Mißbrauchs- und Verwirkungsgedanken ergibt: Einziehung nur derjenigen Gegenstände, die wegen ihrer mißbräuchlichen Verstrickung in eine bestimmte Tat keinen grundrechtlichen Schutz mehr genießen².

Selbst diese Umgrenzung des Einziehungsbereiches bliebe aber angesichts der Fülle von Verboten, in die ein Gegenstand heute verwickelt werden kann, noch zu weit, würde man die dadurch erfaßten Gegenstände nicht auch noch typenmäßig, und zwar je nach der Art ihrer Tatverstrickung und dem Grad ihrer Sanktionsbedürftigkeit, auf ein rechtsstaatlich erträgliches Maß beschränken.

Betrachtet man freilich die Vielfalt der Gegenstände, die nach geltendem Recht der Einziehung unterworfen sind, so erscheint es kaum möglich, sie auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen³. Bei genauerem Zusehen zeigt sich jedoch, daß sich das scheinbar regellose Konglomerat potentieller Einziehungsobjekte im wesentlichen auf zwei *Hauptkategorien* zurückführen läßt.

a) Die einen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie in irgendeiner Weise passives Objekt der Tat waren: sei es, daß sie als Mittel oder Werkzeug die Begehung der Tat ermöglichten (*instrumenta sceleris*: das Diebeswerkzeug), sei es, daß sie dem Täter als Gegenstand der Tat dienten (*corpora delicti*: das mißhandelte Tier), oder sei es, daß sich die Tat in anderer Weise auf sie bezogen hat (die sog. „*Beziehungsgegenstände*“: die geschmuggelten Waren; die falsch bezeichneten Lebensmittel).

In Ermangelung einer besseren Formel seien diese Gegenstandsarten im folgenden kurz als *Tatobjekte* bezeichnet.

b) Den Gegenständen der anderen Kategorie ist gemeinsam, daß sie das vom Täter erstrebte Ziel darstellen, also meist erst durch die Tat in die Hände des Täters gelangen: sei es, daß sie durch die Tat überhaupt erst geschaffen werden (*producta sceleris*: die nachgemachte Münze), oder durch die Tat in den Besitz des Täters gelangen (sog. „*erlangte*“ Gegenstände: Jagd- oder Diebesbeute), oder sei es, daß sie für die Begehung empfangen (*Tatentgelt*, Bestechungsgelder) oder als Vorteile aus der Tat gezogen werden (*Tatgewinne*, Mehrerlös).

Mit einer — wiederum freilich recht farblosen — Kurzformel kann man diese Gegenstände als *Tatfrüchte* (*scelere quaesita* i. w. S.) bezeichnen, da sie vom Täter erst durch die Tat erworben werden.

Bund, 1869, S. 60: „Wenn der § 31 über die ‚Einziehung‘ festsetzt, daß sie nur auf einzelne Gegenstände sich erstrecken dürfe, so geschieht dies, um ausdrücklich die Vermögenskonfiskation innerhalb des ganzen Bundesgebietes als Strafe auszuschließen. Es soll nur Einziehung derjenigen Gegenstände zulässig sein, die mit der strafbaren Handlung in ursächlichem Zusammenhang stehen, oder dazu gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, unmittelbar durch sie die strafbare Handlung zu begehen.“ Vgl. ferner oben S. 23 f.

² Näher oben S. 186 ff.

³ Vgl. im einzelnen die Übersicht oben S. 50 f.

B) Die Tatobjekte (i. w. S.)

I. Die Tatwerkzeuge (instrumenta sceleris)

Die Tatwerkzeuge, wie man die hier gemeinten Gegenstände mit einem zwar nicht ganz präzisen⁴, in der Sache aber doch treffenden Terminus bezeichnen kann, stellen zweifellos die wichtigste und wohl auch am wenigsten angefochtene Gruppe der Einziehungsobjekte dar⁵. Denn gerade bei ihnen wird es sich sehr oft zugleich um weiterhin gefährliche Gegenstände handeln, so daß schon aus Sicherheitsgründen eine möglichst umfassende Einziehbarkeit geboten erscheint.

Dennoch muß man sich auch hier vor übersteigerten Ausweitungstendenzen hüten. Eine nähere Umgrenzung ist hier vor allem in dreierlei Hinsicht veranlaßt: Bei Abgrenzung des Tatwerkzeugs gegenüber bloßen „Gegenständen“ der Tat (1), bei der Frage der zur Tatbegehung „bestimmten“ Gegenstände (2); sowie bei der Problematik der „mittelbaren“ Werkzeuge (3).

1. Die Abgrenzung der instrumenta gegenüber den bloßen *corpora delicti* (Gegenstände oder Bezugsobjekte der Tat)⁶ ist deshalb notwendig, weil letztere sowohl de lege lata als auch de lege ferenda zu Recht nicht generell, sondern nur ausnahmsweise der Einziehung unterworfen sind⁷. So etwa kann ein Fahrzeug, das der Täter unter Mißachtung eines gesetzlichen Verbots (z. B. in fahruntüchtigem Zustand oder ohne Fahrerlaubnis) geführt hat, nach der Allgemeinregel des § 40 StGB nur dann eingezogen werden, wenn es nicht nur als „Gegenstand“ oder als „Bezugsobjekt“, sondern als ein „Mittel“ der Tatbegehung anzusehen ist.

⁴ Denn die Bezeichnung „Werkzeug“ könnte die einschränkende Deutung nahelegen, daß damit nur Werkzeuge im technischen Sinne oder speziell für die Tat hergerichtete Geräte erfaßt werden sollen. Ähnliche Befürchtungen dürften wohl auch für das Ausweichen des Gesetzgebers auf den abstrakten Begriff des „Gegenstandes, der gebraucht wurde etc.“ ausschlaggebend gewesen sein (vgl. GOLTDAMMER, Materialien zum preuß. StGB, Teil I, 1851, S. 197). Weiteres Material zur Gesetzesgeschichte in BGHSt 10, 28/30 f. und bei MAURACH, JZ 1964, 533.

⁵ Auch historisch lassen sich Einzelvorschriften über die Einziehung von Tatwerkzeugen bis ins römische Recht zurückverfolgen (vgl. im einzelnen oben S. 15 ff.), während sich — der späteren Entwicklung der Einzeleinziehung entsprechend — Allgemeinregelungen hierfür erst in den Partikularrechten finden (vgl. näher HEINZE, GA 5, 168 und oben S. 20 ff.).

⁶ Zur Terminologie vgl. oben S. 317 und unten S. 329.

⁷ Vgl. § 40 I StGB, § 113 I E 1962, § 88 I AE sowie die nachfolgend zitierte Rechtsprechung. Anders das französische Recht, das in Art. 11 Code Pénal den Tatwerkzeugen und -produkten auch die „corps du délit“ als allgemein einziehungs-fähig an die Seite stellt; ähnlich die welsch-schweizerischen Kantonalrechte (vgl. HAFTER, AT S. 415 und GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 448). Gleiches wurde für das deutsche Recht von GÜLDE, JW 1937, 170 und HOFFMANN-WALLDORF, NJW 1954, 1147 gefordert; ähnliche Tendenzen in LG Düsseldorf MDR 1954, 311. Vgl. zum Ganzen auch unten S. 329 f.

Wie die Unsicherheit in der Praxis gezeigt hat, ist es nicht einfach, hier die richtige Grenzziehung zu finden. Was beispielsweise den lange umstrittenen Fall des Fahrens ohne Führerschein anbelangt⁸, hat das OLG Hamburg die Einziehbarkeit des Fahrzeugs als Tatwerkzeug bejaht und dies damit begründet, daß sich hier die Tat nicht gegen das Fahrzeug, sondern gegen die Sicherheit des Verkehrs richte; dieser aber sei „mittels“ des Fahrzeugs gefährdet worden, mithin das Fahrzeug das Instrument der Handlung gewesen⁹. Der BGH¹⁰ hingegen ist anderer Auffassung und hat im Anschluß an die h. M.¹¹ das Fahrzeug nur als „Gegenstand“ des Fahrens ohne Führerschein angesehen.

Die Auffassung des OLG Hamburg dürfte in der Tat nicht haltbar sein, denn sonst würde überall dort, wo das Schutzobjekt des Tatbestandes in einem physisch greifbaren Rechtsgut (Verkehrssicherheit, Fiskalinteressen) besteht, die Tat sich aber an oder mittels eines körperlichen Gegenstandes (Fahrzeug, Schmuggelware) manifestieren muß, dieser immer zu einem Mittel der Tatbegehung, da er die Verletzung oder Gefährdung des Rechtsguts zumindest „vermittelt“ hat. Selbst bei Diebstahl oder Sachbeschädigung wäre dann die weggenommene bzw. beschädigte Sache ein Tatmittel¹²; denn ohne sie

⁸ Heute deshalb nicht mehr problematisch, weil seit dem 2. StraßenverkehrssicherungsG 1964 die Einziehung des ohne Fahrerlaubnis oder entgegen einem Fahrverbot gefahrenen Fahrzeugs jetzt sondergesetzlich vorgesehen ist (jetzt § 21 III StVG); krit. dazu BAUMANN, DAR 1965, 231. Für andere Fälle verbotswidrigen Fahrzeuggebrauchs ist die Mittel-Objekt-Frage jedoch nach wie vor von höchst praktischer Bedeutung, so für Trunkenheitsfahrten, Fahren mit nicht zugelassenen Fahrzeugen oder Geschwindigkeitsüberschreitungen. An letzteres hatte man sogar schon in den Vorarbeiten zum preuß. StGB von 1851 gedacht, nur daß es dort um „Geschwindigkeitsüberschreitungen“ auf Pferden ging (vgl. GOLTDAMMER, aaO, S. 196 und BGHSt 10, 28/30 f.).

⁹ OLG Hamburg NJW 1956, 1656 (VB zum BGH, in dessen gegenteiliger Entscheidung in BGHSt 10, 28/9 auch die Begründung des OLG Hamburg referiert ist). Ebenso schon LG Düsseldorf MDR 1954, 311, GÜLDE, JW 1937, 170 und HOFFMANN-WALLDORF, NJW 1954, 1147. Im gleichen Sinne wohl GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 448 und HAFTER, AT S. 415 f., wenn sie im Gegenstand der Tatbegehung regelmäßig ein Werkzeug oder Produkt i. S. von § 40 StGB sehen wollen, und MAURACH, AT S. 701, wenn er § 24 III StVG a. F. als Beispiel für die Einziehung eines Werkzeugs anführt; vgl. auch MARTIN, DAR 1958, 299 zu § 315a StGB a. F. — Auf der gleichen Linie lag entgegen der späteren st. Rspr. (unten Anm. 11) auch noch RGSt 16, 114/6 (verbotene Druckschriften durch Verbreitung „Mittel“ der Tatbegehung).

¹⁰ BGHSt 10, 28 ff., m. zust. Anm. KRUMME, LM Nr. 8 zu § 40 StGB.

¹¹ RG DJ 1936, 1855 = JW 1937, 170, KG VRS 3, 125, OLG Frankfurt NJW 1954, 652, OLG Karlsruhe VRS 9, 459, OLG Düsseldorf DAR 1957, 45. Aus dem Schrifttum vgl. u. a. FLOEGEL-HARTUNG, Straßenverkehrsrecht, 13. Aufl., § 23 StVG Rdnr. 6, § 24 StVG Rdnr. 8, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 5a, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 10, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 4 B d, WELZEL, Strafrecht S. 245 f. Zu Parallelfällen aus anderen Strafrechtsbereichen vgl. die Nachw. in Anm. 18—20.

¹² Instrukтив hierzu der Bildübermalungs-Fall in RGSt 25, 165 ff.; vgl. auch schweiz. BGE 89 IV 62/66 ff.

hätte die Tat ja nicht begangen werden können. Daß dies nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand.

Wenn daher der Begriff des Tatwerkzeugs nicht jegliche Konturen verlieren soll, muß ein anderes Grenzkriterium gesucht werden. Ob dies jedoch, wie verschiedentlich angenommen¹³, darin gefunden werden kann, daß die fragliche Sache notwendiges Objekt der Tat war — dann nur Gegenstand —, oder ob die Tat auch mit anderen Mitteln hätte verwirklicht werden können — dann Werkzeug —, ist in dieser Allgemeinheit fraglich. Das ließe sich etwa beim Nachschlüsseldiebstahl (§ 243 I Nr. 3 StGB) zeigen: Hier würde man kaum Bedenken haben, den falschen Schlüssel als Tatwerkzeug einzuziehen, und dies, obgleich auch hier die Begehung der Tat die Benutzung des Schlüssels unbedingt erfordert¹⁴.

Doch auch das *Tatziel-Kriterium* des BGH dürfte den entscheidenden Punkt nicht treffen. Danach soll ein Gegenstand dann zum Mittel der Tat werden, wenn der Täter damit einen über den verbotswidrigen Gebrauch hinausgehenden Zweck verfolgt. Das sei nicht der Fall, solange sich der nicht fahrberechtigte Täter auf das verbotswidrige Führen eines Fahrzeugs beschränkt hat. Benutzt er dieses auch zur Unfallflucht, so werde es zum Werkzeug¹⁵.

So sehr das im Ergebnis auch einleuchten mag, zwingend ist die Argumentation des BGH schon deshalb nicht, weil sie sich im Grunde nicht an die Prämissen der hier gestellten Frage hält. Natürlich wird in dem genannten Beispiel der PKW zum Werkzeug, aber doch nicht zum Werkzeug des verbotenen Fahrens, sondern zu dem der Unfallflucht, also eines ganz anderen Delikts. Diese Verschiebung der Relationen ist ein Zeichen dafür, daß sich der Werkzeugcharakter des PKW hier nicht schon daraus ergibt, daß das subjektive Ziel des Täters über den objektiven Verbotszweck des Fahrverbots hinausgeht, sondern erst daraus, daß dieses Ziel zugleich auch auf die Verwirklichung eines anderen Delikts (hier der Unfallflucht) gerichtet ist. In der Tat wäre es auch merkwürdig, wenn im Falle des Fahrens ohne Führerschein der PKW schon allein deshalb zum Werkzeug eben dieses Delikts würde, weil es der Täter nicht nur auf das verbotswidrige Fahren als solches, sondern auch auf die Mißachtung eines Überholverbots abgesehen hat. Denn dieses Hinaus-

¹³ KG VRS 3, 125, OLG Frankfurt NJW 1954, 652, OLG Karlsruhe VRS 9, 459 f., GÖHLER, OWiG, Vorbem. 3 B c zu § 18, SCHWARZ-DREHER, § 40 Anm. 4 B d.

¹⁴ Vgl. BGHSt 10, 28/33, auch HOFFMANN-WALLDORF, NJW 1954, 1148. Verfehlt dagegen die Kritik des LG Düsseldorf MDR 1954, 311, wenn es die These von der notwendigen Beteiligung des Objekts damit zu widerlegen sucht, daß der Täter ja keineswegs seinen eigenen Pkw benutzen müsse, um das Fahrverbot zu verletzen. Denn ob sich die Tat nun an diesem oder jenem Gegenstand verwirklicht, darauf kann es doch sicherlich nicht ankommen (und ist von den in Anm. 13 Genannten auch gewiß nicht so gemeint), sofern sie nur überhaupt die Benutzung eines Gegenstandes dieser Art voraussetzt.

¹⁵ BGHSt 10, 28 ff., 337 f.

streben des Tatziels über das verbotene Fahren ist für dessen Verwirklichung und die dafür notwendigen Voraussetzungen völlig irrelevant.

Demnach kann das Kriterium des subjektiv „überschießenden“ Tatziels für die Abgrenzungsfrage nichts Entscheidendes hergeben. Immerhin dürfte aber die Argumentation des BGH insofern weiterführen, als sie den *Gebrauch* des Gegenstandes in Relation zu dem fraglichen Gebrauchsverbot setzt. Statt jedoch auf das subjektive Tatziel abzustellen, wäre nach der objektiven Bedeutung des fraglichen Gebrauchs zu fragen. Geht es nämlich dem Verbot allein um die Verhinderung eines bestimmten Gebrauchs (z. B. ohne Fahrerlaubnis) oder einer bestimmten Art des Gebrauchs (z. B. in fahruntüchtigem Zustand) und erschöpft sich der Gebrauch des Gegenstandes in eben diesem inkriminierten Verhalten, so befindet sich dieser praktisch in der gleichen Lage, wie sie in den Fällen der „notwendigen Teilnahme“ dem Partner des Täters zukommt: Er ist zwar insofern Mittel der Tatbegehung, als ohne seine Beteiligung die Tat nicht zur Verwirklichung kommen kann; doch seiner Funktion nach ist er nur Opfer, d. h. passives Objekt der Tat¹⁶. Ähnlich ist in den Fällen, in denen es dem Tatbestand um den Schutz eines ideellen Rechtsguts (Verkehrssicherheit) geht und dessen Verletzung sich allein durch den Gebrauch des tatbestandlich benannten Gegenstandes manifestieren kann, der Gegenstand nur (ausnahmsweise einziehbares) Objekt, nicht aber (generell einzuziehendes) Werkzeug der Tat.

Das trifft im *Ergebnis* sowohl auf die Fälle des verbotswidrigen Fahrzeuggebrauchs¹⁷, wie auch auf die des unerlaubten Waffenbesitzes¹⁸ oder der vorschriftswidrigen Einfuhr von Waren zu¹⁹. Dagegen wird bei Unfallflucht das Fahrzeug zu Recht als Werkzeug betrachtet²⁰, da es in diesem Tatbestand nicht nur um die Verhinderung eines verkehrsgefährdenden Fahrzeuggebrauchs geht.

2. Diese abstrakt-begriffliche Einordnung als Tatmittel läßt indes noch kein abschließendes Urteil über die konkrete Einziehbarkeit eines Gegenstandes zu. Vielmehr muß in jedem Falle eine so enge *Beziehung des Mittels zu der ermöglichten oder zu ermöglichenden Tat* bestehen, daß man von einem ein-

¹⁶ Vgl. statt aller BAUMANN, AT S. 600 f. zu den sog. „Begegnungsdelikten“.

¹⁷ Nachw. dazu oben in Anm. 10 und 11.

¹⁸ RGSt 56, 222/4; 57, 329/331; RG GA 69, 177; OLG Hamm NJW 1954, 1169; GA 1958, 311.

¹⁹ RGSt 21, 431; 48, 26/33 f., OLG Karlsruhe DStRZ 1918, 123. Vgl. ferner RG GA 63, 423 (verbotswidrig gekauftes Pferd), RGSt 75, 336/340 (ohne Bezugsberechtigung erworbene Waren), RG GA 53, 282 und BayObLGSt 1953, 94/5 (zum Verkauf angepriesene unzüchtige Gebrauchsgegenstände), RGSt 75, 334, m. zust. Anm. SCHÖNKE, ZAKDR 1942, 79 (gehörtetes Geld).

²⁰ BGHSt 10, 337 f. (m. zust. Anm. KRUMME, LM Nr. 9 zu § 40 StGB), BGH VRS 4, 359/361; 23, 286/9, KG VRS 3, 125, JESCHECK, AT S. 526, MARTIN, DAR 1958, 299, MAURACH, AT S. 701, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 10, WELZEL, Strafrecht S. 246; ebenso bereits CAPELLE, RdK 1939, 219 a. A. STEFFAN, DAR 1939, 161.

ziehungserfordernis missbrauch sprechen kann. Dieses Erfordernis wird allgemein damit umschrieben, daß der betroffene Gegenstand zur Begehung der Tat „gebraucht“ worden oder „bestimmt“ gewesen sein muß²¹.

Soweit es um die Einziehung von Gegenständen geht, die tatsächlich oder unmittelbar zur Tat „gebraucht“ worden sind, ist die Frage der Tat-Mittel-Beziehung unproblematisch; denn eine intensivere Form gemeinwohlwidrigen Eigentumsmissbrauchs, als das Messer in den Rücken des Opfers zu stoßen oder mit Hilfe eines Schweißbrenners den Banktresor aufzubrechen, ist kaum denkbar²².

Dagegen kann die Frage, unter welchen Voraussetzungen die nicht tatsächlich benutzten, sondern lediglich zur Begehung strafbarer Handlungen „bestimmten“ Gegenstände eine ausreichende Tatbezogenheit aufweisen, im Einzelfall sehr schwierig zu entscheiden sein. Keinesfalls kann dafür schon genügen, daß die beim Täter vorgefundenen Gegenstände generell zur Begehung irgendwelcher Straftaten geeignet wären²³. Auch die bloße Inaussichtnahme für etwaige kriminelle Gelegenheiten wäre noch zu vage; denn hier ist die strafrechtswidrige Verwendung der Sache noch zu weit von einer konkreten Tat entfernt, als daß man bereits von einem objektiv manifestierten Mißbrauch sprechen könnte²⁴. Deshalb wird die Einziehung von Gegenständen, die lediglich „auf Vorrat“ angefertigt oder angeschafft wurden, zu Recht abgelehnt²⁵.

Anders ist die Lage dagegen dort, wo nach dem Täterplan ein Gegenstand bereits für eine ganz bestimmte Tat vorgesehen und auch bereitgehalten war, aber auf Grund irgendwelcher Zufälligkeiten dann doch nicht gebraucht

²¹ § 40 I StGB, § 113 I E 1962, § 88 I AE.

²² Was die Qualität der unterstützten Tat anlangt, so kommt dafür nicht nur eine vollendete, sondern auch schon eine versuchte oder als Vorbereitungshandlung selbständig strafbare Tat in Betracht (vgl. oben S. 214 ff.). Vgl. aber auch v. BURI, GS 30, 261, wonach sich das „gebraucht“ in § 40 StGB nur auf vollendete, das „bestimmt“ auf versuchte Taten beziehen soll; doch das hat, solange beides für die Einziehung ausreicht, praktisch nur terminologische Bedeutung.

²³ In diesem Sinne aber wohl die Bestrebungen von HARDY, ZStW 34, 869 ff.

²⁴ Um einem Mißverständnis vorzubeugen, dem offenbar bereits HEINZE, GA 5, 177 erlegen ist, als er sich grundsätzlich gegen diese Einziehungskategorie aussprach, sei noch einmal ausdrücklich betont, daß eine Einziehung selbstverständlich auch hiernach nur auf Grund einer entsprechenden Anknüpfungstat in Betracht kommen kann, sei diese nun vollendet, versucht oder als verselbständigte Vorbereitungshandlung strafbar (RGSt 16, 268/9; 27, 243/4, 245/6; 44, 140/2; 49, 208/210, BGHSt 8, 205/213). Insoweit gilt Entsprechendes wie bei den tatsächlich gebrauchten Gegenständen (vgl. oben Anm. 22). Deshalb scheidet die Einziehung potentieller Tatwerkzeuge, die lediglich gelegentlich einer völlig anderen Straftat aufgefunden wurden, schon mangels einer entsprechenden Anknüpfungstat aus (vgl. RG GA 45, 426/7; BayObLGSt 1913, 31 ff.; BGHSt 13, 311/2/4, BGH bei DALLINGER, MDR 1955, 395). Richtig auch OLG Dresden LZ 1932, 911, wonach ein nur vermuteter Gebrauch nicht ausreicht.

²⁵ BGHSt 8, 205/213; auch BGHSt 13, 311/2/4 bzgl. der Diebeswerkzeuge.

wurde, etwa weil sich der Tresor auch ohne den mitgebrachten Schweißbrenner öffnen ließ, oder der mitgebrachte LKW zum Abtransport der Beute nicht einzusetzen war, weil die Tat nicht zur Vollendung kam²⁶. Hier steht vom Mißbrauchserfordernis her der Einziehung nichts im Wege. Denn in der Bereitstellung einer Sache für eine bestimmte Tat kommt bereits eine so konkrete Affinität zum gemeinwohlwidrigen Mißbrauch zum Ausdruck, daß demgegenüber die Zufälligkeit der Nichtbenutzung nicht entscheidend ins Gewicht fällt. Nur atavistische Vorstellungen werden auf die tatsächliche „Besudelung“ des Werkzeugs durch effektiven Gebrauch, auf den Makel der Sache, größeren Wert legen²⁷. Für ein geläutertes Verwirkungsdenken hingegen muß mehr der auf eine bestimmte Tat konkretisierte und durch Bereitstellung manifestierte Mißbrauchswille des Täters entscheidend sein²⁸.

Hält man sich bei den für die Tatbegehung „bestimmten“ Gegenständen an diese konkretisierende Auslegung, wie dies im Prinzip auch von der herrschenden Meinung vertreten wird²⁹, so bestehen auch gegen diese Einziehungskategorie keine grundsätzlichen Bedenken.

3. Damit sind freilich zunächst nur die generellen Anknüpfungspunkte klargestellt: Der Gegenstand muß zur Begehung einer genau fixierbaren Tat gebraucht worden oder zumindest dazu bestimmt gewesen sein. Unbeantwortet ist dagegen noch die Frage nach dem *Intensitätsgrad*, den die zwischen Tat und Gegenstand aufzuweisende Beziehung im Einzelfall haben muß³⁰.

²⁶ Vgl. KG NJ 1950, 29.

²⁷ Bezeichnenderweise ist denn auch die Einziehung von Gegenständen, bei denen es nicht zum tatsächlichen Gebrauch bei der Tatbegehung kam, verhältnismäßig jung; nach HEINZE, GA 5, 177 Anm. 3 findet sie sich zum ersten Mal in § 21 des braunschweigischen StGB von 1840.

²⁸ An einem derartigen Mißbrauchswillen wird es beispielsweise dort fehlen, wo ein Jagdhund ohne jede Wildereiabsicht mitgeführt und zu der rein gelegenheitsbedingten Tat auch in keiner Weise herangezogen wird; deshalb im Prinzip bedenklich RGSt 1, 28/9.

²⁹ Grundlegend dazu BayObLGSt 1913, 31 ff.; vgl. ferner RGSt 44, 140/2; 59, 250/1; BGHSt 8, 205/213; 9, 88/9; BGH bei DALLINGER, MDR 1955, 395, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 5 b, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 9a. — Eine andere Frage ist jedoch, ob die Praxis im Einzelfall auch immer danach verfährt. Während sich bei Bestimmung eines Gegenstandes zu einer Fortsetzungstat die Rechtsprechung wohl noch in diesem Rahmen hält (vgl. RGSt 40, 361; 52, 322; RG GA 52, 256; BGHSt 8, 165/6), geht die Berufung auf das gewerbsmäßige Wildern des Täters in RGSt 42, 315/6 doch schon sehr weit (enger noch RGSt 27, 243, RG GA 45, 426). Auch die Bemerkung, daß bereits „die gedankliche Bereitstellung oder Inaussichtnahme zur Tat“ ausreiche (BGHSt 8, 205/213), ist nicht unbedenklich; vgl. dazu die treffende Kritik von LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 10. Deshalb sollte man wenigstens eine äußerlich manifestierte Bereitstellung verlangen (vgl. dazu auch BayObLGSt 1913, 31/4/6).

³⁰ Auch soweit die folgenden Ausführungen nur von tatsächlich „gebrauchten“ Gegenständen handeln, gelten sie natürlich auch für die lediglich zur Tatbegehung „bestimmten“ entsprechend, nur daß es dann statt der tatsächlichen Verwendung auf die dem Werkzeug zugeordnete Rolle ankommt.

Diese Frage wird vor allem bei der Einziehung von Gegenständen problematisch, die nicht, wie etwa die Mordwaffe, unmittelbar bei der eigentlichen Tatverwirklichung zum Einsatz kamen, sondern lediglich zu ihrer Vorbereitung oder Beendigung gedient haben, m. a. W. zur eigentlichen Tat nur mittelbar beigetragen haben.

Der Standpunkt der Rechtsprechung hierzu ist nicht einheitlich. Das RG zeigte sich noch recht zurückhaltend. Wohl billigte es die Einziehung von Fahrzeugen, mit denen die Beute sichergestellt wurde³¹; die Einziehung einer Feile hingegen, mit der ein Dietrich hergestellt worden war³², oder die eines Fahrzeugs, mit dem der Täter lediglich zum Tatort hin- oder wieder weggefahren war³³, lehnte es ab³⁴. Demgegenüber läßt sich in jüngerer Zeit eine immer weitere Erstreckung auf mittelbare Tatwerkzeuge beobachten. Ausgehend von dem Gedanken, daß zum Begriff der „Begehung“ eines Verbrechens „alle Handlungen von der Tatvorbereitung bis zur Flucht und zur Bergung der Beute“ gehören³⁵, trägt die neuere Rechtsprechung keine Bedenken mehr, etwa die erwähnte Feile³⁶, den zum Auskundschaften einer Tatgelegenheit benutzten Motorroller³⁷, den planmäßig zur Flucht bereitgestellten PKW³⁸ oder auch die sog. Sicherungsfahrzeuge eines Schmuggeltransports³⁹ einzuziehen⁴⁰.

³¹ RGSt 12, 305/7; RG LZ 1924, 701; RGSt 73, 104/6; ebenso heute BGH NJW 1952, 892, KG NJ 1950, 29/30; BayObLGSt 1962, 299/300, OLG Celle NJW 1960, 1873/4. Anders ist nach RGSt 71, 58 f. jedoch dann zu entscheiden, wenn der Täter das Schmuggelgut durch einen gutgläubigen Spediteur hat befördern lassen; denn dann haben sich der Täter nicht des Fahrzeugs, sondern des Fuhrmanns bedient. Im gleichen Sinne RG HRR 1941, 1030.

³² RGSt 59, 250 f.; vgl. ferner RGSt 55, 46 (Hilfsmittel zur Herstellung von Geld).

³³ RGSt 68, 42/4; 69, 193/4; RG GA 69, 177.

³⁴ In diesem Sinne einschränkend u. a. auch noch FRANK, § 40 Anm. II 2 a β, LOBE, LK, 4. Aufl., § 40 Anm. 8b, OLSHAUSEN, § 40 Anm. 10. Vgl. auch BayObLG, Zeitschr. f. Rpflege in Bayern 1934, 25: keine Einziehung der Schlüssel, die lediglich zur Öffnung des Raumes dienten, in dem die Brandstiftung begangen wurde, da nur zur Vorbereitung gebraucht.

³⁵ BGHSt 8, 205/212; 22, 108/111; ähnlich bereits RGSt 73, 104/6, 106/8; vgl. ferner BGH NJW 1952, 892, KG NJ 1950, 29/30, BayObLGSt 1962, 299/300, JAGUSCH LK, § 40 Anm. II 2.

³⁶ BGHSt 8, 205/213.

³⁷ BGHSt 8, 205/212.

³⁸ BayObLGSt 1962, 299/301, OLG Celle NJW 1960, 1873/4; zweifelnd dagegen noch BGH NJW 1955, 1327, wo der Fall jedoch insofern anders lag, als der Täter nicht nur sich selbst, sondern zugleich auch das Norzuchtsoffer zum Tatort bringen wollte (vgl. dazu auch Anm. 48). — Von den gewöhnlichen Fluchtfällen ist freilich der Fall der *Unfallflucht* zu unterscheiden; denn bei letzterer ist die Einziehung des Fluchtfahrzeugs schon deshalb unproblematisch, weil dort die Flucht selbst die eigentliche tatbestandserhebliche Handlung darstellt, während sonst die Flucht erst meist nach Tatvollendung oder möglicherweise sogar erst nach der Beendigung einsetzt. Deshalb zutreffend BGHSt 10, 337 und KG VRS 3, 125. Vgl. dazu auch oben S. 320.

³⁹ BGHSt 3, 355/7, m. zust. Anm. GEIER, LM Nr. 6 zu § 401 RAO, OLG Köln MDR 1956, 55, BayObLGSt 1962, 299/300; ferner FUCHS, GA 1954, 53.

⁴⁰ Weithin im gleichen Sinne auch schon bisher die h. L.; vgl. u. a. JAGUSCH, LK,

Den gleichen Standpunkt hat sich im Anschluß an die Reformentwürfe⁴¹ jetzt weitgehend auch der Gesetzgeber zu eigen gemacht, wenn in § 40 I StGB neben den Begehungs- ausdrücklich auch die Vorbereitungswerkzeuge der Einziehung unterworfen werden⁴².

Diese Tendenz zur Ausweitung der Werkzeugeinziehung in den Vorbereitungs- und Beendigungsbereich erfährt noch eine beträchtliche Verschärfung dadurch, daß auch an die *Art* und den *Grad*, in dem das Werkzeug die Tat effektiv gefördert haben muß, immer geringere Anforderungen gestellt werden. Das RG beispielsweise wollte für die Einziehung einer Aktentasche nicht schon die Feststellung ausreichen lassen, daß sie einfach zum Transport des Werkzeugs gedient habe, vielmehr müsse dadurch dessen besonders unauffällige Mitführung ermöglicht worden sein⁴³. Aus ähnlichen Erwägungen hat das OLG Hamburg⁴⁴ die Einziehung eines Schleppers als Beförderungsmittel unverzollter Waren abgelehnt; denn ganz davon abgesehen, daß der Schlepper hauptsächlich der Beförderung von Personen diene, sei er mangels besonderer Vorrichtungen und angesichts der geringen Schmuggelmenge zur Tatbegehung nicht besser geeignet gewesen als irgendein anderes Fahrzeug⁴⁵. Der BGH hingegen hat diese auf den hauptsächlichlichen Zweck, die besondere Geeignetheit und konkrete Erforderlichkeit des Werkzeugs abstellenden Kriterien schon bald ausdrücklich abgelehnt und sich statt dessen schlicht mit der tatsächlichen Verwendung des Gegenstandes als Tatmittel begnügt⁴⁶. Demgemäß reiche aus, daß der Gegenstand die Begehung der Tat „irgendwie gefördert“ habe⁴⁶.

§ 40 Anm. II 5b, KOHLRAUSCH-LANGE, § 40 Anm. IV, ROTBERG, OWiG, § 18 Rdnr. 6, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 35, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 40 Anm. 3 B a, c.

⁴¹ § 113 IE 1962, § 88 I AE.

⁴² Enger hingegen § 32 I östE 1964: nur Begehungswerkzeuge. — Immerhin dürfte aber die ausdrückliche Erwähnung der Vorbereitungswerkzeuge zeigen, daß der BGH den Begriff der Begehung überdehnt, wenn er damit ohne weiteres auch die Vorbereitungswerkzeuge erfassen will (vgl. oben bei Anm. 35). — Zur Rechtfertigung der allgemeinen Erfassung von Vorbereitungswerkzeugen wird lediglich auf ein nicht näher begründetes „praktisches Bedürfnis“ verwiesen: E 1962 Begr. S. 246.

⁴³ RG LZ 1926, 828. Im gleichen Sinne will RGSt 22, 15/8 nur dann von einem einziehungsbegründenden Gebrauch sprechen, wenn die Tat in der Art, wie sie ausgeführt wurde, „nur vermöge der Verwendung jener Hilfsmittel oder Hilfskräfte zustande gekommen ist“; das wäre hinsichtlich eines Schlittens zu verneinen, der nur anlässlich einer Besuchsreise, auf der sich die zufällig bietende Gelegenheit zu einem Jagdvergehen ergibt, in die Tat verwickelt wurde. Vgl. ferner RGSt 73, 106/8, wo die Ermöglichung des heimlichen Transports der schwarzgeschlachteten Tiere besonders hervorgehoben wurde.

⁴⁴ HRR 1933, 1543.

⁴⁵ Im gleichen Sinne kurz darauf auch OLG Köln HRR 1933, 1822, und später wieder OLG Hamburg ZfZ 1952, 315.

⁴⁶ BGHSt 3, 1 ff. So wohl auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 11, wenn lediglich „Kausalität“ der Verwendung verlangt wird.

⁴⁷ BGHSt 8, 205/213. Vgl. auch BGHSt 22, 108/111. Ähnlich läßt OLG Köln

Nach FUCHS soll daher schon die gelegentliche Benutzung als Beförderungsmittel genügen⁴⁷, also gleichgültig, ob die Mitführung der Schmuggelware im PKW nun eine wirkliche Taterleichterung bedeutet hat oder nicht⁴⁸.

Diese Entwicklung ist nicht unbedenklich. Ganz abgesehen davon, ob in all diesen Fällen überhaupt noch von einem wirklichen „Mißbrauch“ des betreffenden Gegenstandes die Rede sein kann, stellt sich auch praktisch die Frage nach einer vernünftigen Grenzziehung. Sobald man nämlich einmal über die unmittelbaren Tatwerkzeuge hinausgeht, gerät man unvermeidlich ins Uferlose. Wenn etwa die Feile, die zur Herrichtung des Dietrichs diente, eingezogen werden kann, warum dann nicht auch der Schraubstock oder die Drehbank, in die der Dietrich eingespannt war, oder die Säge, mit der das erforderliche Stück Stahl abgeschnitten wurde? Wenn das Auto, mit dem der Täter das Gelände auskundschaftete, warum dann nicht auch die Werkzeuge, mit denen er es zuvor instand gesetzt hat? Wenn der Geländeplan, warum dann nicht auch der Schreibtisch, auf dem dieser ausgearbeitet wurde?

Noch beängstigender werden die Perspektiven dieser Konzeption, wenn man sie bis in die „strafähnliche“ Dritteinziehung der h. M. durchzieht. Wenn beispielsweise das Fahrzeug, mit dem sich der Täter zum Tatort begibt, einziehbar sein soll, kann es dann noch einen Unterschied machen, ob der Täter sein eigenes Fahrzeug oder statt dessen ein Taxi genommen hat und der Fahrer die bösen Absichten seines Gastes hätte erkennen können?

Wenn diese kettenartige Ausdehnung des gegenständlichen Einziehungsbereichs, der bei Anknüpfung an selbständig strafbare Vorbereitungshandlungen⁴⁹ ja ohnehin schon sehr weit vorgeschoben ist, nicht völlig aus der Kontrolle geraten soll, müssen ihr klare Grenzen gesetzt werden. Das erscheint auf zweifache Weise geboten.

NJW 1951, 612/3 genügen, daß die Beiwagenmaschine in irgendeiner Weise beim Transportdiebstahl benutzt wurde.

⁴⁷ GA 1954, 53 Anm. 61; insoweit and. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 11.

⁴⁸ Ganz auf dieser Linie wurden denn etwa auch in BGHSt 1, 351; 2, 311 keinerlei Überlegungen dazu angestellt, ob der Benutzung des Fahrzeugs bei der Zollhinterziehung auch nur die geringste tatfördernde Bedeutung zukam. Ob damit der BGH freilich schon das letzte Wort gesprochen hat, kann erfreulicherweise bezweifelt werden, da er in BGHSt 16, 282/6 ausführt, daß das Beförderungsmittel u. U. dann nicht zur Tat gedient habe, wenn die Insassen nur Zollgut von geringer Menge und unbedeutendem Wert mitführten. Vgl. ferner BGH NJW 1955, 1327, wo der BGH u. a. als wesentlich herausstellt, daß der Motorroller dem Gesamtplan des Täters entsprechend dazu benutzt wurde, das Notzuchtopfer „unter Ausnutzung der Fahrgeschwindigkeit . . . in eine abhängige Lage . . . zu bringen“. Auf der gleichen Linie liegt BGH VerkMitt. 1967 Nr. 1, wenn betont wird, daß der Ankauf einer größeren Anzahl gestohlener Räder dem Täter „nur dadurch ermöglicht worden (sei), daß er zu ihrem Abtransport seinen Kraftwagen benutzen konnte“. Auch in den Benzinverbrauchsfällen (KG NJW 1957, 801, OLG Köln NJW 1959, 2128), wo insoweit der Beförderungszweck verneint wurde, ist eine einschränkende Tendenz bemerkbar.

⁴⁹ Dazu oben Anm. 22 und 24 sowie S. 214 ff., 277 ff.

a) Zunächst ist in *formaler* Hinsicht die Einziehung grundsätzlich auf *unmittelbare Tatwerkzeuge* zu beschränken, da jenseits dieser Linie eine auch nur einigermaßen klare und praktikable Abgrenzung nicht mehr möglich ist. Diese Grenzziehung, mit einer gewissen Elastizität gehandhabt, würde auch kriminalpolitisch durchaus annehmbare Lösungen ermöglichen. Denn keinesfalls ist ja das Unmittelbarkeitserfordernis so eng zu verstehen, als ob damit nur jene Gegenstände erfaßt würden, die der Täter bei seiner Tat buchstäblich in der Hand hat (die Mordwaffe, das Brecheisen). Vielmehr gehören dazu auch solche, die nach Beschaffenheit und plangemäßer Verwendung als notwendiges oder taterleichterndes Zubehör des eigentlichen Tatwerkzeuges anzusehen sind: so etwa der „Geigenkasten“, in dem auf unverfängliche Weise die Abtreibungsinstrumente mitgeführt werden können⁵⁰, oder das Tarnungsmaterial, mit dem die verfassungsfeindlichen Schriften eingeschleust werden⁵¹. Dagegen würden Gegenstände, die lediglich der Anfertigung oder Instandhaltung von unmittelbaren Tatwerkzeugen dienen, nicht mehr erfaßt.

Auch was den *zeitlichen Ansatzpunkt* anbelangt, braucht das Werkzeug nicht unbedingt den tatbestandlich entscheidenden Schlag geführt zu haben; denn da die Tatbegehung kein punktueller Einzelakt, sondern ein Vorgang ist, der bis zu seiner Beendigung verschiedene Stadien durchläuft, besteht für den Einsatz des Werkzeugs auch zeitlich eine gewisse „Bandbreite“, innerhalb der es zur Ermöglichung, Erleichterung oder Beschleunigung der Tat einen unmittelbaren Beitrag leisten kann. Allerdings muß es für diesen Zeitraum auch bestimmte *äußere* Grenzpunkte geben. Für das Endstadium kommt dafür die *Beendigung* der Tat in Betracht, da dieser Zeitpunkt regelmäßig noch einigermaßen klar fixierbar ist⁵². Demgemäß können Fahrzeuge, die zur Sicherung der Beute gedient haben, durchaus noch als unmittelbare Tatwerkzeuge angesehen werden⁵³. Weitaus schwieriger ist dagegen die Bestimmung

⁵⁰ Vgl. dazu den Aktentaschen-Fall in RG LZ 1926, 828.

⁵¹ Vgl. auch BayObLGSt 1952, 93 f.: Erstreckung der Einziehung des Krafttrades auf den Kfz-Schein. Anders als es das BayObLG tut, sollte aber dafür weniger auf zivilrechtliche Kriterien als auf die tatfördernde Bedeutung des Zubehörstückes abgestellt werden. Das gilt auch für Behältnisse und Umschließungen, wo die Rechtsprechung teilweise zu weit geht; vgl. im einzelnen oben S. 306.

⁵² Insoweit ist daher der h. M. (vgl. die Nachw. oben in Anm. 35) zuzustimmen. Treffend dazu das makabre Beispiel aus BayObLGSt 1880, 177/186 ff.: Eichbäumchen nicht mehr zur „Begehung“ des Mordes gebraucht, wenn an ihm lediglich die Leiche des Erwürgten aufgehängt wurde, um auf diese Weise das Verbrechen zu verschleiern.

⁵³ Problematisch bleiben jedoch auch hiernach die Fälle der *Flucht*. Hier kann von einem unmittelbaren Targebrauch des Pkw keine Rede mehr sein, wenn seine Benutzung nicht von vorneherein eingeplant und auf diese Weise die Tat als solche zumindest psychisch mitgefördert hat, es sei denn, die Flucht könnte im Einzelfall noch als Teil der Tatbeendigung angesehen werden. Weitgehend im gleichen Sinne wohl auch BayObLGSt 1962, 299 ff. Über die anders gelagerten Fälle der Unfallflucht vgl. oben Anm. 38.

des für den unmittelbaren Tatbeginn entscheidenden Fixpunktes. Wenn man sich hier nicht wieder in das nur schwer umgrenzbare Vorfeld des tatbestandlich erfaßten Geschehens verlieren will, kann nicht schon jede Vorbereitungs-handlung ausreichen, sondern es ist nach einem tatnäheren Grenzpunkt zu suchen. Ebenso wie bei Umgrenzung des Versuchsbereiches bietet sich dafür allein der „Anfang der Ausführung“ der betreffenden Anknüpfungstat an. Das bedeutet, daß die Einziehung einerseits alle Gegenstände erfaßt, die in einem Zeitpunkt zum Einsatz kamen, in dem nach Versuchsgrundsätzen die Ausführung der Tat bereits begonnen hat: so etwa die gewaltsame Verbringung des Notzuchtopfers an einen geeigneten Tatort; und daß andererseits alle Gegenstände unerfaßt bleiben, die lediglich der Vorbereitung der Tat gedient haben: so die Auskundschaftung des Geländes und für den Regelfall auch die eigene Fahrt des Täters zum Tatort. Etwas anderes hat selbstverständlich dort zu gelten, wo die fragliche Vorbereitungshandlung selbständig unter Strafe steht⁶⁴; denn dadurch können die ihr dienenden Werkzeuge ihrerseits zu unmittelbaren Tatmitteln werden. Hier wird es dann eine Frage des Einzelfalles sein, ob eine Einziehung noch angemessen erscheint.

b) Über diese formale Eingrenzung hinaus ist jedoch auch noch eine *materielle* Beschränkung notwendig. Nicht zuletzt vom Mißbrauchsgedanken her erscheint die Einziehung eines Gegenstandes als Tatwerkzeug erst dann gerechtfertigt, wenn er die *Tatbegehung effektiv gefördert* hat und nicht nur rein zufällig mit in sie hineinverwickelt war. Wo etwa der Täter das Päckchen Kaffee zu sich gesteckt hat und dann mit seinem PKW über die Grenze gefahren ist, so war das Fahrzeug zweifellos mit ursächlich für die Tat; von einem wirklichen Mißbrauch des Fahrzeugs kann hier jedoch so lange keine Rede sein, als der Täter seine Tat nicht auch auf andere Weise ebenso leicht und gut hätte durchführen können.

Zwar wird man nicht so weit zu gehen brauchen wie das OLG Hamburg⁶⁵, das auf den allgemeinen Zweck des Werkzeugs und seine besondere Tatgeeignetheit wohl zu viel Gewicht gelegt hat. Andererseits kann aber auch nicht schon die einfache kausale Verwicklung des Gegenstandes in die Tat genügen. Vielmehr wird man, wie das noch das RG getan hat⁶⁶, zumindest verlangen müssen, daß der Täter sich die besonderen Vorteile eben dieses Werkzeugs zunutze machen wollte; sei es, um sich damit beispielsweise die Einwirkung auf das Opfer zu erleichtern⁶⁷, oder sei es, um auf diese Weise die Beute unverfänglicher transportieren zu können⁶⁸. Allgemeinere Regeln werden sich

⁶⁴ Dazu oben S. 214 f.

⁶⁵ HRR 1933, 1543; näheres dazu oben S. 325.

⁶⁶ Vgl. oben bei Anm. 42; ferner die in Anm. 48 angeführten neueren Entscheidungen des BGH. In einschränkendem Sinne auch MANN, ZfZ 1955, 139 ff.

⁶⁷ Vgl. BGH NJW 1955, 1327.

⁶⁸ So etwa an einer nicht ohne weiteres einsehbaren Stelle des Fahrzeugs: LG Waldshut ZfZ 1959, 245/7.

dafür kaum aufstellen lassen, da es jeweils ganz entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles ankommt⁶⁹.

II. Die sog. „Beziehungsgegenstände“ und sonstigen Tatobjekte

1. Im Gegensatz zu den Tatwerkzeugen, die nicht nur Objekt der Tat sind, sondern zugleich auch zur Verletzung anderer Güter beitragen, sind nun die Gegenstände zu betrachten, die praktisch nur das *passive Objekt der Tat* darstellen⁷⁰. Teils vollzieht sich dabei die Tat körperlich am Objekt selbst, indem in irgendeiner Weise darauf eingewirkt wird (so beim mißhandelten Tier, bei den irreführend verpackten Waren); teils stellt der Gegenstand nur den finalen Bezugspunkt der Tat dar: sei es, daß die Tat um den Erwerb oder die Veräußerung des betroffenen Gegenstandes willen begangen wird (so beim Schmuggelgut oder dem Verkauf ungenehmigter Arzneimittel), oder sei es, daß der einziehungsbe gründende Mißbrauch in der verbotenen Art und Weise des Sachgebrauchs besteht (so beim Fahren ohne Fahrerlaubnis oder in trunkenem Zustand, beim falschen Parken oder verbotenen Waffentragen).

Schon diese wenigen Beispiele dürften zeigen, daß es sich hier um Gegenstandskategorien handelt, die nur schwer auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind. Das mag es entschuldigen, daß sie vom Gesetz meist nur mit der sprachlich unschönen und auch inhaltlich wenig griffigen Formel der „Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht“, umschrieben werden und dementsprechend auch hier kurz als „Beziehungsgegenstände“ bezeichnet werden sollen⁷¹.

⁶⁹ Nicht zu verwechseln mit der hier erörterten Frage des tatfördernden Gebrauchs ist die der sog. *eigentlichen oder uneigentlichen Tatwerkzeuge* (Diebeswerkzeuge, Jagdgeräte u. dgl.). Denn dabei handelt es sich um die bei bestimmten Einziehungs-tatbeständen auftretende Frage, ob gewisse Gegenstände schon von Natur aus oder erst auf Grund ihrer besonderen Widmung durch den Täter zu einer bestimmten Werkzeugkategorie gehören (z. B. bei § 295 StGB). Auf diese spezialtatbestandlichen Probleme kann hier nicht näher eingegangen werden. Außer den einschlägigen Kommentierungen vgl. dazu insbes. RGSt 12, 205 ff.; 22, 15 ff. (Schlitten als Jagdgerät), BGHSt 19, 123, OLG Stuttgart NJW 1953, 354, BayObLGSt 1958, 203, OLG Celle NJW 1960, 1873 (Pkw zum Blenden der Tiere als Jagdgerät), OLG Celle GA 1965, 30 (Kleinkalibergewehr als Fischereigerät), BGHSt 9, 96 (Bremskurbelgriff als Diebeswerkzeug).

⁷⁰ Näheres zur Abgrenzungsfrage oben S. 318 ff.
⁷¹ Allerdings wäre in einigen Fällen die schlichte Bezeichnung des Einziehungsobjekts als „Gegenstand der Tat“ nicht nur der weniger komplizierte, sondern auch sachlich treffendere Ausdruck; vgl. etwa § 7 III DüngemittelG a. F.: „Düngemittel, die Gegenstand (!) einer Zuwiderhandlung nach . . . waren, können eingezogen werden.“ Eine derartige Formulierung wäre beispielsweise auch bei § 21 III StVG treffender, da dort das Fahrzeug ja keineswegs nur den Bezugspunkt, sondern gerade eben das Objekt des Mißbrauchs darstellt. — Im übrigen ist jedoch der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, daß sich der Gesetzgeber nicht selten des Begriffs der „Beziehungsobjekte“ bedient, um damit etwaigen Einordnungsschwierigkeiten aus dem Wege zu gehen. Typisch dafür etwa § 13 LebMG, wo offenbar auch Tatpro-

2. Diese terminologischen Schwierigkeiten scheinen nicht zuletzt in der Sache begründet: Sie sind Ausdruck für die Unmöglichkeit einer generalisierenden und dennoch klar fixierbaren Umgrenzung dieser Objekte. Denn wollte man die Einziehung ernsthaft auf alle Sachen und Rechte erstrecken, die in diesem Sinne Gegenstand oder Bezugspunkt einer strafbaren Handlung waren, so würde praktisch jeder Gegenstand, der irgendwie mit dem Strafrecht in Berührung kam, in die „Gefahrenzone“ der Einziehbarkeit geraten. Das wäre nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit unerträglich, da es angesichts der heutigen Fülle von Verboten und Geboten, vor allem im Bereich des Nebenstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, den Umgang mit Eigentum zu einem unzumutbaren Risiko machen würde. Deshalb hat schon die bisherige Praxis im Prinzip gut daran getan, bezüglich der Beziehungsgegenstände auf eine generelle Einziehung zu verzichten, um sie statt dessen *spezial-gesetzlich nur für dringlich erscheinende Fälle* vorzusehen⁸².

Freilich fragt es sich, ob das Ausmaß der Einzelregelungen nicht manchmal doch noch zu weit geht. Vor allem in den umfangreichen Blankettstrafbestimmungen wird meist nur ganz global auf die Einziehung aller Gegenstände verwiesen, auf die sich die katalogartig aufgezählten Gebote und Verbote beziehen können. Hier wird es selbst für den Richter, geschweige für den der gesetzestechnischen Verweisungskniffe unkundigen Laien, nicht selten schwer sein, den Bereich der erfassbaren Beziehungsgegenstände noch klar zu erkennen. Daher wird man auch hier, um wenigstens zu einer einigermaßen praktikablen Abgrenzung zu kommen, mit dem BayObLG verlangen müssen, daß zwischen Tat und Gegenstand eine *unmittelbare Beziehung* nachweisbar ist⁸³.

Produkte und Tatwerkzeuge zu den Beziehungsobjekten gerechnet werden (vgl. HOLT-HÖFER-JUCKENACK-NÜSE, LebMG, § 13 Anm. 5 ff.; vgl. auch § 282 StGB bzgl. gefälschter Urkunden). Folgerichtig sind für GÖHLER, OWiG, Vorbem. 3 A, C vor § 18, die Tatprodukte lediglich eine Unterart der Beziehungsgegenstände. — Diese Entwicklung ist nicht ungefährlich. Hier läßt sich eine Ausuferung des Einziehungsgebietes nur dadurch aufhalten, daß die Einziehung streng auf Gegenstände beschränkt wird, die unmittelbares Objekt oder unmittelbarer Bezugspunkt der Tat sind. Deshalb verdient auch bei § 13 LebMG die einschränkende Auslegung von HIERONIMI, LebMG, § 13 Anm. 5 den Vorzug.

⁸² Davon ist auch die Neufassung des § 40 I StGB nicht abgegangen, wo weiterhin nur die Tatwerkzeuge und Tatprodukte generell für einziehungsfähig erklärt sind. Gleiches gilt für die Entwürfe (§ 113 I E 1962, § 88 I AE). Über Beispiele spezialgesetzlicher Einziehung von „Beziehungsobjekten“ vgl. die Nachw. oben S. 51 Anm. 21. — Bemerkenswerterweise hatte auch das schweiz. StGB von 1937 die den welschen Kantonsrechten bekannte Einziehung der „corps du délit“ nicht mit übernommen, sondern die Generalklausel des Art. 58 auf Tatwerkzeuge und Tatprodukte beschränkt. Wenn das von manchen Autoren dahin verstanden wird, daß die Tatobjekte ohnehin entweder als Produkt oder als Werkzeug erfaßt würden (vgl. die Nachw. oben in Anm. 7), so dürfte das im wesentlichen auf einem verfehlten Verständnis des Begriffs des Tatmittels beruhen; vgl. dazu oben S. 318 ff.

⁸³ Ebenso GÖHLER, OWiG, Vorbem. 3 A vor § 18. Demgemäß wird in BayObLGSt

G) Die Tatfrüchte (scelere quaesita i. w. S.)⁸⁴

I. Die Tatprodukte

Bei den producta sceleris handelt es sich um Gegenstände, die entweder ihre Existenz als solche (nachgemachtes Geld, verbotene Rauschgifte) oder ihre gegenwärtige Form und Beschaffenheit (verfälschte Urkunden oder Lebensmittel) unmittelbar einer strafbaren Handlung verdanken⁸⁵, also gleichsam durch „*originäre Schaffung*“ in die Hand des Täters gelangen⁸⁶.

Diese Art verbotener Einkünfte stellt unter den scelere quaesita zweifellos die stärkste und auch am wenigsten problematische Gruppe dar⁸⁷. Denn da sie ihre Entstehung der Mißachtung eines strafrechtlichen Verbotes verdanken, geht bei ihnen — mehr noch als bei sonstigen Einziehungsobjekten — die rechtliche Mißbilligung bis in die Wurzeln ihrer Existenz. Deshalb liegt bereits in der Hervorbringung derartiger Gegenstände ein Grundrechtsmißbrauch, so daß sich der Täter gegen ihre Entziehung auch nicht auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG berufen kann⁸⁸.

Im übrigen wird es sich bei den Tatprodukten meist um Gegenstände handeln, die schon wegen ihrer rechtswidrigen Herkunft auch künftig kaum im Einklang mit der Rechtsordnung besessen und gebraucht werden können und damit potentielle Werkzeuge weiterer strafbarer Handlungen darstellen⁸⁹.

1957, 24/6 die Verletzung rein bürotechnischer Buchführungspflichten zu Recht nicht für ausreichend angesehen, um darauf nach §§ 9 II, 11 SprengstoffG a. F. die Einziehung von Sprengstoffen zu stützen; im gleichen Sinne BayObLGSt 1962, 119 und BGH GA 1967, 371/2 bezüglich § 13 LebMG. Insoweit zutreffend auch OLG Hamm MDR 1951, 375. Weitergehend OLG Hamburg, DDevR 1959, 210 (auch mittelbare Beziehung zur Straftat ausreichend). ⁸⁴ Zur Terminologie oben S. 317.

⁸⁵ Vgl. statt aller JAGUSCH, LK, § 40 Anm. 5a, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 8. Die abw. Ansicht des AG Osterode NdsRpfl. 1966, 227, das offenbar nur die gänzlich aus einer Straftat hervorgegangenen Gegenstände als Tatprodukte ansieht und deshalb verfälschte Urkunden ausschließt, hat im Gesetz keine Stütze und ist wohl auch kriminalpolitisch zu eng. Freilich ist nicht zu verkennen, daß damit die Abgrenzung gegenüber dem reinen Tatobjekt schwierig wird. Um ein solches wird es sich regelmäßig dort handeln, wo die Tat keinerlei substantielle Veränderung des betroffenen Gegenstandes zur Folge hat; insofern auch zutreffend OLG Stuttgart ZStW 43, 496 m. krit. Anm. HEIGELIN.

⁸⁶ Insofern unterscheiden sich die Tatprodukte von den „erlangten“ Gegenständen, bei denen lediglich ein Besitzwechsel stattfindet; deshalb zutreffend RGSt 39, 78 (durch Glücksspiel erworbenes Geld kein Tatprodukt); bedenklich dagegen OLG Hamburg DJZ 1920, 724 (Erlös aus Brotmarken als Tatprodukt). — Vgl. auch unten S. 332 f.

⁸⁷ Entwicklungsgeschichtlich ist jedoch bemerkenswert, daß das Hauptgewicht der allgemeinen Einziehbarkeit von scelere quaesita zunächst mehr auf den unlauteren Tatvorteilen lag, die nach dem Prinzip des „turpia luca extorqueri“ ipso iure dem Fiskus verfielen (oben S. 16 f.). Spätestens in den Partikulargesetzbüchern des 19. Jahrhunderts hatte sich aber auch die Einziehung der Tatprodukte allgemein durchgesetzt (oben S. 22).

⁸⁸ Vgl. dazu auch oben S. 183.

⁸⁹ Dennoch wäre es nicht ganz zutreffend, die Tatprodukte generell als Unterfall

Deshalb bestehen gegen die *generelle Einziehbarkeit* von Tatprodukten, wie sie de lege lata und de lege ferenda vorgesehen ist⁷⁰, keinerlei Bedenken. Soweit sie als potentielle Tatwerkzeuge weiterer Straftaten (z. B. die gefälschten Urkunden als Täuschungsmittel) oder auch schlechthin durch ihre Existenz eine Bedrohung geschützter Interessen bedeuten (z. B. Falschgeld), wird meist schon eine sicherungsweise Einziehung in Betracht kommen, so daß es eines Verschuldens des Eigentümers grundsätzlich nicht bedarf. Doch selbst soweit sie im Einzelfall ungefährlich sein mögen, wird es regelmäßig im Interesse einer wirksamen Spezialprävention liegen, dem Täter gerade die Gegenstände zu entziehen, die ihm sogar das Risiko einer Straftat wert waren.

II. Tatgewinne und sonstige durch die Straftat „erlangte“ Gegenstände

1. Unter dieser Kategorie von Einziehungsobjekten sind Gegenstände zu verstehen, die — anders als die Tatprodukte — nicht bereits ihre Entstehung (oder jedenfalls ihre rechtswidrige Gestalt) der strafbaren Handlung verdanken, sondern schon vorher vorhanden waren, jedoch gerade *auf Grund der Tat in die Hände des Täters gelangten*. Dabei kann man aus der Sicht des Erlangungsvorganges im wesentlichen zwei Arten von Gegenständen unterscheiden. Die einen sind die unmittelbar durch die Tat „verschobenen“ Sachen, wozu insbesondere die körperliche Deliktsbeute zu rechnen ist: das Diebstahlsgut, die Jagdbeute, die verbotenerweise in Küstengewässern gefangenen Fische, die erschwindelten Gegenstände. Bei der anderen Gruppe von Gegenständen, in denen ebenfalls die strafbare Handlung den entscheidenden Erwerbsfaktor darstellt, handelt es sich um die vom Täter aus der Tat „gezogenen“ Tatvorteile: so etwa die aus unzulässigen Überpreisen oder verbotenen Devisengeschäften gemachten Gewinne⁷¹.

Auch wenn diese Gegenstände nicht „von Geburt an“ das Zeichen der Illegitimität an sich tragen, muß es doch wegen ihrer rechtswidrigen Erlangung jedenfalls dem Täter (oder einem sonstigen unberechtigten Nutznießer der Tat) verwehrt sein, sich zu ihrer Erhaltung dem Staat gegenüber auf die Ei-

der Tatwerkzeuge zu begreifen (so etwa KÖBNER, S. 9; vgl. auch AG Osterode NdsRpfl. 1966, 227); denn jedenfalls für ihre Einziehbarkeit kommt es gerade nicht darauf an, daß sie tatsächlich als Werkzeug gedient haben oder überhaupt dazu dienen sollen. Gegen KÖBNER auch schon VORBERG, S. 79 ff.

⁷⁰ § 40 I StGB, § 113 I E 1962, § 88 I AE. Über weitergehende Sondervorschriften vgl. die Nachw. oben S. 51 Anm. 15, 19.

⁷¹ Vgl. BGH, LM Nr. 2 zu § 414 RAO. — Freilich ist die Einordnung nicht immer so einfach wie in den genannten Beispielen. So ließe sich beispielsweise durchaus darüber streiten, ob der nach § 14 SammlungsG einzuziehende Ertrag einer nicht-geheimigten Sammlung durch die Tat nur erlangt oder sogar hervorgebracht wurde. Hier wird wohl ersteres anzunehmen sein, da das bloße Zusammentragen bereits vorhandener Vermögenswerte keine eigentlich produktive Handlung darstellt. Vgl. auch Anm. 74 bzgl. Schmuggelgut.

gentumsgarantie zu berufen. Denn gleich, ob dieser zivilrechtlich vollgültiges Eigentum oder nur eine wirtschaftliche Sachinhaberschaft erlangt hat: auf Grund des rechtswidrigen Erwerbsaktes hat er auf jeden Fall den Schutzanspruch des Art. 14 GG dem Staat gegenüber verwirkt⁷². Deshalb steht der Entziehung dieser Gegenstände, vorbehaltlich etwaiger Rechte des Tatopfers, grundsätzlich nichts im Wege.

Das geltende Recht indes hat von diesen Einziehungsmöglichkeiten bislang nur wenig Gebrauch gemacht⁷³. Abgesehen von der Generalklausel des § 18 OWiG 1952⁷⁴ finden sich nur vereinzelte *Sonderregelungen*, nach denen auch rechtswidrige Tatfrüchte von der Einziehung erfaßt werden können. In der Hauptsache handelt es sich dabei um die Beute aus Wilderei oder sonstigen Naturfreveln⁷⁵ oder die Gewinne aus verbotswidrigen Geschäften⁷⁶. Das Diebesgut und sonstige durch die Tat „verschobenen“ Gegenstände hingegen verbleiben selbst dann dem Täter, wenn sie der Geschädigte voraussichtlich nicht zurückfordern wird⁷⁷.

2. Diese Zurückhaltung wird von den neueren Entwürfen aufgegeben, in-

⁷² Dazu näher oben S. 181 ff.

⁷³ Entwicklungsgeschichtlich dürfte sich das nicht zuletzt daraus erklären, daß es nach der generellen Erfassung der Tatprodukte in den Partikularrechten (vgl. oben S. 22 und 331) nochmals eines weiteren Abstraktionsprozesses bedürfte, um die durch die Tat erlangten Vorteile als eine Abart der durch die Tat hervorgebrachten Tatfrüchte zu erkennen.

⁷⁴ Danach könnten neben den durch die Zuwiderhandlung „gewonnenen“ (gemeint sind damit die Tatprodukte: ROTBERG, OWiG, § 18 Rdnr. 4) und die zu ihrer Begehung gebrauchten oder bestimmten Gegenständen allgemein auch die „erlangten“ eingezogen werden. Mit ROTBERG, OWiG, § 18 Rdnr. 5 sind darunter Gegenstände zu verstehen, die der Täter mit Hilfe der Zuwiderhandlung an sich gebracht, erworben oder sonst in seinen Herrschaftsbereich überführt hat; ähnlich KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, OWiG, § 18 Anm. 3: Erlangung der sachlichen Verfügungsgewalt durch die Tat. Davon kann jedoch, entgegen der Auffassung dieser Autoren, bei Schmuggelwaren keine Rede sein. Denn diese sind meist schon vor dem Steuervergehen erlangt; deshalb kommt diesem regelmäßig keine für den Erwerbsakt konstitutive Bedeutung zu. Daher ist das Schmuggelgut eher den „Beziehungsgegenständen“ i. S. von oben B II zuzurechnen.

⁷⁵ So vor allem die verbotenerweise in Küstengewässern gefangenen Fische (§ 296a StGB) und die unter Verletzung waidmännischer Grundsätze oder naturschützender Vorschriften erlangten Tiere oder Pflanzen (§ 40 I Nr. 1 i. V. m. §§ 21 III, 22, 38 BJagdG, § 31 NaturschutzVO, § 4 WaldverwüstungsG).

⁷⁶ Vgl. insbes. § 8 WiStG 1954, ferner § 14 SammlungsG a. F. (Erträge nichtgeheimigter Sammlungen).

⁷⁷ Das ergibt sich daraus, daß „erlangte“ Gegenstände nur auf Grund von Sondervorschriften, nicht dagegen nach der Allgemeinregelung des § 40 StGB eingezogen werden können: vgl. u. a. RGSt 25, 165; 39, 78; 54, 223; 70, 92/4; 72, 387/390; BGH ZfZ 1952, 221/3; BAUMANN, AT S. 731, MAURACH, AT S. 701, SCHÖNKESCHRODER, § 40 Rdnr. 8. Darüber hinaus kommt eine Entziehung der Tatbeute mit anschließender Herausgabe an den Verletzten allenfalls über ihre strafprozessuale Beschlagnahme als Beweismittel in Betracht (vgl. §§ 94, 111 StPO).

dem sie generell den Verfall aller rechtswidrigen Tatvorteile anordnen⁷⁸. Dies geschieht zu Recht. Denn nicht nur aus Gründen der Einheitlichkeit, sondern mehr noch im Interesse größtmöglicher punitiver Effizienz scheint es geboten, dem Täter prinzipiell alle Früchte seiner Tat wegzunehmen, um ihn auf diese Weise für die Strafe überhaupt erst empfänglich zu machen⁷⁹. Hinzu kommt der Ausgleichsgedanke, der die reparative Entziehung der durch die Tat erlangten Vorteile dann gerechtfertigt erscheinen läßt, wenn der Täter schuldlos gehandelt hat⁸⁰.

Freilich darf auch hier die Einziehung der erlangten Gegenstände nicht auf Kosten des Tatopfers gehen. Denn es kann keinesfalls der Sinn der Einziehung sein, dem Geschädigten die Durchsetzung seiner Rückforderungs- oder Ersatzansprüche zu erschweren oder gar zu vereiteln. Diesen Interessen könnte auf die gleiche Weise Rechnung getragen werden, wie es bereits oben (§ 15 C II) für die reparative Gewinnabschöpfung vorgeschlagen wurde.

Auch was die Erfassung mittelbarer Tatvorteile (Zinsen, gewerbliche Nutzung des gestohlenen Fahrzeugs u. dgl.) angeht, sind die zur Gewinnabschöpfung entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden⁸¹. Zwar ist dies, soweit die Sanktion auf Straferwägungen beruht, nicht schon durch das Ausgleichsprinzip geboten; denn als Strafe braucht sich die Einziehung nicht notwendig auf Vorteile zu beschränken, denen ein entsprechender Nachteil des individuellen Tatopfers oder der Allgemeinheit gegenübersteht. Will man jedoch nicht ins Uferlose geraten, so wird man zweckmäßigerweise auch die Strafeinziehung grundsätzlich auf die unmittelbaren Tatfrüchte beschränken

⁷⁸ Vgl. die Generalklauseln über den Verfall rechtswidriger Tatvorteile nach § 109 E 1962, § 83 AE und künftig § 73 I StGB 1973, worunter nicht nur „gezogene“ Tatgewinne, sondern auch die „verschobene“ Tatbeute zu rechnen ist; in diesem Sinne jedenfalls die Begr. in E 1962 S. 241; wohl enger auf Tatgewinne abstellend AE Begr. S. 157. Vgl. auch Art. 59 II schweiz. StGB (Verfall angelegener Gegenstände, falls Eigentümer innerhalb 5 Jahren nicht feststellbar) sowie das neue niederländische Einziehungsrecht (Generalklausel für erlangte Gegenstände: dazu CIRPKA, System der Strafen S. 32). Ablehnend gegen eine generelle Einziehung der *scelere quaesita* dagegen noch GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 450 und RAUH, S. 49.

⁷⁹ Vgl. dazu oben S. 82 ff., 113.

⁸⁰ Vgl. oben S. 120 ff. und 284 ff. Allerdings wird man in diesem Fall nur das einziehen dürfen, was dem Täter auch tatsächlich als Gewinn oder Mehrerlös zugeflossen ist (so im Prinzip auch RGSt 77, 145 ff., RG DevArch 1942, 227/9, RG DR 1943, 78 f., EBSCH, WiStG, § 8 Rdnr. 5, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, WiStG, § 8 Anm. 8). Deshalb ist die rein abstrakte Berechnungsweise, wie sie von der h. M. praktiziert wird (vgl. außer den vorgenannten insbes. auch OLG Schleswig SchlHA 1948, 49, KG JR 1950, 404/5, WIMMER, MDR 1947, 248 ff.), jedenfalls dort nicht unproblematisch, wo es lediglich um Gewinnausgleich geht (vgl. WINNEFELD, MDR 1947, 149 ff.). — Dagegen kann es auf eine fortbestehende Bereicherung nicht ankommen, jedenfalls insoweit nicht, als die Abschöpfung auch Strafcharakter hat (vgl. RGSt 76, 300/2; 77, 145/7; BayObLGSt 1919, 38 ff., OLG Düsseldorf JR 1950, 217, STARKE, LZ 1919, 998). Vgl. auch oben S. 294 Anm. 49 sowie unten Anm. 94 zum Begriff des „Empfangenen“ bei § 335 StGB.

⁸¹ Vgl. oben S. 291 ff.

und die mittelbaren allenfalls insofern erfassen, als sie sich typischerweise mit den unmittelbar erlangten Gegenständen erzielen lassen: so etwa die Zinsen oder der Verkaufserlös. Im übrigen kommt ja in jedem Falle auch noch die Ersatzeinziehung in Betracht, falls das unmittelbar erlangte Objekt nicht mehr vorhanden ist.

III. Das Tatentgelt

Besonderer Erwähnung bedürfen noch die für die Begehung einer strafbaren Handlung hingegebenen bzw. empfangenen Gegenstände (Tatentgelte), da sie eine gewisse Zwitterstellung einnehmen. Mit den *scelere quaesita*, insbesondere mit den zuvor erörterten Tatgewinnen, ist ihnen der Erwerbsgrund gemeinsam: Die strafbare Handlung ist der vermittelnde Faktor, auf Grund dessen der Gegenstand in die Hände des Täters gelangt⁸². Andererseits kommt ihnen aber auch eine ähnliche tatfördernde Bedeutung zu, wie sie für die *instrumenta sceleris* typisch ist; denn meist ist der Tatlohn oder das Bestechungsgeld das entscheidende „Anstiftungswerkzeug“⁸³.

Nicht zuletzt in dieser *korumpierenden Rolle* des Tatentgelts liegt denn auch der verwirkungsbegründende Mißbrauch, der den Zugriff des Staates auf die betroffenen Gegenstände ermöglicht, und zwar sowohl gegenüber dem Empfänger wie auch gegenüber dem Geber⁸⁴.

Da dieser tatfördernde Einfluß des Tatlohnes bei jeder Art von Straftaten wirksam werden kann und kriminalpolitisch kaum weniger ernst zu nehmen ist als das unmittelbare handgreifliche Tatwerkzeug, erscheint es nicht gerechtfertigt, daß das geltende Recht den Entgeltverfall auf wenige Sonderfälle, nämlich auf die Bestechung⁸⁵ und die Staatsschutzdelikte⁸⁶ beschränkt⁸⁷.

⁸² Daher kommt es auch nicht von ungefähr, daß entwicklungsgeschichtlich die Tatentgelte den Kernbereich der *scelere quaesita* ausmachen: vgl. dazu insbes. die fiskalische „*condictio ob turpem causam*“ im römischen und gemeinen Recht, oben S. 16 f., 20.

⁸³ Deshalb hat man den Entgeltverfall zu Recht auch als Werkzeugeinziehung zu erklären versucht (so vor allem GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 449 Anm. 1, OFFENHOFF, § 40 Anm. 8, VORBERG, S. 79 m. weit. Nachw.; and. KÖBNER, S. 12). Diese Deutung versagt jedoch bei den Gegenständen, die erst nach der Amtshandlung, etwa auf Grund einer entsprechenden Forderung des Beamten, hingegeben werden (vgl. BGHSt 11, 345/8, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 335 Rdnr. 5). Daher muß hier der strafergänzende Fruchtvereitelungsgedanke im Vordergrund stehen; vgl. oben S. 82 ff., 113 sowie RGSt 57, 232; 68, 404/6; BGHSt 10, 235 f.; 11, 345/7; 20, 210/1. Zum Ganzen auch HUMMEL, insbes. S. 41 ff.

⁸⁴ Deshalb kann nach RGSt 15, 348; 53, 215/7 und BGHSt 10, 269/271 f. der Verfall des Bestechungslohnes zu Recht auch gegenüber dem Bestechenden erklärt werden, wenn dieser das Entgelt zurückerhalten hat.

⁸⁵ § 335 StGB, § 5 BestechungsVO, § 12 UnlWettbewG.

⁸⁶ §§ 92 b II, 101 a II, 108 b III, 109 k II StGB.

⁸⁷ Soweit eine Tat mit Geldstrafe zu ahnden ist, kommt seit dem GeldstrafenG von 1924 allerdings auch noch § 27c StGB in Betracht, wonach die Geldstrafe das

Deshalb ist es zu begrüßen, daß in den neueren Entwürfen⁸⁸ und im Anschluß daran auch in § 73 I StGB 1973 der Verfall von Tatentgelten *generalisierend* auf alle strafbaren Handlungen erstreckt wird. Das ist nicht zuletzt deshalb geboten, weil ähnlich wie bei sonstigen Tatvorteilen auch hier die Hauptstrafe erst dann Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn der Täter zu spüren bekommt, daß sich die Tat auch finanziell nicht gelohnt hat⁸⁹.

Da hierbei der Strafgedanke im Vordergrund steht⁹⁰, kann freilich ein Entgeltverfall konsequenterweise nur auf Grund einer *volldeliktischen Anknüpfungstat in Betracht kommen*⁹¹. Wenn demgegenüber der AE (§ 83 I) wie jetzt auch § 92 b II StGB und § 73 I StGB 1973 bereits eine rechtswidrige Tat für ausreichend ansehen wollen, so ist das kaum anders denn als Rückfall in einen bedenklichen Purismus zu erklären⁹².

Einziehungsfähig ist naturgemäß immer nur das, was der Täter oder ein sonstiger Nutznießer der Tat⁹³ *tatsächlich empfangen* hat und nicht nur versprochen erhielt⁹⁴. Dagegen kann es nicht darauf ankommen, inwieweit der Täter dadurch noch bereichert ist⁹⁵. Notfalls kann aber einem etwaigen Wegfall der Bereicherung über die Härteklausele Rechnung getragen werden⁹⁶.

Tatentgelt und den aus der Tat gezogenen Gewinn übersteigen soll; ähnlich § 6 OWiG. Kritisch zu dieser uneinheitlichen Regelung SCHÄFER, Niederschriften III S. 400.

⁸⁸ § 109 I E 1962, § 83 I AE. Vgl. ferner Art. 59 I schweiz. StGB und § 23 östE 1964.

⁸⁹ Vgl. RGSt 57, 232, BGHSt 11, 345/7.

⁹⁰ Vgl. oben S. 84.

⁹¹ Deshalb richtig OLG Köln, bei WAGNER GA 1963, 228 und SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 86 Rdnr. 8, wenn sie bei dem insoweit mißverständlichen § 86 III StGB a. F. strafrechtliches Verschulden verlangten (and. offenbar OLG Hamburg bei WAGNER, aaO).

⁹² Vgl. näher oben S. 127 ff.

⁹³ Vgl. auch RGSt 68, 113: Bestechungslohn an Treuhänderin des Bestochenen.

⁹⁴ Im Prinzip unstrittig, jedoch kann im Einzelfall zweifelhaft sein, wann das Entgelt als „empfangen“ anzusehen ist: vgl. näher RG R. 2, 275 ff., RGSt 11, 101/3; 22, 270; 29, 413 f.; 54, 215/7; 57, 232; 68, 113 (m. Anm. KLEE, JW 1934, 1499); RG DR 1944, 368; sehr weitgehend RGSt 15, 348 und 58, 157, wonach auch das sofort zurückgegebene bzw. an die vorgesetzte Behörde weitergeleitete Entgelt „empfangen“ sein soll. Eingehend zum ganzen HUMMEL, S. 63 ff. und WOLFER, S. 45 ff.; vgl. ferner SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 335 Rdnr. 3, SCHWARZ-DREHER, § 335 Anm. 1, 2, WERNER, LK, § 335 Anm. II.

⁹⁵ Vgl. RGSt 67, 29/32, RG JW 1938, 2199, KG JW 1932, 1907, FRIEDRICHS, JW 1924, 262 sowie die Nachw. oben in Anm. 81 (bzgl. Mehrerlös). Praktisch wird aber dann meist nur noch eine entsprechende Wertersatzinziehung in Frage kommen; dazu unten § 18. — Eine andere Frage ist, inwieweit etwaige eigene Gegenleistungen des Bestochenen auf das Empfangene anzurechnen sind; dies wird, da es ja nicht um die Ausmerzungen des bemakelten Gegenstandes, sondern nur um die Entziehung der tatsächlichen Früchte der Tat gehen kann, regelmäßig zu bejahen sein (so RGSt 31, 389/392; FRANK, § 335 Anm. II, HUMMEL, S. 68 ff., SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 335 Rdnr. 4 und wohl auch WAGNER, MDR 1964, 887; and. RGSt 51, 87/90, m. krit. Anm. v. LISZT, JW 1918, 48, SCHWARZ-DREHER, § 335 Anm. 2; in letzterem Sinne auch BGHSt 13, 328; 15, 88/103; vgl. auch BayObLGSt 1951, 483/5 f. und WAGNER, GA 1963, 227 ff., m. weit. Nachw. ⁹⁶ Vgl. unten S. 354 f.

§ 18 DIE ERSATZEINZIEHUNG

A) Bestandsaufnahme

I. Allgemeine Übersicht

Die vorausgehenden Erörterungen haben sich im wesentlichen auf Gegenstände beschränkt, die selbst in die einziehungs begründende Tat verwickelt waren. Unerörtert blieb dabei die Frage, was zu geschehen hat, wenn die Originalobjekte selbst nicht mehr greifbar sind: so etwa, weil das Tatwerkzeug nach der Tat vernichtet oder an einen Dritten veräußert wurde, dem gegenüber eine Einziehung nicht möglich ist. Soll damit auch das Einziehungsrecht am Ende sein? Oder besteht vielleicht die Möglichkeit, anstelle des Originalobjektes auf dessen etwaige Surrogate (Ersatzgegenstände, Verkaufserlös) oder auf einen wertentsprechenden Gegenstand zurückzugreifen?

Obgleich die Frage nach einer derartigen „Ersatzeinziehung“ nicht neu ist¹, hat sie doch erst durch das EGOWiG 1968 eine generelle Regelung erfahren. Zuvor war sie lediglich in einigen sporadischen Sondervorschriften vorgesehen² und zudem alles andere als gleichartig ausgestaltet.

So konnte das StGB ursprünglich nur den Wertersatz für das Bestechungsentgelt (§ 335). Erst mit dem 1. StAG von 1951 wurde dann auch für den Bereich der Staatsschutzdelikte die Einziehung von Surrogaten der Tatwerkzeuge und -produkte sowie des dem Entgelt entsprechenden Wertes eingeführt (§ 86 I 2, III)³.

Im Nebenstrafrecht waren demgegenüber die Fälle von Ersatzregelungen zwar von Anfang an sehr viel zahlreicher, vor allem im Bereich des Steuer- und Wirtschaftsrechts⁴. Doch auch hier kam es erst durch § 41 WiStG 1949 und im Anschluß daran durch § 20 OWiG 1952 wenigstens für einige Teilbereiche zu einer einheitlichen Regelung der von da an jetzt auch gesetzlich sog. „Ersatzeinziehung“⁵.

¹ Aus der Zeit vor Inkrafttreten des RStGB von 1871 vgl. dazu etwa HEINZE, GA 5 (1857) 180 ff.

² Und nur in diesen ausdrücklich vorgesehenen Fällen durfte sie nach zuletzt ganz h. M. zur Anwendung kommen; vgl. u. a. RGSt 52, 126/7; 54, 223/4; 66, 85/6; 74, 326 ff. (bzgl. Erben) m. zust. Anm. TUROWSKI, DevArch 1941, 177, BGH LM Nr. 9 zu § 401 RAO; OGHSt 1, 30/4, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. II 3, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 31. Weniger streng dagegen noch RGSt 51, 319/322 f.: Erlöseinziehung wegen möglicher Verderbnis beschlagnahmter Milchvorräte; im gleichen Sinne RGSt 54, 136 ff.; vgl. ferner OLG Hamburg DJZ 1920, 724: Einziehung des Erlöses aus dem Verkauf gestohlener Brotmarken. Für analoge Werteinziehung bei § 40 StGB STÄHLIN, DJ 1939, 916.

³ Entsprechend anwendbar auf §§ 98, 101, 104b, 109i StGB a. F. Vgl. ferner den dem § 335 nachgebildeten § 108b III StGB (Wahlbestechung).

⁴ Vgl. insbes. §§ 154, 155 VereinszollG, § 401 RAO 1931; weitere Nachw. zu älteren Vorschriften bei BINDING, Grundriß AT S. 261 f., GUTMANN, S. 60, SCHOETEN-SACK, Konfiskationsprozeß S. 16, VORBERG, S. 44 f. Aus neuerer Zeit zahlreiche Nachw. bei GRÖNING, S. 19 ff.

⁵ Dieser Terminus war in der Nachkriegszeit wohl erstmals durch § 14 MilRegVO Nr. 89 (ABl. Nr. 19, 533) eingeführt worden und von da über das Bewirtschaft-

Immerhin war aber damit der Anstoß zu einer umfassenden Allgemeinregelung gegeben, wie sie nach dem Vorbild der Entwürfe⁶ nun in § 40 c StGB und § 21 OWiG ihren Niederschlag gefunden hat. Danach ist bei Vereitelung der Originaleinziehung durch den Täter grundsätzlich ein dem Wert des Originalobjektes entsprechender Geldbetrag einzuziehen⁷.

II. Typen der Ersatzeinziehung

Damit ist freilich nur eine von anderen möglichen Formen der Ersatzeinziehung zum Gesetz geworden. Wie sich aus der bisherigen Entwicklung belegen ließe, sind darüber hinaus im wesentlichen folgende Typen denkbar.

1. Dem *Ersatzobjekt* nach lassen sich vier Arten von Ersatzeinziehungen unterscheiden:

a) Der Originaleinziehung am nächsten kommt die Einziehung der Gegenstände, die rechtlich oder wirtschaftlich an die Stelle des Originalobjektes getreten sind; denn allein hier handelt es sich um den Fall einer spezifischen *Surrogateinziehung*⁸.

tungsnotG vom 30. 10. 1947 (WiGBI. 1948, 3) in das WiStG 1949 gelangt. Allerdings paßt er genaugenommen gar nicht auf alle Fälle ersatzweiser Einziehungen; denn anders als er vorzugeben scheint, geht es hier ja nicht nur um die Einziehung des Ersatzes, sondern allgemein um den *Ersatz der Einziehung*; und in dieser Hinsicht stellt die Ersatzeinziehung im Grunde nur *einen* Anwendungsfall des Einziehungsersatzes dar (treffend dazu bereits LG Düsseldorf NJW 1953, 435; vgl. ferner ROTBERG, OWiG, § 20 Rdnr. 2). Trotzdem erscheint er als praktische Kurzformel des hier Gemeinten vertretbar.

⁶ Erste Ansätze dazu bereits im allgemeinen Wertersatzverfall von Tatvorteilen nach § 47 II E 1936. Ähnlich einschränkend zunächst auch noch die ersten Nachkriegsentwürfe (vgl. Niederschriften III S. 403, 405; XII S. 589). Für Erstreckung auf alle Einziehungsobjekte dann insbes. GALLAS (vgl. Niederschriften III S. 285 und XII S. 213 ff.); in diesem Sinne dann auch § 115 E 1959 II und §§ 110, 115 E 1962. Eine ähnliche Entwicklung ist im ausländischen Recht zu beobachten; vgl. insbes. § 75 I, III danStGB i. d. F. von 1965 (Übersetzung von MARCUS, ZStW 78, 551 f.), § 72 I Nr. 2 jap. Vorentwurf 1961 (Sammlung Nr. 80, 1963); interessant auch Art. 34 niederl. StGB i. d. F. von 1958, wonach grundsätzlich Ablösung der Originaleinziehung durch eine entsprechende Geldsumme möglich ist (vgl. CIRPRA, System der Strafen S. 33). — Wenn demgegenüber der AE (§ 84) wie auch das schweizStGB (Art. 59 I 2) eine Ersatzeinziehung lediglich beim Vorteilsverfall, nicht dagegen bei anderen Einziehungsobjekten kennen, so ergibt sich das folgerichtig aus deren grundsätzlicher Konzeption der Einziehung als reiner Sicherungsmaßregel (vgl. AE Begr. S. 163 zu § 115 E 1962 sowie unten Anm. 32).

⁷ Über Einzelheiten vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40c Rdnr. 2 ff., SCHWARZ-DREHER, § 40c Anm. 1 ff., GÖHLER, OWiG, § 21 Anm. 2 ff. — Entsprechendes ist in § 110 E 1962 — und insoweit ähnlich in § 84 AE — für den Wertersatz eines undurchführbar gewordenen Verfalls der *Tatgewinne* und -entgelte vorgesehen.

⁸ So § 86 I 2 StGB a. F., § 14 I 2 SammlungsG a. F. Ferner ist hierher der Fall zu rechnen, daß nach § 109 IV 2 E 1962, § 83 III 2 AE und § 73 II StGB 1973 die an die Stelle der originalen Tatvorteile getretenen Vermögenswerte (z. B. Erlös aus Veräußerung oder Ersatz für Zerstörung) für verfallen erklärt werden können.

b) Weitaus häufiger ist indes die jetzt gesetzlich institutionalisierte Form der unspezifischen *Wertersatzeinziehung*. Hier geht es nicht um die Entziehung eines bestimmten Ersatzgegenstandes, sondern lediglich um den Verfall eines dem Originalobjekt wertmäßig entsprechenden Geldbetrages⁹. Ähnlich wie die Geldstrafe ist daher der Wertersatz gegen das Vermögen als solches, nicht dagegen auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet. Eine Verwandtschaft mit der spezifisch eigentumsbezogenen Einziehung besteht daher hier nur insofern, als das Originalobjekt den Wertmaßstab abgibt¹⁰.

c) Der Geldstrafe noch näher steht die sog. *Wertersatzstrafe*. Bei ihr handelt es sich um die ersatzweise Verurteilung zu einer bestimmten Geldsumme, und zwar für den Fall, daß weder die Einziehung der Originalobjekte noch deren Wert zu ermitteln ist¹¹. Ein innerer Zusammenhang mit der Einziehung i. e. S. besteht hier nur noch insofern, als diese den Grund zur Verhängung einer zusätzlichen Geldstrafe liefert¹².

d) Schließlich wäre noch auf die *Erlöseinziehung bei Notveräußerung* beschlagnahmter Einziehungsgegenstände hinzuweisen¹³. Allerdings könnte man diese Form der Ersatzeinziehung auch durchaus noch zu den Fällen der Originaleinziehung rechnen, da hier der Staat immerhin bereits auf das unmittelbare Einziehungsobjekt zugegriffen hat und lediglich wegen der sachbedingten Vorwegnahme der Verwertung (leichte Verderblichkeit, Unverhältnismäßigkeit der Unterhaltskosten) auf den Erlös verwiesen wird. Andererseits ist jedoch nicht zu verkennen, daß die materielle Einziehungsanordnung erst den Erlös, also ein Surrogat, trifft und sich damit hier die gleichen Rechtfertigungsfragen stellen wie bei den sonstigen Formen der Ersatzeinziehung¹⁴.

⁹ So außer jetzt in § 40c StGB und § 21 OWiG bereits in §§ 108b III, 335 StGB, § 5 BestechungsVO, § 12 III UnlWettbewG, § 414a RAO 1961, § 40 AWG 1961, §§ 110, 115 E 1962, § 84 I AE, § 73 a StGB 1973.

¹⁰ Zum Verhältnis dieser unspezifischen zu der zuvor erwähnten spezifischen Ersatzeinziehung vgl. auch BGH NJW 1955, 312, BayObLGSt 1954, 100 ff., LG Düsseldorf NJW 1953, 435 und GRÖNING, S. 39 f.

¹¹ Der praktisch wichtigste Anwendungsfall dafür war § 401 II 2. Alt. 1931. So de lege ferenda § 23 II östE 1964.

¹² Näheres über das Verhältnis zur Wertersatzeinziehung bei DÜNNER, MDR 1955, 67 f., GRÖNING, S. 25 f. und HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414a Anm. I; vgl. ferner BGHSt 6, 304/6 f.; 16, 282/291 ff.; BayObLGSt 1954, 100 ff.

¹³ § 101a StPO; dazu BGHSt 8, 46/53 m. Anm. FRÄNKEL, LM Nr. 1 zu § 101a StPO, KG LRE 3, 125/130. Weitere Beispielsfälle in OLG Karlsruhe DStR 1920, 316; 1921, 251.

¹⁴ Im übrigen wird gerade an dieser Form der Erlöseinziehung offenkundig, zu welchen zufallsbedingten Ungleichheiten eine lückenhafte Kasuistik der Ersatzeinziehung führen kann: Hatte der Täter das Glück, daß sein Tatprodukt nicht vorsorglich beschlagnahmt wurde, so bleibt ihm immerhin die Chance, sein Einziehungsobjekt weiter zu veräußern und den (nach § 40 StGB nicht einziehungsfähigen) Erlös zu behalten. War dieses dagegen beschlagnahmt und notveräußert worden, kann sich der Staat am Veräußerungserlös schadlos halten.

2. Was den Kreis der *Betroffenen* angeht, bleibt die Ersatzeinziehung jetzt beschränkt auf Tatbeteiligte¹⁶. Jedoch wurde sie gelegentlich — ähnlich der Originaleinziehung — auch schon auf Dritte erstreckt¹⁸.

3. Auch hinsichtlich der allgemeinen Ersatz-Voraussetzungen sind selbst heute noch gewisse Differenzierungen festzustellen. Während die älteren Vorschriften die Ersatzeinziehung im wesentlichen nur davon abhängig machen, daß die Originaleinziehung objektiv nicht mehr durchführbar ist¹⁷, wird sie neuerdings, sieht man von § 73 a StGB 1973 einmal ab, auf die Fälle nachträglicher Veräußerung des Einziehungsobjekts oder sonstiger verwerflicher Einziehungsvereitelungen beschränkt¹⁹.

B) Rechtfertigung und Zweck der Ersatzeinziehung

I. Die Problematik der Eigentumsgarantie

1. Gemessen an der kritiklosen Selbstverständlichkeit, mit der die Ersatzeinziehung üblicherweise abgehandelt wird, erscheint sie über alle Zweifel erhaben. Soweit ersichtlich, haben allein GOLDSCHMIDT und STREE grundsätzliche Bedenken geäußert: ersterer auf Grund seiner prinzipiellen Ablehnung nichtsicherungsbedingter Einziehungen²⁰; letzterer vor allem im Hinblick auf den Mangel eines unmittelbaren Mißbrauchszusammenhangs zwischen der einziehungsbegründenden Tat und dem Objekt der Ersatzeinziehung²¹.

Während es sich bei GOLDSCHMIDT um ein Bedenken handelt, das im wesentlichen mit der Anerkennung seiner engen präventiv-polizeilichen Einziehungskonzeption steht und fällt — und gleiches gilt für den zurückhaltenden Standpunkt des AE²² — scheint der Einwand von STREE in der Tat den Nerv der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Einziehung aus dem Verwirkungsgedanken zu treffen: die *Identität des verwirkten mit dem mißbrauchten Gegenstand*.

Freilich dürfte dieser Gesichtspunkt, jedenfalls soweit die Eigentums-garantie in Frage steht, allein für die echte Surrogatseinziehung von Bedeutung sein, nicht dagegen für die *unspezifische* Wertersatzeinziehung und Wertersatzstrafe (oben A II 1b und c). Denn da diese Sanktionen lediglich eine quasi-schuldrechtliche Leistungspflicht begründen, also nicht auf bestimmte

¹⁶ So neben den neuen § 40 c StGB, § 21 OWiG und § 73 a StGB 1973 bereits §§ 108 b III, 335 StGB, § 414 a RAO 1961, § 40 AWG 1961, §§ 110, 115 E 1962, § 84 AE.

¹⁷ § 335 StGB, § 20 OWiG 1952; so insbes. auch § 401 II RAO 1931. Vgl. ferner § 110 I E 1962, § 84 AE; dazu aber auch unten Anm. 38.

¹⁸ § 40c I StGB, § 21 I OWiG, § 40 AWG 1961, § 115 E 1962.

¹⁹ GOLDSCHMIDT, VDA IV S. 450. Hinzu kommt seine grundsätzliche Verwerfung des „turpia luca extorqueri“-Gedankens, der für ihn offenbar die Voraussetzung für ein „pretium succedit in locum rei“ bildet; vgl. aaO, S. 449 f.

²⁰ STREE, Deliktsfolgen S. 94 ff.

²¹ Vgl. oben Anm. 6.

Gegenstände, sondern generell gegen das Vermögen gerichtet sind²³, wird hier ebenso wenig wie bei der Geldstrafe der auf den Schutz bestimmter Vermögensobjekte fixierte Garantiebereich des Art. 14 GG berührt²⁴. Das schließt indes nicht aus, daß diesen Formen der Ersatzeinziehung nicht aus bestimmten strafrechtlichen Zweckerwägungen gewisse Grenzen gesetzt sein könnten²⁵.

2. Nicht ganz so einfach liegen die Dinge bei der *spezifischen* Surrogat-einziehung (oben A II 2a und d). Denn bei den Surrogaten handelt es sich zweifelsfrei um Gegenstände, die je eigenständige Schutzobjekte der Eigentums-garantie sein könnten. Wenn dem aber so ist, so kann die Rechtfertigung der Originaleinziehung nicht ohne weiteres auf die entsprechenden Surrogate erstreckt werden, sondern bedarf ihrerseits einer besonderen Begründung.

Sich hierfür schlicht auf ein zivilrechtliches Surrogationsprinzip zu berufen, mag allenfalls bei der von quasi-konditionellen Ausgleichsmotiven bestimmten Gewinnabschöpfung angehen, da die ausgleichsbedürftige Unrechts-lage gerade im Surrogat des rechtswidrigen Tatvorteils ihre unmittelbare körperliche Fortsetzung findet²⁶. Bei der primär strafrechtlich-repressiven bzw. polizeilich-präventiven Einziehung hingegen schlägt dieser Gedanke nicht ohne weiteres durch. Auch die naheliegende Beschwörung kriminalpoli-tischer Bedürfnisse hilft hier zunächst nicht weiter; denn wie bereits an anderer Stelle gezeigt, ist damit allein die Barriere der Eigentums-garantie nicht zu beseitigen²⁷. Vielmehr läßt sich letztlich wohl auch hier nur aus dem *Verwirkungsgedanken* begründen, warum und inwieweit sich die Einziehung gerade auch auf die Surrogate der Originalobjekte erstrecken kann, sich also nicht nur mit einer unspezifischen Wertersatzsanktion gegen das Vermögen zu begnügen braucht.

Nun ist freilich zuzugeben, daß auch die Verwirkung des Originalobjekts nicht automatisch auf jegliche Surrogate ausstrahlen kann²⁸. Denn für den Verwirkungsbegriff ist wesentlich, daß der verwirkte mit dem mißbrauchten Gegenstand identisch ist²⁹. Das aber bedeutet, daß der Mißbrauch des Ori-ginalobjekts für sich allein nicht ausreicht, um damit automatisch auch etwaige

²³ Unstr.: vgl. insbes. KG DR 1939, 1518, OLG Hamburg DR 1940, 1841, BayObLGSt 1954, 100/2; 1957, 32/7, LG Düsseldorf NJW 1953, 435/6, DÜNNER, MDR 1955, 68, GRÖNING, S. 22, ROTBERG, § 20 OWiG Rdnr. 2. Im gleichen Sinne einer Vermögens- bzw. Geldstrafe (wobei hier offenbleiben kann, ob damit eine echte Geldstrafe i. S. der §§ 27 ff. StGB gemeint ist) die st. Rspr.: vgl. u. a. RGSt 22, 103/4; 51, 87/90; 65, 81; 66, 427/8; 68, 181/3; 74, 183/4; BGHSt 6, 258/9; 7, 78/9; 13, 399/402; OLG Düsseldorf NJW 1950, 279; ferner BINDING, Grundriß AT S. 261, FRANK, § 335 Anm. III, GUTMANN, Geldstrafe S. 11, WOLFER, S. 74 f.; eingehend HUMMEL, S. 56 ff. m. weit. Nachw. Vgl. auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40c Rdnr. 1a.

²⁴ Vgl. oben S. 146 f.

²⁵ Vgl. STREE, Deliktsfolgen S. 96 zur Surrogat-einziehung bei den *scelere quæsita*.

²⁶ Vgl. oben S. 160 ff., 170 ff.

²⁷ So zu Recht STREE, aaO, S. 94.

²⁸ Nachw. dazu oben S. 187 f.

Surrogate für verwirkt zu erklären. Vielmehr kann dem Identitätserfordernis nur dadurch Genüge getan werden, daß man auch hinsichtlich des Surrogats ein bestimmtes mißbräuchliches Verhalten des Eigentümers verlangt. Allerdings wäre es überspannt, wollte man auch dafür wiederum eine eigenständig strafbare Handlung voraussetzen. Denn auch ohne in einem besonderen Straftatbestand normiert zu sein, ist kaum zweifelhaft, daß insbesondere jene Manipulationen, die zu einer Vereitelung der Originaleinziehung führen — z. B. durch Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten in Kenntnis der Einziehungsverstrickung — als mißbräuchlich anzusehen sind und damit auch die Erlangung des Surrogats auf einem Mißbrauch beruht. Daß sich demzufolge der Eigentümer auch hinsichtlich der Surrogate nicht hinter der Eigentumsgarantie „verschanzen“ kann, steht nach allgemeinen Verwirkungsgrundsätzen außer Frage. Gleiches wird etwa für den Fall zu gelten haben, daß das ursprüngliche Werkzeug durch einen Gegenstand ersetzt wird, der ersterem an Gefährlichkeit nicht nachsteht. Auch hier läge in der Auswechslung ein Verhalten, das wegen seiner Gemeinwohlwidrigkeit nicht den Schutz der Eigentumsgarantie in Anspruch nehmen kann.

Freilich ist damit — und insoweit gilt hier nichts anderes als bei der Verwirkung des originalen Einziehungsobjekts — lediglich die grundrechtliche Eigentumsbarriere beseitigt. Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen der Staat von dieser Möglichkeit des Zugriffs auf die Surrogate dann auch tatsächlich Gebrauch machen kann. Dies hängt davon ab, daß sich auch für die Ersatzeinziehung jeweils ein bestimmter Sachgrund aufweisen läßt²⁹. Damit ist zugleich die Frage nach ihrem Zweck aufgeworfen, aus der sich letztlich weitere Einschränkungen ergeben werden.

II. Der Sachgrund

Mit Ausnahme der quasi-konditionellen Gewinnabschöpfung, bei der es in der reparativen Zielsetzung des Ausgleichsanspruchs liegt, daß er notfalls auch etwaige Surrogate oder sonstige dem Bereicherungsobjekt entsprechende Werte erfaßt³⁰, ist die Erstreckung der Einziehung auf Ersatzwerte auch unter kriminalpolitischer Betrachtung keineswegs selbstverständlich.

1. Dies schon gar nicht bei der Sicherungseinziehung. Da diese eine bestimmtes Sicherungsbedürfnis voraussetzt, kann sie auch als Ersatzsanktion sinnvollerweise nur dort in Frage kommen, wo auch gegenüber dem Ersatzobjekt ein vergleichbares Schutzobjekt besteht. Und das ist allenfalls bei einer

²⁹ Vgl. oben S. 188 ff. — Erst hier ist daher der grundrechtsdogmatische Ansatzpunkt, an dem die (sachlich zutreffenden) Rechtfertigungsgründe von STREE, aaO, S. 95 f. ihren richtigen Standort finden. Denn solange nicht die Eigentumsbarriere beseitigt ist, ist auch für Gleichheitserwägungen noch kein Raum.

³⁰ Vgl. § 818 BGB. Daher ist auch die fiskalische Wertersatzdeutung von SCHÄDEL, FfZ 1950, 301 allenfalls vom Ausgleichsgedanken her haltbar.

echten Surrogatseinziehung denkbar, nicht dagegen bei unspezifischen Wertersatzeinziehungen, ganz zu schweigen von den Wertersatzstrafen. Denn bei der generell gegen das Vermögen gerichteten Werteinziehung ist in keiner Weise ersichtlich, wie diese als solche noch einem gegenstandsbedingten Sicherungsbedürfnis dienlich sein soll³¹.

Deshalb sind die generalisierenden Ersatzregelungen, wie sie jetzt auch in § 40 c StGB und § 21 OWiG enthalten sind, jedenfalls insoweit abzulehnen, als sie eine Werteinziehung auch dort zulassen, wo die Originaleinziehung lediglich aus Sicherungsgründen zulässig wäre; denn dies ist, weil sicherungs- untauglich, sinnlos und deshalb ohne rechtfertigenden Sachgrund³². Doch auch bei sicherungsweisen Surrogatseinziehungen wäre in jedem Fall darauf zu achten, daß auch gegenüber dem Surrogat ein besonderes Sicherungsbedürfnis nachweisbar ist³³.

2. Anders liegen die Dinge bei der Strafeinziehung. Hier kann dem Versuch, durch Androhung der Ersatzeinziehung dem Täter von vornherein vor Augen zu führen, daß ihm eine Vereitelung der Originaleinziehung „nichts einbringt“, weil dann auf den entsprechenden Wert des Originalobjekts zugegriffen wird, die kriminalpolitische Berechtigung nicht völlig abgesprochen werden³⁴. Auch kann gerade vom Strafzweck her speziell der Zugriff auf die

³¹ Treffend dazu GRÖNING, S. 38, Ebenso BAUMANN, AT S. 732.

³² Das hat schon BERNER (Lehrbuch S. 91) gesehen, wenn er, obgleich er sonst die Einziehung rein präventiv-polizeilich versteht, zur Werteinziehung nach § 335 StGB einräumt: „statt des Gegenstandes selbst den Wert desselben zu konfiszieren, hätte als Prävention keinen Sinn“. Deshalb war es nur konsequent, daß auch der AE von seiner rein präventiven Einziehungskonzeption aus auf jeglichen Wertersatz für Tatwerkzeuge und Produkte verzichtet hat (AE Begr. S. 163 zu § 115 E 1962). Vgl. auch RGSt 52, 126, wo im gleichen Sinne der Verfall des Erlöses für Pferde, die nach dem ViehseuchenG sicherungsweise einzuziehen gewesen wären, abgelehnt wurde; ferner FRIEDRICH, JW 1924, 261/3, GRÖNING, S. 37 f., ROTBERG, OWiG, § 20 Rdnr. 1.

³³ Im gleichen Sinne schon CREIFELDS, JR 1955, 406, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 86 Rdnr. 6 und STREE, Deliktsfolgen S. 96 f. (wobei jedoch verwundert, daß letzterer hier relative Gefährlichkeit ausreichen lassen will, obwohl er bei der Originaleinziehung für die absolute Gefährlichkeit eintritt: aaO, S. 111; vgl. näher oben S. 258 ff.).

³⁴ In diesem Sinne eines „psychologischen Zwanges“ auch E 1962 Begr. S. 244 f.: Die Androhung des Wertersatzes „erhöht die vorbeugende Wirkung der Maßnahme und nimmt dem Betroffenen den Anreiz, das Erlangte zur Verhinderung des Verfalls an Dritte weiterzugeben“; vgl. ferner EGOWiG Begr. S. 57, Auch in der Rspr. wird die Ersatzeinziehung ständig als Strafe gedeutet: vgl. u. a. RGSt 49, 408; 60, 244; 65, 283/5; 69, 385/390; 72, 239 f.; 74, 183; KG DR 1943, 81 f., BGHSt 3, 163/4; 4, 305/7; 5, 155/163; BGH NJW 1955, 312; OLG Köln NJW 1965, 2359/60; 40/1; OLG Braunschweig NdsRpfl. 1952, 72/3; OLG Köln NJW 1965, 2359/60; aus der Lit. vgl. BAUMANN, AT S. 732, DROST, NJW 1950, 128; GRÖNING, S. 25 ff., KEINATH, Betrieb 1968, 1844, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, OWiG, § 20 Anm. 4, MAURACH, AT S. 702, ROTBERG, OWiG, § 20 Rdnr. 1, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 c Anm. 1 a, SCHWARZ-DREHER, § 40 c Anm. 1 („strafartige Maßnahme“), und

Surrogate besonders sinnvoll erscheinen, da dem Täter auf diesem Wege der innere Zusammenhang zwischen Original- und Ersatzeinziehung in besonders augenfälliger und eindrucksvoller Weise demonstriert wird.

Freilich setzt eine derart aus dem Strafzweck begründete Ersatzeinziehung notwendig voraus, daß dem Täter *aus der Undurchführbarkeit* der Original-einziehung auch tatsächlich ein Vorwurf gemacht werden kann³⁵. Wo das nicht der Fall ist, etwa weil das einziehungsverstrickte Tatwerkzeug ohne jegliches Zutun des Täters zerstört worden ist, käme es einer Erfolgshaftung gleich, wollte man ihm dennoch Wertersatz abverlangen. Dies wäre zumindest dort, wo die Original-einziehung Strafcharakter haben sollte, nicht zu vertreten. Hier können auch fiskalische Entschädigungs- oder Surrogationsgedanken nicht weiterhelfen, da sie die strafweise Einziehung leicht zu einer fiskalischen Maßnahme verfälschen würden³⁶.

Gemessen am Strafgedanken sind folglich alle jene Regelungen abzulehnen, die die Ersatzeinziehung schon allein auf Grund der *faktischen* Undurchführbarkeit der Original-einziehung zulassen wollen, ohne nach den Gründen dieses Unvermögens zu fragen³⁷. Dies entspricht weder dem Mißbrauchserfordernis, noch läßt es sich mit dem Schuldgedanken vereinbaren. Denn welchen Maßstab auch immer man im einzelnen anlegen mag: ob man nun eine absichtliche Einziehungsverweigerung verlangt oder sich damit begnügt, daß der Täter das Originalobjekt in tatsächlicher oder potentieller Kenntnis der Einziehungsverstrickung veräußert, verbraucht oder sonstwie verwertet hat: auf jeden Fall muß dem Täter die Undurchführbarkeit der Original-einziehung auf irgendeine Weise persönlich zurechenbar sein³⁸.

WUTTKE, SchlHA 1968, 250. — Noch weitergehend wird nicht ohne Grund die Meinung vertreten, daß der Strafgedanke die Wertersatz-einziehung sogar fordere: so insbes. GALLAS, JESCHECK und DREHER, Niederschriften XII S. 215 f.

³⁵ Dies ist wohl auch von HARTUNG, JR 1966, 476 gemeint, wenn er in der Ersatzeinziehung eine Antwort auf „das weitere schuldhaft Verhalten des Täters oder Teilnehmers, das zu der Tat selbst hinzutritt“, sieht; vgl. auch sein Steuerstrafrecht, § 414a Anm. I („Sühne für ein Verhalten des Täters . . . nach der Tat“) sowie RÜMELIN, ZfZ 1961, 211, OLG Hamm ZfZ 1963, 111/2 und OLG Köln GA 1955, 312, NJW 1965, 2359/60.

³⁶ Deshalb fanden die gelegentlichen Versuche, die Ersatzeinziehung als Mittel zur Wahrung der fiskalischen Interessen des geschädigten Staates (KOHLEHAAS, StrafrechtsG 1954, § 13 Anm. 9) zu deuten (vgl. auch DOG NJW 1951, 40/1, OLG Bremen NJW 1954, 691/2, LG Düsseldorf NJW 1953, 435), zu Recht keine Gefolgschaft; ablehnend gegenüber derartigen Entschädigungsgedanken etwa RGSt 49, 408, BGHSt 4, 305/6, BayObLGSt 1954, 100/2; GOETZLER, Steuerstrafrecht S. 258; GRÖNING, S. 25 Anm. 3, 39. Vgl. aber jetzt wieder GÖHLER, OWiG, § 21 Anm. 2 B, KEINATH, Betrieb 1968, 1844 und SCHWARZ-DREHER, § 40 c Anm. 3, die den Mangel einer Vorwerfbarkeit offenbar schon dadurch aufgewogen sehen, daß dem Täter ein Vorteil zugeflossen ist.

³⁷ Vgl. die Nachw. oben Anm. 17 sowie § 73 a StGB 1973.

³⁸ Dem genügen die in Anm. 18 angeführten Bestimmungen allenfalls insoweit, als sei eine vorwerfbare Einziehungsverweigerung voraussetzen. Deshalb kann auch bei

C) Folgerungen

I. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen

1. Soweit die Ersatzeinziehung *Strafzwecke* verfolgt — und das ist der Regelfall —, muß dem Ersatzbetroffenen nicht nur die Undurchführbarkeit der Original-einziehung zurechenbar sein, sondern die einziehungsbegründende Tat selbst muß ihrerseits bereits alle Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllen³⁹. Denn nur so ist eine strafweise Ersatzeinziehung in sich sinnvoll und schuldgerecht.

War umgekehrt die Original-einziehung aus *Sicherungsgründen* notwendig, so bleibt sie allenfalls als Surrogateinziehung und selbst insoweit nur dann berechtigt, wenn auch gegenüber dem Surrogat ein gleichwertiges Sicherungsbedürfnis besteht. Ähnlich bleibt eine ersatzweise *Ausgleichseinziehung* von einem fortbestehenden Ausgleichsbedürfnis abhängig. Andererseits kommt es aber bei der präventiven bzw. reparativen Ersatzeinziehung nicht unbedingt auf eine durch den Ersatzbetroffenen verschuldete Undurchführbarkeit der Original-einziehung an⁴⁰.

2. Soweit die Ersatzeinziehung Strafcharakter hat, kommt sie lediglich gegen *Tatbeteiligte* in Betracht⁴¹, und auch insoweit nur, wenn diesem die Undurchführbarkeit der Original-einziehung irgendwie vorwerfbar ist⁴². Dagegen kann sich die sicherungs- oder ausgleichsbedingte Ersatzeinziehung, ebenso wie insoweit schon die Original-einziehung⁴³, auch auf Dritte erstrecken.

3. Aus dem Wesen der Ersatzeinziehung als eines Ersatzes für die Original-einziehung ergibt sich, daß sie in ihrer Zulässigkeit *von den redlichen Voraussetzungen der Original-einziehung abhängt*; denn das Ersatzmittel

§ 40 c I StGB bzw. § 21 I OWiG die schlichte Veräußerung oder Zerstörung des Einziehungsobjekts von vorneherein nur bei Erkennbarkeit der Einziehungsverstrickung ausreichen; vgl. auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 c Rdnr. 6, WUTTKE, SchlHA, 1968, 250 sowie zu § 414 a RAO 1961 BGHSt 16, 282/292 ff., OLG Köln NJW 1965, 2359. — Anders steht es mit § 73 a StGB 1973, § 110 E 1962 und § 84 AE, soweit es sich beim Vorteilsverfall um eine Ausgleichsmaßnahme handelt; denn da hier schon für die Original-einziehung kein Verschulden erforderlich ist (vgl. oben S. 286), bedarf es dessen auch bei der Ersatzeinziehung nicht.

³⁹ Vgl. BayObLGSt 1957, 32/4 m. weit. Nachw.; ferner OLG Braunschweig NdsRpfl 1952, 72, OLG Freiburg DDevR 1953, 91, DROST, NJW 1950, 128, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, OWiG, § 20 Rdnr. 1, und § 414 a RAO Rdnr. 1. Nicht deutlich genug in diesem Sinne § 115 E 1962.

⁴⁰ Insofern folgerichtig SCHÄDEL, ZfZ 1950, 301. Deshalb sind auch die § 73 a StGB 1973, § 110 E 1962 und § 84 AE insoweit unbedenklich, als sie sich auf den Ausgleichsverfall rechtswidriger Tatgewinne beziehen; gleiches gilt hinsichtlich der Erstreckung auf den Geschäftsherrn des Täters. Problematisch ist dies dagegen bei Tatentgelten, da hier der Strafgedanke bestimmend ist (vgl. oben S. 82 ff., 113).

⁴¹ So zu Recht einschränkend § 40 c StGB, § 21 OWiG. Vgl. ferner DROST, NJW 1950, 128, ROTBERG, OWiG, § 20 Rdnr. 1 und EGOWIGE Begr. S. 57.

⁴² Im gleichen Sinne jüngst BENDER, NJW 1969, 1057 f.

⁴³ Vgl. oben S. 283, 288 ff.

kann, abgesehen von seinem andersartigen Objekt (Erlös, originalentsprechender Wertbetrag), naturgemäß keinen weitergehenden Anwendungsbereich haben als die Originalsanktion⁴³. Deshalb ist für eine Ersatzeinziehung überhaupt nur dann Raum, wenn die Originaleinziehung *rechtlich* an sich zulässig gewesen wäre, jedoch aus *tatsächlichen* Gründen (Verbrauch, Veräußerung an gutgläubige Dritte und dergleichen)⁴⁴ nicht mehr durchführbar ist⁴⁵.

Die gelegentlich vertretene Gegenauffassung, die auch ursprüngliche rechtliche Hinderungsgründe (z. B. gegenüber einem gestohlenen Tatobjekt) anerkennen will⁴⁶, wäre nur dann haltbar, wenn man die Ersatzeinziehung als generelle Zusatzsanktion zur Hauptstrafe begreifen wollte⁴⁷, die freilich praktisch nur dann zum Zuge kommen soll, wenn die Originaleinziehung aus irgendeinem Grunde nicht durchgreift. Doch damit würde der Substitutscharakter der Ersatzeinziehung grundlegend verkannt.

II. Folgerungen hinsichtlich des Umfangs

Auch für die Bemessung der Ersatzsanktion ist deren jeweilige Zielsetzung von maßgebender Bedeutung.

1. Soweit *punitiv* Erwägungen im Vordergrund stehen, kommt es weder auf die fortbestehende Bereicherung des Täters an⁴⁸, noch auf den Wert des

⁴³ So im Prinzip schon BGHSt 4, 305/6; ferner BENDER, NJW 1969, 1056. Das gilt auch für die Bemessung des Wertersatzes: vgl. BGH ZfZ 1954, 24.

⁴⁴ Vgl. § 40 c II StGB und § 21 II OWiG, wo außerdem noch der Fall einer entschädigungspflichtigen *Drittbelastung* des Gegenstandes genannt wird. Über die Einzelheiten zu den verschiedenen Formen der Einziehungsverweigerung vgl. BENDER, NJW 1969, 1057; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 c Rdnr. 5 ff., SCHWARZ-DREHER, § 40 c Anm. 3 f., GÖHLER, OWiG, § 21 Anm. 2 B, 3. — Instruktive Beispiele über die im Einzelfall oft schwierige Feststellung der Undurchführbarkeit u. a. bei OLG Hamm ZfZ 1962, 49 f., OLG Bremen ZfZ 1963, 183 und OLG Köln NJW 1966, 2228 f., wo letzteres seinen strenger Standpunkt in NJW 1965, 2359 f. teilweise wieder zurückgenommen hat. Aufschlußreich auch die Beratungen des Sonderausschusses (V/54, Sitzg. S. 1023 ff.) zum Wertersatz beim Gewinnverfall. Vgl. ferner die einschlägigen Kommentierungen zu § 20 OWiG und § 414 a RAO 1961 sowie die nachfolgenden Rspr.-Nachweise. Speziell zu den Fällen des Verbrauchs des Originalobjekts KRÖNER, ZfZ 1962, 11 ff., RÜMELIN, ZfZ 1962, 104 ff.

⁴⁵ So zu Recht schon OLG Bremen DRZ 1950, 454 (and. aber in NJW 1954, 691), KG JR 1955, 72; 1958, 229 (vgl. auch NJW 1958, 803), BayObLGSt 1962, 33/4, 60; 1963, 107 ff., DROST, NJW 1950, 128, DÜNNEBIER, DRZ 1950, 425, MDR 1955, 68, HARTUNG, RJ 1962, 267, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, OWiG, § 20 Anm. 1, ROTBERG, OWiG, § 20 Rdnr. 1 sowie auf Grund des § 40 c SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdnr. 4, SCHWARZ-DREHER, Rdnr. 2, GÖHLER, OWiG, § 21 Anm. 2 A.

⁴⁶ DOG NJW 1951, 40, BGHSt 3, 163 f.; 4, 62/4; 5, 352/4; 8, 98/9; enger wohl BGHSt 16, 282/291 ff., m. zust. Anm. KOHLHAAS, LM Nr. 1 zu § 414 a AbgO. Vgl. ferner BGH bei HERLAN, GA 1959, 51 und BayObLGSt 1953, 9 ff.

⁴⁷ So wohl auch RÜMELIN, ZfZ 1961, 211 und KRÖNER, ZfZ 1962, 11 bzgl. § 414 a RAO n. F.

⁴⁸ BayObLGSt 1951, 483/5 f., SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 335 Rdnr. 8, E 1962 Begr. S. 245, ROTBERG, OWiG, § 20 Rdnr. 3, SCHÄFER, Niederschriften III S. 402.

etwaigen Ersatzgegenstandes. Denn da die Ersatzeinziehung den Täter in gleicher Weise treffen soll, wie dies bei der Originaleinziehung der Fall gewesen wäre⁴⁹, muß der Wert des Originalobjekts die entscheidende Bemessungsgrundlage liefern⁵⁰. Um dafür einen einigermaßen objektiven Maßstab zu haben, wird vom *Verkehrswert* des Originalobjekts zur Zeit der Entscheidung auszugehen sein⁵¹. Falls sich dieser nicht ermitteln läßt, ist eine entsprechende Schätzung vorzunehmen⁵².

2. Soweit gegenstandsbedingte *Sicherungsgründe* den Ausschlag geben, spielen etwaige Wertgesichtspunkte nur eine untergeordnete Rolle, da auch über das Ausmaß einer präventiven Surrogatseinziehung das konkrete Sicherheitsbedürfnis entscheiden muß.

3. Bei der *reparativen* Ersatzeinziehung schließlich muß der Grad des Ausgleichsinteresses bestimmend sein. Waren etwa die durch die rechtswidrige Tat zugefügten Nachteile nur als geringfügig zu veranschlagen und sind die daraus gezogenen Gewinne bereits wieder verbraucht, ohne daß sie dem Täter sonstige Wertsteigerungen gebracht oder notwendige Aufwendungen erspart hätten, kann von einem Ausgleichsbedürfnis kaum noch die Rede sein, so daß die Ersatzeinziehung gänzlich zu unterbleiben hat.

⁴⁹ So im Prinzip treffend BGHSt 4, 305/6.

⁵⁰ Vgl. RG HRR 1940, 196.

⁵¹ H. M.; vgl. u. a. RGSt 49, 408; 75, 100/3, BGH LM Nr. 1 zu § 335 StGB, BGHSt 4, 305 (aber teils abw.; krit. dazu die Anm. von FRÄNKEL, LM Nr. 11 zu § 401 RAO); 5, 155/161; GÖHLER, OWiG, § 21 Anm. 4 A, KOHLHAAS, in ERBS-KOHLHAAS, OWiG, § 20 Anm. 3, ROTBERG, OWiG, § 20 Rdnr. 2 a, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 c Rdnr. 9, § 335 Rdnr. 8, SCHWARZ-DREHER, § 40 c Anm. 6, LANGEN, AWG, § 40 Rdnr. 7. Abweichend wollten das DOG NJW 1950, 652/3 und ihm folgend SCHÄDEL, ZfZ 1950, 301 f. die Ersatzeinziehung auf den Wert beschränken, den der Staat bei der Verwertung des Originalobjekts erzielt hätte.

⁵² § 40 c III StGB, § 73 b StGB 1973, § 21 III OWiG, §§ 110 III, 115 III E 1962, § 85 AE.

6. KAPITEL

RICHTERLICHE SANKTIONSBEMESSUNG UND ENTSCHÄDIGUNG

In den bisherigen Erörterungen ging es im wesentlichen nur um die *gesetzlich-abstrakte* Umgrenzung des persönlichen und gegenständlichen Bereichs, innerhalb dessen eine Eigentumssanktion als zulässig anzusehen ist. Dieses Bild bliebe schief, würde man nicht auch auf den *konkreten richterlichen Einziehungsakt* noch einen kurzen Blick werfen. Denn erst wenn man mitberücksichtigt, inwieweit es dem Richter möglich ist, die abstrakte Einziehungsbefugnis, wie sie sich aus dem Gesetz ergibt, den Verhältnissen und Bedürfnissen des konkreten Falles anzupassen, läßt sich über die Starrheit und Härte oder auch Elastizität und Angemessenheit einer Einziehungskonzeption ein abschließendes Urteil gewinnen (§ 19).

Im Zusammenhang mit dieser Zumessungsproblematik stellt sich vor allem dem Drittbetroffenen gegenüber die Frage, inwieweit das Opfer, das ihm bei Entziehung eines Gegenstandes auferlegt wird, durch eine entsprechende *Entschädigung* wieder auszugleichen ist. Auch hierauf wird zur Abrundung des Bildes noch kurz einzugehen sein (§ 20).

§ 19 EINZIEHUNG UND RICHTERLICHES ERMESSEN

A) Allgemeines

I. Wahl der Sanktionsart

Eines der Grundanliegen dieser Untersuchungen bestand von Anfang an darin, die Eigentumssanktionen in eine Form zu bringen, in der sie sowohl der zu ahndenden Tat wie auch den anzustrebenden Zwecken am besten gerecht werden können. Das überkommene Einziehungsrecht hatte sich in mancher Hinsicht als zu starr erwiesen. Erinnert sei hier nur an die abstrakte Festlegung der Rechtsnatur, die einer wirklich zweckgerechten Anwendung der betreffenden Vorschriften nicht selten im Wege steht und dadurch teils zu bedenklichen Ausweitungen, teils zu bedauerlichen Verkürzungen der Sanktionsmöglichkeiten führt¹. Auch die bislang recht zahlreichen zwingenden Einziehungsbestimmungen², die unter Ausschluß jeglichen richterlichen Ermessens zu einer blind-automatischen Einziehung führen, machen eine tatge-

¹ Vgl. im einzelnen oben S. 62 ff., 97 ff., 131 ff.
² Nachw. dazu oben S. 52.

rechte Gesamtzumessung praktisch unmöglich. Demgegenüber läßt sich eine größere Elastizität und Anpassungsfähigkeit der Eigentumssanktionen nur dadurch erreichen, daß man die Entscheidung über die zu verhängende Sanktion so weit, wie das rechtsstaatlich vertretbar erscheint, in die Hand des Richters legt.

Von einigen noch zu erörternden Einschränkungen abgesehen, gilt das nicht nur für das „Ob“, sondern auch für das „Wie“ der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung. Was insbesondere die *Art der zu wählenden Sanktion* anbelangt, muß der Richter die Möglichkeit haben, deren konkrete Zielsetzung an den Bedürfnissen des Einzelfalles auszurichten. Nicht nur wegen der dogmatischen Unmöglichkeit, den Zweck und die Rechtsnatur einer Einziehungsbestimmung im Vorhinein für alle Fälle abstrakt festzulegen, sondern mehr noch im Interesse eines möglichst einzelfallgerechten Richterspruchs sollte sich der Gesetzgeber daher darauf beschränken, lediglich die allgemeinen Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen eine Eigentumssanktion als Strafe, Sicherungsmaßregel oder Ausgleichsmaßnahme verhängt werden kann, um es im übrigen der Beurteilung der Richter zu überlassen, welchen Zwecken im konkreten Fall der Vorrang einzuräumen ist³.

Entsprechendes gilt für die *Identität* der zu verhängenden Sanktion. Denn auch die Frage, ob ein Gegenstand ganz oder teilweise einzuziehen ist, oder ob man sich statt der vollen Einziehung mit einem schonenderen Mittel, etwa mit der Unbrauchbarmachung oder einer Verfügungsaufgabe, begnügen kann, läßt sich nicht abstrakt im Voraus entscheiden, sondern hängt maßgeblich von der konkreten Würdigung des Einzelfalles ab⁴.

II. Grenzen des richterlichen Entscheidungsspielraums

1. Indes wäre es verfehlt, wollte man die dem Richter einzuräumende Wahlmöglichkeit als ein „freies Belieben“ verstehen. Ganz ungeachtet der grundsätzlichen Frage, inwieweit im Bereich des Strafrechts überhaupt von einem echten richterlichen „Handlungsermessen“ (i. S. des Verwaltungsrechts) die Rede sein kann⁵, muß der Richter bei den Eigentumssanktionen in jedem Falle an die *Art und den Grad des konkreten Sanktionsbedürfnisses* gebunden bleiben⁶.

Das besagt, daß etwa dort, wo die völlige Entziehung eines Gegenstandes die Hauptstrafe in nachhaltiger Weise ergänzen könnte, der Richter sich nicht

³ Näher dazu oben S. 92 ff., 141 f.

⁴ Dabei sind vor allem die Grundsätze der Erforderlichkeit und Geeignetheit der Maßnahme zu beachten (vgl. im einzelnen oben S. 195 ff. und 269 ff.). Zur Problematik der gesetzlichen Gefährlichkeitspräsumtion oben S. 265 ff.

⁵ Aus dem reichhaltigen Schrifttum zu dieser Frage vgl. aus neuerer Zeit insbes. WARD, Dogmatische Grundlagen S. 81 ff., 111 ff., BAUMANN, in Summum Jus S. 132 ff., sowie jüngst BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 19 f., 567 ff.

⁶ Vgl. BGHSt 20, 253/5.

mit der Berufung auf ein nur geringes Sicherungsbedürfnis lediglich auf eine (sicherungsweise) Beseitigungsaufgabe beschränken kann, oder umgekehrt dort, wo ein tatsächliches Sicherungsbedürfnis besteht, dieses nicht einfach mißachten darf, um sich im Hinblick auf ein geringes Verschulden des Täters mit einer als Sicherungsmaßregel völlig unzulänglichen strafweisen Teileinziehung zu begnügen. Vielmehr muß er in jedem Falle dem jeweils vordringlicheren Sanktionszweck Rechnung zu tragen suchen.

2. Dabei kann es sehr wohl vorkommen — und in der Praxis wird das nicht selten der Fall sein —, daß die Sanktion *gleichzeitig mehreren Zwecken* zu dienen hat, daß also sowohl ein sachbedingter Sicherungsgrund besteht, wie auch personbezogene Straferwägungen oder ein reparatives Ausgleichsinteresse die Einziehung geboten erscheinen lassen.

In derartigen Fällen kann die Einziehung durchaus einen *Doppelcharakter* erlangen⁷. Wo etwa dem Sicherungsbedürfnis schon durch bloße Unbrauchbarmachung der nachgemachten Münzen genügt werden könnte, kann im Interesse einer wirksamen Repression darüber hinaus die völlige Entziehung der Goldsubstanz gerechtfertigt sein⁸. Oder dort, wo der Erlös aus einer Sicherungseinziehung an sich dem Eigentümer herauszugeben wäre⁹, könnte es im Interesse einer tatangemessenen Strafschärfung geboten erscheinen, dem Einziehungsbetroffenen den Erlös vorzuenthalten.

Eine derartige zweispurige Eigentumsanktion hängt naturgemäß davon ab, daß sowohl die Voraussetzungen der einen als auch die der anderen Sanktionsart gegeben sind. So kommt eine kombinierte Straf-Sicherungs-Einziehung nur bei Vorliegen der allgemeinen Straf- und Sicherungsvoraussetzungen in Betracht. Fehlt es etwa an einem Sicherungsbedürfnis, so ist für gegenstandsbezogene Präventiverwägungen kein Raum. Mangelt es umgekehrt am Verschulden, so kann die sicherungsbedingte Unbrauchbarmachung keinesfalls aus repressiven Gründen zur vollen Einziehung verschärft werden.

Genauso verfehlt wäre es, eine als Straf- und Sicherungseinziehung drapierte Einziehung aus einer Kumulierung von Faktoren rechtfertigen zu wollen, die für sich allein weder einer Straf- noch einer Sicherungseinziehung ge-

⁷ Allgemein zur Problematik der Doppelnatur oben S. 67 ff., 89 ff., 136 ff. Freilich bleibt zu beachten, daß man die Doppelnatur der Einziehung in durchaus unterschiedlichem Sinne verstehen kann. Während es an den zuvor genannten Stellen mehr um die innere Ambivalenz der Einziehung, also um ihre abstrakte Mehrspurigkeit geht, die sich durch die konkrete Zielsetzung auf einen einzigen Zweck (Strafe oder Maßregel) verengen kann, ist hier die *Doppelspurigkeit* der Einziehung ganz konkret zu verstehen: nämlich als eine Eigentumsanktion, die sowohl Elemente der Strafe als auch der Sicherungsmaßregel enthält.

⁸ Ganz in diesem Sinne haben § 251 E 1913 und § 200 III E 1925 in der über die Unbrauchbarmachung hinausgehenden völligen Einziehung des Falschgeldes mehr gesehen als nur eine Maßregel (vgl. Begr. zum E 1925 S. 105) und demgemäß konsequent gegenüber dem tatunbeteiligten Dritteigentümer nur die Unbrauchbarmachung für zulässig erklärt.

⁹ Dazu oben S. 273 f.

nügen würden. Denn wie schon GILSDORF¹⁰ in anderem Zusammenhang treffend bemerkt hat, „(erzeugt) die Summierung einer strafrechtlich mangelhaften Rechtfertigung und gewisser polizeilicher oder allgemein-kriminalpolitischer Bedürfnisse . . . keinen neuen Rechtfertigungsgrund“.

3. Für eine derartige konkrete¹¹ Doppelnatur der Einziehung wird jedoch dort kein Raum mehr sein, wo dem *einen Sanktionszweck* gegenüber dem anderen ein ganz erhebliches *Übergewicht* zukommt.

Das ist regelmäßig bei Gegenständen der Fall, die wegen ihrer art- oder beschaffenheitsbedingten *Gefährlichkeit* eingezogen oder vernichtet werden müssen, somit nicht einmal ein Verwertungserlös bleibt, den man strafweise einbehalten könnte. Wie schon STOOSS¹² zu Recht festgestellt hat, hätte es keinen Sinn, den Schuldigen mit der Einziehung eines Gegenstandes „bestrafen“ zu wollen, der ihm ohnehin bereits aus polizeilich-präventiven Gründen restlos entzogen werden muß. Hier bleibt für punitive Erwägungen keinerlei Raum mehr; die Einziehung wäre als Strafe „inhaltslos“. Daran kann auch der Richter nicht vorbei. Deshalb kann in derartigen Fällen die Einziehung nur Sicherungscharakter haben.

Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, wo *persönlichkeitsbedingte Gefährlichkeitskriterien* neben der spezialpräventiven Zielsetzung der strafweisen Einziehung nicht mehr wesentlich ins Gewicht fallen. Auch hier bleibt für die Annahme einer Doppelnatur kaum Platz; wesensbestimmend ist vielmehr der Strafcharakter.

B) Übermaßprobleme

Außer den sich aus dem konkreten Sanktionsbedürfnis und Sanktionszweck ergebenden Grenzen unterliegt der richterliche Einziehungsakt selbstverständlich auch den sonstigen allgemeinen Beschränkungen, die jeglichem strafrechtlichen Rechtsfolgeermessen gesetzt sind. Über Einzelheiten dazu muß auf die allgemeine strafrechtliche Ermessenslehre verwiesen werden¹³. Lediglich der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* sei hier noch eigens hervorgehoben, da spätestens an diesem Kriterium alles richterliche Ermessen seine äußerste Schranke findet.

¹⁰ JZ 1958, 689.

¹¹ Vgl. dazu oben Anm. 7.

¹² Natur der Vermögensstrafen S. 36 ff. Vgl. dazu oben S. 69 f.

¹³ Neben den grundlegenden Arbeiten von DROST, Das Ermessen des Strafrichters, 1930, und K. PETERS, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, 1932, seien aus neuerer Zeit vor allem WARD, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, insbes. S. 81 ff., 111 ff., und BRUNS, Strafzumessungsrecht, AT, 1967, angeführt. Über die strafrichterliche Ermessensproblematik de lege ferenda vgl. insbes. die Gutachten von PETERS und SCHRÖDER zum 41. DJT, Bd. 1/2, sowie die Beiträge von BUSCH, KRILLE und SARSTEDT zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß 1957 in Athen, veröffentlicht als Sonderheft der ZStW 1957. Weitere Nachw. dazu bei SCHRÖDER, Vorbem. 89 ff. von § 13.

Wie bereits in der allgemeinen Grundlegung näher dargetan, handelt es sich bei der Verhältnismäßigkeit — neben den Gedanken der Erforderlichkeit und Geeignetheit — um ein Grundprinzip des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots, das in vielfältiger Weise auf die Zulässigkeit und den Umfang der Eigentumssanktionen einwirkt¹⁴. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die besondere Funktion zu, selbst erforderliche und zwecktaugliche Maßnahmen jedenfalls insoweit auszuschließen, als ihre Wirkung außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen würde.

Soweit es dabei um reparative Ausgleichsmaßnahmen geht, wird eine derartige Disproportionalität kaum praktisch werden, da sich diese Sanktion auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes beschränkt¹⁵. Bei den Straf- und Sicherungssanktionen hingegen sind Fälle untragbarer Unverhältnismäßigkeit durchaus möglich. Da sich dies nach jeweils verschiedenen Gesichtspunkten beurteilt, seien beide Sanktionsarten gesondert betrachtet.

I. Tat- und Schuldangemessenheit der Strafeinziehung

1. Als Strafe steht die zu Strafzwecken verhängte Einziehung unter dem Schuldprinzip¹⁶. In Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgedanken ergibt sich daraus der Grundsatz der *Tat- und Schuldangemessenheit*. Mit der bekannten Grundsatzerklärung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, die übrigens gerade durch eine Einziehungssache veranlaßt war¹⁷, bedeutet das,

„daß ein Strafübel in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen muß und daß dort, wo die Tat Grade des Verschuldens und der Schwere aufweisen kann, dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit gelassen werden muß, die Strafe dem anzupassen.“¹⁸

¹⁴ Allgemein zum Übermaßverbot und zur Verhältnismäßigkeit oben S. 195 ff.; zu den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Geeignetheit insbes. S. 269 ff., 274 ff.

¹⁵ Das schließt indes nicht aus, daß auch hier u. U. Härtefälle denkbar sind; dazu unten S. 354 f.

¹⁶ Vgl. oben S. 211, 236 f.

¹⁷ BayVerfGH 3 II 109 ff. Zur Entscheidung stand die Einziehung eines PKW wegen Verletzung einer gesetzlichen Kfz-Meldepflicht.

¹⁸ BayVerfGH, aaO, S. 109/114; für die Wertersatzeinziehung bestätigt durch Bayer. VerfGH in VGH 14 II 49/57. Im gleichen Sinne BVerfGE 6, 389/439 (bezüglich der Mindeststrafen bei § 175 a StGB): „Aus den allgemeinen Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip, folgt für das Strafrecht, daß die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß.“ Vgl. ferner u. a. BGHSt 1, 94/9; 13, 190/2; BVerwGE 8, 287/295; Bockelmann, Materialien I S. 41, DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 1, Rdnr. 32, NIPPERDEY, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHNEIDER, Grundrechte II S. 32, STREE, Deliktsfolgen S. 51, WARD, Dogmatische Grundlagen S. 145 ff.

Das war im Prinzip auch für die Eigentumssanktionen schon seit einigen Jahren allgemein anerkannt¹⁹ und wurde nunmehr auch gesetzlich statuiert²⁰. Was indes die faktische Verwirklichung anbelangt, herrscht noch manche Unklarheit. Nicht nur, daß man sich noch keineswegs darüber einig ist, inwieweit der Grundsatz der Tat- und Schuldangemessenheit zwingend ist und in jedem Falle die Möglichkeit einer richterlichen Ermessensprüfung voraussetzt²¹. Auch glaubt man seine praktische Bedeutsamkeit teils schon deshalb für gering erachten zu können, weil der Täter sein Eigentum auf Grund des Mißbrauchs ja ohnehin verwirkt habe²².

Nun ist in der Tat zuzugeben, daß tat- oder schuldunangemessene Einziehungen sicherlich den Ausnahmefall bilden werden; denn schon allein auf Grund der Tatsache, daß sich die Schwere der Tat und der Grad des Verschuldens ebenso wie auch das dementsprechende Strafmaß nur in Näherungswerten feststellen lassen²³, bedarf es schon einer recht krassen Disproportio-

¹⁹ Vgl. BGHSt 16, 282/290; 18, 279/282; OLG Hamm NJW 1960, 264, 1976; MDR 1966, 430, OLG Oldenburg NJW 1961, 192; OLG Celle NJW 1964, 1381; BayObLG NJW 1967, 586/8, LG Düsseldorf MDR 1954, 311/2, LG Waldshut NJW 1959, 1248; BUSSE, NJW 1958, 1417 ff., DIETRICH, S. 33 ff., GILSDORF, aaO; MAIER, NJW 1959, 182 f., SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Rdnr. 17, STREE, Deliktsfolgen S. 100 f. Vgl. ferner KG VRS 3, 125/7, wenn dort die Einziehung vorrangig vom Sühnedenken zu Lasten generalpräventiver Rücksichten abhängig gemacht wird, sowie OLG Köln NJW 1959, 2128/9, wo § 401 RAO a. F. tatbestandlich stark einschränkend ausgelegt wird, um seine Auswirkungen auf ein erträgliches Maß zu reduzieren. Auch der E 1962, obgleich er für den Bereich des StGB keine ausdrückliche Verhältnismäßigkeitsklausel für notwendig ansah, hält dennoch den Richter insoweit für gebunden; vgl. E 1962 Begr. S. 247.

²⁰ So im Anschluß an § 414 III RAO 1961, § 39 III AWG 1961 jetzt § 40 b I StGB (bzw. § 20 OWiG), wonach die Einziehung zu unterbleiben hat, „wenn sie zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung betroffenen Täter oder Teilnehmer oder in den Fällen des § 40 a den Dritten trifft, außer Verhältnis steht“. — Allerdings scheint dem Gesetzgeber immer noch nicht voll bewußt zu sein, daß es sich dabei nicht nur um Billigkeitszugeständnisse, sondern um den Ausfluß eines zwingenden Verfassungsprinzips handelt. Denn sonst hätte er die erwähnten Verhältnismäßigkeitsklauseln der RAO und des AWG schwerlich nur als Soll-Vorschriften konzipieren können (vgl. dazu die unhaltbare Fehlinterpretation von OLG Hamm NJW 1962, 828/9; richtig dagegen LANGEN, AWG, § 39 Rdnr. 14), noch hätte er den Anwendungsbereich des § 40 b StGB auf die fakultative Einziehung beschränken dürfen; vgl. auch BAUMANN, AT S. 731, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 b Rdnr. 2.

²¹ Dazu unten S. 360 ff.

²² In diesem Sinne etwa STREE, Deliktsfolgen S. 101, auch noch SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 17. Daß für die Einziehung offenbar andere Zumessungskriterien gelten sollen als bei sonstigen Strafen, zeigte sich auch in BGHSt 9, 164/172, wonach der (vermeidbare) Verbotsirrtum hinsichtlich des Nachzuckerungsverbots auf die Einziehung des Weins keinerlei Einfluß haben soll.

²³ Vgl. dazu die Diskussion um die sog. Spielraumtheorie, BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 270 ff., DREHER, JZ 1967, 41 ff., SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 4 vor § 13 m. weit. Nachw.

nalität zwischen der einziehungs begründenden Tat und dem gesamten Obels-effekt der Einziehung, um von einer Mißachtung der Verhältnismäßigkeit sprechen zu können²⁴. Dies hat jedoch damit, daß die betroffenen Gegenstände ohnedies bereits verwirkt seien, im Grunde nichts zu tun; denn wie bereits im Rahmen der Rechtfertigungsproblematik näher dargetan, hat der verwirkungsbegründende Mißbrauch lediglich den Verlust des grundrechtlichen Eigentumsschutzes zur Folge, ohne daß aber damit der Staat bei Entziehung des betroffenen Gegenstandes der Achtung sonstiger Verfassungsprinzipien, einschließlich des Übermaßverbots, entbunden wäre²⁵. Daher kann dem Verwirkungsgedanken als solchem für die Angemessenheitsfrage nichts Maßgebliches entnommen werden.

2. Dagegen lassen sich aus der *Art der Tatverstrickung*, d. h. aus der Beziehung, in der die betroffene Sache zur einziehungs begründenden Tat steht, gewisse Anhaltspunkte für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit herleiten.

a) Was die durch die Tat erlangten und hervorgebrachten Gegenstände anbelangt, liegt meist schon vom Zweck und der Reichweite der Entziehung her die Überschreitung der Übermaßgrenze außerhalb des Wahrscheinlichen. Nicht nur, daß die Entziehung derartiger Tatfrüchte schon um der Wirksamkeit der Hauptstrafe willen notwendig ist — denn könnte der Täter sie ungestört genießen, so würde ihm die Tat trotz einer anderen Strafe immer noch lohnend erscheinen und daher zur Wiederholung reizen²⁶; vielmehr handelt es sich bei den *scelere quaesita* regelmäßig um Gegenstände, die ohnedies erst durch die Tat zum bisherigen Vermögen hinzuerworben wurden; daher wird bei deren Entziehung der Täter lediglich auf den „status quo ante“ zurückgeworfen, weshalb von unbilliger Härte grundsätzlich keine Rede sein kann. Deshalb hält PETERS im Prinzip zu Recht dafür, daß bei derartigen Gegenständen dem Richter regelmäßig gar keine andere Wahl bleibt, als ihre Einziehung anzuordnen²⁷.

Dennoch sind hier Fälle *unbilliger Härte* denkbar. So etwa dort, wo der Funktionär einer verfassungsfeindlichen Organisation von den ihm für seine illegale Tätigkeit gemachten Entgelten jahrelang seinen ganzen Lebensunterhalt bestritten hat²⁸. Hier würde die rückwirkende Entziehung aller Zuwendungen den Täter jedenfalls dann überfordern, wenn ihm damit auf Jahre hinaus die Lebensgrundlage entzogen wäre. Nicht nur, daß damit der Täter u. U. völlig aus der Bahn geworfen oder zumindest seine Resozialisierung

²⁴ Insoweit zutreffend STREE, Deliktsfolgen S. 101. Vgl. auch GILSDORF, JZ 1958, 687.

²⁵ Vgl. oben S. 188 ff.

²⁶ Näher dazu oben S. 82 ff. und 113.

²⁷ PETERS, Kriminalpolitische Stellung S. 116. Vgl. auch STREE, Deliktsfolgen S. 101.

²⁸ Vgl. GÖHLER, Sonderausschuß V/54, Sitzg. S. 1026.

erschwert würde; auch die Familie könnte dadurch ungebührlich mitbetroffen werden. Deshalb verdient die neue Härteklausel des § 92 b II StGB, die im Grunde lediglich die Rechtsprechung des BGH zur Umdeutung des § 86 III StGB in eine Ermessensregel²⁹ zu legalisieren hatte, im Prinzip volle Zustimmung. Gleiches wird für § 73 c StGB 1973 zu gelten haben.

b) Soweit es um *Objekte der Tat* und sog. *Beziehungsgegenstände* geht, kann die Wirkung der Einziehung und die Schwere von Tat und Schuld noch leichter außer Proportion geraten. Zwar ist dem BGH zuzugeben, daß die Menge oder der Wert einer Sache, die etwa Gegenstand einer Steuerhinterziehung war, nicht ohne jeden Einfluß auf die Schuld des Täters sind³⁰ und daher insoweit auch die wirtschaftliche Härte der Einziehung nicht allein vom Zufall abhängt³¹. Dennoch kann keine Rede davon sein, daß Unrecht und Schuld in jedem Falle proportional mit dem Wert des Tatobjektes steigen müßten³². Ob etwa der nicht fahrberechtigte Täter mit einem uralten Kleinwagen oder einem nagelneuen „Straßenkreuzer“ gefahren ist, ändert bei sonst gleichen Tatumständen an der Schwere der Tat nur wenig. Daher kann, sieht man von subjektiven Strafempfindlichkeitskriterien (wirtschaftliche Lage des Täters usw.) einmal ab, die Einziehung des Kleinwagens nach § 21 III StVG durchaus noch verhältnismäßig sein, während sie im anderen Fall u. U. nicht mehr tat- und schuldangemessen wäre.

c) Entsprechendes gilt für die Einziehung von *Tatwerkzeugen*. Auch hier läßt sich dem Wert des Werkzeugs nicht Maßgebliches über die Bedeutung der Tat entnehmen³³. So kann der raffinierte Diamantenschmuggel per Fahrrad ein viel größeres Maß von unrechtlicher Gesinnung verraten als etwa die plumpe Einfuhr im Kofferraum des PKW, womöglich noch in auffällig verpackter Geschenkkassette. Ebensowenig wäre einzusehen, daß die Schuld des Funkamateurs, der eine nicht genehmigte Sendung mit einer wertvollen Funkanlage betreibt, größer sein sollte als die Schuld dessen, der dies mit primitivsten Mitteln tut³⁴. Sofern hier nicht besondere Sicherungsmomente hinzukommen³⁵, würde es daher nicht in Einklang mit dem Prinzip der Tat- und Schuldangemessenheit stehen, wollte man bei der Einziehung von vorneherein

²⁹ Vgl. BGHSt 10, 46/51, m. zust. Anm. JAGUSCH, LM Nr. 6 zu § 98 StGB, BGH vom 2. 9. 1959 und 23. 9. 1960, bei WAGNER, GA 1963, 227 bzw. 229; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 98 Rdnr. 2; zurückhaltender LACKNER-MAASSEN, § 86 Anm. 3. Vgl. dazu auch WAGNER, MDR 1964, 886 m. weit. Nachw.

³⁰ Vgl. BGHSt 16, 282/7.

³¹ So BUSSE, NJW 1958, 1418.

³² Deshalb insoweit richtig RÜMELIN, ZfZ 1961, 207, wenn er den Wert des Schmuggelguts für einen „strafrechtlich sachfremden Maßstab“ hält.

³³ So aber offenbar STREE, Deliktsfolgen S. 101.

³⁴ Vgl. aber auch SCHÄFER, Niederschriften III S. 207.

³⁵ Dazu OLG Celle NJW 1964, 1381 f. sowie unten S. 358 ff.

keinerlei Rücksicht auf den Wert der betroffenen Gegenstände und der damit verbundenen wirtschaftlichen Einbußen nehmen^{36, 37}.

3. Freilich scheint die tat- und schuldproportionale Bemessung der Einziehung oft daran zu scheitern, daß diese selbst nicht flexibel genug ist. Denn wo ein Einziehungsobjekt nicht teilbar ist³⁸, bleibt praktisch nur die Wahl zwischen Anordnung und Verzicht, und beides könnte im Einzelfall als ungerecht erscheinen: das eine als zu scharf, das andere als zu milde.

Doch auch aus diesem Dilemma gibt es einen Ausweg, vorausgesetzt, daß man die strafweise *Einziehung als Teil der Gesamtstrafzumessung* betrachtet und dementsprechend auf die Hauptstrafe *anrechnet*. Dies geschieht bislang allerdings nur sehr zögernd. Soweit ersichtlich, sind — von einigen frühen Ausnahmen abgesehen³⁹ — bisher nur GALLAS⁴⁰, GILSDORF⁴¹ und DIETRICH⁴² sowie neuerdings SCHÖNKE-SCHRÖDER⁴³ und SCHWARZ-DREHER⁴⁴ für eine generelle Berücksichtigung der Einziehung bei Bemessung der Hauptstrafe eingetreten. Auch beim BGH finden sich jetzt Andeutungen in dieser Richtung⁴⁵, während

³⁶ So hat das BayObLG NJW 1967, 586 die Einziehung einer Funkanlage angesichts der geringen Bedeutung der Straftat (gelegentliche Ausstrahlung launiger Musiksendungen in lokaler Empfangsstärke) und mit Rücksicht auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der beiden Angeklagten in Übereinstimmung mit dem Tatrichter zu Recht als nicht mehr schuldangemessen angesehen. Vgl. ferner OLG Kiel HRR 1936, 786 (Schmuggel von 11 silbernen Fünfmarkstücken durch Fahrgast des PKW-Eigentümers), OLG Hamm NJW 1962, 828/9 (Schmuggel von 600 Zigaretten per PKW). Nach KG NJW 1953, 678 können u. U. auch Umstände, die an sich außerhalb der unmittelbaren Einziehungswirkung liegen, berücksichtigt werden: so die Befürchtung ostzonaler Schikanen, falls die Einziehung dort bekannt wird. Dagegen können die Interessen Dritter am Erhalt des Einziehungsobjekts (Bürgen, Gläubiger usw.) keine Berücksichtigung finden: OLG Hamm MDR 1966, 430; vgl. dazu auch unten S. 371. — Über die Kriterien, die für die Bewertung der Tat und der Schuld maßgeblich sind, vgl. im einzelnen den Abschnitt über die Strafzumessungstatsachen bei BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 331 ff. sowie SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 51 ff. vor § 13, je m. weit. Nachw.

³⁷ Daraus folgt selbstverständlich auch die Pflicht des Richters, von seinem Ermessen tatsächlich Gebrauch zu machen: BGHSt 19, 245/256, OLG Köln NJW 1965, 2359/60; das wird im Prinzip auch von BGH NJW 1955, 1327 nicht in Frage gestellt, da dort die Einziehungsgründe auf der Hand lagen (PKW als Hilfsmittel bei Notzucht).

³⁸ Vgl. dazu oben S. 307 f.

³⁹ Vgl. etwa HENKE, Criminalrecht I (1823) S. 484; ferner BÜHLER, Steuerrecht I (1927) S. 511.

⁴¹ JZ 1958, 687.

⁴² Niederschriften III S. 212.

⁴³ § 40 Rdnr. 40, § 40 b Rdnr. 4; auch noch 13. Aufl., § 40 Rdnr. 18.

⁴⁴ § 40 Anm. 2.

⁴⁵ Vgl. BGHSt 10, 337/8, wonach der Tatrichter bei Einziehung eines PKW auf Grund von Unfallflucht noch prüfen müsse, ob sie „nach den gesamten Umständen als Ergänzung der Hauptstrafe zur Sühne des Unrechtsgehalts der Tat unter angemessener Berücksichtigung der übrigen Strafzwecke erforderlich ist“; sowie BGHSt 16, 282/8, wo es für unbedenklich erklärt wird, die Härten der zwingend vorgeschriebenen Einziehung nach § 401 RAO a. F. im Rahmen der Hauptstrafe auszu-

etwa STREER⁴⁶ einen Ausgleich über die Hauptstrafe nur in Ausnahmefällen zulassen will.

Soweit diese Zurückhaltung damit begründet wird, daß der Täter mit dem strafrechtswidrigen Einsatz seines Eigentums zusätzliche Schuld auf sich geladen habe, kann das in dieser Allgemeinheit nicht überzeugen. Nicht nur, daß manche Delikte gar nicht anders als durch Einsatz eines gegenständlichen Hilfsmittels begangen werden können (z. B. Wilderei, Funkbetrieb), ohne daß aber dabei dem wirtschaftlichen Wert des Werkzeugs irgendeine unrechts- oder schuldsteigernde Bedeutung zukäme⁴⁷; noch weniger wäre einzusehen, daß derjenige, der eigene Hilfsmittel verwendet, insgesamt schlechter wegkommen sollte als derjenige, der schlaue genug ist, nur mit fremden Werkzeugen zu arbeiten. Soll hier die Einziehung und ihre Wirkung nicht zu einem Spiel des Zufalls werden, so muß sie aus ihrer Isolierung herausgelöst und in die *Gesamtstrafzumessung* hineingestellt werden. Denn erst die Gesamtheit aller Haupt- und Nebenstrafen bildet die Strafgröße, die in ein angemessenes Verhältnis zum Gewicht der Tat und Schuld zu bringen ist⁴⁸.

Das bedeutet indes nicht, daß damit jede Einziehung automatisch auf die Hauptstrafe anzurechnen wäre. Vielmehr wird man auch hier je nach Art der Gegenstände *differenzieren* müssen. Bei den Tatfrüchten scheidet eine Anrechnung im allgemeinen schon deshalb aus, weil ihre Einziehung ja gerade den Boden dafür bereiten soll, daß die Hauptstrafe überhaupt zur Wirkung kommen kann. Dagegen wird die Einziehung von Tatobjekten und Werkzeugen regelmäßig zu berücksichtigen sein, wobei es freilich ganz von den Umständen des Einzelfalles abhängt, in welchem Maße eine Anrechnung auf die Hauptstrafe in Betracht kommt. De lege ferenda wird sogar zu erwägen sein, ob nicht u. U. schon die Einziehung für sich allein ausreicht, den konkreten Strafzwecken zu genügen: so etwa die Einziehung eines wertvollen Rundfunkgeräts bei kurzfristigem Schwarzhören, die Einziehung des PKW bei einer gelegentlichen Zollhinterziehung. Nicht zuletzt, um hier eine maßgerechte und dennoch eindrucksvolle Strafrechtspflege zu erreichen, müßte daher auch die Einziehung als Hauptstrafe möglich sein⁴⁹.

gleichen. Vgl. auch BGH VRS 4, 359/361 f., KG VRS 3, 125/7 und OLG Hamm VRS 32, 32 f.

⁴⁰ Deliktsfolgen S. 101 f.

⁴¹ Vgl. dazu oben S. 355 f.

⁴² Daher im Prinzip richtig GALLAS, Niederschriften III S. 212, wonach der Richter „stets die insgesamt dem Täter aufzuerlegende Sühne im Auge haben“ muß. Im gleichen Sinne einer Gesamtabwägung aller Tatfolgen jetzt auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 87 f. vor § 13, GEERDS, JZ 1968, 393 und DIETRICH, S. 38; vgl. ferner BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 252 ff. Ähnliche Vorstellungen lassen sich auch der neuesten Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis von Kriminal- und Disziplinarstrafen entnehmen: vgl. insbes. BVerfGE 21, 378/388; dazu auch BAUMANN, JZ 1964, 612 ff.; 1967, 657 ff. und OLG Oldenburg NJW 1968, 2256.

⁴³ Vgl. dazu auch oben S. 115 f.

II. „Gefahrangemessenheit“ der Sicherungsmaßregel

1. Angesichts der Tatsache, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in erster Linie auf dem Boden des Polizei- und Sicherheitsrechts zur Entfaltung kam⁵⁰, war es nur eine Frage der Zeit, bis er auch im Bereich der *strafrechtlichen* Sicherungssanktionen zur Anerkennung gelangen sollte⁵¹ und schließlich auch bei den sichernden *Eigentumssanktionen* immer stärkere Beachtung fand⁵². Auch vom Gesetzgeber ist er — ähnlich dem § 88 II AE — jetzt immerhin insoweit anerkannt, als nach § 40 b II, III StGB bzw. § 20 II, III OWiG statt der vollen Einziehung auf weniger einschneidende Mittel oder auf Teileinziehung zu erkennen ist, sofern bereits auf diesem Wege der Zweck der Einziehung erreicht werden kann. Allerdings handelt es sich dabei weniger um eigentliche Verhältnismäßigkeitserwägungen (i. e. S.) als um Ausprägungen des Erforderlichkeitsprinzips. Schon aus diesem Grunde kann die jetzige Regelung nicht genügen⁵³.

Was nun näherhin die für die Verhältnismäßigkeitsprüfung verbindlichen *Beurteilungskriterien* anbelangt, so bieten hier die Schwere der Tat oder der Grad des Verschuldens naturgemäß nicht die sachgerechten Ansatzpunkte. Denn da es bei den Sicherungsmaßnahmen weniger auf die Ahndung eines subjektiv vorwerfbaren Verhaltens als vielmehr auf die Abwehr künftiger Gefahren ankommt, muß sich das Angemessenheitsurteil am *Grad des Sicherungsbedürfnisses* ausrichten: Je höher der Rang der zu schützenden Rechtsgüter und je größer die ihnen aus dem Gegenstand drohende Gefahr, desto größere Einbußen erscheinen auch für den Eigentümer tragbar⁵⁴.

Es liegt auf der Hand, daß sich auch hier das Maß des individuell Zumutbaren kaum generell im voraus bestimmen läßt, sondern weitgehend von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Wohl läßt sich aus der Qualität des Anknüpfungstatbestandes und der Schärfe der Strafdrohung in etwa der

⁵⁰ Näher LERCHE, Übermaßverbot S. 24 ff. m. weit. Nachw.

⁵¹ Vgl. im einzelnen WARDA, Dogmatische Grundlagen S. 147 ff.; eindringlich in diesem Sinne auch schon EXNER, Sicherungsmittel S. 7, 142.

⁵² Vgl. BGHSt 19, 245/257; 20, 192, 253/6, OLG Celle NJW 1964, 1381/2, NdsRpfl. 1966, 131/2; SAX, in KMR, Vorbem. 1 c vor § 430, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 15, § 414 III RAO 1961, § 39 III AWG 1961.

⁵³ Auch soweit nach den genannten Vorschriften die Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit bei obligatorischen Einziehungsvorschriften ausgeschlossen sein soll (vgl. GÖHLER und DREHER, in Sonderausschuß, V/54, Sitzung S. 1045), ist demgegenüber der Verfassungsrang des Verhältnismäßigkeitsprinzips geltend zu machen; vgl. dazu auch unten S. 364.

⁵⁴ EXNER, Sicherungsmittel S. 142 hat dieses Abwägungsverhältnis in die treffende Formel gefaßt: „Je empfindlicher die Einbuße ist, die das Sicherungsmittel mit sich bringt, desto größer muß die Gefahr sein, welche die Anwendung der sichernden Maßnahme zu rechtfertigen vermag.“ Vgl. auch OLG Celle NJW 1964, 1381/2 und NdsRpfl. 1966, 131/2 sowie SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 b Rdnr. 6, SCHWARZ-DREHER, § 40 b Anm. 3.

Rang des Schutzgutes ablesen. Doch dieser abstrakte Maßstab bleibt dann immer noch in Relation zu setzen zum wirtschaftlichen Wert des konkreten Sanktionsobjekts und sonstigen Nachteilen, die mit der Maßnahme verbunden wären⁵⁵. Selbst richterliche Präjudizien⁵⁶ können dafür immer nur Anhaltspunkte liefern.

2. Auch hier hat die Unverhältnismäßigkeit der Sanktion zur Folge, daß sie entweder auf einen weniger einschneidenden Eingriff zu beschränken ist⁵⁷ oder mangels derartiger Abstufungsmöglichkeiten ganz zu unterbleiben hat.

Dagegen ginge es nicht an, eine an sich unverhältnismäßige und deshalb unzulässige Sicherungssanktion dadurch auf ein erträgliches Maß zu bringen, daß man sie auf eine etwaige Hauptstrafe *anrechnet*. Zwar ist einzuräumen, daß es auch sonst zwischen Strafen und Maßregeln gewisse Wechselwirkungen gibt, um auf diesem Wege zu einer vernünftigen Abstimmung sämtlicher Deliktsfolgen zu kommen⁵⁸. Ob dies jedoch auch im Wege einer Anrechnung der gegenstandsbezogenen Maßregel auf die personbezogene Strafe möglich ist, erscheint schon wegen der Unterschiedlichkeit der Stoßrichtung sehr zweifelhaft⁵⁹. Hinzu kommt, daß — anders als bei den freiheitsbeschränkenden Maßregeln — die eigentumsbezogene Präventivsanktion u. U. gar keinen rechtlich beachtenswerten Übelseffekt mehr enthält: so etwa dort, wo verdorbene Lebensmittel zu vernichten sind oder Gegenstände unbrauchbar geworden, die auf Grund ihrer Beschaffenheit für eine legale Verwendung praktisch nicht geeignet sind (Falschmünzen). Allenfalls dort, wo eine Sicherungseinziehung aus persönlichkeitsbedingten Gründen geboten und damit auch ein personaler Bezug gegeben ist, erschiene eine Berücksichtigung der Maßregel bei Bemessung einer zusätzlichen Strafe vertretbar. Doch selbst hier bleibt zu bedenken, daß dies eine zweifelhafte Privilegierung gegenüber jenen Einziehungsbetroffenen bedeuten würde, bei denen mangels Strafbarkeit keinerlei Anrechnungsmöglichkeit besteht⁶⁰.

⁵⁵ Als sonstige Werte, die neben den wirtschaftlichen Einbußen des Betroffenen zu berücksichtigen wären, kommen insbesondere auch die Grundrechte der Meinungs- und Kunstfreiheit in Betracht: vgl. BGHSt 19, 63/70; 20, 192, LG Hamburg NJW 1967, 582, MÜLLER-RÖMER, ZRP 1968, 7.

⁵⁶ Vgl. etwa BGHSt 20, 253/6, m. Anm. HENGESBERGER, LM Nr. 21 zu § 86 StGB: Abwägung einer zu landesverräterischen Zwecken benutzten Schreibmaschine gegenüber den beruflichen Bedürfnissen des Journalisten und den Resozialisierungsrücksichten (im übrigen fehlt es hier bereits an der Zwecktauglichkeit der Sanktion: vgl. oben S. 276); OLG Celle NJW 1964, 1381 f. und OLG Hamm NJW 1967, 1432: Wert des Fernsehgeräts gegenüber Sicherung des Gebührenanspruchs und Grad der Wiederholungsfahr. Interessante Hinweise auf die bei der Abwägung zu betrachtenden Gesichtspunkte auch bei HARTUNG, Steuerstrafrecht, § 414 Anm. V.

⁵⁷ Dazu oben S. 273.

⁵⁸ Näher dazu BRUNS, Strafzumessungsrecht AT S. 252 ff.

⁵⁹ Vgl. RG DStrZ 1918, 306 und SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 88 von § 13.

⁶⁰ Jedenfalls würde eine generelle Anordnung wohl dazu zwingen, demjenigen, bei dem eine derartige Anrechnungsmöglichkeit nicht besteht, eine entsprechende Ent-

Angesichts dieser Schwierigkeiten wäre daher bei Unverhältnismäßigkeit der Sanktion eher auf diese zu verzichten, als daß man ihr mit einer fragwürdigen Anrechnungsarithmetik abzuweichen sucht.

III. Zur Problematik der obligatorischen Einziehung

1. Die bisherigen Ausführungen sind stillschweigend davon ausgegangen, daß das Gesetz bereits von sich aus dem Richter ausreichenden Spielraum zur Berücksichtigung des Übermaßverbots gibt. Indes kennt das Recht der Eigentumssanktionen auch jetzt noch verschiedene Fälle, in denen die Einziehung, Unbrauchbarmachung oder Gewinnabschöpfung zwingend vorgeschrieben ist⁶¹ und folglich für richterliche Ermessenserwägungen irgendwelcher Art kein Raum zu sein scheint.

Die Rechtsprechung hat mit diesen Fällen bekanntlich manche Schwierigkeiten gehabt, wobei sich freilich der Schwerpunkt der Diskussionen immer wieder verschoben hat. Zunächst war der Blick weitgehend durch die Rechtfertigungsproblematik der *obligatorischen Dritteinziehung* verstellt, so daß sich die Rechtsprechung fast ausschließlich damit beschäftigte, durch Herausbildung jenes bekannten Einziehungskatalogs wenigstens zu einigermaßen erträglichen Beschränkungen zu kommen⁶². Daß damit die eigentliche Ermessensproblematik jedoch noch keineswegs allseitig gelöst war, zeigt die Tatsache, daß der BGH beim Vorliegen eines Dritteinziehungsgrundes durchaus an einem etwaigen Zwang zur Einziehung festhalten wollte⁶³.

In diesem Punkt konnte eine entscheidende Wende erst dann eintreten, als man über jene Drittverschuldungserwägungen hinaus auch die Übermaßfrage

schädigung zu gewähren — eine kriminalpolitisch äußerst fragwürdige Konsequenz. Vgl. aber dazu auch unten S. 375 f.

⁶¹ Vgl. die Nachw. oben S. 52 Anm. 29 sowie § 73 I, II 1 StGB 1973. Zur früheren Entwicklung in dieser Hinsicht vgl. oben S. 25 ff. und 35. — Auch in den Reformentwürfen ist verschiedentlich noch ein Einziehungszwang vorgesehen: so etwa beim Verfall rechtswidriger Tatvorteile (§ 109 I, II E 1962, § 83 I AE), bei Einziehung unzüchtiger Sachen (§ 225 III E 1962), unechter Urkunden und Falschgeld (§ 318 III E 1962), Glücksspieleinrichtungen (§ 360 E 1962), staatsgeheimnisverkörpernder Gegenstände (§ 394 IV S. 2 E 1962), landesverräterischer Abbildungen u. dgl. (§ 417 III S. 2 E 1962). Generell für Einziehungszwang bei instrumenta und producta § 63 GE BAUMANN; vgl. aber dazu auch unten Anm. 81.

⁶² Stein des Anstoßes waren vor allem die rigiden Dritteinziehungsvorschriften des § 295 StGB a. F. und des § 414 RAO 1931, die das RG selbst dann glaubte anwenden zu müssen, wenn dem Eigentümer die in die Tat verwickelten Gegenstände gestohlen worden waren (RG R. 1, 223, RGSt 21, 39 ff.; vgl. ferner RGSt 30, 413/5; 37, 15/6; 46, 131/7; 73, 289/292, RG JW 1936, 3202). Näheres über die allmähliche Milderung dieser Regeln durch die Gesetzgebung der 30er Jahre und den Rechtfertigungskatalog der Nachkriegs-Rspr. oben S. 28, 36 f., 38 ff.

⁶³ So ausdrücklich BGHSt 21, 66/8. In diesem Sinne etwa auch CREIFELDS, JR 1955, 403 f., FUCHS, GA 1954, 80 f. und wohl auch MANNHEIMER, DRiZ 1967, 383 f.

mit in den Blick nahm. Denn damit war der Einziehungszwang nicht mehr nur ein Problem der Dritteinziehung, sondern zu einem *allgemeinen Bemessungsproblem* geworden.

Auch hier entzündete sich die Frage zuerst an einem steuerstrafrechtlichen Einziehungsgebot: dem § 401 RAO 1931, der neben dem Schmuggelgut vor allem auch die Einziehung der Beförderungsmittel vorschrieb, und zwar ohne Rücksicht darauf, in welchem Verhältnis deren wirtschaftlicher Wert zur objektiven und subjektiven Schwere der Anknüpfungstat stand. Hierin hat wohl erstmals Busse eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips, speziell der Tat- und Schuldangemessenheit, gesehen⁶⁴. Auch in der Rechtsprechung wurde diese Verfassungsrüge bald aufgegriffen, zunächst vom LG Waldshut⁶⁵, dann aber auch von den OLG Hamm⁶⁶ und Oldenburg⁶⁷. Der BGH indes, der von Anfang an der Verfassungsmäßigkeit des § 401 RAO ausgegangen war⁶⁸, konnte sich auch dann noch nicht zu einer generellen Verwerfung der obligatorischen Einziehung entschließen. Diese Zurückhaltung war bestimmt von dem Gedanken, daß die als unangemessen angesehenen Einziehungsfolgen weder zwangsläufig noch unausweichlich seien, sondern durch eine einengende Tatbestandsauslegung vermieden werden könnten⁶⁹; zudem bleibe der Richter letztlich immer noch an das dem einfachen Gesetz übergeordnete Verbot des Übermaßes gebunden⁷⁰.

Immerhin war aber nunmehr anerkannt, daß der Richter selbst einem gesetzlichen Einziehungsgebot nicht einfach blind zu gehorchen braucht, sondern zuvor dessen Angemessenheit im Rahmen des Einzelfalles zu prüfen hat. Von daher war es nur konsequent, dem Richter auch das Recht zu geben, die strikten Einziehungsvorschriften älteren Rechts den „geläuterten Rechtsanschauungen“ der neueren Gesetzgebung anzupassen und sie dementsprechend in Ermessensbestimmungen umzuwandeln⁷¹.

⁶⁴ BUSSE, NJW 1958, 1417 ff. Vgl. ferner GILSDORF, JZ 1958, 687 und MAIER, NJW 1959, 182 f., SCHÜRMANN, BB 1960, 493. Näheres zur folgenden Entwicklung bei RÜMELIN, ZfZ 1961, 206 ff.

⁶⁵ LG Waldshut NJW 1959, 1248 L (ausführlicher in ZfZ 1959, 245); VB zum BVerfG, das die Vorlage mangels Zuständigkeit zurückwies, da es sich beim § 401 RAO a. F. um vorkonstitutionelles Recht handele: NJW 1960, 1563; vgl. ferner LG Waldshut ZfZ 1960, 279 (VB zum BGH).

⁶⁶ OLG Oldenburg NJW 1960, 264 (VB zum BVerfG; durch den in Anm. 65 genannten Beschluß des BVerfG miterledigt); NJW 1960, 1976 (VB zum BGH; vgl. dazu BGHSt 16, 282/3); und schließlich OLG Hamm ZfZ 1962, 48 und 49. Zur Verfassungswidrigkeit des obligatorischen § 123 BrantwMG OLG Hamm ZfZ 1963, 111/3 (VB zum BGH) m. krit. Anm. RÜMELIN; abschlägig erledigt in BGHSt 18, 279.

⁶⁷ OLG Hamm NJW 1961, 192 (VB zum BGH; erledigt in NJW 1961, 1635).

⁶⁸ Vgl. u. a. BGHSt 1, 351/3/6; 2, 311, 328/332; 3, 1; 7, 78; 8, 98; 10, 237; 13, 399, BGH NJW 1961, 1635.

⁶⁹ BGHSt 16, 282/6 ff., m. zust. Anm. KOHLHAAS, LM Nr. 1 zu § 414 a AbgO.

⁷⁰ Ebda. S. 290; ausdrücklich bestätigt in BGHSt 18, 279.

⁷¹ BGHSt 18, 279/282, m. zust. Anm. KRUMME, LM Nr. 24 zu § 401 AbgO. Vgl. aber auch BGHSt 21, 66/8, wonach eine Umdeutung nicht in jedem Fall geboten sei.

Dem ist auch die übrige Rechtsprechung gefolgt⁷², soweit sie dem BGH nicht bereits vorausgeeilt war⁷³. Freilich wurden dabei methodisch teils verschiedene Wege verfolgt. Während sich ein Teil der Gerichte mit einer *rechtsanalogen* Umdeutung in *Kann*-Vorschriften begnügte⁷⁴, arbeiteten andere mehr mit einer *gesetzesanalogen* Anwendung der Härteklausele des § 295 II StGB⁷⁵. Doch dies ist nur das sekundäre Problem. Entscheidend bleibt das allenthalben zu beobachtende Bemühen, die obligatorischen Einziehungs Vorschriften so zu verstehen, daß sie auch den Bedürfnissen des Einzelfalles Rechnung zu tragen vermögen. Dieser Gedanke hätte kaum besser begründet werden können, als es das OLG Celle getan hat:

„Die Rechtsentwicklung ist mit der raschen Änderung der allgemeinen, insbesondere sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse fortgeschritten. Sie gebietet in immer zunehmendem Maße, daß die gerichtlichen Entscheidungen nicht nach starren Grundsätzen ausgerichtet werden, sondern die immer unterschiedlicher werdenden Verhältnisse des Einzelfalles berücksichtigen. Nur bei einer allumfassenden Würdigung des Einzelfalles wird eine Entscheidung als gerecht empfunden. Dies aber bedingt, daß dem Richter ein Ermessensspielraum bei seinen Entscheidungen bleibt, mit dessen Hilfe er die Entscheidung auf die Besonderheiten des Einzelfalles abstellen kann.“⁷⁶

2. Dies ist in der Tat das tragende Prinzip: *Elastizität der gesetzlichen Einziehungsregelungen im Interesse größtmöglicher Einzelfallgerechtigkeit*⁷⁷.

⁷² Vgl. OLG Celle NJW 1964, 1381, NdsRpfl. 1966, 131, BayObLGSt 1965, 15/9; 1966, 162/5 f., 176/180.

⁷³ So die in Anm. 65 bis 67 genannten Entscheidungen.

⁷⁴ So etwa BGHSt 18, 279/282, m. krit. Anm. RÜMELIN, ZfZ 1963, 218 (zu § 123 BrantwMonG), BayObLGSt 1965, 15/9 (zu § 13 LebMG); 1966, 162/5 f. (zu § 20 FernmAnlG); 1966, 176/180 (zu § 296 III StGB); so allgemein auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 13, § 295 Rdnr. 9.

⁷⁵ So etwa OLG Celle NJW 1964, 1381/2 (zu § 20 FernmAnlG) und NdsRpfl. 1966, 131/2 (zu § 13 LebMG), wobei das Gericht zu Recht davon ausgeht, daß die Härteklausele des § 295 II StGB unter dem „Betroffenen“ nicht nur Dritte, sondern auch den Täter versteht (ebenso JAGUSCH, LK, § 295 Anm. 2 b, NIETHAMMER, BT S. 347, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 295 Rdnr. 8, WOLFER, S. 136; and. MITZSCHKE, NJW 1953, 354/5); vgl. ferner BGHSt 9, 96/8, m. Anm. DÜNNEBIER, JR 1956, 306 und JAGUSCH, LM Nr. 3 zu § 245 a StGB, BayObLGSt 1957, 24/8 (zu § 11 SprengstoffG a. F.), BayObLG LRE 4, 303/9 und HOLTHÖFER-JUCKENACK-NÜSE, LebMG, § 13 Rdnr. 43, ZIPFEL, LebMG, § 13 Rdnr. 2.

⁷⁶ OLG Celle NJW 1964, 1381/2 (zu § 20 FernmAnlG a. F.).

⁷⁷ Natürlich darf diese nicht auf Kosten der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gehen; denn der richterliche Strafausspruch ist ja nicht nur in seiner individuell-punktuellen Wirkung zu sehen, sondern muß auch in seiner Horizontalen gegenüber Gleichschuldigen gerecht bleiben. Insofern darf die Einzelfallgerechtigkeit gerade auch im Strafrecht nicht verabsolutiert werden (eindrucksvoll dazu BAUMANN, in Summum Jus S. 116, 132 ff. m. weit. Nachw.). Hier kann es deshalb nur darum gehen, in dem bislang zu starren Recht der Eigentumssanktionen der Einzelfallgerechtigkeit überhaupt erst einmal den ihr gebührenden Platz zu verschaffen.

Nicht, als ob absolute und obligatorische Strafen niemals einzelfallgerecht sein könnten. Bei Mord etwa wird die lebenslange Freiheitsstrafe durchaus regelmäßig die tat- und schuldgerechte Strafe sein⁷⁸ — und wo sie es nicht wäre, würde man meist schon durch entsprechend enge Auslegung der Mordmerkmale um die Anwendung des § 211 StGB „herumkommen“. Schon daran zeigt sich aber, daß die Berechtigung absoluter Strafen von einer grundlegenden Prämisse abhängt: nämlich daß Tat und Strafe schon nach ihrer *allgemeinen Qualität und Gravität* in einem gewissen Gleichgewicht zueinander stehen. Dies ist indes nur dort gegeben, wo neben den Kriterien der Tat auch die Art und das Ausmaß der obligatorischen Strafe von vornherein eindeutig feststehen.

Das mag außer bei § 211 StGB vielleicht noch bei der Aberkennung der Eidesfähigkeit (§ 161 StGB) der Fall gewesen sein⁷⁹; denn in beiden Fällen ist die gesetzlich völlig vorfixierte Strafe die Reaktion auf eine schweremäßig kongruente Tat. Von den Eigentumssanktionen hingegen läßt sich das nicht in dieser Allgemeinheit sagen. Dies vor allem dort nicht, wo die Einziehung in Form einer Generalklausel für eine ganze Kategorie unter sich verschiedener Tatbestände vorgesehen ist, wie dies etwa bei den §§ 401, 414 RAO 1931 besonders augenfällig war.

Doch selbst dort, wo die Einziehung an einen bestimmten Einzeltatbestand geknüpft wird, wie das heute meist der Fall ist, steht zwar der Eintritt der Sanktion im Vorhinein fest, nicht dagegen ihr Ausmaß; denn dieses hängt entscheidend vom wirtschaftlichen Wert des konkret betroffenen Gegenstandes ab, ohne daß dem jedoch ein größeres oder geringeres Maß von Unrecht oder Schuld entsprechen müßte⁸⁰. Insofern bleibt die Einziehung bis zu einem gewissen Grade immer *zufallsbedingt* und damit *auch für den Gesetzgeber unberechenbar*. Dem ist nur dadurch zu begegnen, daß das Gesetz dem Richter genügend Spielraum läßt, um die abstrakte Sanktionsandrohung den Bedürfnissen des Einzelfalles anzupassen.

3. Auf welche Weise das im einzelnen zu verwirklichen ist, ist im wesentlichen eine Frage der *Zweckmäßigkeit*.

Soweit es um die *strafweise* Einziehung geht, kommt praktisch nichts anderes als eine Ermessensregelung in Frage. Denn dies ist zweifellos der einfachste Weg, um durch eine tatgerechte Beschränkung der Einziehung selbst oder durch Abstimmung mit der Hauptstrafe den Erfordernissen der Tat- und Schuldangemessenheit Rechnung zu tragen⁸¹.

⁷⁸ Vgl. BAUMANN, aaO, S. 134, aber auch SARSTEDT, in Verhandlungen des 41. DJT, Bd. II D, S. 42.

⁷⁹ Doch selbst da ist der Absolutheitscharakter heute höchst umstritten; vgl. im einzelnen ROXIN, JZ 1965, 558 ff. und SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 161 Rdnr. 3, je m. weit. Nachw.

⁸⁰ Vgl. dazu oben S. 355 f.

⁸¹ Vgl. im einzelnen oben S. 352 ff. Anders § 63 GE BAUMANN, der jedoch trotz

Bei den *sichernden* Eigentumssanktionen hingegen kommt es vor allem auf die Möglichkeit der konkreten Feststellung des Sicherungsbedürfnisses an. Gesetzliche Gefährlichkeitsvermutungen sind, weil zu grobmaschig, grundsätzlich abzulehnen. Falls man zur Entlastung des Richters dennoch nicht darauf verzichten zu können glaubt, muß zumindest der Gegenbeweis der konkreten Ungefährlichkeit zugelassen werden⁸².

Soweit auf diese Weise sichergestellt ist, daß jedenfalls die Erforderlichkeit und Geeignetheit der Maßnahme für eine konkrete richterliche Prüfung offensteht, bestehen keine Bedenken, im übrigen die Einziehung zwingend vorzusehen, so etwa, wie dies jetzt durch die Bindung zwingender Sondervorschriften an die Einziehungsgründe des § 40 II, III StGB bzw. des § 18 II OWiG geschehen ist⁸³. Freilich bleibt auch daneben noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip i. e. S. zu beachten. Soweit dies nicht bereits unmittelbar über die § 40 b StGB, § 20 OWiG möglich ist⁸⁴, wird unmittelbar auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot zurückzugreifen sein⁸⁵.

Entsprechendes gilt für die *Ausgleichs*-Einziehung. Auch hier bestehen gegen einen Einziehungszwang so lange keine Bedenken, als jedenfalls die Feststellung des auszugleichenden Gewinnes in die Hand des Richters gelegt ist.

Freilich kann es auch hier Fälle geben, in denen die Abschöpfung den Betroffenen unverhältnismäßig hart treffen würde; etwa dort, wo die Gewinne nur auf einem leichten Gesetzesverstoß beruhen und inzwischen restlos verbraucht sind, oder in ein Unternehmen investiert wurden, das bei rückwirkender Entziehung der Gewinne in seiner Existenz gefährdet würde⁸⁶. Daher muß auch hier der Richter durch eine entsprechende Verhältnismäßigkeits- oder Härteklausele, wie sie beispielsweise § 8 II WiStG 1954 bietet⁸⁷, den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen können.

der obligatorischen Fassung seiner Einziehungsformel keinesfalls die Berücksichtigung der Tat- und Schuldangemessenheit ausschließen will (vgl. BAUMANN, Kleine Streitschriften S. 102).

⁸² Vgl. zum Ganzen oben S. 265 ff.

⁸³ Vgl. § 40 IV StGB bzw. § 18 I i. V. m. II OWiG. An diesen Grundsätzen wird man auch in den abweichenden Regelungen der §§ 101 a I 3, 109 k I 3 StGB bzw. § 24 I 2 KriegswaffenG nicht vorbeikommen, wenn man nicht mit dem Übermaßverbot in Konflikt geraten will.

⁸⁴ Vgl. oben S. 353 mit Anm. 20 und S. 358 mit Anm. 53.

⁸⁵ So wohl auch BAUMANN, AT S. 731, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 b Rdnr. 2; vgl. auch SCHWARZ-DREHER, § 40 b Anm. 3 sowie oben S. 353.

⁸⁶ Vgl. auch GÖHLER, in Sonderausschuß, V/28. Sitzg. S. 547/8 sowie V/54. Sitzg. S. 1026 f.

⁸⁷ Vgl. dazu BayObLGSt 1954, 79/80 f.; 1957, 162, 227 (aber auch 1951, 626 ff.); EBISCH, WiStG, § 8 Rdnr. 10. Ähnliche Härteklausele sind auch in den § 73 c StGB 1973, § 111 E 1962 und § 86 AE für den Verfall rechtswidriger Vermögensvorteile vorgesehen.

§ 20 DIE ENTSCHÄDIGUNG

A) Übersicht über die gesetzlichen Entschädigungstypen

Obgleich der Gedanke einer Entschädigung des Einziehungsbetroffenen schon im frühen 19. Jahrhundert auftauchte¹, brauchte seine praktische Verwirklichung doch noch geraume Zeit. Zwar finden sich bereits um die Entstehungszeit des StGB vereinzelte Bestimmungen, in denen bei Vernichtung oder Unbrauchbarmachung bestimmter Gegenstände, insbesondere seuchenverdächtiger Tiere, dem Betroffenen ein Entschädigungsanspruch zuerkannt wird². Doch hat wohl erstmals der Entwurf KAHLE 1930 diese Frage auf eine allgemeinere Grundlage zu stellen versucht, indem er dem Dritteigentümer volle Entschädigung aus der Staatskasse zusprach (§ 52 III 2)³.

Gesetzliche Anerkennung haben freilich auch diese Bemühungen erst in § 9 V der VerbrauchsregelungsstrafVO 1941 gefunden, und zwar in einer Entschädigungsregelung, die nach ihrer Übernahme in die § 44 WiStG 1949 und § 23 OWiG 1952 dann bis in die jüngste Zeit das Ordnungswidrigkeitenrecht beherrschen sollte⁴. Ihre kennzeichnenden Merkmale bestanden darin, daß sie nicht dem Dritteigentümer, sondern lediglich etwaigen Drittberechtigten (z. B. Pfand- und Hypothekengläubigern) einen Entschädigungsanspruch zubilligte⁵, doch auch diesen nur, sofern ihnen kein Fehlverhalten (Tatkenntnis oder Vor- teil aus der Tat) vorzuwerfen war.

Ein ganz anderer Entschädigungstyp kam mit dem durch das 1. StAG 1951 eingefügten § 86 II in das StGB⁶. Hier war — im Gegensatz zum OWiG — zwar

¹ So etwa bei HENKE, Criminalrecht I (1823) S. 484 (vgl. oben S. 273 Anm. 107) und LUDEN, in WEISKE, Rechtslexikon II (1840) S. 931 ff.

² Vgl. z. B. § 3 RinderpestG vom 7. 4. 1869 und §§ 57 ff. ViehseuchenG vom 23. 6. 1880. Weitere Nachw. dazu bei DREWS-WACKE, Allgemeines Polizeirecht S. 423 f.

³ Zur Vorgeschichte dazu WOLFER, S. 26 ff.

⁴ Einen frühen Vorläufer könnte man übrigens bereits in der sehr ähnlichen Verfallsentschädigung nach § 3 der EinfuhrregelungsVO vom 22. 3. 1920 sehen.

⁵ Freilich ist einzuräumen, daß diese Nichtberücksichtigung des Dritteigentümers (Einzelheiten dazu bei ROTBERG, OWiG, § 23 Rdnr. 2 m. weit. Nachw.) teilweise dadurch bedingt ist, daß das OWiG 1952 die Einziehung von Dritteigentum ohnehin nur bei Quasi-Verschulden des Eigentümers kannte (§ 19) und damit grundsätzlich die Ausschlussklausel des § 23 I durchgreifen würde. Wie jedoch die Härteklausele im neuen § 24 III OWiG zeigt, muß der Entschädigungsausschluss bei der „strafähnlichen“ Dritteinziehung nicht unbedingt zwingend sein.

⁶ Da dies die einzige Entschädigungsregel innerhalb des StGB war, fand sie auch in anderen Einziehungsfällen teils ausdrückliche (§§ 98 II, 101 II, 104 b I, 109 i II, 311 c II StGB a. F.), teils analoge Anwendung (vgl. BAUMANN, AT, 4. Aufl., S. 657, JAGUSCH, LK, § 40 Anm. I 2, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 20, § 86 Rdnr. 12, STREE, Deliktsfolgen S. 126). And. OLG Hamburg NJW 1953, 1645, wo nach in § 86 II StGB kein das Strafrecht beherrschendes Prinzip zu sehen sei und deshalb eine Erstreckung auf andere als die dort vorgesehenen Fälle abgelehnt wird. Vgl. auch oben S. 29.

einerseits nur an den Dritteigentümer gedacht, und selbst an diesen nur, sofern ihm der eingezogene Gegenstand zur Zeit der Tat gehörte⁷. Doch war andererseits die Ausschlussklausel hier insofern enger, als die Entschädigung nicht bereits bei bloßer Erkennbarkeit der einziehungs begründenden Tat, sondern nur dann ausgeschlossen sein sollte, wenn sich der Betroffene im Zusammenhang mit der Tat auf andere Weise, z. B. durch Begünstigung oder unterlassene Anzeige⁸, „strafbar“ gemacht hatte.

Ein wiederum anderes Entschädigungskonzept liegt der dem § 119 E 1962 folgenden Regelung der nunmehr geltenden § 41 c StGB und § 24 OWiG zugrunde⁹. Hier wird nun erstmals sowohl der Dritteigentümer wie auch derjenige, dem beschränkte dingliche Rechte am Einziehungsobjekt zustehen, grundsätzlich als entschädigungsberechtigt anerkannt. Allerdings auch hier nur unter dem Vorbehalt, daß ihm kein Quasi-Mitverschulden an der einziehungs begründenden Tat vorgeworfen werden kann. Als *Ausschlußgründe* fungieren dabei im wesentlichen die gleichen Klauseln, wie sie nach § 40 a StGB bzw. § 19 OWiG zur Begründung der „strafähnlichen“ Dritteinziehung dienen. Überall dort, wo also dem Betroffenen eine quasi-schuldhaft Beihilfe, Ausnützung oder Vereitelung der einziehungs begründenden Tat vorgeworfen werden kann¹⁰, ist auch eine Entschädigung ausgeschlossen¹¹.

An sich käme danach eine Entschädigung praktisch nur bei einer rein *sicherungsbedingten* Dritteinziehung in Betracht. Und in der Tat war dies die Position des § 119 E 1962¹². Doch dies erschien dem Gesetzgeber des EGOWiG offenbar zu hart. Deshalb soll nach § 41 c III StGB und § 24 III OWiG selbst bei Vorliegen eines der zuvor genannten Ausschlussgründe eine Entschädigung jedenfalls dann gewährt werden, wenn ihre Versagung eine

⁷ Um dieses harte Ergebnis zu vermeiden, sollte § 86 II StGB a. F. nach SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 86 Rdnr. 11, SCHWARZ-DREHER, 29. Aufl., § 86 Anm. 2 c und wohl auch JAGUSCH, LK, § 86 Anm. 7 auf die nachträglichen Erwerbsfälle zumindest analog anwendbar sein.

⁸ Vgl. JAGUSCH, LK, § 86 Anm. 7, SCHWARZ-DREHER, § 86 Anm. 2 c.

⁹ Zuvor war allerdings § 119 E 1960/62 u. a. auch schon durch § 41 a b RAO 1961 und § 41 AWG 1961 vorweggenommen worden.

¹⁰ Näher zu diesen Fehlverhaltenskriterien oben S. 222 ff.

¹¹ Darüber hinaus soll nach § 41 c II Nr. 3 StGB und § 24 II Nr. 3 OWiG eine Entschädigung ferner dann ausgeschlossen sein, wenn die dauernde entschädigungslose Entziehung der Sache bereits nach sonstigen außerstrafrechtlichen Bestimmungen zulässig wäre: so z. B. nach §§ 200, 200 a RAO n. F., §§ 51 b, 51 c BrantwMonG oder nach polizeilichen Sicherstellungsvorschriften (vgl. dazu die Nachw. oben S. 9 Anm. 24).

¹² So etwa auch § 414 b RAO 1961 und § 41 AWG 1961. Auch der AE steht im praktischen Ergebnis auf dem gleichen Standpunkt, wenn er, obgleich grundsätzlich nur die Sicherungseinziehung zulassend (§ 88 I), dem Dritten eine Entschädigung für den Fall verwehrt, daß er sich „im Zusammenhang mit der Tat auf andere Weise strafbar gemacht hat“ (§ 91 I). Wenn man sich dabei sachlich an die engere Ausschluss-Formel des § 86 II StGB angelehnt hat, so geschah das vornehmlich aus prozeßökonomischen Gründen; vgl. AE Begr. S. 167.

unbillige Härte bedeuten würde. Damit ist erstmals auch für die Fälle quasi-schuldhaften Drittverhaltens die Möglichkeit einer Entschädigung anerkannt¹³.

Einer der wesentlichen Vorzüge dieser Neuregelung ist sicherlich darin zu sehen, daß sie einer kaum noch erträglichen Rechtsungleichheit auf diesem Gebiet ein Ende bereitet hat. Doch kann in der Sache auch diese Konzeption nicht voll befriedigen. Nicht nur, daß durch die — bewußte oder unbewußte — Ausrichtung an einer mehr oberflächlichen Kasuistik das Blickfeld von vorneherein verengt wurde. Auch hat man bei der Gleichbehandlung verschiedener Fälle offenbar nicht immer bemerkt, daß diese in Wirklichkeit nicht gleichgelagert und daher nach unterschiedlichen Kriterien zu beurteilen sind. Ebenso wenig dürfte die sog. „fehlerhafte“ Dritteinziehung bereits die Beachtung erfahren haben, die ihr in einer umfassenden Entschädigungsregelung zu schenken wäre.

Angesichts dieser grundsätzlichen Bedenken wäre es wenig sinnvoll, hier in eine punktuelle Analyse der einzelnen Vorschriften einzutreten. Um zu einer Gesamtsicht der Problematik zu kommen, erscheint es vielmehr angebracht, die für die Entschädigung wesentlichen Gesichtspunkte herauszustellen, um im Blick darauf die wichtigsten der in Frage stehenden Entschädigungsfälle zu erörtern.

B) Entschädigungspflicht aus Art. 14 III GG

I. Grundsätzliches

Die bisherige Behandlung der Entschädigungsproblematik scheint nicht zuletzt darunter gelitten zu haben, daß man zwei Fallgruppen nicht klar genug auseinandergehalten hat: einerseits die Fälle, in denen eine verfassungsrechtliche, auch den Gesetzgeber bindende *Pflicht* zu einer Entschädigung des Einziehungsbetroffenen besteht; andererseits die Fälle, in denen diese Entschädigung lediglich aus gewissen *Billigkeitserwägungen* gewährt wird¹⁴. In letzterem Fall wird der Gesetzgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit haben. Wo dagegen eine *Pflicht* zur Entschädigung besteht — und allein darum soll es hier zunächst gehen —, bleibt auch für Ausschlussklauseln kein Raum.

¹³ Vgl. aber dazu auch unten S. 375.

¹⁴ Bezeichnend für die dogmatische Unsicherheit ist nicht zuletzt die terminologische Unschärfe, mit der die Entschädigungsregeln teilweise begründet werden: so etwa wenn von „enteignungsähnlichen Eingriffen“ die Rede ist (ROTBERG, OWiG, § 23 Rdnr. 1, ZEIDLER, NJW 1954, 1146 bzgl. der „strafähnlichen“ Dritteinziehung), schlicht auf Art. 14 III GG verwiesen (Amtl. Begr. zu § 25 KriegswaffenG, BT-Drs. Nr. III/1589) oder die Entschädigungsvorschrift als „Ausführungsvorschrift zu Art. 14 GG“ gedeutet wird (SCHAFHEUTLE, Niederschriften III S. 286); ähnlich GÖHLER, OWiG, § 24 Anm. 2, SCHWARZ-DREHER, § 41 c Anm. 1; denn ob dies wirklich immer im Sinne einer unabdingbaren Entschädigungspflicht gemeint ist, bleibt offen.

Die Frage nach den Fällen, in denen der Staat von Verfassungen wegen zur Entschädigung des Einziehungsbetroffenen verpflichtet ist, ist im Prinzip sehr einfach zu beantworten: Eine derartige Pflicht besteht überall dort, wo die Eigentumsanktion in Zielsetzung oder Wirkung als technische Enteignung i. S. des Art. 14 III GG, als „enteignungsgleicher“ Eingriff oder als ein sonstiges Sonderopfer i. S. des Aufopferungsrechts anzusehen ist¹⁵. Die eigentlichen Schwierigkeiten beginnen daher bei der Frage, wann eine derartige Identität von Einziehungs- und Enteignungstatbestand anzunehmen ist. Dies ist im Grunde die gleiche Frage, die uns bereits bei der umstrittenen Abgrenzung der Einziehung gegenüber der Enteignung eingehend beschäftigt hat¹⁶, so daß es hier genügen mag, aus den dort gewonnenen Ergebnissen die für die Entschädigungsfrage wesentlichen Konsequenzen zu ziehen¹⁷.

Danach lassen sich hier folgende allgemeine Feststellungen treffen: Von einer Enteignung oder einem sonstigen entschädigungspflichtigen Eingriff kann von vorneherein nur dort die Rede sein, wo die Sanktion sich gegen einen Gegenstand richtet, der noch von der Eigentumsgarantie gedeckt wird; denn Art. 14 III GG geht von einem im Zeitpunkt des Eingriffs noch schutzwürdigen Recht aus. An dieser *Schutzwürdigkeit* fehlt es insbesondere dort, wo der Eigentümer hinsichtlich des betroffenen Gegenstandes seinen Grundrechtsschutz *verwirkt* hat. Demgemäß ist eine Entschädigungspflicht jedenfalls gegenüber solchen Sanktionen zu verneinen, die ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung gerade darin finden, daß der Eigentümer auf Grund verwirkungsbegründenden Mißbrauchs des betroffenen Gegenstandes sein Abwehrrecht gegenüber dem Staat eingebüßt hat.

Es wird kaum überraschen, daß im Hinblick auf dieses Kriterium bereits die *Hauptmasse* aller Eigentumsanktionen aus dem Bereich der Entschädigungspflicht ausscheidet. Denn wie bereits in unserer verfassungsrechtlichen Grundlegung, wie auch bei Begründung der einzelnen Sanktionstypen, näher dargelegt, beruht nicht nur die tätergerichtete Einziehung auf dem Verwirkungsprinzip, sondern auch die sicherungsbedingten Eigentumsanktionen lassen sich zurückführen auf einen strafrechtlich umschriebenen, gemeinwohlwidrigen Eigentumsmißbrauch, für den gegebenenfalls auch der tatunbeteiligte Dritteigentümer nach den Grundsätzen der Störerhaftung einzustehen hat¹⁸. Gleiches trifft für die auf Reparation des Tatschadens ausgerichtete Aus-

¹⁵ Dies dürfte, da sich aus dem Wesen dieser Tatbestände ergebend, im Grundsatz kaum zu bestreiten sein: so denn u. a. auch GILSDORF, JZ 1958, 645 ff., KRÖNER, NJW 1959, 83, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 c Rdnr. 1, STREE, Deliktsfolgen S. 125.

¹⁶ Oben S. 155 ff. Zum Gesamtverständnis des hier vertretenen Standpunktes vgl. aber auch die dortigen Ausführungen unter S. 170 ff.

¹⁷ Auch zu den abweichenden Auffassungen findet sich Näheres oben S. 157 ff., so daß hier auf eine nochmalige Aufrollung des Meinungsstandes verzichtet werden kann. Zudem bleibt zu beachten, daß die Diskussion nicht selten ein schiefes Bild bietet, weil der Blick zu eng auf bestimmte Einzelfälle gerichtet blieb.

¹⁸ Ganz in diesem Sinne wird etwa auch gegenüber dem polizeirechtlichen Störer

gleichzeitige Einziehung zu. Nicht zuletzt wird die „strafähnliche“ Dritteinziehung im Prinzip hierher zu rechnen sein; dies allerdings nur insoweit, als in den von den Verwerflichkeitsklauseln umschriebenen Handlungsweisen ein hinreichend manifestiertes mißbräuchliches Verhalten des Dritteigentümers gesehen werden kann¹⁹.

Da in all diesen Fällen eine Entschädigungspflicht zu verneinen ist, kommt allenfalls noch eine Billigkeitsentschädigung in Betracht (unten C).

II. Die entschädigungspflichtigen Fälle

1. Damit bleiben für den Bereich einer verfassungsrechtlich gebotenen Entschädigung nur noch einige Grenzfälle übrig. Dazu gehören insbesondere die beschränkt dinglichen *Drittrechte*, mit denen das Einziehungsobjekt belastet ist. Sofern diese Rechte allein wegen und infolge der Einziehung oder Unbrauchbarmachung des Sicherungsobjekts mit untergehen²⁰ oder sonstwie beeinträchtigt werden²¹, dürfte darin regelmäßig eine Enteignung oder zumindest ein enteignungsgleicher Eingriff zu sehen sein²². Denn sofern die Eigentumsanktion primär auf den das Drittrecht tragenden Gegenstand gerichtet ist, die Mitvernichtung des Drittrechts also lediglich eine der Sacheinziehung zwar förderliche, an sich aber unbezweckte Nebenfolge darstellt, sind alle

eine enteignungsrechtliche Entschädigungspflicht allgemein verneint: vgl. u. a. BGHZ S. 144/151, BGH DVBl 1953, 367, OVG Koblenz NJW 1956, 886/7, DREWS, WÄCKE, Allgemeines Polizeirecht S. 467 f., FORSTHOFF, Verwaltungsrecht AT S. 321, KÖNIG, Allgemeines Sicherheitsrecht S. 443, SAMPER, Bayer.PAG, Art. 51 Rdnr. 2 sowie QUARITSCH, DVBl. 1959, 455 m. weit. Nachw. Die weitergehende Ansicht von LERCHER, Übermaß S. 136 f., wonach u. U. auch dem Störer ein Entschädigungsanspruch zustehen könne, wird bei den auf Strafrechtsverstößen beruhenden Einziehungsfällen der hier in Frage stehenden Art kaum praktisch werden.

¹⁹ Näher dazu oben S. 224 ff.; vgl. auch unten S. 371 f.

²⁰ So die bisherige Praxis und Lehre: vgl. § 415 S. 2 RAO a. F., § 22 S. 2 OWiG 1952, ferner BayObLGSt 1961, 277, OLG Hamburg NJW 1953, 1645, H. ARNDT, NJW 1957, 856, FUCHS, GA 1954, 83, HESSE, NJW 1954, 1242, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 41, STREE, Deliktsfolgen S. 120 f.; ebenso § 117 I 2 E 1962, § 90 I 2 AE. — Demgegenüber sollen nach den neuen § 41 a II StGB und § 22 II OWiG die Rechte Dritter am Einziehungsobjekt grundsätzlich bestehen bleiben. Inwieweit dieser Grundsatz dadurch wieder erheblich eingeschränkt, daß bei *sicherungs-*weiser Einziehung auch das Erlöschen der Drittrechte zwingend anzuordnen ist, bzw. dieses bei entschädigungsausschließendem Fehlverhalten des Drittberechtigten fakultativ angeordnet werden kann (jeweils S. 2 und 3). — Dagegen sollen beim Entgelt- und Gewinnverfall die Drittrechte generell bestehen bleiben; § 112 I E 1962, § 87 I 2 AE.

²¹ So durch die mit einer Unbrauchbarmachung verbundene Einbuße an wirtschaftlichem Sicherungswert.

²² Letzteres wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Vernichtung des Drittrechts bei Einziehung des Gegenstandes nicht mitbezweckt war, es also an der für die Enteignung wesentlichen bewußten Zielsetzung fehlt; vgl. oben S. 163, 164.

wesentlichen Enteignungskriterien gegeben. Anders als bezüglich des belasteten Gegenstandes erschöpft sich nämlich die Entziehung des Drittrechts nicht in einer nur negativ depossedierenden Zielsetzung; vielmehr wird das Drittrecht gerade um der Einziehbarkeit des belasteten Gegenstandes willen geopfert²³ und damit insoweit einer positiven sozialnützlichen Funktion dienstbar gemacht²⁴.

Das ist auch dort nicht anders, wo die Einziehung des belasteten Gegenstandes aus *Sicherungsgründen* erfolgt. Denn das vermag nichts daran zu ändern, daß die Entziehung des *Drittrechts* nicht einfach aus der Zulässigkeit der Grundeinziehung gerechtfertigt werden kann, sondern ihrerseits der Begründung bedarf²⁵, aus der Gefährlichkeit des Einziehungsobjekts jedoch keineswegs ohne weiteres auf eine entsprechende Gefährlichkeit des daran bestehenden Drittrechts geschlossen werden kann²⁶. Solange dieses nicht selbst eine Störungsquelle darstellt (z. B. als Anstiftungsmittel), ist an seiner eigenständigen Schutzwürdigkeit nicht zu zweifeln²⁷. Ähnlich würde man den Zweck des Drittrechts als eines dinglichen Sicherungsrechts völlig verkennen, wollte man den Drittberechtigten schlicht auf seinen persönlichen Anspruch verweisen²⁸. Daß dieser u. U. bei der Höhe der zu gewährenden Entschädigung zu berücksichtigen sein wird, ist eine ganz andere Frage.

Indes sind diese Feststellungen keineswegs so zu verstehen, als ob in der Entziehung von Drittrechten in jedem Falle ein entschädigungspflichtiger Enteignungstatbestand zu sehen sei. Auch hier sind vielmehr Fälle denkbar, in denen bereits der *Erwerb des Drittrechts* als *mißbräuchlich* anzusehen ist und daher nach allgemeinen Verwirkungsgrundsätzen von der Eigentumsgarantie nicht mehr gedeckt sein kann: so insbesondere dann, wenn das Drittrecht praktisch der Vereitelung der Sacheinziehung dienen soll²⁹ oder von hehlerischen Zielen bestimmt ist³⁰. Hier fehlt es an der für die Enteignung wesentli-

²³ Dazu treffend STREE, Deliktsfolgen S. 121 f.

²⁴ Zu dieser positiven Zielsetzung der Enteignung im Gegensatz zum primären „Ausmerzungs“-Zweck der Einziehung näher oben S. 161 f. Vgl. zum Ganzen auch dort unter 3b.

²⁵ Zu diesem vom Schutzzumfang der Eigentumsgarantie her an sich selbstverständlichen, jedoch nicht immer klar gesehenen Grundsatz vgl. BGHZ 27, 69/73, KRÖNER, NJW 1959, 84, STREE, Deliktsfolgen S. 120 f., EGOWiGE Begr. S. 58 zu § 41a Abs. 2.

²⁶ So aber offenbar die Ratio des EGOWiGE, aaO; vgl. auch KRÖNER, aaO.

²⁷ Daß natürlich das Sicherungsrecht an einem gefährlichen Gegenstand wirtschaftlich ohnehin weniger wert sein kann (z. B. an verdorbenen Lebensmitteln: BGHZ 27, 382/7; vgl. ferner BGHZ 43, 196/207 ff. bzgl. tollwutverdächtigem Hund), ist eine andere, erst beim Entschädigungsumfang zu berücksichtigende Frage.

²⁸ So TAPPERT, ZfZ 1952, 253; hiergegen zu Recht KRÖNER, NJW 1959, 83.

²⁹ So z. B., wenn sich der Dritte sicherungshalber das Eigentum an der einziehungsbetroffenen Sache übertragen läßt, um die erhoffte Entschädigung dann dem Täter zu übergeben.

³⁰ So etwa, wenn sich der Dritte am Einziehungsobjekt ein Pfandrecht bestellen läßt, um auf diese Weise in den Genuß der Entschädigung zu kommen.

chen Schutzwürdigkeit des betroffenen Drittrechts³¹. Allein in derartigen Mißbrauchsfällen können daher etwaige Ausschlußklauseln, wie sie jetzt § 41 c II i. V. m. § 41 a II 3 StGB (bzw. § 24 II i. V. m. § 44 II 3 OWiG) in weitergehendem Maße vorsieht, am Platze sein, nicht dagegen schon bei jedweden Fehlverhalten des Drittberechtigten³².

Im Ergebnis ist folglich, von den zuletzt genannten Ausnahmen abgesehen, die mit der Dritteinziehung verbundene Beeinträchtigung von Drittrechten am eigentlichen Einziehungsobjekt schon von Verfassungen wegen entschädigungspflichtig³³. Als entschädigungsberechtigt kommen dabei neben dem Hypotheken- und Pfandgläubiger insbesondere auch die Sicherungs- und Vorbehaltsberechtigten in Betracht. Denn da ihnen einziehungsrechtlich nur die Stellung eines Sicherungsgläubigers, nicht aber die eines Eigentümers zukommt³⁴, sind sie auch in der Entschädigungsfrage entsprechend zu behandeln³⁵. Dagegen können nichtdingliche Sicherungsberechtigte ebenso wenig eine Entschädigung beanspruchen wie sonstige persönliche Gläubiger des Einziehungsbetroffenen; denn persönliche Forderungen bleiben vom Untergang bestimmter Vermögensobjekte des Schuldners grundsätzlich unberührt³⁶.

2. Auch die Einziehung von *Dritteigentum* kann u. U. einer entschädigungspflichtigen Enteignung gleichkommen: so jedenfalls dort, wo das Gesetz die Einziehung zuläßt, ohne daß sie im Einzelfall durch ein nachweisliches Sicherungs- oder Ausgleichsbedürfnis zu rechtfertigen wäre. Das trifft vor allem auf jene Fälle „strafähnlicher“ Dritteinziehungen zu, in denen dem Eigentümer der an sich ungefährlichen Gegenstände nicht einmal ein verwirkungsbegründender Mißbrauch, geschweige ein im technischen Sinne strafbares Verhalten vorgeworfen werden kann³⁷.

³¹ Allgemein dazu oben S. 160 ff.

³² Das betrifft insbesondere den üblichen Ausschlußgrund der Leichtfertigkeit (vgl. § 41 c II Nr. 1 StGB, § 24 II Nr. 1 OWiG). Wo etwa der Gläubiger des am Tatwerkzeug bestehenden Pfandrechts lediglich leichtfertig zur Begehung der Tat beigetragen hat, kann keine Rede davon sein, daß er damit auch sein Sicherungsrecht als solches mißbraucht habe. Deshalb wäre es eine unzulässige, weil nicht wirklichkeitsgerechte Überdehnung des Verwirkungsprinzips, wollte man in jedweder Verstrickung des Drittberechtigten in die einziehungsbegründende Tat einen entschädigungsausschließenden Mißbrauch des Drittrechts sehen.

³³ So im Prinzip auch bisher schon BGHZ 27, 69 ff., FUCHS, GA 1954, 83, GILSDORF, JZ 1958, 690 f., HARTUNG, Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 415 Anm. III, KRÖNER, Eigentumsgarantie S. 56, NJW 1959, 83 f., SCHÄFER, in LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 6 vor § 430, und in DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, StGB, § 40 Anm. 7 a, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 41, STORKE, in Anm. zu LG Hamburg VRS 5, 239/240, STREE, Deliktsfolgen S. 126. ³⁴ Vgl. näher dazu oben S. 315 ff.

³⁵ So auch HARTUNG, Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 415 Anm. III, SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 a Rdnr. 6 f., SCHWARZ-DREHER, § 41 c Anm. 2 B.

³⁶ Deshalb zu Recht gegen die Berücksichtigung einer Bürgschaft OLG Hamm MDR 1966, 430. Vgl. auch BayObLGSt 1951, 507; 1952, 6, BayObLG DDevR 1953, 91/2 und WOLFER, S. 29.

³⁷ So z. B. wenn der Dritteigentümer den zu einer gelegentlichen Schmuggelfahrt

Wenn hier dennoch eingezogen und dies aus den vorrangigen Interessen des Gemeinwohls begründet wird, so wird damit dem tatunbeteiligten Dritteigentümer ein *Sonderopfer* auferlegt, das ihm, da nicht durch eigenes Fehlverhalten veranlaßt, nicht ohne Entschädigung zuzumuten ist³⁷. In der Terminologie des Polizeirechts wäre er dem *Nichtstörer gleichzustellen*, dem heute allgemein ein Entschädigungsanspruch aus Enteignungs- oder Aufopferungsgrundsätzen zuerkannt wird³⁸.

Freilich ist dazu zu bemerken, daß in Dritteinziehungsfällen dieser Art die Entschädigung den an sich fehlenden Eingriffsgrund allenfalls zu verdecken, doch keineswegs zu ersetzen vermag. Denn im Grunde handelt es sich hier um Sanktionen, die, da aus sonstigen legitimen Einziehungsgründen nicht zu rechtfertigen, schon im Ansatz verfehlt sind. Mit der Entschädigung kann allenfalls dem größeren Übel abgeholfen werden. Verfehlt wäre es jedoch, darin schon eine volle Legitimation dieser Sanktionen sehen zu wollen³⁹.

3. Diese bereits in ihrer gesetzlichen Konzeption verfehlt Einziehung ist nicht die einzige Art von Fehleinziehungen. Auch auf Grund unrichtiger Gesetzesanwendung sind „fehlerhafte“ Dritteinziehungen denkbar: sei es, daß das Gericht fälschlich die Dritteinziehung für zulässig angesehen hat, oder sei es, daß es den Täter versehentlich für den Eigentümer hielt und deshalb die Dritt Voraussetzungen überhaupt nicht näher prüfte⁴⁰.

Ohne auf die vielfältigen prozessualen Probleme, die sich in diesen Fällen stellen, hier näher eingehen zu können⁴¹, läßt sich zur materiellen Entschädi-

benutzten Pkw auf Grund eines bereits vor der Tat abgeschlossenen Kaufvertrags erworben hat und mit der Tat selbst in keiner Weise etwas zu tun hat. Vgl. im übrigen auch oben S. 235 ff.

³⁷ Im gleichen Sinne BUSSE, NJW 1959, 1211 f., GILSDORF, JZ 1958, 644, KRÖNER, Eigentumsgarantie S. 56, NJW 1959, 83, SCHÄFER, in DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, StGB, § 40 Anm. 7a, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 20, STREE, Deliktsfolgen S. 125 f., ZEIDLER, NJW 1954, 1149. Vgl. zum Ganzen auch oben S. 163 f.

³⁸ Vgl. statt aller DREWS-WACKE, Allgemeines Polizeirecht S. 200, 464 ff., KÖNIG, Allgemeines Sicherheitsrecht S. 444, mit Gesetzesnachweisen.

³⁹ Noch schärfer R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 320, der hier sogar Nichtigkeit der betreffenden Einziehungsnorm annehmen würde. Vgl. zum Ganzen auch oben S. 164 ff.

⁴⁰ Problematisch sind dabei allerdings immer nur die Fälle, in denen infolge des Fehlers der Dritte entgegen §§ 431 ff. StPO nicht am Verfahren beteiligt wurde. War dies dagegen ordnungsgemäß geschehen, so können Fehlannahmen des Gerichts nicht anders behandelt werden als sonstige Irrtümer bei der Tatsachenfeststellung oder rechtlichen Würdigung. Ebenso wenig wie es dort neben den ordentlichen oder gegebenenfalls außerordentlichen Rechtsbehelfen eine „Superrevision“ im Wege eines Entschädigungsverfahrens geben kann, so wenig wäre eine solche bei einer Fehleinziehung einzuräumen, gegen die der Dritte Rechtsmittel hätte einlegen oder gemäß § 439 StPO ein sog. Nachverfahren hätte anstrengen können (and. in letzterem Fall offenbar GÖHLER, OWiG, § 24 Anm. 3 A, und SCHWARZ-DREHER, § 41 c Anm. 2 A). Entsprechendes hat für Fehler bei einer tätergerichteten Einziehung zu gelten.

⁴¹ Näher dazu die jedoch inzwischen durch die Neuregelung des Beteiligungsverfahrens (§§ 431 ff. StPO) teils schon überholten Ausführungen von H. ARNDT, NJW

gungsfrage doch so viel sagen: Falls hier die Einziehung auch ohne Beteiligung des Dritten rechtskräftig werden kann und damit das Eigentum kraft Gesetzes auf den Staat übergeht⁴², ohne daß der Dritte mit Rücksicht auf die Rechtskraft dagegen noch erfolgreich vorgehen könnte⁴³, wird von diesem ein Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit verlangt, das in seiner Wirkung einer Enteignung gleichkommt. Auch ihm muß daher ein Entschädigungsanspruch zuerkannt werden⁴⁴.

III. Ausmaß der Entschädigung

Soweit einer Eigentumssanktion Enteignungscharakter zukommt, ist sie in jeder Hinsicht, also auch in der Frage des Entschädigungsumfanges, nach Art. 14 III GG zu beurteilen. Danach ist die Entschädigung „unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen“. Dem dürfte es vollauf genügen, wenn im Sinne der überkommenen Enteignungslehre⁴⁵ eine „angemessene“ Entschädigung geboten wird, wobei der Verkehrswert des eingezogenen Gegenstandes als Maßstab zugrunde zu legen ist⁴⁶.

Im einzelnen wird die Höhe der Entschädigung naturgemäß weitgehend vom wirtschaftlichen Wert des entzogenen Rechtes abhängen. Dessen Beurteilung kann vor allem bei Sicherungsrechten sehr schwierig sein. In jedem Falle wird aber hier darauf Rücksicht zu nehmen sein, inwieweit der Be-

1957, 856 ff., BECKMANN, GA 1960, 205 ff., SAX, in KMR, Vorbem. 1 d vor § 430, SCHÄFER, in LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 7 A a vor § 430, STREE, Deliktsfolgen S. 132 ff., VOGEL, GA 1958, 33 ff., WEBER-RÖMER, NJW 1964, 1357 ff.

⁴² So jetzt eindeutig § 41 a I StGB, § 22 I OWiG; vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 a Rdnr. 4, SCHWARZ-DREHER, § 41 a Anm. 1, GÖHLER, OWiG, § 22 Anm. 3. — So auch schon die bisherige h. M.: vgl. statt aller VOGEL, GA 1958, 35 ff.; andere Wege suchten BECKMANN, GA 1960, 208 ff., H. SCHMIDT, NJW 1957, 1629.

⁴³ So etwa, wenn unverschuldeterweise die Ausschlussfristen für das Nachverfahren (§ 439 II StPO) versäumt wurden und auch sonstige Ersatzwege (Amtshaftung, öffentlich-rechtliche Kondiktion u. dgl.) nicht weiterhelfen; dazu STREE, Deliktsfolgen S. 133 f.; VOGEL, GA 1958, 40 ff.).

⁴⁴ So im Hinblick auf § 41 c I StGB bzw. § 24 I OWiG auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 41 c Rdnr. 3, SCHWARZ-DREHER, § 41 c Anm. 2 A, GÖHLER, OWiG, § 22 Anm. 3, § 24 Anm. 3 A. Im Ergebnis ebenso schon bisher KRÖNER, NJW 1959, 83, SAX, in KMR, Vorbem. 1 d vor § 430, SCHÄFER, in LÖWE-ROSENBERG, Vorbem. 7 A a vor § 430, H. SCHMIDT, NJW 1957, 1628; and. H. ARNDT, NJW 1957, 856, VOGEL, GA 1958, 41 ff., der aber immerhin für Billigkeitsentschädigung eintritt, differenzierend STREE, Deliktsfolgen S. 134 ff.

⁴⁵ Vgl. statt aller v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. VII 9 b m. weit. Nachw.

⁴⁶ § 41 c I StGB, § 24 I OWiG. — Im gleichen Sinne § 91 I AE, wo die ausdrückliche Bezugnahme auf den Verkehrswert für entbehrlich gehalten wurde, da eine Entschädigung ohnehin nur bei Berücksichtigung des Verkehrswertes angemessen sein könne (AE Begr. S. 167). Vgl. auch § 25 KriegswaffenG: Berücksichtigung etwaiger Aufwendungen für das Einziehungsobjekt.

troffene bereits durch Geltendmachung seines schuldrechtlichen Anspruchs Befriedigung erlangen kann⁴⁷; denn keinesfalls kann es im Sinne der staatlichen Entschädigung liegen, dem tatverantwortlichen Sicherungsschuldner seine persönlichen Verbindlichkeiten abzunehmen.

C) Billigkeitsentschädigung

Wenn vorangehend für die wichtigsten Bereiche der Eigentumssanktionen eine verfassungsrechtliche Entschädigungspflicht zu verneinen war, so ist daraus jedoch keineswegs der Schluß zu ziehen, daß in all diesen Fällen die Entschädigung auch tatsächlich zu unterbleiben hätte. Denn selbstverständlich muß es dem Staat auch ohne eine entsprechende Verpflichtung unbenommen bleiben, eine Entschädigung zu leisten, wenn dies aus bestimmten Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitserwägungen gerechtfertigt erscheint. Vor allem aus dem Bereich des allgemeinen Sicherheits- und Polizeirechts lassen sich dafür bereits beachtliche Beispiele nennen⁴⁸. Auch die strafrechtlichen Eigentumssanktionen sind einer derartigen Billigkeitsentschädigung nicht grundsätzlich verschlossen⁴⁹.

Freilich wird dabei jeweils zu prüfen sein, inwieweit sich eine Entschädigung mit der Zielsetzung des konkreten Sanktionstyps verträgt. Denn nur dort, wo der Zugriff auf ein bestimmtes Eigentumsobjekt trotz Entschädigung noch sinnvoll bleibt, kann eine solche kriminalpolitisch vertretbar sein.

I. Nichtentschädigungsfähige Sanktionen

1. Den praktisch wichtigsten Fall, in dem eine Entschädigung grundsätzlich nicht in Frage kommen kann, stellt die tätergerichtete *Strafeinziehung* dar. Denn wie bereits an anderer Stelle erörtert, würde der Zweck der Strafe, durch Auferlegung des Opfers abschreckend oder bessernd auf den Täter einzuwirken, zwangsläufig verfehlt, wenn man das Übel der Eigentumsentziehung

⁴⁷ Vgl. OLG Koblenz NJW 1951, 166. Auch andere Wege wären denkbar; so z. B. hat HARTUNG, JZ 1952, 181 vorgeschlagen, dem Sicherungsgläubiger zwar den Erlös aus der Verwertung des Sicherungsobjekts herauszugeben, sich aber dafür den Anspruch gegen den Schuldner abzutreten zu lassen; im gleichen Sinne GEIER (in Anm. zu BGH LM Nr. 3 zu § 414 RAO) und KRÖNER, NJW 1959, 84. Für welchen Weg man sich entscheidet, ist vornehmlich eine Frage der Zweckmäßigkeit, die wesentlich von den Einziehungsumständen abhängt.

⁴⁸ Vgl. im einzelnen DREWS-WACK, Allg. Polizeirecht S. 473 f., FORSTHOFF, Verwaltungsrecht AT S. 321, R. SCHNEIDER, VerwArchiv 58, 325, sowie neuestens BVerfGE 20, 351/360.

⁴⁹ Vgl. CREIFELDS, JR 1955, 409, GILSDORF, JZ 1958, 690 f., STREE, Deliktsfolgen S. 126. Gegen jede Einziehungsentschädigung der östE 1964, Begr. S. 56 zu § 32; zurückhaltend auch BGHSr 15, 399/402.

durch eine entsprechende Entschädigung wieder neutralisieren würde⁵⁰. Überdies könnten hier etwaige Härten durch angemessene Anrechnung der Einziehung auf die Hauptstrafe ausgeglichen werden⁵¹.

2. Ähnlich paradox wäre eine Entschädigung bei der „*strafähnlichen*“ *Dritteinziehung*. Wenn man schon ein derartiges fragwürdiges Gebilde anerkennen will, muß man auch konsequent bleiben und eine Entschädigung versagen; denn sonst hat auch die Dritteinziehung als Repressivsanktion keinen Sinn. Zwar ist zuzugeben, daß hier wegen fehlender Anrechnungsmöglichkeiten durchaus Härten auftreten können. Doch wäre diesen eher durch gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf die Einziehung statt durch eine nachträgliche Entschädigung abzuwehren.

Deshalb besteht auch gegen die Härteklausele des § 41 c III StGB und § 24 III OWiG⁵² der grundsätzliche Einwand, daß sie den Hebel am verkehrten Ende ansetzen. Allenfalls dort, wo die Dritteinziehung auch unabhängig von einem Fehlverhalten des Dritten aus Sicherungsgründen geboten wäre, könnte eine Billigkeitsentschädigung angebracht erscheinen. Doch um diesen Fall zu erfassen, hätte man nicht die irreführende, ja teilweise sinnwidrige Form einer generellen Härteklausele zu wählen brauchen.

3. Ähnlich steht der reparativen *Gewinnabschöpfung* der Sanktionszweck einer Entschädigung regelmäßig entgegen. Denn auch hier müßte die Sanktion ihren Zweck verfehlen, wenn der mit der Entziehung der rechtswidrigen Tatvorteile angestrebte Ausgleich durch die Entschädigung praktisch wieder rückgängig gemacht würde⁵³.

II. Entschädigungsfähige Fälle

1. Damit bleiben als entschädigungsfähige Eingriffe praktisch nur die *sichernden* Eigentumssanktionen übrig. Selbst bei diesen wird aber eine Entschädigung regelmäßig nur dann in Frage kommen, wenn dem Betroffenen nicht bereits nach Übermaßkriterien der Erlös aus der verwerteten Sache herauszugeben ist⁵⁴. Soweit jedoch nach der Natur der Sanktion ein derartiger Erlös gar nicht zu erlangen war, wie insbesondere bei der Unbrauchbarmachung und Vernichtung, läßt sich die Berechtigung einer anderweitigen Entschädigung grundsätzlich ebensowenig leugnen wie gegenüber dem polizei-

⁵⁰ Näher dazu oben S. 165 m. weit. Nachw.

⁵¹ Vgl. oben S. 356 f. Demgegenüber will das neue niederländische Einziehungsrecht etwaige Härten offenbar durch Entschädigung abwenden: vgl. Art. 33 c StGB von 1958; dazu CIRPKA, System der Strafen S. 33.

⁵² Vgl. oben S. 366 f.

⁵³ Deshalb ist es sachgerecht, daß der E 1962 und der AE den Vorteilsverfall bei den Entschädigungsregeln völlig unberücksichtigt lassen.

⁵⁴ Dazu näher oben S. 273 f.

rechtlichen Störer⁵⁵. Dem liegt nicht zuletzt der Gedanke des schonendsten Mittels zugrunde: Selbst den Störer soll die zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung gebotene Maßnahme nicht härter treffen, als dies nach der Natur der Sanktion unbedingt notwendig erscheint.

Wie eingangs bereits erwähnt, wird im Zuge dieser Entwicklung auch die strafrechtliche *Sicherungseinziehung* in steigendem Maße als *entschädigungsfähig* anerkannt⁵⁶. Allerdings geschieht dies bislang immer unter dem Vorbehalt, daß die Sanktion einen *Dritten* und nicht einen Tatbeteiligten betrifft. Auf den ersten Blick mag diese Beschränkung durchaus verständlich erscheinen; denn der überkommenen Vorstellung eines notwendigen Zusammenhangs von Tat und Tatfolge würde es sicherlich widersprechen, wenn der Täter für die durch seinen Rechtsbruch veranlaßte Sanktion noch eine Entschädigung sollte verlangen können. Indes sind auch hier Fälle denkbar, in denen derartige unterschwellige Vergeltungsgedanken keine Berechtigung mehr haben: so namentlich dort, wo der Täter für sein rechtswidriges Verhalten und auch für den weiterhin störenden Zustand seines Eigentums in keiner Weise noch persönlich verantwortlich gemacht werden kann. Hier besteht gegenüber dem tatunbeteiligten Dritten kein so wesentlicher Unterschied mehr, als daß deshalb noch eine Diskriminierung in der Entschädigungsfrage gerechtfertigt wäre. Auch wenn das nicht generell zur Entschädigung jeder rätergerichteten Sicherungssanktion zu führen braucht, sollte die Entschädigungsregelung die Möglichkeit, in Härtefällen auch dem nichtverantwortlichen Täter einen gewissen Ersatz zu verschaffen, doch nicht völlig ausschließen.

2. Aus dem Charakter dieser Entschädigung als einem Akt der Billigkeit ergibt sich, daß ihre Gestaltung weitgehend im *Ermessen des Gesetzgebers* steht. Das ist vor allem für ihren *Umfang* von Bedeutung. Anders als bei Art. 14 III GG ist hier nicht unbedingt eine volle Entschädigung erforderlich. Für den Regelfall wird ein Betrag, der dem tatsächlichen oder schätzungsweisen Erlös aus der eingezogenen bzw. unbrauchbar gemachten Sache entspricht, als Entschädigung ausreichen. Letzter Maßstab muß dabei immer der Sicherungszweck bleiben. Würde die Entschädigung für unbrauchbar gemachte Schriften praktisch einer Absatzgarantie gleichkommen⁵⁷ und damit zu einem Nachdruck geradezu herausfordern, so wäre eine Entschädigung fehl am Platz⁵⁸.

3. Auch hinsichtlich des *Entschädigungsausschlusses* wegen verwerflichen Fehlverhaltens hat der Gesetzgeber bei Billigkeitsakten naturgemäß mehr Spielraum als bei der enteignenden Einziehung. Deshalb wäre insoweit auch gegen die Ausschlußgründe, wie sie in den derzeitigen Regelungen vorgesehen sind, im Prinzip nichts einzuwenden. Dennoch fragt es sich, wenn man sich

⁵⁵ Vgl. die Nachw. in Anm. 48.

⁵⁶ Vgl. im einzelnen oben S. 365 f.

⁵⁷ Vgl. BGHSt 15, 399/404.

⁵⁸ Im übrigen wird bei Bemessung der Entschädigung auch jeweils zu beachten sein, inwieweit der wirtschaftliche Wert des Einziehungsobjekts bereits durch seine Gefährlichkeit gemindert ist; vgl. dazu die Nachweise oben in Anm. 26.

schon zu derartigen Einschränkungen entschließt, ob dann nicht aus Gründen der Rechtssicherheit die Ausschlußklausel des AE vorzuziehen wäre, wonach nicht irgendein Fehlverhalten des Betroffenen die Entschädigung auszuschließen vermag, sondern dieser sich im Zusammenhang mit der Tat „strafbar“ gemacht haben muß⁵⁹.

Im übrigen sollte das Entschädigungsrecht von Vergeltungsgedanken grundsätzlich freigehalten werden; denn sonst könnte die Versagung der Entschädigung leicht zu einer verkappten Strafe werden.

⁵⁹ § 91 I AE; so auch schon § 86 II StGB a. F.; vgl. oben S. 366.

§ 21 SCHLUSSBEMERKUNG

Gewiß konnten auch diese Untersuchungen die Problematik der Eigentumsanktionen nicht in jeder Hinsicht erschöpfen. Selbst soweit es vorangehend um ihre Einzelgestaltung ging, mußten die Details der verschiedenen gesetzlichen Regelungen weithin unerörtert bleiben, um statt dessen die Fragen von allgemeinerer Bedeutung in den Vordergrund der Betrachtung zu rücken. Doch diese Beschränkung auf das mehr Grundsätzliche und Typische geschah nicht ohne Absicht. Denn angesichts der Fülle und Vielgestaltigkeit des vorhandenen Materials, das bislang meist nur punktuell gesehen und bearbeitet wurde, bestand die vordringlichste Aufgabe darin, die verschiedenen Eigentumsanktionen einmal als Gesamtphänomen strafrechtlicher Tatfolgen zu erfassen, um auf diese Weise ihre Grundstruktur und ihre typischen Erscheinungsformen freizulegen und damit den Boden für eine umfassende Vereinheitlichung zu bereiten.

Auf der Basis des überkommenen Rechts konnten diese Bemühungen freilich nur zu wenig glatten Lösungen führen, da es hier an einer folgerichtigen gesetzgeberischen Konzeption fehlt. Um so größeres Gewicht war deshalb auf eine Klärung der kriminalpolitischen Sachziele zu legen. Denn die mit den Eigentumsanktionen verfolgten Zwecke sind naturgemäß auch für ihre Rechtsnatur und dementsprechend für ihre jeweiligen Verhängungsvoraussetzungen von fundamentaler Bedeutung. Dabei erwiesen sich alle Versuche, die Eigentumsanktionen auf einen einzigen Zweck festzulegen, von vorneherein als zu eng und einseitig. Vielmehr ist auch hier einer mehrspurigen Lösung der Vorzug zu geben, bei der die Eigentumsanktionen sowohl Strafwie auch Sicherungs- und Ausgleichszwecken dienen können.

Diese Pluralität der Einziehungszwecke kann jedoch nur dann voll zur Entfaltung kommen, wenn ihr auch in konstruktiver Hinsicht Rechnung getragen wird. Dies erfordert, daß der Gesetzgeber von jeder abstrakten Festlegung der Rechtsnatur Abstand nimmt, um sich dafür im Sinne einer individuell-finalen Einziehungskonzeption auf eine generalklauselartige Umschreibung der Voraussetzungen zu beschränken, unter denen der Richter die konkrete Sanktion dem einen oder dem anderen Entziehungszweck dienstbar machen kann.

Noch stärker als bisher werden dabei sowohl der Gesetzgeber als auch der Richter die Grenzen zu beachten haben, die dem staatlichen Sanktionsrecht durch die Verfassung gesetzt sind. In dieser Hinsicht ergeben sich insbesondere aus der Eigentumsgarantie in Verbindung mit dem Mißbrauchs- und Verwirkungsprinzip sowie aus dem Übermaßverbot und dem Schuldgrundsatz gewisse Einschränkungen, die vor allem im Bereich der Dritteinziehung bei weitem noch nicht ernst genug genommen werden.

Sicherlich hat die Novellierung des Einziehungsrechts durch das EGOWiG 1968 bereits manche Verbesserungen gebracht, nicht zuletzt im Sinne einer

weiteren Vereinheitlichung. Dennoch bedeutet auch diese Teilreform nur einen ersten Schritt, dem im Zuge einer Gesamtreform noch weitere folgen müssen.

Ohne vorgeben zu wollen, dafür bereits eine gesetzestechisch perfekte Lösung gefunden zu haben, sei abschließend doch wenigstens versucht, die hier erarbeiteten Gedanken in einem eigenen

Regelungsvorschlag

zusammenzufassen:

A) Die Allgemeinregelung

§ a (Strafeinziehung)

(1) In angemessener Ergänzung der Hauptstrafe können Sachen und Rechte, die unmittelbar aus einem Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen hervorgegangen sind, die zur Begehung einer solchen Tat gedient haben oder dazu bestimmt gewesen sind,

sowie die aus der Tat gezogenen Vermögensvorteile ganz oder teilweise eingezogen werden, soweit sie zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen¹.

(2) Soweit den mit der Strafe verfolgten Zwecken bereits durch die Einziehung genügt werden kann, tritt sie an die Stelle der an sich wirkten Hauptstrafe.

(3) Hat der Tatbeteiligte die Einziehung vorsätzlich vereitelt, so kann ein dem Verkehrswert des Gegenstandes entsprechender Geldbetrag eingezogen werden. Diese Anordnung kann auch noch nachträglich getroffen werden.

§ b (Sichernde Eigentumsanktionen)

(1) Soweit die Einziehung aus Sicherungsinteressen geboten ist, kann sie auch auf Grund einer nichtschuldhaften Tat und ohne Rücksicht auf die Rechtsverhältnisse am Gegenstand eingezogen werden.

¹ Soweit für den vollständigen Wegfall der „strafähnlichen“ Dritteinziehung ein gewisser Ersatz unverzichtbar erscheint (vgl. oben S. 238 ff.), könnte man dem Satz 1 allenfalls noch folgende Gleichstellungsformel anfügen: „Den Tatbeteiligten steht gleich, wer sich im Hinblick auf den einziehungsbetroffenen Gegenstand einer begünstigenden oder hehlerischen Straftat schuldig gemacht hat.“

(2) Ein Sicherungsinteresse ist anzunehmen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen zu besorgen ist, daß der Gegenstand

a) nach Art oder Umständen eine anders nicht abwendbare Gefahr für rechtlich geschützte Interessen darstellt, oder

b) der Begehung straf- oder bußgeldbedrohter Taten dienen wird.

(3) Soweit dem Sicherungsinteresse bereits durch weniger einschneidende Maßnahmen (Unbrauchbarmachung, Kennzeichenbeseitigung, Verfügungsanweisungen oder dergleichen) genügt werden kann, ist von der Einziehung abzusehen.

(4) Stehen der persönlichen Verfolgung des Tatbeteiligten lediglich tatsächliche oder schuldbezogene Gründe entgegen, so ist auch eine selbständige Anordnung der Maßnahme zulässig.

§ c (Gewinnverfall)

(1) Die aus einer rechtswidrigen Tat gezogenen Gewinne, einschließlich etwaiger Zinsen oder sonstiger verkehrsüblicher Nutzungen, können ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Täters für verfallen erklärt werden. Gleiches gilt für die durch die Tat erlangten Gegenstände.

(2) Ist an die Stelle des ursprünglichen ein anderer Gegenstand getreten, so kann dessen Verfall angeordnet werden.

(3) Ist der Vorteil einem anderen zugeflossen, für den der Tatbeteiligte im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses gehandelt hat, so richtet sich der Verfall gegen den Empfänger.

(4) Der Verfall wird x Jahre nach Rechtskraft der Anordnung wirksam, wenn und soweit der Vorteil nicht bereits durch Ersatzleistungen an den Verletzten wieder beseitigt ist.

(5) Für die selbständige Anordnung gilt § b Abs. 4 entsprechend.

Gemeinsame Vorschriften

§ d (Verhältnismäßigkeit)

(1) Von der Anordnung ist abzusehen, soweit die Maßnahme unter Berücksichtigung der übrigen Tatfolgen zur Schwere der Tat oder zum Grad des Sicherungs- oder Ausgleichsinteresses außer Verhältnis stehen würde.

(2) Dies gilt auch dort, wo die Maßnahme zwingend vorgesehen ist.

§ e (Wirkung)

(1) Mit Rechtskraft der Anordnung bzw. nach Eintritt der in § c Abs. 4 vorgesehenen Bedingung geht der eingezogene oder für verfallen erklärte Gegenstand auf den Staat über.

(2) Rechte Dritter am Gegenstand bleiben bestehen, soweit nicht aus Sicherungsgründen ihr Erlöschen anzuordnen ist.

(3) Vor dem Rechtsübergang wirkt die Anordnung als Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 BGB.

§ f (Entschädigung; Verwertung des Erlöses)

(1) Tatunbeteiligte Dritte, die durch den Rechtsübergang oder durch Beeinträchtigung eines am Gegenstand bestehenden Rechts einen Verlust erleiden, sind angemessen in Geld zu entschädigen. Die Entschädigung kann versagt werden, wenn sich der Betroffene im Zusammenhang mit der einziehungsbegründenden Tat oder in Beziehung auf den betroffenen Gegenstand auf andere Weise strafbar gemacht hat. Gleiches gilt für den Fall, daß auf Grund anderer Rechtsvorschriften die entschädigungslose Entziehung des Gegenstandes zulässig ist.

(2) Erfolgt die Maßnahme allein aus Sicherungsgründen, so ist ungeachtet einer etwaigen Tatbeteiligung der nach Verwertung des Gegenstandes verbleibende Reinerlös an den bisherigen Rechtsinhaber herauszugeben, es sei denn, daß dadurch der Zweck der Maßnahme vereitelt würde.

(3) Soweit der Tatgeschädigte von einem ersatzpflichtigen Tatbeteiligten keine Befriedigung zu erlangen vermag, kann er vorrangig aus dem Verwertungserlös entschädigt werden.

B) Sondervorschriften

Neben dieser umfassenden Allgemeinregelung wird für etwaige Sondervorschriften kaum noch ein dringendes Bedürfnis nachzuweisen sein. Lediglich für die spezielle Erfassung von Beziehungsgegenständen, für die kasuistische Erstreckung auf weniger schwere Anknüpfungstaten (Fahrlässigkeitsdelikte, Ordnungswidrigkeiten), für die ausnahmsweise Anordnung eines Einziehungszwanges oder für die Sonderbehandlung von Schriften wird man auf ergänzende Bestimmungen nicht völlig verzichten können. Doch selbst dann ist darauf Bedacht zu nehmen, daß der durch die allgemeinen Einziehungsgründe gesteckte Rahmen nicht wieder durchbrochen wird.