

Präventive Gewinnabschöpfung bei Beschuldigten

- Möglichkeiten und Grenzen*

Eine präventive Gewinnabschöpfung liefert in vielen Fällen aus Sicht der **Ermittler** ein sauberes – gewünschtes – Ergebnis, ist aber vielfach noch unbekannt und rechtlich nicht ganz unproblematisch. Sie ist auf der anderen Seite den **Beschuldigten** und deren **Verteidigern** – wie die nachfolgenden Zitate zeigen – offensichtlich ein **Dorn im Auge**: „Wenn Polizeibeamte Winkeladvokaten spielen“ ... „Doch das gesellschaftliche Grundproblem ist primär nicht das Polizeirecht, sondern die prohibitive Drogenpolitik, die gehässigen Pedanten eine Spielwiese eröffnet, unter dem Deckmantel der Gefahrenabwehr anderen Bürgern ihr Geld wegzunehmen“.1 Möglichkeiten und Grenzen der sogenannten präventiven Gewinnabschöpfung (PräGe) sollen hier an einigen alltäglichen Beispielen dargestellt werden.

Einschlägige Sachverhaltskonstellationen

Fall 1: Bargeld in dealertypischer Stückelung

Bei einer Routinekontrolle durch die Polizei wird eine Person angetroffen, die einige Portionen Haschisch und ein Bündel mit 5, 10 und 20 Euroscheinen mit sich führt. Sowohl das Rauschgift als auch das Geld (insgesamt etwa 500 €) wird sichergestellt.

Unproblematisch und juristisch unstreitig unterliegen die illegalen Drogen der Einziehung; die Behauptung der sicherstellenden Beamten, das Bargeld sei in dealertypischer Stückelung mitgeführt worden und unterliege bereits deshalb dem staatlichen Zugriff, erweist sich bei einem Blick in die eigene Geldbörse nur zu schnell als Scheinargument – es sei denn, man konstatiert, dass wir alle ständig **Bargeld in dealertypischer Stückelung** mit uns führen, das so auch von den Bankautomaten ausgegeben wird.

Sichergestelltes Geld und andere in Beschlag genommene Sachen belasten oftmals das gesamte (repressive) Strafverfahren; bereits im Ermittlungsverfahren werden diese Gegenstände recht großzügig sichergestellt. Widerspricht der Beschuldigte dem staatlichen Zugriff, bedarf es eines richterlichen Beschlagnahmebeschlusses, der nur dann (rechtmäßig) ergeht, wenn der Gegenstand/das Geld der Einziehung oder dem – ggf. erweiterten – Verfall unterliegt. Asservate erschweren häufig später auch die Hauptverhandlung in Strafsachen, insbesondere wenn es um Gegenstände geht, die einen gewissen materiellen Wert besitzen und die nach den Vorschriften der StPO/des StGB nicht der Einziehung pp. unterliegen. Weitere Sachverhalte mögen dies verdeutlichen:

Fall 2: Der unerklärbare Reichtum

Die Angeklagten und deren Fahrzeug wurden auf einem grenznahen Autobahnparkplatz zu den Niederlanden durch Zollbeamte überprüft; die Frage nach mitgeführten Waffen, Betäubungsmitteln und Bargeldbeträgen von mehr als 15.000 € verneinten sie wahrheitswidrig. Bei der nachfolgenden Durchsuchung wurden geringe Mengen an Drogen und 33.000 € gefunden und in Verwahrung genommen. Indiztatsachen, die gegen einen regulären Erwerb sprachen, waren die Mittellosigkeit der Beschwerdeführer und deren widersprüchliche Angaben. Im Rahmen der Hauptverhandlung (wegen des Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz) beantragen die Verteidiger, das sichergestellte Geld an die Angeklagten herauszugeben.2 Oder:

In einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das Waffengesetz pp. werden bei dem Beschuldigten ein Geldbündel mit 3.900 € in 100 und 50 Euroscheinen sowie auf dem Vordach seines Hauses 7.240 € eingeschweißt in einer Klarsichtfolie als Zufallsfunde sichergestellt. Der Beschuldigte gibt an, es handele sich um seinen Lohn als Kraftfahrer.3

Mit Bescheiden – gestützt auf die **Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr** – war in der ersten Alternative das Bargeld sichergestellt und in öffentliche Verwahrung genommen (vgl. z. B. §§ 43, 44 PolG NRW). Die Klage gegen die Bescheide und gerichtet auf Herausgabe der Geldsumme wurde durch das VG abgewiesen; den Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das OVG ab.4 Auch der „Kraftfahrerlohn“ wurde nicht zurückgegeben.

Fall 3: Der sichergestellte Schmuck

Im Rahmen einer Durchsuchung wird bei dem mittellosen Beschuldigten in einer Garage eine große Menge echter Schmuck sichergestellt, dessen Herkunft nicht geklärt werden kann.5 Nur wenige Schmuckstücke können Straftaten zugeordnet werden. Der Besitzer ist umfangreich und einschlägig wegen Einbruchsdiebstahl in Erscheinung getreten.



Fall 4: **Original verpackte Waren/Warenlager**

*Der von Hartz IV lebende Beschuldigte wird bei einem Ladendiebstahl vorläufig festgenommen und aufgrund eines richterlichen Beschlusses seine Wohnung durchsucht, die einem Warenlager gleicht. Die Beamten finden dort ca. 2.000 Gegenstände, die überwiegend noch original verpackt sind. Die Waren haben einen Gesamtwert von ca. 125.000 €.*⁶

Oder:

Bei dem Beschuldigten werden zahlreiche Baumaschinen und Werkzeuge gefunden; nur wenige haben noch Individualnummern, bei den meisten sind diese – oder vorhandene Seriennummern – abgeflex/herausgeschnitten und können nicht mehr sichtbar gemacht werden.

Fall 5: **Enkeltrickbetrug**

*Ein Beschuldiger ist der Begehung mehrerer Enkeltrickbetrügereien dringend verdächtig. Bei seiner vorläufigen Festnahme wird Bargeld in Höhe von 10.850 € sichergestellt; die Beamten gehen davon aus, dass das Geld nicht legal erworben wurde und – in Fortsetzung der Serie – weitere Enkeltrickbetrügereien drohen. Dabei könnte das Geld für Mietzahlungen für Pkw und Unterkünfte verwendet werden.*⁷

Fall 6: **Der Drogenkiosk**

*Ein Minderjähriger erwirbt unter polizeilicher Beobachtung an einem Kiosk 2 Gramm Haschisch. Bei der Durchsuchung wird eine (geringe) Menge Haschisch und Geld aus der Kasse beschlagnahmt; der Kiosk wird zur Zeit der Tat von dem festgenommenen Beschuldigten in Vertretung für seinen Vater betrieben. Der Ermittlungsrichter gibt das Geld frei, das daraufhin mit der Begründung, es werde sonst in den Drogenkreislauf zurückgelangen, präventiv polizeilich in Beschlag genommen wird.*⁸

Die strafrechtliche Lösung

Den meisten Lesern wird das Bauchgefühl bei allen Sachverhalten sagen, dass „da etwas nicht stimmt“ und deswegen das Gefühl an das Gehirn die Bitte, den Wunsch oder gar den Befehl übersenden: „Wegnehmen!“ Doch Vorsicht: In allen Fällen sind den **Strafjuristen** mehr oder minder die **Hände gebunden**: Das strafrechtliche Instrumentarium der §§ 73 ff. StGB stellt den Rechtsanwender vor das Problem, dass dem Gewahrsamsinhaber eine konkrete, rechtswidrige Tat nachgewiesen werden muss, aus der der fragliche Gegenstand herrührt. Diese Zuordnung mag bei sichergestellten Waren zu einem gewissen – regelmäßig eher geringen – Teil gelingen.

Fall 7: **Der nagelneue Porsche**

Der Beschuldigte ist der Drogenszene zuzurechnen. Bei einer Kontrolle treffen ihn die Beamten in einem fabrikneuen Porsche an, den er wenige Tage zuvor gekauft und vollständig bezahlt hat.

Strafrechtlich muss – will man zu einem **erweiterten Verfall** gelangen – dem Eigentümer nachgewiesen werden, dass genau dieser Pkw(!) aus rechtswidrigen Taten stammt bzw. für sie hingegeben werden soll, was umfangreiche – häufig erfolglose – Ermittlungen erfordert: Der Porsche resultiert in aller Regel nicht unmittelbar aus Straftaten, mag aber – ebenso eher unwahrscheinlich – für die Begehung solcher Taten hingegeben worden sein. Hat der Eigentümer das Auto **bar bezahlt**, besteht der Verdacht – eher wohl nur eine Vermutung –, dass die konkreten Geldscheine solche Gegenstände dargestellt haben. Das Fahrzeug wäre dann Surrogat, oder es könnte gem. § 73d Abs. 2 StGB als Wertersatz verwertet werden. Ist der Porsche nicht bar bezahlt, sondern der **Kaufpreis überwiesen worden**, wird u. a. eine Kontoverdichtung die Kontobewegungen sichtbar machen: Finanzermittler sind gefragt, um die Vermögensverhältnisse zu durchleuchten. Regelmäßige Bareinzahlungen größerer Summen begründen in Zeiten des bargeldlosen Zahlungsverkehrs die Vermutung, die eingezahlten Geldscheine hätten aus vorangegangenen Straftaten gestammt. Sofern der Täter neben illegalen auch über legale Vermögenszuflüsse verfügt, wird eine Zuordnung jedenfalls dann nahezu unmöglich. Der erweiterte Verfall kann daher die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllen.

Im Übrigen sehen die Regelungen des StGB und der StPO eine eindeutige Lösung vor, die – entgegen dem allgemeinen Rechtsempfinden – lautet: **Herausgabe an die**

Beschuldigten/Angeklagten als letzten Gewahrsamsinhabern!!

Das Polizei- und Ordnungsrecht

Inhaltlich interessanter als die repressive Gewinnabschöpfung, die somit in den vorliegenden Fällen „versagt“, wird damit das „Rechtsinstitut“ der **präventiven Gewinnabschöpfung**, das in den letzten Jahren von den Polizei- und Ordnungsbehörden

entwickelt worden ist, um außerhalb des Geltungsbereiches der §§ 73ff. StGB, die auch präventive Wirkungen haben, möglicherweise rechtswidrig erlangte Gegenstände – insbesondere Geld und nicht zuzuordnendes Diebesgut – dem letzten Gewahrsamsinhaber nicht zurückgeben zu müssen.⁹ Das OVG Lüneburg hat sich 2009 mit dem Begriff der präventiven Gewinnabschöpfung beschäftigt und klargestellt, dass dieser insofern missverständlich sei, als es um eine primär präventive Maßnahme geht, durch die verhindert werden soll, dass **illegal erworbene Werte** zur **Vorbereitung** und **Durchführung** von (weiteren) **Straftaten** eingesetzt werden.¹⁰ Es geht um

die Sicherstellung von Bargeld/werthaften Gegenständen

zum Zwecke der Gefahrenabwehr,

sofern dessen Besitzer zu einem Verzicht nicht bereit ist,

die Herkunft/Menge nicht plausibel erklären kann und/oder bei dem die Annahme besteht, dass

es wahrscheinlich für (weitere) Straftaten eingesetzt bzw.

die Gegenstände für den wahren Eigentümer sichergestellt werden sollen.

Die **Verwaltungsbehörden** sehen in vielen Fällen die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB, die für den Besitzer streitet, aufgrund von Indizgegentatsachen als hinreichend widerlegt an, stellen das Geld sicher und nehmen es in – faktisch endgültige – amtliche Verwahrung, entweder um den wahren, aber derzeit unbekannten und auch regelmäßig kurzfristig nicht zu ermittelnden Eigentümer vor einem (weitergehenden) Verlust zu schützen (vgl. z. B. § 43 Nr. 2 PolG NRW), oder zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr durch die Begehung weiterer Delikte (z. B. Erwerb und Einfuhr von Betäubungsmitteln, vgl. z. B. § 43 Nr. 1 PolG NRW). Beide Möglichkeiten der Sicherstellung sollen – je nach Sachverhaltsgestaltung – einschlägig sein.¹¹ Die Vorgehensweise selbst bzw. die **Rechtmäßigkeit der Maßnahmen** wurde bislang vom BVerfG nicht überprüft¹²; es bleibt offen, ob die Sicherstellung von Bargeld auf die allgemeinen polizeirechtlichen/ordnungsbehördlichen Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden kann. Präventive Gewinnabschöpfung ist im Hinblick auf die Existenz der §§ 73 ff. StGB (Gewinnabschöpfung) und die insoweit bestehende Bundesgesetzgebungskompetenz durchaus nicht zweifelsfrei; auch die Gefahrprognose der anordnenden Behörde wird sich häufig, vielleicht sogar regelmäßig nicht bestätigen.¹³ Die Argumentation von Thiée, der behauptet, dass nicht alle Gegenstände polizeirechtlich beschlagnahmefähig seien und unter diese Gegenstände auch Geld subsumiert,¹⁴ vermag allerdings nicht zu überzeugen. Entgegen dem Bauchgefühl ist allerdings erforderlich, dass von der Geldsumme die Gefahr weiterer Straftaten droht und nicht nur von der Person, bei der das Geld aufgefunden wurde.

Zusammenarbeit mit der Justiz

Werden daher **Anträge auf Herausgabe** beschlagnahmter Gegenstände im Rahmen der Hauptverhandlung gestellt, sollten Richter und Staatsanwalt zumindest die Möglichkeit einer präventiven Gewinnabschöpfung kennen und in geeigneten Fällen auf eine Sicherstellung der zunächst für das Strafverfahren asservierten Wertgegenstände aus präventiven Gründen hinwirken. Obwohl präventive Gewinnabschöpfung nach dem Osnabrücker Modell in zahlreichen Bundesländern praktiziert wird, existiert bislang – soweit ersichtlich – nur in **Niedersachsen** ein **Gemeinsamer Runderlass** des Innen- und des Justizministeriums;¹⁵ zielführend ist zu Recht dessen „Präambel“: Sind die sichergestellten/beschlagnahmten Sachen aber von der beschuldigten Person offensichtlich nicht rechtmäßig erlangt worden, besteht **unter bestimmten ... Voraussetzungen** die Möglichkeit einer Sicherstellung ..., um die Rückgabe an die zum Verzicht nicht bereite beschuldigte Person zu vermeiden.¹⁶ Der Erlass beschäftigt sich auch mit der Widerlegung der Eigentumsvermutung, wobei der Leser die Gewichtigkeit (oder Irrelevanz) der einzelnen Indiztatsachen für sich selbst bewerten mag:

3.4 Widerlegung der Eigentumsvermutung

... Dies ist auch mithilfe von Indiztatsachen und Erfahrungssätzen möglich. In diesen Fällen tritt eine Umkehr der Beweislast ein, so dass die oder der Beschuldigte den Nachweis des Eigentums an den Gegenständen zu führen hat.

Indiztatsachen und Erfahrungssätze sind etwa:

Sachen sind noch original verpackt;

an den Sachen noch Spuren deliktischer Herkunft zu finden sind (Autoradios oder Elektrogeräte mit

durchtrennten Kabeln, Fahrräder mit aufgebrochenen Schlössern),

bei ... dem Gewahrsamsinhaber befand sich eine Anzahl/Vielzahl von (gleichartigen) Sachen, für die evtl. nicht einmal Verwendung besteht ...;

Sachen sind noch mit Sicherungsetiketten und/oder Preisschildern versehen;

die finanzielle Situation bzw. das Einkommen ... des Gewahrsamsinhabers lässt redlichen Erwerb der Sachen (auch Bargeld) nicht erklären;

Rechnungen, Quittungen, Belege über den redlichen Erwerb der Sachen können nicht vorgelegt werden;

... der Gewahrsamsinhaber ist bereits einschlägig strafrechtlich in Erscheinung getreten.

Es mag allerdings kritisch hinterfragt und obergerichtlich geklärt werden, ob der Zweck die Mittel heiligt, m. a. W. das Polizei- und Ordnungsrecht ausreichende Ermächtigungsgrundlagen bietet, oder ob es sich um einen Kunstgriff handelt, durch den das **System der strafrechtlichen Verdachtsbegriffe** umgangen wird.¹⁷ Insbesondere stellt sich die Frage, ob eine Sicherstellung auch zulässig ist, wenn die Ermittlung des wahren Eigentümers von vorne herein ausgeschlossen ist/scheint¹⁸ oder durch die konkrete Verwendung der Geldsumme eine Rückkehr in einen kriminellen Kreislauf sicher ausgeschlossen ist. Entscheidungen, die die Sicherstellung auch im Hinblick auf einen Freispruch im Strafverfahren bestätigen, existieren bereits,¹⁹ verwundern aufgrund der unterschiedlichen Rechtsmaterien auch nicht und können allerdings nicht jede Maßnahme legitimieren.

Möglichkeiten und Grenzen

Rechtsanwälte und **Verteidiger** werden in Anschluss an die Veröffentlichungen von Thiée auch unterhalb des Klageweges, der regelmäßig wenig Aussicht auf Erfolg verspricht, auf andere Art versuchen, an sichergestelltes Bargeld zu gelangen. Entweder werden sie gegenüber den (Polizei)Behörden darlegen, dass der vorgefundene Geldbetrag nicht dem Beschuldigten, sondern einer – oder mehreren – anderen Person(en) gehört und insofern zu den Eigentumsverhältnissen vortragen. Ebenfalls ist mit der – durchaus dann nicht uneigennütigen – Variante zu rechnen, dass sich die Verteidiger den Herausgabeanspruch zur Abdeckung ihrer eigenen(!) Honorarforderungen haben abtreten lassen und dann erklären, dass damit eine Rückkehr dieser Geldsumme in den Drogenkreislauf auszuschließen sei.²⁰ Diese Argumentation vermag bei geringen Geldbeträgen stichhaltig sein; bei Waren und größeren Geldsummen verfängt sie allerdings nicht.

Allerdings müssen auch die **Grenzen präventiver Gewinnabschöpfung** deutlich angesprochen und akzeptiert werden:

Zuständig sind die **allgemeinen Ordnungsbehörden**, es sei denn, das Vorliegen von Gefahr im Verzug legitimiert ein Einschreiten der Polizei. Polizeiliche Maßnahmen dürften regelmäßig aber als Akt einer unzuständigen Behörde nicht nichtig sein.

Sofern **Dritte** ihre **Eigentumsrechte** an den Gegenständen/dem Geld nachweisen können, sind die Sachen an sie herauszugeben.

Bei kleineren Geldbeträgen, die eine zulässige Honorarforderung decken, schließt eine **Abtretung des Herausgabeanspruchs** an den Verteidiger die Gefahr aus, dass mit dieser Geldsumme weitere Straftaten begangen werden. Allerdings besteht hier durch das Verbot der Geldwäsche ein eher enger Anwendungsbereich.

Der Besitz bemakelten Geldes führt nicht dazu, dass weitere – sämtliche – Geldbestände kontaminiert werden. Allerdings ist eine „*strikte Trennung zwischen legalem und illegalem Geldkreislauf*“²¹ nur in seltenen Ausnahmefällen möglich; es spricht dann eine – widerlegbare – Vermutung für die Sicherstellung.

Ist sicher **auszuschließen**, dass bei Gegenständen der **Berechtigte (noch) ermittelt** werden kann,

wird die (fortdauernde präventive) Sicherstellung zum Zwecke der Rückführung zur Farce und erfüllt nicht die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage. In derartigen Fällen sollte auch ein Zugriff zu Beginn des Verfahrens unterbleiben.

Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ermöglicht eine Beschränkung der PräGe auf Gegenstände/Geldbeträge, die eine **Mindestwertgrenze** überschreiten. Dabei ist die in Niedersachsen genannte Grenze von 500 €²² keinesfalls bundesweit verbindlich, sondern allenfalls als Richtwert zu begreifen.

Anmerkungen

* Vgl. *Hunsicker*, Präventive Gewinnabschöpfung, Die Kriminalpolizei 4/2012, S. 13 ff. So *Thiée*, StV 2009, 102 (105); vgl. *ders.* StV 2010, 215 ff. einerseits und *Hunsicker*, StV 2010, 212 ff., *ders.* NordÖR 2/2009 S. 62 ff. andererseits. Sachverhalt in Anlehnung an BVerfG, Beschluss vom 24.10.2011, 1 BvR 732/11.

OVG Münster, DöV 2011, 205 auch zu den näheren Umständen.

BVerfG, Beschluss vom 24.10.2011, 1 BvR 732/11, StRR 2012, 257f.

Vergleichbar dazu VG Oldenburg vom 29.6. 2010 – 7 A 1634/09.

VG Karlsruhe Kriminalistik 2002, 15; VG Hannover NVwZ-RR 2008, 616; *Hunsicker*, Kriminalistik 2003, 234; *Schütte/Braun/Keller*, PolG NRW, § 43 Rn. 13 ff. (15).

Vgl. VG Braunschweig vom 19.10.2006 – 5 B 284/06; ferner OVG NRW, Beschluss vom 11.8.2010 – 5 A 298/09.

Fall nach *Thiée*, StV 2009, 102 ff.

Instruktiv dazu: *Schütte/Braun/Keller*, PolG NRW, § 43 Rn. 14 ff.

Urteil vom 2.7.2009 – 11 LC 4/08 vgl. dazu auch *Hunsicker*, Kriminalistik 2010, 38.

Dazu z. B. *Schütte/Braun/Keller*, PolG NRW, § 43 Rn. 13 ff.; *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, § 43 Rn. 8.

Vgl. Fn. 4.

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit ist umstritten; vgl. *Hunsicker*, Kriminalistik 2010, 38 (39) m. w. N. pro und contra; ferner die Nachweise in Fn.1,

Thiée, StV 2009, 102 (104).

Vom 16.11.2007 – P 22.2-1201-26; Nds. MBl. Nr. 50/2007 S. 1515.

Hervorhebungen durch den Verf.

Thiée, StV 2009, 102 (103).

Vgl. dazu OVG Münster, DöV 2011, 205; *Schütte/Braun/Keller*, § 43 Rn. 14.

Vgl. *Schütte/Braun/Keller*, PolG NRW, § 43 Rn. 15.

Thiée, StV 2009, 102 (104 f.).

Thiée, StV 2010, 215 (216). Gem. RdErl. vom 16.11.2007 – P 22.2-1201-26; Nds. MBl. Nr. 50/2007 S. 1515.