

Eingriffsbefugnisse für eine Präventive Gewinnabschöpfung

Von **KD a.D. Ernst Hunsicker, Bad Iburg¹**

Es sind viele verwaltungsgerichtliche Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz zur Präventiven Gewinnabschöpfung aus den Bundesländern² und durch den Zollfahndungsdienst³ bekannt. Nunmehr wurde ein wohl erstes Verfahren der Bundespolizei nach dem BPolG rechtskräftig abgeschlossen. Auch nach dem BKAG ist die Präventive Gewinnabschöpfung möglich und besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang § 29a NPOG-E⁴ zu.

1 Verwaltungsgerichtliches Verfahren der Bundespolizei



Nach meinem Informationsstand war die Bundespolizei zwar an einem Verfahren der Präventiven Gewinnabschöpfung beteiligt⁵, aber die gefahrenabwehrenden Maßnahmen erfolgten nicht nach dem BPolG, sondern nach dem Nds.SOG. Nunmehr zu einem Sachverhalt und zu einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung⁶ nach dem BPolG.

1.1 Leitsätze des Autors zum Urteil des VG Stuttgart v. 17.8.2017⁷

Der in Spanien lebende gambische Staatsangehörige ist einschlägig vorbestraft.

Bei seiner Kontrolle durch die Bundespolizeiinspektion Konstanz wurde am 13.7.2016 am Bahnhof Konstanz festgestellt, dass er von der StA Hamburg zur Aufenthaltsermittlung wegen Verstoßes gegen das BtMG ausgeschrieben war.

In seinem Koffer befand sich ein in Alufolie verpacktes und mit einer Hose umwickeltes Paket, das Bargeld im Wert von 17.640 € enthält. Es handelte sich um Euronoten in szenetypischer Stückelung.

Der Prozessbevollmächtigte beantragte die Freigabe des Geldes mit dem Hinweis, dass sich der Kläger von dem ersparten Geld in Deutschland einen gebrauchten Mercedes-Benz kaufen wolle.

Mit Bescheid vom 24.1.2017 wies das Bundespolizeipräsidium den Widerspruch zurück und ordnete den sofortigen Vollzug der Sicherstellungsverfügung an.

Außerdem untersagte es das Bundespolizeipräsidium auf der Grundlage des § 14 BPolG i.V.m. §§ 135, 136 BGB, den sichergestellten Bargeldbetrag zu veräußern, abzutreten oder in anderer Weise über den Betrag rechtsgeschäftlich zu verfügen.

Die Sicherstellung des Bargeldes war erforderlich, um die gegenwärtige Gefahr abzuwehren (§ 47 Nr. 1 BPolG).

Die durch die Bundespolizeiinspektion Konstanz am 13.7.2016 verfügte Sicherstellung des Bargeldes ist gerichtlich nicht zu beanstanden.

Für die Herkunft eines sichergestellten Bargeldbetrages aus dem Drogenhandel können folgende Gesichtspunkte sprechen: Hoher Geldbetrag, Versteckthalten oder zumindest Aufbewahrung an einem ungewöhnlichen Ort, szenetypische Stückelung der Geldscheine, nicht plausibel erklärte Herkunft der Mittel, Verdachtsmomente aus der organisierten Kriminalität, einschlägige strafrechtliche

Ermittlungsverfahren bzw. Verurteilungen.

Die Maßnahme ist verhältnismäßig, geeignet und erforderlich, um die aufgezeigte gegenwärtige Gefahr abzuwehren.

Somit hat der Kläger auch keinen Anspruch auf Herausgabe des Geldes nach § 50 BPolG.

2 Rechtsgrundlage im BKAG

Gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 1 BKAG (Sicherstellung) kann das Bundeskriminalamt eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren. Die §§ 48 bis 50 des BPolG⁸ gelten entsprechend. § 60 BKAG entspricht wiederum § 32b ZFdG (Sicherstellung, Verwahrung und Verwertung) und ist mit den einschlägigen Vorschriften der allgemeinen Gefahrenabwehrgesetze der Bundesländer vergleichbar. Somit ist eine Präventive Gewinnabschöpfung auch durch das Bundeskriminalamt möglich, wobei mir nicht bekannt ist, ob diese Polizeibehörde bisher überhaupt entsprechende Verfahren eingeleitet, durchgeführt bzw. abgeschlossen hat.

3 Sicherstellung von Forderungen und gefahrenabwehrende Einziehung nach § 29a NPOG-E

Der ursprüngliche Gesetzentwurf (Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung)⁹ enthielt noch eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Sicherstellung von Buchgeld (§ 26a), um – laut Begründung – eine festgestellte planwidrige Regelungslücke zu schließen.¹⁰ § 26a wurde aber inzwischen aus dem Gesetzentwurf gestrichen und durch § 29a NPOG-E¹¹ (Sicherstellung von Forderungen – insbesondere von Buchgeld) ersetzt, zusätzlich die gefahrenabwehrende Einziehung in diese geplante Rechtsnorm aufgenommen (§ 29a Abs. 3, 4 NPOG-E).

3.1 Sicherstellung von Forderungen als zukünftige Norm (§ 29a NPOG-E)

Unter den Voraussetzungen des § 26 Nr. 1 können die Verwaltungsbehörden und die Polizei eine Forderung oder andere Vermögensrechte, die nicht den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, sicherstellen. Die Sicherstellung hat in den Fällen des Satzes 1 die Rechtswirkungen einer Pfändung gemäß § 829 Abs. 1 Satz 1 und 2 der Zivilprozessordnung. Sie bedarf der Schriftform. Ihr ist ein Hinweis auf die in Satz 2 bezeichneten Rechtswirkungen beizufügen.

Sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind, ist sie aufzuheben. Die Aufhebung bedarf der Schriftform. § 29 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 gilt entsprechend.

Dauert die Sicherstellung ein Jahr an, ohne dass sie nach Absatz 2 aufzuheben ist, ist die Forderung oder das andere Vermögensrecht durch die Verwaltungsbehörde oder die Polizei einzuziehen. § 28 Abs. 2 Satz 1 gilt entsprechend.

Auf die Sicherstellung und die Einziehung finden die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte sinngemäß Anwendung. An die Stelle des Vollstreckungsgerichts treten die Verwaltungsbehörden und die Polizei.

3.2 Begründung zu § 29a NPOG-E

§ 29a schafft eine neue Rechtsgrundlage für die Sicherstellung von Forderungen. Diese Sicherstellung – insbesondere von Buchgeld – ist in Niedersachsen nach geltender Rechtsprechung in analoger Anwendung von § 26 nur dann zulässig, wenn sichergestelltes Bargeld zum Zweck der Verwahrung auf ein Konto eingezahlt worden ist.¹² Diese Rechtsprechung soll in das geschriebene Recht überführt und auf alle Arten von Forderungen und vergleichbaren Vermögensrechten ausgeweitet werden. Die Sicherstellung von Forderungen und vergleichbaren Vermögenswerten dient der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr. Diese liegt regelmäßig darin begründet, dass die Vermögenswerte zur Begehung von Straftaten eingesetzt werden sollen. Als Straftaten kommen insbesondere Taten der organisierten Kriminalität – etwa Geldwäsche und Hehlerei – und Straftaten mit Bezug zum internationalen Terrorismus – etwa Terrorismusfinanzierung – in Betracht. Der Entzug der finanziellen Mittel schränkt gerade bei derartigen Straftaten die Handlungsmöglichkeiten der kriminellen Gruppierungen und Personen erheblich ein. Anders als die strafrechtlichen Regelungen zur Vermögensabschöpfung hat § 29a rein präventiven Charakter ohne eine repressive Zweckrichtung. Maßgeblich ist allein, dass der Vermögenswert in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zur Begehung von Straftaten verwendet werden wird.¹³ Die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Niedersachsens unterstützt die Schaffung dieser neuen Rechtsgrundlage.¹⁴

4 Gefahrenabwehrende Einziehung

Die fahrenabwehrende Einziehung ist bereits Inhalt mehrerer Polizeigesetze der Bundesländer (§ 34 PolG BW, § 40 Abs. 4 ASOG Bln, § 25 Abs. 4 BremPolG, § 14 Abs. 6 HmbSOG, § 64 Abs. 4 SOG M-V, § 28 SächsPolG, § 213 Abs. 4 LVwG SH). Schon in früheren Veröffentlichungen habe ich die Aufnahme der fahrenabwehrenden Einziehung in die Polizeigesetze angeregt.¹⁵

4.1 Begründung zu dieser Eingriffsmaßnahme (z.B. § 40 Abs. 4 ASOG Bln)

Mit der Ergänzung von § 40 Abs. 4 ASOG durch die Möglichkeit der Einziehung zum Zwecke der Gefahrenabwehr wird eine Regelungslücke geschlossen. In der praktischen Anwendung fehlt eine Rechtsgrundlage, sofern Gegenstände, die der Sicherstellung unterliegen, erstens nicht zurückgegeben werden können, ohne dass die Voraussetzungen der Sicherstellung erneut eintreten (§ 40 Abs. 1 Nr. 4 ASOG) und zweitens die bestehenden Maßnahmenalternativen in Form von Verwertung, Unbrauchbarmachung oder Vernichtung nicht auf den betroffenen Gegenstand zugeschnitten sind. Zweck der Regelung ist nicht vorrangig, dass die eingezogene Sache an den Fiskus fällt, sondern gestützt auf eine bereichsspezifische Rechtsgrundlage soll die Einziehung verhindern, dass im Anschluss an Sicherstellungen infolge von regelungslückenbedingten Rückgabepflichten erneut vorhersehbare Gefahrenlagen entstehen. Insbesondere soll verhindert werden, dass mit Hilfe von offensichtlich illegal erworbenen Werten neue Straftaten vorbereitet und begangen werden.

Beispielhaft aufgeführt werden kann als Gegenstand der Einziehung Bargeld, das bei einer betroffenen Person, der Handel mit Betäubungsmitteln vorgeworfen wird, aufgefundenen und beschlagnahmt wird. Im Anschluss an ein Strafverfahren gibt die Staatsanwaltschaft das Bargeld wieder frei. Nach polizeirechtlicher Betrachtung kann in diesem Fall weiterhin eine Gefahr bestehen, die ein Einschreiten zum Zwecke der Gefahrenabwehr erfordert. Denn strafverfahrensrechtliche und fahrenabwehrrechtliche Vorschriften besitzen unterschiedliche Zielrichtungen. Der präventiv geprägte Zweck, z.B. der Sicherstellung nach § 38 ASOG, kann fortwirken, auch wenn eine auf die StPO gestützte Maßnahme abgeschlossen ist.¹⁶ Die Gefahrenlage für eine Sicherstellung braucht nicht in einer Eigenschaft der sicherzustellenden Sache begründet zu sein, sondern kann sich aus dem Verhalten ihres Besitzers ergeben.¹⁷ Die Einziehung knüpft an in der Vergangenheit begründete Zustände an, ist in ihrer Zielrichtung aber zukunftsbezogen.

Aus polizeirechtlicher Perspektive kann bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte demnach der Rückgabe entgegenstehen, dass die gegenwärtige Gefahr besteht, die betroffene Person werde das Bargeld nach Rückgabe erneut für illegale Drogengeschäfte verwenden (vgl. § 40 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. § 38 Nr. 1 ASOG). Es fehlte jedoch bisher eine Rechtsgrundlage zur Gefahrenabwehr, um das vorhersehbare Wiederaufleben der Störung dauerhaft zu verhindern.

Bargeld ist zwar eine Sache und damit tauglicher Gegenstand einer Sicherstellung. Auf die Regelungen der Sicherstellung einschließlich der Anschlussmaßnahmen in bisheriger Fassung lässt sich jedoch eine dauerhafte Entziehung von Bargeld nicht stützen. Die Sicherstellung ist ihrer Natur nach lediglich eine vorübergehende Maßnahme¹⁸, die folglich nicht zu einem dauerhaften Einbehalten des Geldes ermächtigt. Mit der Einziehung wird die Eigentumsposition der betroffenen Person aufgelöst.

Das im Bereich des Drogenhandels zugleich betroffene Eigentumsrecht des beteiligten Drogenkäufers verdient keinen verfassungsrechtlichen Schutz, da er seine Vermögensposition für deliktische Zwecke freiwillig aufgegeben hat.¹⁹

4.2 „Kritik an der Novelle des ASOG 2014 (§ 40 Abs. 4 - Einziehung)“²⁰

*„Hier soll – soweit erkennbar – erstmals im Polizeirecht das Instrument der Einziehung sichergestellter Gegenstände, insbesondere Bargeld, zugelassen werden“.*²¹ Nicht selten wird diese Maßnahme als „präventive Gewinnabschöpfung“ bezeichnet. Verhindert werden soll insbesondere die Herausgabe von Bargeld im Kontext möglicher Straftaten durch den

Handel mit illegalen Betäubungsmitteln.²²

„Bemerkenswert ist hier, dass eine präventiv-polizeiliche Einziehung von Bargeld und anderen Sachen zulässig sein soll, obwohl ein Strafverfahren durchgeführt wurde und selbiges im Rahmen des repressiv-polizeilichen Rechts zurückgegeben werden musste.“ Es geht also darum, trotz des strafrechtlich „gescheiterten“ Nachweises einer rechtswidrigen Erlangung einer Sache (Bargeld), diese dennoch sicherzustellen und einzuziehen, weil aus der Sicht der Polizei weiterhin von einer rechtswidrigen Erlangung ausgegangen wird.

Ob eine präventiv-polizeiliche Sicherstellung von Bargeld aus möglichen Straftaten, für die ein Schuldnachweis qua Urteilsspruch gerade nicht vorliegt, überhaupt zulässig ist, „beschäftigt die Rechtsprechung seit einigen Jahren“. Soweit die Maßnahme als zulässig erachtet wird, wird dafür das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr der Begehung weiterer Straftaten mit diesem Bargeld gefordert.²³ Die mit der Sicherstellung verbundenen verfassungsrechtlichen Fragen sind indes bislang nicht geklärt²⁴ und der Gesetzgeber bewegt sich auf recht „unsicherem Terrain“.

Die zitierte Judikatur bezieht sich zudem regelmäßig nur auf eine (vorübergehende) Sicherstellung, nicht aber die endgültige präventiv-polizeiliche Einziehung von Bargeld, die einen erheblichen Eigentumseingriff darstellt. Es ist bedauerlich, dass hierauf in der Gesetzesbegründung nicht näher eingegangen wird.

Wollte man die Maßnahme dennoch für erforderlich und verfassungsrechtlich zulässig halten, müsste diese zumindest verfassungskonform ausgestaltet und auf die Sicherstellung von Bargeld im Sinne von § 38 Nr. 1 ASOG zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr beschränken. Eine Einziehung kommt hier grundsätzlich nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen der

Gefahrenprognose entfallen können und das Bargeld dann zu restituieren ist.²⁵

Diese kritische Stellungnahme hat die Ergänzung um die gefahrenabwehrende (präventiv-polizeiliche) Einziehung in das ASOG nicht verhindert.

5 Bewertung

In den meisten Bundesländern wird die Präventive Gewinnabschöpfung bereits auf der Grundlage der Polizeigesetze seit vielen Jahren praktiziert. Nachgezogen haben der Zollfahndungsdienst auf der Grundlage des § 32b ZFdG und die Bundespolizei auf der Grundlage des § 47 Nr. 1 BPolG. Auch das Bundeskriminalamt hat gemäß § 60 BKAG die rechtlichen Voraussetzungen für diese gefahrenabwehrende Eingriffsmaßnahme.

Es bleibt zu hoffen, dass die Sicherstellung von Forderungen (analog § 29a NPOG-E) und die gefahrenabwehrende Einziehung in ein einheitliches Polizeigesetz (Musterpolizeigesetz) für den Bund und die Bundesländer, das nicht nur m. E. aus vielen Gründen dringend erforderlich ist, einfließen²⁶. Auch entsprechende Normen im ZFdG und im BKAG würden Sinn machen.

Anmerkungen

1. *KD a.D. Ernst Hunsicker* war in seiner letzten Funktion Leiter des Zentralen Kriminaldienstes (ZKD) bei der Polizeiinspektion Osnabrück-Stadt und in Personalunion Stellvertretender Inspektionsleiter.
2. *Hunsicker*, Präventive Gewinnabschöpfung (PräGe). Entscheidungssammlung in Volltexten, mit Leitsätzen, grundsätzlichen Aussagen/Feststellungen und thematischen Veröffentlichungshinweisen, 4., überarbeitete & erweiterte Auflage 2017 (Sammelband).
3. *Hunsicker*, Präventive Sicherstellung durch den Zollfahndungsdienst, in: *Kriminalistik* 2017, S. 397 f.
4. Sicherstellung von Forderungen – insbesondere von Buchgeld, Einziehung von Bargeld. Das Nds.SOG soll geändert werden und als Reformgesetz in der Überschrift folgende Fassung erhalten: „*Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehörden-gesetz (NPOG)*“, Niedersächsischer Landtag – 18. Wahlperiode Drucksache 18/850, 8.5.2018, Fraktion der SPD/Fraktion der CDU. *Anmerkung: Laut Vorlage 32 des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes (Nds. Landtag, 26.10.2018) hat das Nds. Justizministerium mitgeteilt, dass die Regelung – also § 29a NPOG-E – gestrichen werden solle. Unter Hinweis auf meine Veröffentlichung „Strafrechtliche Vermögensabschöpfung und Präventive Gewinnabschöpfung“ (Kriminalistik 11/2018, S. 670 ff.) habe ich den Gesetzgebungs- und Beratungsdienst, das Nds. Justizministerium, das Nds. Innenministerium und die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Nds., die die Schaffung dieser neuen Rechtsgrundlage unterstützt (vgl. EN 14), angeschrieben und um Prüfung gebeten, ob die Streichung des § 29a angezeigt ist bzw. die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Nds. um Intervention gebeten. Auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (seit 1.7.2017 in Kraft) sind weiterhin Verfahren der Präventiven Gewinnabschöpfung möglich, sodass § 29a nicht gestrichen werden sollte.*
5. VG Braunschweig v. 7.9.2016, Az. 5 A 192/15 (Sicherstellung von Bargeld sowie einer Flugdrohne wegen islamistischer Gefahrenprognose – nicht rechtskräftig, Berufungsverfahren beim OVG Lüneburg, Az. 11 LA 229/16, anhängig).
6. VG Stuttgart v. 17.8.2017, Az. 1 K 2294/17 (rechtskräftig).
7. VG Stuttgart v. 17.8.2017, Az. 1 K 2294/17.
8. § 48 BPolG (Verwahrung), § 49 BPolG (Verwertung, Vernichtung), § 50 BPolG (Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses, Kosten).
9. Niedersächsischer Landtag ? 17. Wahlperiode (Drucksache 17/7415, Fraktion der CDU, Hannover, den 21.2.2017).
10. *Hunsicker*, Sicherstellung von Buchgeld von besonderer Bedeutung für die Präventive Gewinnabschöpfung, in: *der kriminalist* 12/2016, S. 32 f.
11. Drucksache 18/850.
12. OVG Lüneburg v. 7.3.2013, Az. 11 LB 438/10, juris Rn. 30; v. 25.6.2015, Az. 11 LB 34/14, juris Rn. 27.
13. Drucksache 18/850, S. 49 ff.
14. Schreiben an die Präsidentin des Niedersächsischen Landtages vom 10.8.2018, S. 2 f.
15. *Hunsicker*, Verwertung, Einziehung, Vernichtung, in: *Präventive Gewinnabschöpfung (PräGe) in Theorie und Praxis – Sicherstellung, Verwahrung und Verwertung von Gegenständen und (Bar-)Geld aus Gründen der Gefahrenabwehr in Kooperation von Polizei, Staatsanwaltschaft und Kommune (Osnabrücker Modell)*, 3. überarb. & erw. Auflage 2008, S. 61, und *Hunsicker*, Aktuelles zur Präventiven Gewinnabschöpfung – Anforderungen an die „*gegenwärtige Gefahr*“ und

Plädoyer für eine bundesweit geltende präventiv-polizeiliche Einziehung, in: Kriminalistik 2015, S. 516 ff.

16. OVG Berlin v. 16.9.2002, Az. 1 N 13.00, Rn. 5.
17. *Graulich*, in: *Bäcker/Denninger/Graulich*, Handbuch des Polizeirechts (*Lisken/Denninger*), 6. Auflage 2018, Rn. E 647.
18. *Knape/Schönrock*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht für Berlin, 11. Auflage 2016, § 38, Anm. I A.
19. Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 17/1795 - 28.8.2014, Vorlage – zur Beschlussfassung –, Sechzehntes Gesetz zur Änderung des Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes, 1.11. zu § 40, S. 17 ff.; BVerfG v. 14.1.2004, Az. 2 BvR 564/95, Rn. 106.
20. Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin i.d.F.v. 11.10.2006 (GVBl. S. 930), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 16. März 2018 (GVBl. S. 186, 381).
21. Nicht korrekt, denn die Einziehung ist bereits Gegenstand mehrerer Gefahrenabwehrgesetze, und zwar: § 34 PolG BW, § 25 Abs. 4 BremPolG, § 14 Abs. 6 HmbSOG, § 64 Abs. 4 SOG M-V, § 28 SächsPolG und § 213 Abs. 4 LVwG SH.
22. Vgl. Gesetzesbegründung, S. 18.
23. Kritisch mit Blick auf die tatbestandliche Voraussetzung der gegenwärtigen Gefahr z.B. VG Gießen v. 9.10.2012, Az. 4 K 905/1 2.GI; VG Lüneburg v. 13.1.2011, Az. 6 A 143/09; s.a. OVG Bremen v. 8.10.2012, Az. OVG 1 B 102/12; v. 14.7.2014, Az. 1 PA 77/14, das eine deliktische Herkunft von Bargeld allein nicht als ausreichenden Anhaltspunkt für eine gegenwärtige Gefahr ansieht; für die Zulässigkeit OVG Lüneburg v. 7.3.2013, Az. 11 LB 438/10; VG Oldenburg v. 30.1.2008, Az. 2 A 969/07.
24. Vgl. BVerfG v. 24.10.2011, Az. 1 BvR 732/11.
25. Arzt, Stellungnahme Rechtsausschuss Berliner Abgeordnetenhaus am 3.12.2014: Novelle ASOG 2014, S. 12 f.
26. So z.B. auch BKA-Präsident *Münch* im Interview mit der Frankfurter Rundschau (21.7. 2017), und der GdP-Bundesvorsitzende *Malchow* gegenüber der Deutschen Presse-Agentur, in: ZEIT ONLINE: Debatte um Musterpolizeigesetz