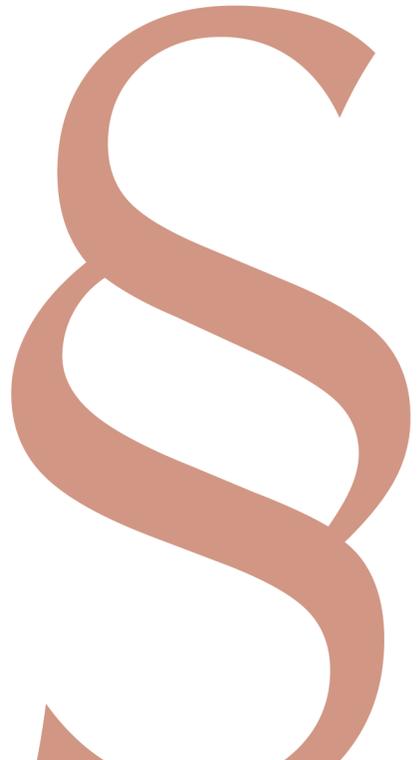


Oliver Suchy

Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht

Eine Untersuchung ausgewählter Gesichtspunkte
im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext



Oliver Suchy

Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht

Eine Untersuchung ausgewählter Gesichtspunkte im
wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext

Neue Juristische Beiträge
Band 101

EBook-Ausgabe:

ISBN 978-3-8316-7088-8 Version: 1 vom 01.12.2014

Copyright© Herbert Utz Verlag 2014

Alternative Ausgabe: Softcover

ISBN 978-3-8316-4339-4

Copyright© Herbert Utz Verlag 2014

Oliver Suchy

Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht

Eine Untersuchung ausgewählter Gesichtspunkte im wirtschafts-
strafrechtlichen Kontext

Herbert Utz Verlag

Neue Juristische Beiträge
Herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)
Prof. Dr. Georg Steinberg (EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden)
Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 101



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl. Diss. 2014 München, Univ.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe
auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung
in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser
Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2014

ISBN 978-3-8316-4339-4

Printed in EU

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag im Sommersemester 2014 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation vor. Das Manuskript wurde im Januar 2013 abgeschlossen; spätere Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Danken möchte ich meinem Doktorvater, Herr Prof. Dr. Helmut Satzger und Frau Prof. Dr. Petra Wittig für die Erstellung des Zweitgutachtens, sowie all jenen, die im fachlichen Diskurs zur Entstehung der vorliegenden Arbeit beigetragen haben. Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern und meiner Frau Christiane.

München, August 2014

Oliver Suchy

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Einführung	1
A. Problemstellung	1
B. Ziel der Untersuchung	2
C. Gang der Untersuchung	3
D. Gegenstand der Untersuchung	4
I. Themenbegrenzung	4
II. Abgrenzung zu anderen Instituten der Gewinnabschöpfung	4
Kapitel 1 Historie des Verfalls	7
A. Hinführung	7
B. Die Entwicklungsgeschichte des Verfalls	7
I. Das römische Recht	7
1. Die allgemeine confiscatio	7
2. Die spezielle confiscatio	9
II. Das deutsche Recht	10
1. Bis zum gemeinen Recht	10
2. Die Partikulargesetzgebung	10
3. Das Reichsstrafgesetzbuch	11
4. Die Zeit bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs	11
5. Entwürfe eines Strafgesetzbuches	12
6. Zweites Gesetz zur Reform des Strafgesetzbuches	13
7. Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze	13
8. Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität	14
9. Weitere Gesetze und Gesetzesinitiativen im Zusammenhang mit dem Verfall	14
10. Die Verfallsregelungen im Strafrecht der DDR	16
C. Die Entwicklungsgeschichte des Ordnungswidrigkeitenrechts ..	16
I. Reichsstrafgesetzbuch	16
II. Wirtschaftsstrafgesetz	17
III. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten	18
IV. Änderungen des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten	19
V. Das Ordnungswidrigkeitenrecht der DDR	20

D.	Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht	20
I.	Vor 1986	20
II.	Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität	21
III.	Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze	22
IV.	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität	23
V.	DDR-OWG	23
E.	Resümee	23

Kapitel 2 Grundlegende Einordnung der Norm in das

	Regelungsgefüge	25
A.	Hinführung	25
B.	Rechtsnatur der Ordnungswidrigkeiten im Allgemeinen	26
I.	Einordnung der Ordnungswidrigkeiten in die Rechtsordnung	26
II.	Abgrenzung der Ordnungswidrigkeiten von der Kriminalstrafe	27
1.	Die aliud-Theorie	27
a)	Feuerbach	27
b)	James Goldschmidt	28
c)	Eberhard Schmidt	28
2.	Die Einheitstheorie	29
3.	Rechtsprechung und heutige Ansicht	30
III.	Zwischenergebnis	33
C.	Normzwecke des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten im Allgemeinen	34
I.	Repressive Ahndung	34
II.	Präventivaspekt	35
III.	Verfahrensökonomie	35
IV.	Entkriminalisierung	35
D.	Rechtsfolgenart des § 29a OWiG	37
I.	Hinführung	37
II.	Verweise in anderen Normen	38
III.	Überschrift des achten Abschnitts im OWiG	39
IV.	Bedeutung des Begriffs der Nebenfolge im dogmatischen Zusammenhang	39
1.	Strafrechtlicher Verfall	40

2.	Straßenverkehrsrechtliches Fahrverbot	41
3.	Ordnungswidrigkeitenrechtliche Einziehung	41
4.	Zwischenergebnis	41
V.	Gesetzgeberischer Wille	42
E.	Ergebnis	42
Kapitel 3 Kriminologische Aspekte		43
A.	Hinführung	43
B.	Häufigkeitszahlen	43
C.	Wirtschaftskriminalität	44
D.	Kriminalpolitische Aspekte	45
Kapitel 4 Das Bruttoprinzip		47
A.	Hinführung	47
B.	Abgrenzung von Brutto- und Nettoprinzip	47
C.	Hintergründe der Gesetzesänderung	48
I.	Das Nettoprinzip nach alter Fassung	48
II.	Einführung des Bruttoprinzips	49
1.	Motive	49
2.	Umsetzung	49
D.	Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das Schuldprinzip	50
I.	Hinführung	50
II.	Geltung des Schuldprinzips im OWiG	51
III.	Anwendbarkeit des Schuldprinzips auf § 29a OWiG	53
1.	Zur Rechtsnatur nach alter Fassung	54
2.	Der Verfall als Kriminalstrafe	54
3.	Der Verfall als strafähnliche Maßnahme	56
a)	Definition der strafähnlichen Maßnahme	56
b)	Vergleichende Heranziehung verwandter Rechtsinstitute	58
aa)	Das Ordnungswidrigkeitenrecht im Allgemeinen	58
bb)	Die Geldbuße	58
cc)	Der strafrechtliche Verfall	59
(1)	Ansichten im Schrifttum	59
(2)	Stellungnahme	61
(3)	Zwischenergebnis	62
c)	Kriterien zur Bestimmung der Rechtsnatur	62
aa)	Rechtsgrund	63
bb)	Wirkung	63

cc)	Zwecke	65
dd)	Einflüsse der EMRK auf die Kriterien zur Bestimmung der Rechtsnatur	66
	(1) Katalog der Kriterien des EGMR	66
	(2) Generelle Bedeutung der EMRK und der Urteile des EGMR	68
	(3) Auswirkungen der EGMR- Rechtsprechung	69
	(4) Zwischenergebnis	70
ee)	Einflüsse des Unionsrechts auf die Kriterien zur Bestimmung der Rechtsnatur	70
ff)	Zwischenergebnis	71
d)	Bestimmung der Normzwecke	71
aa)	Wortlaut	71
bb)	Systematik	72
	(1) Verortung im Normengefüge	72
	(2) Systematik des § 4 OWiG	73
	(3) Fehlendes Schulderfordernis	73
cc)	Wille des Gesetzgebers	74
dd)	Objektive Zwecke	77
	(1) Lückenfüllung	78
	(2) Einheit der Rechtsordnung	81
	(i) Bereicherungsrechtliches Grundprinzip	81
	(ii) § 817 S. 2 BGB	83
	(iii) Zwischenergebnis	85
	(3) Effektivierung der Verfallspraxis	85
	(4) Weitere Zwecke	87
ee)	Zwischenergebnis	89
e)	Ergebnis	89
4.	Ergebnis	91
IV.	Ergebnis	91
V.	Folgen	91
	1. Ansatz einer ambivalenten Rechtsnatur	92
	2. Opportunitätsgrundsatz	94
	3. Verfassungskonforme Auslegung	95
	4. Ergebnis	98
E.	Ergebnis	98

Kapitel 5 Die Schätzung	99
A. Hinführung	99
B. Normzweck der Schätzung	99
C. Gegenstand der Schätzung	100
D. Voraussetzungen der Schätzung	101
I. Unmöglichkeit der Aufklärung	101
II. Unverhältnismäßigkeit der Aufklärung	102
III. Zwischenergebnis	105
E. Grenzen der Schätzung	105
I. Maxime der freien Beweiswürdigung	106
II. Hinreichend sichere Tatsachengrundlage	106
1. Grad der hinreichenden Sicherheit	107
2. Folgen unzureichender Sicherheit	107
a) Inhalt, Zwecke und Charakter des Grundsatzes	107
b) Geltungsbereich	108
c) Konsequenzen einer nicht hinreichend gesicherten Tatsachengrundlage	110
F. Formelle Anforderungen	111
 Kapitel 6 Rechtskraft	 113
A. Hinführung	113
B. Allgemeine Ausführungen zur Rechtskraft	114
I. Funktionen und Zwecke der Rechtskraft	115
II. Formen	116
1. Formelle Rechtskraft	116
2. Materielle Rechtskraft	117
III. Normative Grundlagen	118
IV. Durchbrechung der Rechtskraft	119
C. Die Rechtskraftfähigkeit der Verfallsanordnung	120
I. Allgemeine Rechtskraftfähigkeit	120
II. Rechtskraftfähigkeit der Verfallsanordnung	121
1. Im Rahmen eines Bußgeldbescheids ergangene Anordnung	121
2. Im selbstständigen Verfahren ergangene Anordnung	122
a) Gesetzssystematik	123
b) Gesetzesinhalt	123
c) Rechtskraftfähigkeit im Hinblick auf die allgemeinen Kriterien	124
d) Zwecke	125
e) Vergleichende Betrachtung des Strafrechts	126

	3. Ergebnis	127
	III. Umfang der Rechtskraft	127
D.	Die Sperrwirkung auf Grundlage des einfachen Rechts	129
	I. Neuerliche Verfallsanordnung gem. § 29a OWiG	130
	II. Anordnung einer Verbandsgeldbuße nach Verfallsanordnung gem. § 29a OWiG	131
	III. Strafrechtliche Verfallsanordnung nach Verfallsanordnung gem. § 29a OWiG	134
	1. Sperrwirkung gem. § 84 I OWiG	135
	a) Grundsatz der beschränkten Rechtskraft	135
	b) Beschränkte Rechtskraft im Rahmen der Verfallsanordnung	137
	2. Sperrwirkung gem. § 84 II OWiG	138
	3. Zwischenergebnis	147
	IV. Ergebnis	147
E.	Art. 103 III GG als Grundlage des ne bis in idem	148
	I. Hinführung	148
	II. Allgemeine Ausführungen zu Art. 103 III GG	148
	1. Wesen, Zweck und Inhalt des Art. 103 III GG	148
	2. Verhältnis zur Rechtskraft	149
	III. Geltung des Art. 103 III GG im Rahmen des § 29a OWiG	150
	1. Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten als Teil der „allgemeinen Strafgesetze“	150
	2. Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht als Strafe im Sinne des Art. 103 III GG	152
	3. Ergebnis	152
F.	Weitere Grundlagen des ne bis in idem	153
	I. Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Doppelbelastung außerhalb des Art. 103 III GG	153
	1. Voraussetzungen	154
	a) Kriterien	154
	b) Grad der Gleichartigkeit	155
	c) Zwischenergebnis	156
	2. Wirkung	157
	3. Ergebnis	157
	II. Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK	158
	III. Art. 14 VII des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte	158
	IV. Art. 50 Charta der Grundrechte der EU	159
	V. Art. 54 Schengener Durchführungsübereinkommen	160

G. Ergebnis	160
H. Tatbegriff	161
I. Inhalt	162
1. Allgemein	162
2. Dauerordnungswidrigkeiten	163
II. Verfassungsrechtliche Ausgestaltung	164
III. Formelle Anforderungen an die Bezeichnung der Tat	166
IV. Personaler Bezug	167
1. Tochterunternehmen	167
2. Einzelpersonen	169
Kapitel 7 Verfahren	171
A. Hinführung	171
B. Rechtsschutz	171
C. Opportunitätsprinzip	172
I. Allgemeines	172
II. Opportunität im Rahmen des § 29a OWiG	173
III. Grenzen der Opportunitätseinstellung	174
1. Problemstellung	174
2. Lösungsansätze	175
a) Umfassende Geltung des Opportunitätsprinzips	176
b) Negatives Legalitätsprinzip	177
c) Systematischer Vergleich mit dem Institut der Einziehung	177
d) Begrenzung des Opportunitätsprinzips de lege ferenda	178
e) Begrenzung des Opportunitätsprinzips aus rechtsstaatlichen Gründen	179
f) Maßstab der pflichtgemäßen Ermessensausübung	180
g) Ergebnis	182
Kapitel 8 Reformvorschlag	185
Schlussbetrachtung	187
Abkürzungsverzeichnis	191
Literaturverzeichnis	195

Einführung

A. Problemstellung

„Die Begehung von Straftaten darf sich nicht lohnen.“¹ Diese Forderung der ehemaligen Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries* entspricht dem klassischen Verständnis vom Zweck der Vermögensabschöpfung und macht zugleich deren große Relevanz im Bereich der Wirtschaftskriminalität deutlich. Denn im Rahmen einer, am ökonomischen Vorteil orientierten Kriminalitätsform ist das Streben nach Gewinn die „*Triebfeder*“² der Tatbegehung, sodass eine effektive Verbrechensbekämpfung ohne Abschöpfung der rechtswidrig erlangten Vorteile nicht denkbar ist. Obwohl diese Erkenntnis innerhalb der Rechtswissenschaft kein Novum darstellt und die normativen Grundlagen mit dem Zweiten Gesetz zur Reform des Strafgesetzbuches (2. StrRG) bereits im Jahre 1975 in Kraft getreten sind, fristete der Verfall lange Jahre eine Art „*Aschenputtel-Existenz*“³. Erst mit dem Inkrafttreten des OrgKG⁴, welches die Handhabung der Verfallsanordnung entscheidend vereinfachte, erlebte der Regelungskomplex der §§ 73 ff. StGB ab Mitte der 90er-Jahre eine wahre Renaissance⁵, die von der Anwendungspraxis⁶, über das Schrifttum⁷ bis hin zu vielbeachteten Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichte⁸ reichte.

Umso erstaunlicher mutet es an, dass das in § 29a OWiG gesetzlich verankerte, ordnungswidrigkeitenrechtliche Pendant bis heute ein weitgehendes

1 Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 14.12.2005 zum Gesetzesentwurf zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten.

2 BT-Drucks. 12/989 S. 1.

3 *Eberbach*, NSiZ 1985, S. 301; *ders.* NSiZ 1987, S. 490.

4 BGBl. 1992 I, S. 1302.

5 Vgl. *Rönnau*, S. 1; *Podolsky/Brenner*, S. 6.

6 Während der Verfall nach internen Häufigkeitszahlen des Statistischen Bundesamtes im Jahre 1993 lediglich 541 mal angeordnet wurde – vgl. *Kilchling*, S. 42, weist die Statistik für das Jahr 2010 über 2.000 Verfallsanordnungen aus (Statistisches Bundesamt 2010, Fachserie 10, Reihe 3, Tabelle 5.2).

7 Siehe z. B. die Dissertationen von *Keusch*, *Lieckfeldt* und *Wallschläger*.

8 Exemplarisch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum erweiterten Verfall – BVerfGE 110, 1.

„Schattendasein“⁹ führt, obwohl die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile gerade im Bereich der Wirtschaftsdelikte und im Zusammenhang mit ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verbandssanktionen von besonderer Bedeutung ist. Über die Gründe dieser zurückhaltenden Anordnungspraxis kann bisweilen nur gemutmaßt werden, dass sie einerseits dem komplexen Regelungsgehalt und andererseits der schlichten Unkenntnis des Rechtsanwenders von der Existenz der rechtlichen Grundlage geschuldet ist.¹⁰ In letzter Zeit wird dieses „tote Recht“ jedoch zusehends mit Leben erfüllt. Während die Verfolgungsbehörden in der Korruptionsaffäre um die Siemens AG und wenig später auch im Verfahren gegen die MAN AG zum Zwecke der Vermögensabschöpfung noch auf das Instrument der Geldbuße gem. §§ 30 I, III, 17 IV OWiG zurückgegriffen haben, wurden die unrechtmäßigen Vermögensverschiebungen im Fall der Ferrostaal AG bzw. der Linde AG bereits auf Grundlage einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfallsanordnung ausgeglichen. Die beiden letztgenannten Beispiele dienen dabei nicht nur als Indiz einer vermehrten Rechtsanwendung der Norm im Bereich der Wirtschaftskriminalität, sondern verdeutlichen mit Blick auf die abgeschöpften Beträge von 149 Mio. € bzw. 35 Mio. € auch die wirtschaftliche Schlagkraft dieser Maßnahme.

Trotz dieser gestiegenen praktischen Bedeutung, die mit Blick auf die Vorteile einer Verfallsanordnung im Vergleich zur Geldbuße in Zukunft noch weiter zunehmen dürfte, wird der Regelung des § 29a OWiG in Literatur und Rechtsprechung nach wie vor kaum Beachtung geschenkt.

B. Ziel der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit schickt sich an, diese Lücke zu schließen und befasst sich speziell mit dem Verfall als ordnungswidrigkeitenrechtlicher Abschöpfungsmaßnahme. Im Rahmen einer grundlegenden Untersuchung sollen dabei die in der Praxis drängendsten Fragen unter dem Schlaglicht der Wirtschaftskriminalität beleuchtet werden. Zugleich gilt es die relevanten Problemkreise in Bezug auf verschiedene verfassungsrechtliche Grundsätze hin zu erörtern, um der Gefahr zu begegnen, dass der Verfall – losgelöst von

9 Drathjer, S. 1.

10 Vgl. Drathjer, S. 1; Rönnau, S. 1; Mühlensfeld, S. 173.

Recht und Gesetz – zum Gegenstand eines Basars wird.¹¹ Denn nicht nur der in Art. 20 III GG verankerte Vorrang der Verfassung, sondern auch das Prinzip der Grundrechtsbindung gem. Art. 1 III GG und die unmittelbar an den Strafrechtsanwender adressierten Bestimmungen des Grundgesetzes¹² verlangen eine rechtsstaatlich basierte Darstellung des § 29a OWiG.

Der Versuch, die Trias aus Schuldprinzip, repressivem Ahndungscharakter und der Abschöpfung nach dem Bruttoprinzip abzubilden, um sodann hieraus entstehende Friktionen – soweit möglich – aufzulösen, bildet eine der Hauptaufgaben der Untersuchung. Daneben soll ein besonderes Augenmerk auf die Reichweite der Sperrwirkung einer Verfallsanordnung im Hinblick auf eine neuerliche Vermögensabschöpfung gerichtet werden. Bei alledem will die Arbeit Inspiration und Anregung für mögliche Neuerungen, Ergänzungen oder Klarstellungen von Seiten der Gesetzgebung sein, um die Rechtsanwendung für Behörden und Gerichte einfacher und für die Adressaten vorhersehbarer zu machen.

C. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung kann dementsprechend wie folgt skizziert werden: Die Darstellung beginnt mit einem, für das grundlegende Normverständnis unumgänglichen, historischen Abriss. Sodann folgt im zweiten Kapitel eine Einordnung des § 29a OWiG in das nationale Regelungsgefüge, die sich um eine trennscharfe Abgrenzung zur Kriminalstrafe bemüht und somit die Voraussetzungen einer späteren, auf systematischen Argumenten basierenden Auslegung zu schaffen versucht. Das dritte Kapitel wagt unter kriminologischen Aspekten einen Blick über den formalrechtlichen Teller- und markiert zugleich den Abschluss des Allgemeinen Teils der Untersuchung. Mit dem vierten Kapitel, welches sich dem ersten thematischen Schwerpunkt widmet, beginnt die Betrachtung der einzelnen Problemfelder. Nach einer kurzen Erläuterung des Bruttoprinzips soll erörtert werden, inwieweit dessen Anwendung im Rahmen des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfalls mit dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldgrundsatz in Einklang zu bringen ist, wobei es entscheidend auf die Rechtsnatur des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfalls ankommen wird. Im Anschluss da-

11 So die Befürchtung von *Ott* in SZ 09.06.2011, S. 27.

12 So z. B. Art. 103 II, III GG.

ran befasst sich das fünfte Kapitel mit verschiedenen Facetten der Schätzung i. S. v. § 29a III OWiG. Das sechste Kapitel stellt Fragen der Rechtskraft in den Mittelpunkt und bildet damit gleichsam den zweiten Schwerpunkt der Arbeit. Nach einer Erörterung der Vorfragen, inwieweit die (selbstständige) Verfallsanordnung überhaupt der Rechtskraft fähig ist, soll die Verfallsanordnung unter einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auf ihre Sperrwirkung hin untersucht werden. Im Anschluss werden im siebten Kapitel verfahrensrechtliche Aspekte beleuchtet, wobei insbesondere Geltung und Grenzen des Opportunitätsgrundsatzes im Zentrum des Interesses stehen. Das achte Kapitel enthält einen Reformvorschlag der Norm. Eine thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse bildet sodann den Schlusspunkt der Arbeit.

D. Gegenstand der Untersuchung

I. Themenbegrenzung

Ziel der folgenden Darstellung ist es nicht – ähnlich einem Gesetzeskommentar und ohne jede Schwerpunktsetzung – sämtliche Aspekte der Norm zu beleuchten. Vielmehr will die Arbeit einzelne Aspekte in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten von besonderem Interesse sind. Die verbleibenden Normbezüge werden dabei bewusst ausgeklammert, um einen angemessenen Rahmen zu wahren und den Fokus nicht von den wesentlichen Problemen abzulenken. Hinsichtlich der offen gelassenen Aspekte wird auf die ausführlichen Darstellungen in den einschlägigen Kommentaren verwiesen.¹³

II. Abgrenzung zu anderen Instituten der Gewinnabschöpfung

Bevor endgültig in die Untersuchung eingestiegen werden kann, soll an dieser Stelle noch eine kurze Abgrenzung des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfalls im Hinblick auf andere Institute der Gewinnabschöpfung erfolgen: Im Verhältnis zur Geldbuße gem. §§ 30 III, 17 IV OWiG, welche neben einer präventiven Abschöpfungskomponente auch einen repressiven Ahndungs-

13 Göhler, § 29a; KK-OWiG-Mitsch, § 29a; RRH-OWiG, § 29a.

zweck verfolgt, nimmt der Verfall eine subsidiäre Stellung ein. Für eine Abschöpfung auf Grundlage des § 29a OWiG bleibt insofern nur Raum, wenn der Täter nicht nachweislich vorwerfbar gehandelt hat oder wenn ein anderer als der Täter den Vermögensvorteil erlangt.¹⁴ Einen solch subsidiären Charakter nimmt der Verfall im Strafrecht nicht ein. Dort ist er in den §§ 73 ff. StGB als obligatorische Maßnahme ausgestaltet, die bei Vorliegen einer entsprechenden Kriminalstrafat eine Abschöpfung der unmittelbar erlangten Tatvorteile im Wege eines gesetzlichen Eigentumsübergangs ermöglicht, während § 29a OWiG nicht den Verfall des originären Tatobjekts, sondern eines entsprechenden Geldwerts vorsieht und somit den Wertersatzverfall zur Regel macht. Trotz dieser Unterschiede lassen die beiden Verfallsregelungen eine Vielzahl von Parallelen erkennen, weshalb auf deren Verhältnis im Verlauf der Arbeit noch detailliert einzugehen sein wird.

Die in den §§ 22 ff. OWiG geregelte Einziehung weist zwar eine dem Verfall ähnliche Funktion auf, jedoch besteht im Regelfall kein Konkurrenzverhältnis, da sich die Einziehung grundsätzlich auf einen konkreten Gegenstand bezieht, während der Verfall stets eine reine Geldzahlungspflicht begründet. Etwas anderes gilt allein im Fall der Wertersatzeinziehung gem. § 25 OWiG. Ob in diesem Fall einer der beiden Maßnahmen ein Anwendungsvorrang gebührt oder ob zur Vermeidung einer unverhältnismäßigen Doppelbelastung der Prioritätsgrundsatz Anwendung findet, ist im Schrifttum zwar umstritten, bedarf im Rahmen dieser Abhandlung jedoch keiner endgültigen Entscheidung.¹⁵ Als weiteres Unterscheidungskriterium ist der Sicherungszweck anzuführen, der im Rahmen der Einziehung primär von Sicherungsgedanken getragen ist, während der Verfall durch seinen Ausgleichscharakter geprägt wird.

Die spezifische Rechtsfolge der Mehrerlösabführung gem. §§ 8, 10 WiStG stellt unter Verweis auf das in § 8 IV 1 WiStG explizit geregelte Rangverhältnis eine *lex specialis* zu § 29a OWiG dar und ersetzt die Verfallsanordnung, wenn und soweit im Zuge einer Ordnungswidrigkeit gem. §§ 2–5 WiStG ein Mehrerlös erlangt worden ist.¹⁶ Die praktische Relevanz dieser Gewinnabschöpfungsmaßnahme hält sich allerdings – entsprechend der Bedeutung des gesamten WiStG – in engen Grenzen.

Die gem. §§ 34, 34a GWB bestehende Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden und gleichgestellte Verbände setzt tatbestandlich

14 Eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Geldbuße gem. § 30 III, 17 IV OWiG erfolgt an anderer Stelle der Untersuchung – vgl. Kap. 4, D. III. 3. b) bb); d) dd) (1).

15 Zum Verhältnis der Maßnahmen vgl. KK-OWiG-Mitsch, § 29a, Rn. 4; Drathjer, S. 172 ff.

16 Zur Sondersituation im Fall einer Straftat gem. § 1 WiStG – vgl. Drathjer, S. 160.

einen Kartellrechtsverstoß voraus, sodass sich infolge des eingeschränkten Anwendungsbereichs keine Schnittstellen mit dem ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfall ergeben.

Kapitel 1 Historie des Verfalls

A. Hinführung

Bereits lange vor der Einführung des Verfalls im Ordnungswidrigkeitenrecht durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität im Jahre 1986 existierten artverwandte Rechtsinstitute, die als Vorläufer des § 29a OWiG bezeichnet werden können und nach einer historischen Rückschau verlangen. Diese erfolgt jedoch weniger zum Selbstzweck, sondern vielmehr aus dogmatischen Gründen. Denn viele Probleme, die sich aktuell in Bezug auf die Norm ergeben, sind rechtlich fundiert nur zu erörtern, wenn man auch die Ursprünge bzw. die Entwicklungsgeschichte der Norm heranzieht. Darüber hinaus sind Gesetzesnovellen oftmals Anhaltspunkte dafür, an welchen Stellen der Norm Diskussionsbedarf besteht.

Da der Verfall vom Gesetzgeber erst in jüngerer Zeit im Ordnungswidrigkeitenrecht normiert wurde, die dogmatischen Ansätze jedoch bis in die Zeit des römischen Rechts zurückreichen, ist im Rahmen einer historischen Betrachtung Abstand von den konkreten Detailspezifika der Norm in heutiger Form zu nehmen. Denn nur eine offene Betrachtungsweise ermöglicht es, die Vorläufer der Regelung und damit die Kontinuität der gesetzgeberischen Bemühungen in Bezug auf die Gewinnabschöpfung zu erfassen.

B. Die Entwicklungsgeschichte des Verfalls

I. Das römische Recht

1. Die allgemeine confiscatio

Die Anfänge der Gewinnabschöpfung im römischen Recht markiert die sog. *consecratio bonorum*, welche als Nebenfolge bei bestimmten Tatbeständen *ipso iure* zur Anwendung kam. Hierbei wurden dem Täter all seine Güter entzogen, um sie sodann den Göttern – als Folge des zur damaligen Zeit vorherrschenden sakralen Sanktionscharakters – zuzusprechen und sogleich zu

zerstören.¹⁷ Die Evolution im Hinblick auf das Wesen des Verbrechens und die Verweltlichung der Sanktionen führte jedoch schon bald dazu, dass aus der *consecratio bonorum* eine *publicatio bonorum* wurde.¹⁸ Das eingezogene Vermögen kam dabei der Staatskasse und somit indirekt dem Volk zugute. Gleichwohl erkannten die jeweiligen Herrscher die eingezogenen Besitztümer schnell als mögliche Einnahmequelle und konnten nur allzu oft der Verlockung nicht widerstehen, sich persönlich zu bereichern.

Rechtstechnisch erfolgte die *confiscatio*¹⁹ – dem Erbrecht vergleichbar – im Weg der Universalsukzession und umfasste neben dem inkriminierten Vermögen auch alle anderen Besitztümer des Straftäters²⁰, sodass sie diesbezüglich als Vorläufer der Vermögensstrafe anzusehen ist. Der *confiscatio*, welche im *Deutschen Rechtswörterbuch* sogar synonym mit dem Begriff des Verfalls verwendet wird²¹, kam dabei die Funktion von Sühne und Vergeltung abhanden. Vielmehr wurde sie zur Bekämpfung politischer Gegner eingesetzt und zur persönlichen Bereicherung missbraucht. Die *confiscatio* jedoch allein als Instrument willkürlicher Machtausübung anzusehen, wäre nicht sachgerecht. So wurde beispielsweise das Vermögen in der Folgezeit nur noch maximal bis zur Hälfte bzw. einem Drittel eingezogen und den unterhaltspflichtigen Angehörigen ein gewisses Schonvermögen zugebilligt²², worin erste Ansätze einer Verhältnismäßigkeitsregelung zu erkennen sind.

Der Vergleich zur heutigen Regelung des Verfalls zeigt dabei nur wenige Parallelen auf. Allein die Charakterisierung als Nebenfolge und die Möglichkeit eines selbstständigen Verfahrens, haben sich im Laufe der Jahre nicht verändert. Im Gegensatz dazu ist die Legislative, zumindest im Hinblick auf die ordnungswidrigkeitenrechtliche Regelung, von einer Anordnung *ipso iure* abgerückt und stellt diese inzwischen in das Ermessen der zuständigen Behörde. Zudem ist der Verfall nicht mehr auf bestimmte Tatbestände beschränkt. Ein entscheidender Unterschied ist darüber hinaus im Umfang der Verfallsanordnung zu finden. Während die *confiscatio* das Vermögen des Täters in Gänze erfasste, verlangt die gesetzliche Regelung inzwischen einen Zusammenhang zwischen Tat und Verfallsobjekt. Letztendlich hat sich auch der Zweck der Norm gewandelt. Während früher Sühne und Vergeltung die

17 Lehmann, S. 97; Eser, S. 13.

18 Lehmann, S. 95 ff.; Eser, S. 13 f.; Schnieders, S. 40.

19 Die *confiscatio* dient als Oberbegriff für Abschöpfungsmaßnahmen im römischen Recht.

20 Sotiriadis, S. 51.

21 Dickel/Speer, S. 1223.

22 Lehmann, S. 94 ff.; Eser S. 14 f.; Schnieders, S. 47 ff.

vorrangigen Ziele der Vermögenseinziehung waren, ist heutzutage Prävention das oberste Ziel.

2. Die spezielle confiscatio

In der Folgezeit wurden die Formen der *confiscatio* dahingehend weiterentwickelt, dass es neben der generellen und umfassenden Einziehung von Vermögensgegenständen auch die Möglichkeit einer sog. *Spezialkonfiskation* gab. Diese kann als Vorläufer der heute bekannten Einziehung i. S. v. §§ 22 ff. OWiG bzw. §§ 74 ff. StGB angesehen werden und umfasste neben den sog. *producta sceleris*²³, auch die Werkzeuge der Tat (*instrumenta sceleris*). Die Einziehung der Tatwerkzeuge brachte dabei nicht nur eine Ausdehnung der *confiscatio* in sachlicher Hinsicht, sondern auch neue dogmatische Ansätze mit sich. Denn erstmals standen neben der Ahndung auch Aspekte der Spezialprävention im Vordergrund.²⁴

Ausgangspunkt der weiteren Entwicklung waren Reparationsgedanken, die eine starke Ähnlichkeit mit den Grundlagen des heutigen § 817 Satz 1 BGB aufweisen. Denn ebenso wie die zivilrechtliche *condictio ob turpem vel iniustam causam*, beruhte der Verfall der *scelere quaesita* bzw. des *turpe lucrum*²⁵ darauf, dass das Verbleiben der Vorteile einer Tat beim Täter als unerträgliche Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage angesehen wurde, sodass die damalige Rechtsgestaltung, insbesondere mit Blick auf den Normzweck, als Vorläufer der heutigen Verfallsregelung anzusehen ist.²⁶ Eine systematisch eindeutige Zuordnung der Regelung in den Bereich des Zivil- oder Strafrechts ist dabei nicht möglich, da zwischen diesen beiden Rechtsgebieten zu Zeiten des römischen Rechts noch keine strikte Trennung bestand.²⁷ Auf Grund dieser Mischform profitierten zur damaligen Zeit neben dem Staat auch private Geschädigte von der *confiscatio*. Denn richtete sich die Tat gegen das Vermögen Einzelner, so hatten diese

23 Gemeint sind damit Gegenstände, die unmittelbar aus einer Straftat hervorgehen und nicht mit jenen Gegenständen zu verwechseln sind, die durch eine Tat erlangt wurden. Letztere sind allein vom Verfall erfasst.

24 Lehmann, S. 103; Sotiriadis, S. 53.

25 Lat. „das durch ein Verbrechen Gewonnene“ bzw. „unsittlicher Gewinn“.

26 Eser, S. 16 f.

27 Vgl. Eser, S. 17; Sotiriadis, S. 54.