

# Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Momsen / Grütznert

2. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-72848-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

(2) Das Gleiche gilt für die bereits im früheren Recht entwickelte Rechtsprechung, wonach das „erlangte Etwas“, also der Tatertrag, auch in ersparten Aufwendungen bestehen kann. Bei einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO) ist daher nach §§ 73, 73c StGB ein den verkürzten Steuern entsprechender Geldbetrag, bei dem Vorenthalten von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) ein solcher einzuziehen, der den nicht abgeführten Beiträgen zur Sozialversicherung entspricht<sup>62</sup>. Bei Umweltdelikten erspart sich der Täter die Aufwendungen für die legale Entsorgung; ob seine Kosten für die illegale Entsorgung zu berücksichtigen sind, entscheidet sich nach der gesetzlichen Konzeption danach, ob er die Straftat vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat<sup>63</sup>.

(3) Noch nicht entschieden ist, ob bei der Umsatzsteuerhinterziehung die gesamte nicht erklärte Umsatzsteuer als ersparte Aufwendungen der Einziehung nach §§ 73, 73c StGB unterliegen. Mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung des für das Steuerstrafrecht zuständigen 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zum Kompensationsverbot in § 370 AO<sup>64</sup> erscheint eine Verteidigung, die auf eine abschöpfungsmindernde Berücksichtigung der dem Täter bei richtiger zutreffender Anmeldung zugutekommender Vorsteuern und damit auf eine Beschränkung der Einziehung auf den Differenzbetrag abzielt, zumindest nicht aussichtslos.

(4) Von Bedeutung sind in der Strafrechtspraxis auch die Fälle des Abrechnungsbetruges im Zusammenhang mit Pflegedienstleistungen. Fraglich ist mit Blick auf die Vermögensabschöpfung, ob der Wert der tatsächlich – wenn auch mit nicht entsprechend qualifizierten Pflegekräften – erbrachten Pflegeleistungen als Aufwendungen iSd § 73d Abs. 1 S. 1 StGB von den abgerechneten Gebühren abzuziehen sind. Dafür scheint auf den ersten Blick einiges zu sprechen. Diese ließe aber die Besonderheiten des besonders sensiblen Bereichs der Pflege hilfebedürftiger Menschen außer Acht. Pflegeleistungen durch nicht entsprechend qualifizierte Pflegekräfte sind nach der „streng formalen Betrachtungsweise“ daher wertlos, sodass der Wert dieser Aufwendungen im Rahmen des § 73d Abs. 1 S. 2 StGB mit Null anzusetzen ist. Zudem stellen mit nicht ausreichend qualifiziertem Personal erbrachte Pflegeleistungen nicht nur eine Schlechtleistung dar, sondern stehen regelmäßig einer Nichterbringung der vertraglich geschuldeten Leistung gleich<sup>65</sup>, weshalb die Rückausnahme des § 73d Abs. 1 S. 2 letzter Hs. StGB nicht eingreifen dürfte.

(5) Ebenfalls noch der Ausformung durch die obergerichtliche Rechtsprechung bedarf die Vermögensabschöpfung bei Straftaten nach dem WpHG. Hier stellt sich in der Praxis regelmäßig die Frage, ob der Erlös aus einem mit Straftaten im Zusammenhang stehenden Wertpapiergeschäft in gesamter Höhe (brutto) oder unter abschöpfungsmindernder Berücksichtigung der zur Erzielung des Erlöses erworbenen Wertpapiere einzuziehen ist. Eine generelle Antwort für alle nach dem WpHG möglichen Straftaten ist angesichts der zahlreichen Tatbestände und der vielfältigen Fallkonstellationen nicht möglich. Nach der gesetzlichen Konzeption hängt die Frage stets von der Ausgestaltung des jeweiligen Tatbestands ab. Danach wären bei einem verbotenen Insiderhandel nach § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG die Kosten für die dafür angeschafften Wertpapiere nicht abzugsfähig, weil der Tatbestand das Tätigen eines Insidergeschäfts voraussetzt; die zuvor erworbenen, mit Gewinn veräußerten Aktien werden mithin für die Begehung der Straftat iSd § 73d Abs. 1 S. 2 StGB eingesetzt werden. Die Rückausnahme des § 73d Abs. 1 S. 2 letzter Hs. StGB greift nicht ein, weil § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG nicht dem Individualrechtsgüterschutz dient<sup>66</sup>. Anders dürfte dies hingegen bei einer bloßen Marktmanipulation nach § 119

<sup>62</sup> BGH NStZ-RR 2019, 184; NStZ 2019, 153; Beschl. v. 4.7.2018 – 1 StR 244/18, BeckRS 2018, 17999 Rn. 10; vgl. auch BGH NStZ-RR 2019, 153 (Steuerhellelei); anders bei hinterzogener Tabaksteuer, vgl. hierzu BGH NJW 2019, 3012.

<sup>63</sup> Ausführlich Köhler NStZ 2017, 497 (508).

<sup>64</sup> BGHSt 63, 203.

<sup>65</sup> BGH NStZ 2014, 640.

<sup>66</sup> BT-Drs. 18/11640, 81.

Abs. 1 WpHG zu beurteilen sein, da hier der Tatbestand kein Wertpapiergeschäft voraussetzt.

## 2. Die Einziehung von Taterträgen bei anderen (§ 73b StGB)

- 57 § 73b StGB regelt die Vermögensabschöpfung bei anderen als Tätern und Teilnehmern. Die Vorschrift legt mithin fest, unter welchen Voraussetzungen der Tatertrag bei nicht an der Erwerbstat beteiligten Dritten eingezogen werden kann. Da strafrechtswidrig bereicherter „anderer“ iSd § 73b StGB nicht nur eine natürliche, sondern auch eine juristische Person sein kann, ist die Vorschrift regelmäßig Gegenstand von Wirtschaftsverfahren mit vermögensabschöpfungsrechtlichem Bezug.
- 58 § 73b Abs. 1 StGB bestimmt drei Fallgruppen, in denen die Einziehung des Tatertrages oder – wenn dies unmöglich ist – des Wertes des Tatertrages (iVm § 73c StGB) bei einem tatunbeteiligten Dritten zulässig ist. In Anlehnung an die Diktion des Bundesgerichtshofs zum früheren Recht (vgl. § 73 Abs. 3 StGB aF) werden sie als „Vertretungs-, Verschiebungs-“ und „Todesfälle“ bezeichnet. Das Gesetz geht dabei von dem Gedanken aus, dass eine strafrechtswidrige Vermögenslage zu beseitigen ist, unabhängig davon, ob sie letztlich bei einem Tatbeteiligten oder einem Dritten eintritt. Am Zusammenhang zwischen der Erwerbstat und der Bereicherung des Dritten fehlt es nach der Wertung des Gesetzgebers nur dann, wenn der Dritte gutgläubig ist und den Tatertrag aufgrund eines entgeltlichen und rechtlich unbemakelten Rechtsgeschäfts erlangt hat. Diese schon im früheren Recht als „Erfüllungsfall“ bezeichnete Konstellation ist seit der Reform 2017 in § 73b Abs. 1 S. 2 StGB ausdrücklich geregelt. Für den im Wirtschaftsstrafverfahren wichtigen „Vertretungsfall“ (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) kommt der „Erfüllungsfall“ kraft Gesetzes nicht in Betracht, da dieser einen – beim „Vertretungsfall“ nicht gegebenen – Durchgangserwerb bei dem Täter oder Teilnehmer voraussetzt<sup>67</sup>.
- 59 Soweit subjektive Aspekte für die Entscheidung über die Einziehungsanordnung von Bedeutung sind<sup>68</sup>, wird dem Drittbegünstigten das Wissen des Täters oder Teilnehmers nach den Rechtsgedanken der §§ 31, 166 und 278 BGB zugerechnet<sup>69</sup>. Im Strafverfahren gegen den Täter oder Teilnehmer wird der Drittbegünstigte zum Einziehungsbeteiligten, damit er sich in der Hauptverhandlung wegen der Erwerbstat effektiv gegen die (Werersatz-)Einziehung „verteidigen“ kann (§§ 424 ff. StPO). Er steht im Hauptverfahren weitgehend einem Angeklagten gleich (§ 427 Abs. 1 StPO). Insbesondere steht ihm das Beweisantragsrecht zu<sup>70</sup>.

### a) „Vertretungsfälle“ (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB)

- 60 Der „Vertretungsfall“ ist davon gekennzeichnet, dass der Täter oder Teilnehmer „für“ den Drittbegünstigten „gehandelt hat“. Der Ertrag aus der rechtswidrigen (Erwerbs-)Tat des Täters oder Teilnehmers fließt dem Drittbegünstigten direkt – also ohne Durchgangserwerb beim Tatbeteiligten – zu. Drittbegünstigter kann jede natürliche oder juristische Person sein. Es ist weder ein Organschaftsverhältnis oder ein echtes Vertretungsverhältnis noch eine Beauftragung des Täters oder Teilnehmers erforderlich. Es genügt, wenn der Täter oder Teilnehmer faktisch für den Drittbegünstigten und in dessen Interesse handelt<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Fischer StGB § 73b Rn. 13.

<sup>68</sup> Vgl. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2b, S. 2 („Bösgläubigkeit“), § 73d Abs. 1 S. 2 („für“), § 73e Abs. 2 StGB („Gutgläubigkeit“).

<sup>69</sup> BGH Beschl. v. 7. 6. 2018 – 4 StR 639/17, BeckRS 2018, 13999; Korte wistra 2018, 1 (5); Köhler NStZ 2017, 497 (508 f.); Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665.

<sup>70</sup> BGH Beschl. v. 10. 10. 2018 – 5 StR 389/18, BeckRS 2018, 28628; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler StPO § 430 Rn. 3.

<sup>71</sup> BGHSt 45, 235; Fischer StGB § 73b Rn. 5, 7.

Diese Fälle spielen vor allem bei Wirtschaftsstraftaten eine gewichtige Rolle, etwa wenn ein Angestellter durch Bestechung einen Auftrag für „sein“ Unternehmen „an Land zieht“ oder der Geschäftsführer einen (Kapitalanlage-)Betrug zugunsten seiner GmbH begeht. In all diesen Fällen tritt die Bereicherung unmittelbar – im Wege des Direkterwerbs – bei dem Drittbegünstigten ein. Die Einziehung des Tatertrages kann mithin grundsätzlich nur gegen ihn angeordnet werden<sup>72</sup>.

**b) „Verschiebungsfälle“ (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB)**

Die „Verschiebungsfälle“ unterscheiden sich von den „Vertretungsfällen“ dadurch, dass der Drittbegünstigte den Tatertrag über einen Durchgangserwerb beim Täter oder Teilnehmer erlangt. Der „Verschiebungsfall“ ist insbesondere bei Straftaten der organisierten Kriminalität von Bedeutung, da dort nicht selten versucht wird, durch ein Verschieben der strafrechtswidrig erlangten Vermögenswerte deren illegale Herkunft zu verschleiern. Ob die Verschleierungsabsicht ein Tatbestandsmerkmal des „Verschiebungsfalls“ iSd § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB darstellt, ist bislang nicht abschließend geklärt; eine Stütze im Gesetz findet sich für die dies bejahende Auffassung<sup>73</sup> allerdings nicht<sup>74</sup>.

§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB besagt im Kern Folgendes: Wer unentgeltlich oder rechtsgrundlos von Straftaten profitiert (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2a StGB) oder die deliktische Herkunft des erlangten Vermögenswertes erkannt oder fahrlässig verkannt hat (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2b StGB), genießt keinen Vertrauensschutz.

Die Einziehung des Tatertrages beim Drittbegünstigten setzt nicht voraus, dass der Dritte den für oder durch die Tat erlangten Vermögensgegenstand direkt vom Täter oder Teilnehmer erlangt hat. Denn durch die Passivkonstruktion („übertragen wurde“) sind auch Bereicherungsketten erfasst<sup>75</sup>.

Für das Tatbestandsmerkmal „übertragen“ gilt eine rein tatsächliche Betrachtungsweise. Es kommt lediglich darauf an, dass der Dritte die faktische Verfügungsgewalt über den Tatertrag erlangt. Ein aktives Weiterschleiben durch den Täter oder Teilnehmer ist nicht erforderlich. Ob der Tatbeteiligte den Entschluss zur Verschiebung bereits bei dem Tatentschluss hatte oder erst später fasst, ist ohne Belang<sup>76</sup>.

**c) Todesfälle, § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB**

§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB ermöglicht die Abschöpfung beim Tod des Tatverdächtigen. Dies folgt der Wertung, dass der Erbe, Pflichtteilsberechtigte oder Vermächtnisnehmer eines Tatbeteiligten ebenso wenig wie ein Beschenkter darauf vertrauen kann, Vermögenswerte aus Straftaten behalten zu dürfen<sup>77</sup>.

**d) Einziehung des Wertersatzes (§ 73b Abs. 2 StGB)**

§ 73b Abs. 2 StGB ermöglicht die Vermögensabschöpfung beim Drittbegünstigten für die Fälle, in denen der Tatbeteiligte dem Dritten nicht die ursprüngliche Tatbeute, sondern einen anderen Gegenstand aus seinem Vermögen zukommen lässt. Die praktische Bedeutung der Vorschrift zeigt sich vor allem dann, wenn der ursprüngliche Taterlös in Gestalt von Buchgeld verschoben wird. Das erlangte Etwas (zB die ursprüngliche Gutschrift oder das auf das Konto einbezahlte Bargeld) ist in diesen Fällen nicht gegenständlich bei dem letztlich bereicherten Drittbegünstigten vorhanden und kann deshalb nicht nach § 73b

<sup>72</sup> Siehe für die praktisch wichtigen Ausnahmen nachfolgend Buchst. f.

<sup>73</sup> OLG Celle StraFo 18, 206 unter Verweis auf das frühere Recht.

<sup>74</sup> Korte wistra 2018, 1 (6); vgl. auch LG Kiel Urt. v. 3.4.2019 – 3 KLs 3/18 Rn. 246ff., BeckRS 2019, 10678.

<sup>75</sup> BT-Drs. 18/9525, 56f.; BGH wistra 2010, 406.

<sup>76</sup> Köhler/Burkhard NSTz 2017, 665 (666).

<sup>77</sup> BT-Drs. 18/9525, 66; die Einziehung erfolgt dann gemäß § 76a Abs. 1 StGB im selbständigen Einziehungsverfahren (§§ 435, 436 StPO).

Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB eingezogen werden. Allerdings manifestiert sich der ursprüngliche Tatertrag in diesen Fällen wertmäßig in einem Vermögenszufluss bei dem Dritten. Diese strafrechtswidrige Bereicherung kann nach § 73b Abs. 2 StGB eingezogen werden, wenn die Voraussetzungen eines „Verschiebungs“- oder eines „Todesfalls“ iSd § 73b Abs. 1 S. 1 StGB im Übrigen vorliegen. Dass der verschobene – und damit der Einziehung gemäß § 73b Abs. 2 StGB unterliegende – Gegenstand genau dem Wert des ursprünglich erlangten Etwas entspricht, ist nicht erforderlich. Das Tatbestandsmerkmal „entspricht“ begrenzt die Einziehung lediglich nach oben. Notwendig ist aber, dass die Verschiebung auf den Drittbegünstigten dem strafrechtswidrigen Vermögenszufluss bei dem „Verschieber“ nachfolgt<sup>78</sup>.

### e) Der Tatbeteiligte als „Dritter“

- 68 In der Strafrechtspraxis schalten Straftäter schalten nicht selten tatunbeteiligte natürliche oder juristische Personen als (scheinbar) Begünstigte der Erwerbstat ein. Vor dem beabsichtigten Vermögenszufluss beim Täter fließt der Tatertrag in diesen Fällen zunächst in das Vermögen des Dritten. Der Tatbeteiligte ist hier sozusagen „Dritter“, allerdings wird er dadurch nicht zum „anderen“ iSd § 73b StGB<sup>79</sup>.
- 69 Ein Rückgriff auf § 73b StGB ist aber auch regelmäßig nicht nötig, da es genügt, wenn der Täter oder Teilnehmer der Erwerbstat die faktische (Mit-)Verfügungsgewalt über das Vermögen des durch die Tat bereicherten Drittbegünstigten besitzt. Lässt der Täter den betrügerisch erlangten Geldbetrag auf ein Konto seiner Ehefrau überweisen, über das er Verfügungsmacht hat, erlangt er das Buchgeld mit dem Zahlungseingang bei seiner Ehefrau. Dies lässt sich nach einer noch zum früheren Recht ergangenen Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgericht<sup>80</sup>, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat<sup>81</sup>, allerdings nicht ohne weiteres auf die Fälle übertragen, in den der Tatertrag zunächst einer juristischen Person zufließt. Hier genügt es für eine Anordnung der Einziehung des Tatertrages gegen den Täter nicht, dass dieser die faktische Verfügungsgewalt über das Vermögen der juristischen Person innehat. Es reicht mithin nicht, dass der Täter der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der betreffenden GmbH ist. Vielmehr bedarf es über die Verfügungsgewalt hinausgehende Feststellungen, dass der Täter selbst etwas erlangt hat. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Täter die juristische Person nur als „formalen Mantel“ für seine Tat nutzt oder der aus der Erwerbstat folgende Vermögenszufluss an die juristische Person sogleich an den Täter weitergeleitet wird. Einen allzu strengen Maßstab legt der Bundesgerichtshof hierbei nicht an<sup>82</sup>.

## 3. Die Einziehung von Nutzungen und Surrogaten

- 70 Die Einziehung von Nutzungen und Ersatzgegenständen ist in § 73 Abs. 2 und 3 StGB geregelt. Nutzungen sind Früchte und Gebrauchsvorteile (§§ 99, 100 BGB). Eingezogen werden können danach etwa die Dividenden aus strafrechtswidrig erlangten Aktien.
- 71 Nur tatsächlich gezogene Nutzungen unterliegen der Einziehung. Ist dies der Fall, dann müssen sie eingezogen werden (§ 73 Abs. 2 StGB).
- 72 Die Einziehung von Ersatzgegenständen (Surrogaten) ist in § 73 Abs. 3 StGB geregelt. Danach können zum einen Gegenstände eingezogen werden, die der Täter oder Teilnehmer durch Veräußerung des Erlangten oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Einziehung erworben hat (§ 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB). Verkauft der Täter den

<sup>78</sup> Köhler/Burkhard NSTZ 2017, 665 (667f.).

<sup>79</sup> BGH Beschl. v. 25. 4. 2019 – 1 StR 54/19, BeckRS 2019, 15732.

<sup>80</sup> BVerfG Beschl. v. 14. 6. 2004 – 2 BvR 1136/03, StV 2004, 409.

<sup>81</sup> BGHSt 59, 45 Rn. 47f.

<sup>82</sup> Vgl. etwa BGH Beschl. v. 23. 10. 2018 – 5 StR 185/18, BeckRS 2018, 33944; BGH Beschl. v. 14. 11. 2018 – 3 StR 447/18, BeckRS 2018, 36744; BGH Beschl. v. 3. 4. 2019 – 5 StR 20/19, BeckRS 2019, 19529.

betrügerisch erlangten Gegenstand, kann also der Kaufpreis eingezogen werden. Das Gleiche gilt, wenn der Tatbeteiligte durch oder für die Tat ein Recht erlangt (§ 73 Abs. 3 Nr. 2 StGB). Hat der Täter etwa betrügerisch eine Kaufpreisforderung erlangt, so kann nach ihrer Durchsetzung der Kaufpreis eingezogen werden<sup>83</sup>. Etwas anderes gilt für Gegenstände, deren Erwerb (nur) aufgrund strafrechtswidrig ersparter Aufwendungen möglich war (zB Erwerb einer Immobilie eines Steuerhinterziehers mit Geld, das an Fiskus hätte abgeführt werden müssen). In diesen Fällen scheidet die Einziehung des Surrogats aus<sup>84</sup>.

Erfasst ist nur die erste Surrogation. Kauft der Täter mit betrügerisch erlangtem Geld einen Lottoschein, kann nur dessen Wert eingezogen werden, nicht aber ein etwaiger Lottogewinn<sup>85</sup>.

Auch in den Fällen der Drittbegünstigung ist die Einziehung von Nutzungen und Surrogaten zulässig. § 73b Abs. 3 StGB bestimmt dies für die Fälle, in denen dem Dritten die Nutzung oder das Surrogat durch Verschiebung oder als Erbe, Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigter zugeflossen ist. Zieht der Drittbegünstigte die Nutzungen hingegen selbst aus dem Erlangten oder findet die Surrogation bei ihm statt, richtet sich deren Einziehung nach §§ 73b Abs. 1 iVm 73 Abs. 2 und 3 StGB.

#### 4. Abschöpfung bei mehreren Einziehungsbeteiligten – Frage der Gesamtschuld

Für die Anordnung der (Wertersatz-)Einziehung kommt es ausschließlich darauf an, ob der durch die betreffende Erwerbstat bereicherte Täter, Teilnehmer oder Drittbegünstigte (= Einziehungsadressat) einmal die faktische Verfügungsgewalt über den Tatertrag erlangt hatte. Ein späterer Vermögensabfluss (zB durch eine Beuteteilung) ist ohne Belang<sup>86</sup>. Gibt es mehrere Einziehungsadressaten, schuldet jeder das, was er (einmal) erlangt hatte, allerdings nicht kumulativ. Vielmehr haften alle Betroffenen als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Die gesamtschuldnerische Haftung ist im Tenor zum Ausdruck zu bringen<sup>87</sup>.

#### 5. Ausschluss der Einziehung (§ 73e Abs. 1 StGB)

Nach der Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB aF ist die Vermögensabschöpfung auch bei Eigentums- und Vermögensdelikten zwingend vorgeschrieben. Damit sieht sich der Täter, Teilnehmer oder Drittbegünstigte der Erwerbstat neben dem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch des Geschädigten dem staatlichen Anspruch auf (Wertersatz-)Einziehung ausgesetzt. Der daraus resultierenden Gefahr einer Doppelbelastung beugt § 73e Abs. 1 StGB im Erkenntnisverfahren und § 459g Abs. 4 StPO im Vollstreckungsverfahren vor. Soweit der Angeklagte den Verletzten bis zum Urteil freiwillig entschädigt, ist die staatliche Einziehungsentscheidung nach § 73e Abs. 1 StGB ausgeschlossen. Erfolgt die Schadenswiedergutmachung später, unterbleibt die Vollstreckung der Einziehungsanordnung (§ 459g Abs. 4 StPO).

„Erlöschen“ ist der Anspruch des Geschädigten aber nicht nur dann, wenn der Einziehungsadressat die geschuldete Leistung an den Geschädigten bewirkt (§ 362 BGB). Auch ein Erlass des Geschädigten kann das Erlöschen bewirken (§ 397 BGB). Der Gesetzgeber hat die Regelungen damit „vergleichsfreundlich“ ausgestaltet. Dies soll einen Anreiz zur freiwilligen Schadenswiedergutmachung bieten<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> Vgl. *Fischer StGB* § 73 Rn. 32.

<sup>84</sup> BGH NJW 2019, 867.

<sup>85</sup> Vgl. *Fischer StGB* § 73 Rn. 33.

<sup>86</sup> BGH NStZ-RR 2018, 278.

<sup>87</sup> BGH BeschL. v. 10. 4. 2018 – 5 StR 101/18, BeckRS 2018, 7998.

<sup>88</sup> BT-Drs. 18/11640, 79.

- 78 Das Tatbestandsmerkmal „erloschen“ ist zivilrechtlich auszulegen. Es genügt daher weder der Schadensausgleich durch eine Versicherung<sup>89</sup> noch die zivilrechtliche Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Verletzten<sup>90</sup>. Das Gleiche gilt bei Veräumung der Ausschlussfrist des § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X für Rückforderung von zu Unrecht gezahltem Arbeitslosengeld<sup>91</sup>. Anders ist dies hingegen, wenn der Anspruch aus dem Steuerverhältnis erloschen ist<sup>92</sup>.
- 79 Es kann bei einer strikt am Wortlaut ausgerichteten Auslegung allerdings auch zu einem Widerspruch zum Zweck der Vermögensabschöpfung („Straftaten dürfen sich nicht lohnen“) führen. So dürfte der Täter einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB ohne eine teleologische Auslegung der Ausschlussnorm des § 73e Abs. 1 StGB die strafrechtswidrige Bereicherung in Gestalt des „Schmiergeldes“ auch mit Wirkung gegen die aufgrund des Schutzzweckes des § 299 StGB verletzte Allgemeinheit behalten, wenn das geschädigte Unternehmen im Rahmen der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit seinem korrupten Angestellten auf Herausgabe des „Schmiergeldes“ verzichtet. Die gleiche Folge hätte es bei einem tateinheitlichen Zusammentreffen von einem individual- mit einem allgemeinschützenden Delikt (zB Betrug in Tateinheit mit einer Straftat nach dem Arzneimittelgesetz), wenn der Geschädigte im Rahmen eines Vergleiches dem die zivilrechtliche Schuld nach § 397 BGB erlässt<sup>93</sup>. Wie sich die Rspr. in diesem Spannungsfeld positionieren wird, kann derzeit noch nicht sicher beurteilt werden.

## V. „Verzicht“, Verständigung, Vollstreckung, Verteidigung

### 1. „Formlose“ Vermögensabschöpfung durch „Verzicht“

- 80 Die obergerichtliche Rechtsprechung lässt die „formlose“ Vermögensabschöpfung durch einen „Verzicht“ des Angeklagten auf sichergestellte Gegenstände zu.
- 81 Dies gilt in erster Linie für das erlangte Etwas selbst (etwa die betrügerisch erlangte Uhr oder das Bargeld aus einem konkreten Drogengeschäft). „Verzichtet“ der Angeklagte also in der Hauptverhandlung auf das sichergestellte Taterlangte, so kann das Gericht von der förmlichen Einziehung absehen; ein Rechtsmittel der Staatsanwalt dagegen wäre kein Erfolg beschieden. Ordnet das Gericht trotz des vom Angeklagten erklärten „Verzichts“ die Einziehung des Tatertrages gemäß § 73 Abs. 1 StGB an, beschwert dies den Angeklagten allerdings auch nicht, da die Anordnung lediglich „deklaratorisch“ wäre<sup>94</sup>.
- 82 Der „Verzicht“ kann auch in den Fällen der Einziehung des Wertes des Tatertrages (§§ 73, 73c StGB) rechtliche Wirkung haben, da es sich dabei um einen quasi-bereicherungsrechtlichen Zahlungsanspruch des Staates gegen Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten handelt, der auch vor seiner Titulierung durch die gerichtliche Anordnung im Urteil erfüllt werden kann. „Verzichtet“ der Angeklagte auf sichergestelltes (gepfändetes) Bargeld erfüllt er insoweit den staatlichen Zahlungsanspruch, was die Anordnung der Einziehung des Wertes des Tatertrages insoweit ausschließt. Betrifft der „Verzicht“ hingegen andere gepfändete Gegenstände als Geld (zB gepfändeten Schmuck), so führt dies nicht ohne weiteres zum Ausschluss der Einziehungsanordnung<sup>95</sup>.
- 83 Aus Sicht der Verteidigung ist es bei einer auf das Strafmaß gerichteten Strategie praktisch immer sinnvoll, auf sichergestellte Gegenstände zu verzichten. Denn unabhängig

<sup>89</sup> BGH Urt. v. 8. 2. 2018 – 3 StR 560/17, BeckRS 2018, 8814.

<sup>90</sup> BGH Beschl. v. 8. 5. 2018 – 5 StR 139/18, BeckRS 2018, 9646.

<sup>91</sup> OLG München NZWiSt 2019, 77.

<sup>92</sup> BGH Beschl. v. 24. 10. 2019 – 1 StR 173/19, BeckRS 2019, 31577.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665 (673f.) (mit Beispielfällen).

<sup>94</sup> BGHSt 63, 116; NJW 2019, 1961; Beschl. v. 16. 4. 2019 – 5 StR 86/19, BeckRS 2019, 7449.

<sup>95</sup> Ausführlich zum Ganzen BGH NJW 2019, 1692.

von der Wirksamkeit des Verzichts, wird sich dies unter dem Gesichtspunkt Reue und Einsicht stets strafmildernd auswirken<sup>96</sup>, obgleich die Anordnung der Einziehung des Taterrates selbst nicht strafmildernd berücksichtigt werden darf<sup>97</sup>.

## 2. Verständigung (§ 257c StPO)

Maßnahmen der Vermögensabschöpfung nach §§ 73 ff StGB dürfen aufgrund ihres zwingenden Charakters nicht Gegenstand einer Verständigung nach § 257c StPO sein. Allerdings kann das Absehen nach § 421 StPO Teil einer verfahrensbeendenden Absprache sein<sup>98</sup>. Im Zusammenspiel mit der Zulässigkeit eines Teilabsehens bieten sich hier für die Verteidigung erheblicher Gestaltungsspielraum<sup>99</sup>.

## 3. Vollstreckung

Die Vollstreckung von Einziehungsanordnungen ist in § 459g StPO geregelt und ist über entsprechende Verweise weitgehend der Vollstreckung zivilrechtlicher Titel angenähert. Allerdings sieht das Gesetz einige besondere Ermittlungsmöglichkeiten (etwa Durchsuchungen nach §§ 102 ff StPO) vor (§ 459g Abs. 3 StPO). Zuständig sind die Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde, in Jugendstrafsachen der Jugendrichter als Vollstreckungsleiter.

Von besonderer Bedeutung ist aus Sicht der Verteidigung die Vorschrift des § 459g Abs. 5 StPO, in der sich die vormals in § 73c StGB aF geregelte Härte- und Entreicherklausel wiederfindet. Anders als in § 73c StGB aF ordnet § 459g Abs. 5 StPO zwingend an, dass die Vollstreckung der Einziehungsanordnung bei einer Entreichung des Betroffenen unterbleibt. Daraus leitet die Rechtsprechung ab, dass wertende Gesichtspunkte beim Grund der Entreichung außer Betracht zu bleiben haben<sup>100</sup>.

## VI. Vermögensabschöpfung und Insolvenzverfahren

Zwischen der Vermögensabschöpfung und dem Insolvenzrecht besteht ein Spannungsverhältnis, das der Gesetzgeber mit der Reform 2017 aufgelöst hat.

### 1. Beschlagnahme (§ 111d Abs. 1 StPO)

Wird die Beschlagnahme eines Gegenstandes vollzogen, unterliegt der betreffende Gegenstand einem Veräußerungsverbot iSd §§ 136 BGB (§ 111d Abs. 1 S. 1 StPO). Diese Wirkung bleibt von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen unberührt (§ 111d Abs. 1 S. 2 StPO). Eine vollzogene Beschlagnahme ist mithin „insolvenzfest“. Ergänzt wird § 111d Abs. 1 S. 2 StPO durch die Bestimmungen in § 75 Abs. 3 u. 4 StGB<sup>101</sup>. Dies bedeutet im Ergebnis: Wird die Beschlagnahme des Taterrates vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Einziehungsadressaten vollzogen, geht das Eigentum an der eingezogenen Sache oder das eingezogene Recht mit der Rechtskraft der Einziehungsanordnung in jedem Fall auf den Staat über (§ 75 Abs. 1 StGB). Damit ist gewährleistet, dass inkriminierte Gegenstände aus dem Verkehr gezogen werden und – gegebenenfalls – an die Geschädigten zurückübertragen oder herausgegeben werden können (§ 459h Abs. 1 StPO).

<sup>96</sup> BGHSt aaO.

<sup>97</sup> BGH NStZ 2018, 366.

<sup>98</sup> BGH NStZ 2018, 366.

<sup>99</sup> Vgl. Schneider NStZ 2018, 743.

<sup>100</sup> BGH NStZ-RR 2018, 241; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler StPO § 459g Rn. 13f.

<sup>101</sup> BT-Drs. 18/11640, 81f.



## 2. Vermögensarrest

- 89 Die Vollziehung (= Vollstreckung) des Vermögensarrestes hat ein Veräußerungsverbot iSd § 136 BGB (§ 111h Abs. 1 S. 1 StPO) zur Folge. Die infolge der Vollstreckung des Vermögensarrestes begründeten Sicherungsrechte (Pfandrechte) des Staates an den betreffenden Gegenständen werden von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen nicht berührt (§ 80 Abs. 2 S. 2 InsO). Die staatlichen Sicherungsrechte sind damit (grundsätzlich) „insolvenzfest“; § 111h Abs. 1 S. 2 StPO hat mithin lediglich deklaratorischen Charakter<sup>102</sup>.
- 90 Von dem Grundsatz der „Insolvenzfestigkeit“ macht § 111i Abs. 1 S. 1 StPO eine wichtige Ausnahme. Liegt dem Vermögensarrest – ausschließlich oder auch – eine Erwerbstat (im materiellen Sinn) mit mindestens einem Verletzten zugrunde, erlöschen die staatlichen Sicherungsrechte mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens<sup>103</sup>. Die sichergestellten Vermögenswerte „wandern“ sozusagen in das Insolvenzverfahren. Sie kommen damit der Befriedigung sämtlicher Gläubiger des Vermögensarrestschuldners (= Einziehungsadressat) zugute. Die gesetzliche Konzeption folgt bei einer Sicherstellung durch Vermögensarrest damit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung<sup>104</sup>.

## VII. Grundzüge der Opferentschädigung

- 91 Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hat zu einer grundlegenden Änderung der Opferentschädigung geführt. Leistete die Strafjustiz den Geschädigten bisher lediglich „Rückgewinnungshilfe“ bei der Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche, sieht das neue Recht ein strafprozessuales Opferentschädigungsverfahren vor. Auf einen Nenner gebracht, funktioniert es wie folgt: Der Staat zieht den Tatertrag oder einen dessen Wert entsprechenden Geldbetrag aus eigenem Recht (§§ 73, 73c StGB) ein. Aus dieser – dann staatlichen Vermögensmasse – werden die Opfer der Erwerbstaten entschädigt. Das neue Entschädigungsmodell verbindet den Opferschutzgedanken mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Es soll zudem das Strafverfahren entlasten, weil die Opferentschädigung vollständig aus dem Strafverfahren in das Strafvollstreckungs- und das Insolvenzverfahren verlagert wird<sup>105</sup>. Die Opferentschädigung folgt damit einem originär strafprozessualen Modell.

### 1. Entschädigung bei Einziehung des Tatertrages

- 92 In den Fällen der Einziehung des Tatertrages ist die Opferentschädigung einfach. Der Staat zieht den betreffenden Gegenstand ein (§ 73 Abs. 1 StGB). Mit Rechtskraft der Entscheidung geht das Eigentum an der eingezogenen Sache oder das eingezogene Recht auf den Staat über (§ 75 StGB). Anschließend wird der Gegenstand auf Antrag an den Verletzten der Erwerbstat zurückübertragen (§ 459h Abs. 1 StPO). Der Verletzte benötigt keinen Titel; es genügt, wenn er seinen Anspruch binnen sechs Monaten nach Mitteilung der Rechtskraft der Einziehungsanordnung (§ 459l StPO) anmeldet (§ 459j Abs. 1 StPO)<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> BT-Drs. 18/9525, 78.

<sup>103</sup> Das gilt (selbstverständlich) nur soweit die gesicherten Vermögensgegenstände vom Insolvenzbeschluss erfasst werden (§ 111i Abs. 1 S. 1 letzter Hs. StPO).

<sup>104</sup> BT-Drs. 18/11640, 80.

<sup>105</sup> Eine Ausnahme gibt es nur bei beweglichen Sachen in offenkundigen Fällen (§ 111n StPO). Dadurch kann insbesondere offensichtliches Diebesgut schon im Ermittlungsverfahren an den Geschädigten zurückgegeben werden.

<sup>106</sup> Nach Fristablauf kann der Verletzte die Entschädigung aus § 459h Abs. 2 StPO nur noch mit einem Titel einfordern, aus dem sich der geltend gemachte Anspruch ergibt (§ 459k Abs. 5 StPO).