

# Grundprobleme der strafrechtlichen Verfallsvorschriften nach den §§ 73 ff. StGB

Von Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

## I. Einleitung

Die gesetzlichen Vorschriften zur Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vermögensgegenstände werden in der Rechtspraxis immer wichtiger, was insbesondere für den Verfall gilt. Er zielt generalpräventiv darauf, jedem Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Straftaten entgegenzuwirken. Dies geschieht, indem vergleichbar dem Kondiktionsrecht die aufgrund eines Rechtsverstößes herbeigeführte Fehlerhaftigkeit der Güterzuordnung korrigiert und dem Verfallsadressaten der durch eine solche Tat zugeflossene Vorteil genommen wird: Crime does not pay!

Während die Verfallsvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts (§§ 29a, 30 Abs. 3 OWiG) wegen der einer Geldbuße ohnehin eigenen Abschöpfungsfunktion (vgl. § 17 Abs. 4 OWiG) eine geringe Rolle spielen,<sup>1</sup> sind die §§ 73 ff. StGB aus dem Strafverfahren nicht mehr wegzudenken. Ihre praktische Relevanz beruht darauf, dass die Geldstrafe primär nach Schuldgesichtspunkten, nicht aber danach bemessen wird, wie eine fehlerhafte Güterzuordnung zu korrigieren und damit weiteren gewinnorientierten Straftaten entgegenzuwirken ist.<sup>2</sup> Ein dem Beschuldigten aus der Tat erwachsender Vorteil kann allenfalls mittelbar Berücksichtigung finden (vgl. etwa § 40 Abs. 2, 3 StGB). Der Entzug solcher Vorteile ist jedoch gerade Anliegen des Verfalls, mit dessen Anordnung das Eigentum an einem für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangten Vermögensgegenstand auf den Staat übergeht (vgl. § 73e Abs. 1 S. 1 StGB).

Die Anordnung des Verfalls erfolgt als unselbstständiger Teil des von Amts wegen ergehenden Urteils oder Strafbefehls gegen den Beschuldigten (subjektives Verfahren nach § 442 Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 430 ff. StPO). Er kann aber auch im Rahmen eines objektiven Verfahrens angeordnet werden, welches unabhängig von einem konkreten Beschuldigten geführt wird (§ 76a StGB, §§ 442 i.V.m. 440 StPO). Bezieht sich der Verfall auf einen tatunbeteiligten Dritten, ist dieser – schon aus Gründen der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und des potentiellen Eingriffs in sein Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) – an dem Verfahren zu beteiligen (§ 442 Abs. 2 S. 1 StPO).

Allerdings besteht bereits über die Rechtsnatur des Verfalls keine Einigkeit, zumal der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992 eine Umstellung vom Netto- auf das Bruttoprinzip vollzogen hat.<sup>3</sup> Danach ist

nicht mehr nur der durch die Tat erlangte „Vermögensvorteil“, sondern alles für verfallen zu erklären, was der Verfallsadressat infolge des Rechtsverstößes erlangt hat.<sup>4</sup> Eigene Aufwendungen, die den erlangten Vorteil mindern, sind seither nicht mehr abzugsfähig. Als Konsequenz hieraus wird vielfach nicht nur die erzielte Vermögensmehrung abgeschöpft, sondern per saldo sogar ein Minus im Vermögen des Verfallsadressaten herbeigeführt. Trotz dieser über die bloße Abschöpfung hinausgehenden Einbuße soll die Anordnung des Bruttoverfalls jedenfalls nach Auffassung der Rechtsprechung keine Strafe oder strafähnliche Sanktion, sondern eine Maßnahme sui generis sein (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB).<sup>5</sup> Abgesehen von einem möglichen Verstoß des Bruttoverfalls gegen Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und das Verhältnismäßigkeitsprinzip muss diese Kategorisierung schon deswegen fragwürdig erscheinen, weil sich die Rechtsprechung hierdurch von vornherein gegen eine Überprüfung des Verfalls am Maßstab des Schuldprinzips und der Unschuldsvermutung immunisiert, die nur für eigentliche Kriminalstrafen Geltung beanspruchen.<sup>6</sup>

## II. Der strafrechtliche Verfall (§ 73 StGB)

### 1. Prüfungsprogramm

Steht die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Verfalls in Frage, empfiehlt sich folgendes Prüfungsprogramm, dessen einzelne Voraussetzungen unter 2. anhand eines Fallbeispiels erläutert werden:

- a) Vorliegen einer rechtswidrigen Tat (§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB)
- b) Täter/Teilnehmer hat „etwas“ für die Tat/aus der Tat erlangt (§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB)
- c) Adressat
  - aa) Täter/Teilnehmer (§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB)
  - bb) Anderer (§ 73 Abs. 3 StGB)
- d) Umfang
  - aa) Geltung des Bruttoprinzips (§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB)
  - bb) Nutzungen und Surrogate (§ 73 Abs. 2 StGB)
  - cc) Wertersatz (§ 73a StGB)
- e) Kein Ausschluss (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB)
- f) Rechtsfolge: (Zwingende) Anordnung des Verfalls

<sup>1</sup> Siehe hierzu auch *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 1000; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 9 Rn. 5 ff.

<sup>2</sup> *Dannecker*, NStZ 2006, 683 (683); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 73 Rn. 2; *Satzger*, wistra 2003, 401 (402); *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, Rn. 279; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 2. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH NStZ 2003, 198 (198).

<sup>3</sup> BGBl. I 1992, S. 372.

<sup>4</sup> *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 73 Rn. 4; *Podolsky*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 26 Rn. 16; *Tiedemann* (Fn. 2), Rn. 280; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 22.

<sup>5</sup> BGHSt 47, 369 (373) m. Anm. *Best*, JR 2003, 335 (337); BVerfG NJW 2004, 2073 (2074). Ebenso *Tiedemann* (Fn. 2), Rn. 280.

<sup>6</sup> BGHSt 47, 369 (376); BVerfG NJW 2004, 2073 (2076 ff.).

## 2. Die Voraussetzungen im Einzelnen

*Fallbeispiel:* A ist Geschäftsführer der in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen X-Bau-GmbH. Als die Landeshauptstadt L den Bau eines Parkhauses ausschreibt, trifft er sich mit dem zuständigen Dezernenten B und übergibt ihm € 300.000,-. B soll ihm die Kalkulationen konkurrierender Mitbieter offen legen und seinem Unternehmen den Zuschlag erteilen. Aufgrund dieses Zusammenwirkens erhält die X-Bau-GmbH den Zuschlag für ihr auf € 10 Mio. lautendes Angebot, in das die an B getätigte Zahlung sowie ein Gewinn von € 3 Mio. einkalkuliert sind.

Der zunächst skrupulöse B schenkt seiner Ehefrau E € 100.000,- des zugewendeten Geldes, da sie ihm vor der Annahme des Geldes Bedenken ausgedrückt hatte. Um für den Fall, dass sein Verhalten auffliegt, wenigstens dieses Geld zu sichern, übergibt er weitere € 100.000,- seinem nichts ahnenden Freund F mit der Bemerkung, er möge diese Ersparnisse für ihn vorübergehend aufbewahren, da er alsbald einen Spielbankbesuch plane, von dem E nichts wissen dürfe. Die übrig bleibenden € 100.000,- wendet er der Sparkasse S zu, die ihm gegenüber eine offene Darlehensforderung hatte und wo man von der Herkunft des Geldes nichts weiß.

Nachdem die Sache herauskommt, wird Anklage gegen A wegen § 334 Abs. 1 StGB und gegen B wegen §§ 266 Abs. 1, 332 Abs. 1 StGB sowie gegen E wegen §§ 266 Abs. 1, 27 Abs. 1; 332 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB erhoben. Gegen F und Verantwortliche der S wird keine Anklage erhoben, da die zuständige Staatsanwaltschaft einen hinreichenden Verdacht in Bezug auf die Begehung einer Straftat verneint. Jedoch werden F und S ebenso wie die X-Bau-GmbH nach § 442 Abs. 2 StPO an dem Verfahren beteiligt. Das Gericht möchte neben der Verurteilung der geständigen Angeklagten zugleich den Verfall von jeweils € 100.000,- gegenüber E, F und S sowie von € 3 Mio. gegenüber der X-Bau-GmbH anordnen. Der Anwalt der X-Bau-GmbH wendet ein, dass man zur Erlangung des Zuschlags dem B € 300.000,- habe zuwenden müssen.

## a) Vorliegen einer rechtswidrigen Tat

Die Anordnung des Verfalls setzt das Vorliegen einer rechtswidrigen Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB voraus, die von der Anklage erfasst und vom Tatrichter festgestellt sein muss.<sup>7</sup> Weil § 73 Abs. 1 S. 1 StGB keinerlei inhaltliche Begrenzung enthält, ist der Verfall nicht auf Vermögensstraftaten beschränkt. Er kann zudem bei Fahrlässigkeits-, Versuchs- oder Beteiligungsfällen angeordnet werden.<sup>8</sup> Seinem Wortlaut nach verlangt § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB

<sup>7</sup> BGHSt 28, 369 (370). Vgl. auch *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 2.

<sup>8</sup> *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 73 Rn. 4 f.; *Fischer* (Fn. 2), § 73 Rn. 8; *Rönnau*, in: Volk (Hrsg.), Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 12 Rn. 10; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 10.

für die Anknüpfungstat tatbestandsmäßiges und rechtswidriges, nicht aber schuldhaftes Handeln. Während die Rechtsprechung hieran trotz der Umstellung vom Netto- auf das Bruttoprinzip festhält,<sup>9</sup> ändert sich die Beurteilung, wenn man dem Verfall bei Anwendung des Bruttoprinzips straf- oder jedenfalls strafähnlichen Charakter attestiert. Denn hier fordert das Schuldprinzip, dass die Anknüpfungstat nicht nur tatbestandsmäßig und rechtswidrig, sondern schuldhaft geschieht. Anderenfalls kann eine über die bloße Abschöpfung hinausreichende und deshalb straf- oder strafähnlichen Charakter annehmende Vermögenseinbuße nicht legitimiert werden.<sup>10</sup> Fehlt es an der Schuld des Täters oder Teilnehmers der Anknüpfungstat, muss das Nettoprinzip angewandt werden.<sup>11</sup>

*Fallbeispiel:* Die von A, B und E verwirklichten Straftatbestände kommen sämtlich als Anknüpfungstaten für die Anordnung des Verfalls in Betracht. Dies gilt, obwohl geschütztes Rechtsgut der Korruptionsdelikte im Gegensatz zur Untreue nicht das Vermögen, sondern das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität und Unbestechlichkeit von Trägern staatlicher Funktionen ist.<sup>12</sup> Dass E lediglich Beihilfe zur Bestechlichkeit und Untreue vorgeworfen wird, ist unerheblich, weil die bloße Teilnahme an einer Straftat ausreicht. Allein bezüglich der X-Bau-GmbH steht die Anordnung des Brutto-Verfalls in Rede, jedoch handelte A, dessen Tätigwerden als Geschäftsführer dem Unternehmen nach § 31 BGB analog zuzurechnen ist, als Täter der Anknüpfungstat bei Verwirklichung des § 334 Abs. 1 StGB schuldhaft.

## b) Täter/Teilnehmer hat „etwas“ für oder aus der Tat erlangt

Die auf § 73 Abs. 1 S. 1 StGB gestützte Verfallsanordnung soll spiegelbildlich dem Vermögensvorteil entsprechen, den der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr erlangt hat.<sup>13</sup> Gegenstand des Verfalls ist deshalb jede auf das eigene Vermögen bezogene Werterhöhung, die dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar durch die Tat zufließt: bewegliche und unbewegliche Sachen, obligatorische und dingliche Rechte, Gebrauchsvorteile, Nutzung von Kapital, Ersparnis von Aufwendungen.<sup>14</sup> Das einschränkende Merkmal der Unmittel-

<sup>9</sup> BGHSt 47, 369 (372, 375 f.).

<sup>10</sup> *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 994; *Hofmann*, wistra 2008, 401 (405 f.); *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 4b; *Eser* (Fn. 8), Vorbem. § 73 Rn. 18; § 73 Rn. 4 f., 17a; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 3.

<sup>11</sup> *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 994; *Hofmann*, wistra 2008, 401 (405 f.); *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 4b; *Eser* (Fn. 8), Vorbem. § 73 Rn. 18; § 73 Rn. 4 f., 17a; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 3.

<sup>12</sup> BGHSt 30, 46 (47 f.); 33, 37 (38); 47, 22 (31). Siehe ferner *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2007, Rn. 1302; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 60 Rn. 6.

<sup>13</sup> BGHSt 47, 260 (268 f.).

<sup>14</sup> BGHSt 47, 260 (268) m. Anm. *Wohlers*, JR 2003, 157 (162 ff.); *Eser* (Fn. 8), Vorbem. § 73 Rn. 18; *Fischer* (Fn. 2), § 73

barkeit dient der Abgrenzung zu mittelbar erlangten Tatvorteilen (Nutzungen, Surrogate), auf die § 73 Abs. 2 StGB abhebt. Der Umfang des Erlangten und sein Wert dürfen geschätzt werden (§ 73b StGB).<sup>15</sup> Die Bestimmung des erlangten Etwas ist von der Bestimmung des Verfallsumfanges deutlich zu trennen: Dementsprechend spielt die Problematik, ob sich der Verfall nach dem Brutto- oder Nettoprinzip richtet, an diesem Punkt noch keine Rolle.<sup>16</sup>

„Für“ die Tat erlangt ist das Entgelt (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB), „aus“ der Tat erlangt ist der Gewinn. Dabei kommt es für das Merkmal des Erlangens nicht auf die zivilrechtliche Wirksamkeit, sondern allein auf die faktische Verfügungsgewalt über den Vermögensgegenstand an.<sup>17</sup> Nach § 73 Abs. 4 StGB kann der Verfall eines Gegenstandes auch angeordnet werden, wenn er zivilrechtlich einem tatunbeteiligten Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat (Dritteigentümergefall). Die Norm gelangt insbesondere in Konstellationen zur Anwendung, in denen dem Täter oder Teilnehmer ein Entgelt für die Tat gewährt wird und die zivilrechtliche Nichtigkeit gleichermaßen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft erfasst.<sup>18</sup>

*Fallbeispiel:* Das aus der Tat erlangte „Etwas“ liegt für E in der tatsächlichen Verfügungsgewalt über € 100.000,-. Der Anordnung des Verfalls steht nicht entgegen, dass das Geld zivilrechtlich nach wie vor der X-Bau-GmbH gehört: B konnte das Eigentum nicht erwerben, da wegen des Verstoßes gegen Korruptionsvorschriften nicht nur das Verpflichtungs-, sondern auch das Erfüllungsgeschäft nach § 134 BGB unwirksam war,<sup>19</sup> während E schon aufgrund ihrer Bösgläubigkeit keine Eigentümerin des Geldes wurde. § 73 Abs. 4 StGB gestattet die Verfallsanordnung gerade dann, wenn der Verfallsgegenstand einem tatunbeteiligten Dritten (hier: der X-Bau-GmbH) gehört, der ihn für die Tat oder in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat.

Rn. 7; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 3; *Rönnau* (Fn. 8), § 12 Rn. 31; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 13.

<sup>15</sup> BGH NStZ-RR 2001, 82 (82); BGH NStZ-RR 2004, 242 (244); *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 3. Vgl. aber *Rönnau* (Fn. 8), § 12 Rn. 30.

<sup>16</sup> BGHSt 47, 260 (269); 50, 299 (310). Vgl. auch *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 992; *Hohn*, wistra 2003, 321 (322); *Wehnert/Mosiek*, StV 2005, 568 (574 f.); *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 13; *Wohlens*, JR 2003, 157 (161 f.).

<sup>17</sup> BGH NStZ 2004, 440 (440). Vgl. *Eser* (Fn. 8), § 73 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 2), § 73 Rn. 13; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 5.

<sup>18</sup> BGHSt 36, 251 (253); *Eser* (Fn. 8), § 73 Rn. 39; *Fischer* (Fn. 2), § 73 Rn. 13; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 10; *Rönnau* (Fn. 8), § 12 Rn. 135 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Armbrüster*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 50 ff., 59; *Ellenberger*, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 70. Aufl. 2011, § 134 Rn. 13, 24.

F, der das Geld lediglich aufbewahren sollte, hat die tatsächliche Verfügungsgewalt über die € 100.000,- erlangt, während S, wo man von der Herkunft des Geldes nichts wusste, gutgläubig das Eigentum daran erwarb (§§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB).

Mit Blick auf die X-Bau-GmbH kann als Verfallsgegenstand nicht auf den Werklohn abgestellt werden, da er nicht unmittelbar durch die deliktische Handlung ihres Geschäftsführers A erlangt wurde: Bemakelt ist nicht die Ausführung, sondern die Art und Weise der Erlangung des Auftrages.<sup>20</sup> Deshalb ist das erlangte Etwas für die X-Bau-GmbH in dem wirtschaftlichen Wert des Vertragschlusses selbst zu sehen. Dieser erfasst in erster Linie den kalkulierten Gewinn, kann aber auch die Chance auf Folgeaufträge, die Vermeidung von Verlusten durch optimierte Kapazitätsauslastung, die Verbesserung der Marktsituation durch Verdrängung von Mitbewerbern und den mit einer Auftragserteilung verbundenen Reputationsgewinn beinhalten.<sup>21</sup> Da sich für Letzteres aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte ergeben, ist davon auszugehen, dass die X-Bau-GmbH den wirtschaftlichen Wert des Auftrags – konkret: den einkalkulierten Gewinn von € 3 Mio. – erlangt hat.

c) *Adressat: Täter/Teilnehmer* (§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB) oder „anderer“ (§ 73 Abs. 3 StGB)

Als Adressat des Verfalls kommen nach § 73 Abs. 1 S. 1 StGB sowohl der Täter als auch der Teilnehmer der Anknüpfungstat in Betracht. Die Abgrenzung richtet sich nach den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Beteiligungslehre.

Allerdings ermöglicht § 73 Abs. 3 StGB die Anordnung des Verfalls gegenüber einem Dritten, für den der Täter oder Teilnehmer gehandelt und der dadurch etwas erlangt hat. Da neben natürlichen auch juristische Personen und Personengesellschaften unter das Merkmal des Dritten fallen, ist die Möglichkeit eines verbandsbezogenen Verfalls eröffnet.<sup>22</sup> Ein Verband, der dadurch Vorteile erlangt, dass der Täter oder Teilnehmer für ihn handelt, soll nicht risikolos auf deren Behaltendürfen vertrauen können. Stattdessen ist er zum Ergreifen organisatorischer Vorkehrungen gehalten, damit gewinnorientierte Straftaten im Verbandsinteresse unterblei-

<sup>20</sup> BGHSt 50, 299 (310). Ähnlich BGHSt 47, 260 (270). Anders liegt es in Konstellationen, in denen nicht die Art und Weise des Zustandekommens eines Geschäfts, sondern das Geschäft als solches bemakelt ist. Dementsprechend konnte in BGHSt 47, 369 (370) der gesamte Kaufpreis als Gegenleistung für das unter Verstoß gegen Embargovorschriften gelieferte Produkt für verfallen erklärt werden.

<sup>21</sup> Vgl. BGHSt 50, 299 (309 ff.) m. Anm. *Saliger*, NJW 2006, 3377 (3380 ff.); *Hohn*, wistra 2006, 321. Vgl. *dens.*, wistra 2003, 321; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 5. Anders BGHSt 52, 227 (242) m. Anm. *Lohse*, JR 2009, 188.

<sup>22</sup> Zu den Risikopotentialen aus Unternehmensperspektive siehe *Hofmann*, wistra 2008, 401 (403 ff.). Vgl. ferner *Best*, JR 2003, 335 (337 f.).

ben<sup>23</sup> – auch dies ist ein Ausdruck für die Präventionsorientierung des Verfallsrechts.

Um die Haftung zu begrenzen, bedarf im Rahmen des § 73 Abs. 3 StGB jedoch genauer Prüfung, ob der Täter oder Teilnehmer „für“ den Dritten gehandelt und dieser „dadurch“ etwas erlangt hat.

Das Handeln „für“ einen anderen liegt bereits vor, wenn der Tatbeteiligte (auch) im Interesse des Dritten tätig wird, was nicht einmal nach außen erkennbar sein muss.<sup>24</sup> Anders als § 75 StGB verlangt § 73 Abs. 3 StGB kein spezielles Organ-, Vertretungs- oder Auftragsverhältnis zwischen Täter oder Teilnehmer und Verfallsadressaten; maßgeblich ist eine faktische, nicht eine rechtliche Betrachtungsweise. Dementsprechend kommen auch Straftaten von in subalternen Positionen angesiedelten Mitarbeitern und sogar von außerhalb des Unternehmens stehenden Personen als Anknüpfungspunkt für die Anordnung des verbandsbezogenen Verfalls in Frage.

Aus dem in § 73 Abs. 3 StGB enthaltenen Merkmal „dadurch“ ist abzuleiten, dass der Vorteil dem Empfänger als Folge der rechtswidrigen Tat zufließen muss. In Anlehnung an das Kondiktionsrecht verlangt der BGH einen Bereicherungs-, aber nicht zwingend einen Unmittelbarkeitszusammenhang.<sup>25</sup> Straftat und Vorteil sollen nicht durch ein- und dieselbe Handlung herbeigeführt werden müssen, anderenfalls würde der Anwendungsbereich der Vorschrift wegen der das Wirtschaftsleben kennzeichnenden und mitunter Verschleierungszwecken dienenden Vielzahl zwischengeschalteter Handlungen über Gebühr eingeschränkt.<sup>26</sup> Den damit verbundenen Abstrichen in der Bestimmtheit der Rechtsanwendung versucht der BGH über eine den Bereicherungszusammenhang konturierende Typologie verschiedener Fallgruppen entgegenzuwirken.<sup>27</sup> Er differenziert zwischen Vertretungs-, Verschiebungs- und Erfüllungsfällen: Während Vertretungs- und Verschiebungsfälle von § 73 Abs. 3 StGB erfasst würden, soll der Verfall in Erfüllungsfällen ausscheiden.<sup>28</sup> Auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten komme es nicht an, bei Gutgläubigkeit könne allenfalls die Härteklausele des § 73c StGB greifen.<sup>29</sup>

In Vertretungsfällen erlangt der Dritte das Etwas „dadurch“, weil der für ihn handelnde Tatbeteiligte als Organ, Vertreter oder Beauftragter im Sinne des § 14 StGB oder als sonstiger Angehöriger einer Organisation in deren Interesse agiert.<sup>30</sup> Der Bereicherungszusammenhang wird über den

Organisationszusammenhang hergestellt, der die Anordnung des Verfalls gegenüber dem aus solchem Handeln den Nutzen ziehenden Dritten – in der Regel: ein Unternehmen – legitimiert. Beispiel: In BGHSt 47, 369 hatten leitende Mitarbeiter einer S-GmbH mit Billigung ihrer Geschäftsführung Spezialpapier unter Verstoß gegen § 34 Abs. 4 AWG i.V.m. § 69h Abs. 1 Nr. 2 AWW nach Serbien verkauft.<sup>31</sup> Auch wenn die Mitarbeiter keine Organ-, Vertreter- oder Beauftragtenstellung innehatten, handelten sie im Interesse und damit „für“ die GmbH, der der Verkaufserlös „dadurch“ zufluss, dass die Täter in ihren Organisationszusammenhang eingebunden waren.

Mit Blick auf den Wortlaut des § 73 Abs. 3 StGB erweisen sich Verschiebungsfälle problematischer: In ihnen wendet der Täter oder Teilnehmer dem Dritten einen Tatvorteil unentgeltlich oder aufgrund eines bemakelten Rechtsgeschäfts zu, um ihn dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen oder die Tat zu verschleiern.<sup>32</sup> Der Tatbeteiligte handelt regelmäßig im eigenen Interesse, während der Verschiebungsfälle allenfalls faktisch (auch) im Interesse des – mitunter in die Nähe der Tatbeteiligung geratenden – Empfängers liegt.<sup>33</sup> Dennoch soll § 73 Abs. 3 StGB vorliegen, weil der Dritte den Vorteil „dadurch“ erlangt, dass der Täter oder Teilnehmer mit einer solchen Zuwendung die Absicht der Zugriffsvereitelung oder Tatverschleierung verbindet.<sup>34</sup> Beispiel: Sofern ein Drogendealer den Erlös aus seinen Geschäften auf einem Konto seiner Freundin F „parkt“, kann insoweit der Verfall nach § 73 Abs. 3 StGB gegen F als Kontoinhaberin angeordnet werden.

Die Anordnung des Verfalls findet dort eine Grenze, wo der Vorteil aus einer außerhalb des Einflussbereichs des Empfängers liegenden Tat herrührt.<sup>35</sup> Erfüllungsfälle werden deshalb nicht von § 73 Abs. 3 StGB erfasst: Der Tatbeteiligte wendet einem gutgläubigen Dritten Tatvorteile in Erfüllung einer nicht bemakelten entgeltlichen Forderung zu, deren Entstehung und Inhalt in keinem Zusammenhang mit der Tat steht.<sup>36</sup> Obwohl die Zuwendung im (faktischen) Interesse des Dritten liegen mag, wird hierdurch kein Bereicherungszusammenhang im Sinne des Merkmals „dadurch“ begründet. Ein von der Tat unabhängiges Rechtsgeschäft stellt deshalb eine Zäsur dar, womit der Unmittelbarkeit im Sinne einer dazwischen geschalteten Handlung zumindest hier maßgebliche Bedeutung zukommt.<sup>37</sup> Beispiel: Wenn der Täter, der sich ein Cabrio gekauft hatte, mit den Erlösen aus späteren Drogengeschäften das Fahrzeug bezahlt, kann gegen den gutgläubigen Verkäufer des Wagens der Verfall des Kaufpreises nicht angeordnet werden.

<sup>23</sup> Vgl. insoweit die Argumentation in BGHSt 47, 369 (374).

<sup>24</sup> BGH NJW 1991, 367 (371); BGHSt 45, 235 (244). Vgl. auch *Eser* (Fn. 8), § 73 Rn. 36 f.; *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 988.

<sup>25</sup> BGHSt 45, 235 (244).

<sup>26</sup> BGHSt 45, 235 (246). Vgl. hierzu auch *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 9.

<sup>27</sup> Mit Recht kritisch daher *Saliger*, NJW 2006, 3377 (3381).

<sup>28</sup> BGHSt 45, 235 (244 ff.). Kritisch hierzu *Eser* (Fn. 8), § 73 Rn. 37a; *Fischer* (Fn. 2), § 73 Rn. 37 f.; *Hofmann*, wistra 2008, 401 (403 ff.); *Rönnau* (Fn. 8), § 12 Rn. 10.

<sup>29</sup> BGHSt 45, 235 (246); 47, 369 (376). Vgl. ferner *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 31.

<sup>30</sup> BGHSt 45, 235 (245); 52, 227 (242).

<sup>31</sup> BGHSt 47, 369 (369 ff.).

<sup>32</sup> BGHSt 45, 235 (246). Vgl. auch OLG Köln NStZ-RR 2008, 107 (108).

<sup>33</sup> BGHSt 45, 235 (246).

<sup>34</sup> BGHSt 45, 235 (246).

<sup>35</sup> *Eser* (Fn. 8), § 73 Rn. 36 f.

<sup>36</sup> BGHSt 45, 235 (247); BGH NStZ 2001, 257 (258).

<sup>37</sup> BGHSt 45, 235 (247). Vgl. insoweit auch die Parallele zu § 822 BGB.

*Fallbeispiel:* Die Anordnung des Verfalls gegenüber E kann auf § 73 Abs. 1 S. 1 StGB gestützt werden, da sie Teilnehmerin der Anknüpfungstat ist (§§ 332 Abs. 1, 27 Abs. 1; 266 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB). Soweit es um die Anordnung des Verfalls hinsichtlich des tatunbeteiligten F geht, ist auf § 73 Abs. 3 StGB zurückzugreifen, weil es sich um einen Verschiebungsfall handelt: B hat ihm die € 100.000,- unentgeltlich zugewendet, um sie dem Zugriff Dritter zu entziehen. Eine auf § 73 Abs. 3 StGB gestützte Verfallsanordnung gegenüber der S scheidet aus, denn es liegt ein Erfüllungsfall vor: Die € 100.000,- wurden der S, wo man von den Machenschaften des B nichts ahnte, in Erfüllung einer nicht bemakelten entgeltlichen Forderung zugewendet. Soweit die X-Bau-GmbH durch die Zuschlagserteilung den mit dem Gewinn gleichzusetzenden wirtschaftlichen Wert des Auftrages in Höhe von € 3 Mio. erlangt hat, kann ihr gegenüber die Anordnung des Verfalls auf § 73 Abs. 3 StGB gestützt werden, weil A Geschäftsführer und damit Vertreter (§ 35 Abs. 1 GmbHG) war (Vertretungsfall).

#### d) Umfang

Während § 73 Abs. 1 S. 1 StGB a.F. noch auf den „Vermögensvorteil“ abhob, spricht das Gesetz heute nur noch von dem erlangten „Etwas“.<sup>38</sup> Für den Umfang des Verfalls gilt deshalb das Bruttoprinzip, welches erst hier eine Rolle spielt.<sup>39</sup> Nach dem Bruttoprinzip ist nicht nur der Gewinn, sondern ohne Rücksicht auf eigene Aufwendungen alles für verfallen zu erklären, was der Verfallsadressat für oder aus der Tat erlangt.<sup>40</sup> Der Abschied vom früheren Nettoprinzip erfolgte nicht nur aus Gründen prozessualer Vereinfachung – Staatsanwaltschaften und Gerichte müssen sich nicht länger mit dem Verfallsadressaten über vorteilsmindernde Aufwendungen auseinandersetzen (!) –, sondern auch wegen der erwarteten erhöhten Präventionseffizienz, die von einer weit über die bloße Vorteilsabschöpfung hinausreichenden Verfallswirkung ausgeht.<sup>41</sup> Die durch die Anwendung des Bruttoprinzips bedingten Härten können allenfalls über § 73c StGB korrigiert werden.

Die Anordnung des Verfalls ist nicht auf das unmittelbar erlangte Etwas begrenzt.<sup>42</sup> Er bezieht sich nach § 73 Abs. 2 S. 1 StGB obligatorisch auf Nutzungen (§§ 99, 100 BGB) und nach § 73 Abs. 2 S. 2 StGB fakultativ auf Surrogate, d.h. auf solche Gegenstände, die der Verfallsadressat durch die Veräußerung des erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder aufgrund eines erlangten Rechts erworben hat.

*Beispiel:* Der Täter stiehlt bei einem Einbruch € 100.000,- sowie ein wertvolles Gemälde, das er an einen unbekanntem Dritten für € 120.000,- veräußert. Wenn der Täter die

gestohlenen € 100.000,- verzinslich anlegt, erstreckt sich der Verfall des angelegten Geldes obligatorisch auf die Zinsen, weil es sich um Nutzungen handelt (§ 73 Abs. 2 S. 1 StGB i.V.m. §§ 99, 100 BGB). Fakultativ kann der Verfall der € 120.000,- angeordnet werden, da es sich um einen Vermögensgegenstand handelt, der aus der Veräußerung des erlangten Gemäldes stammt (§ 73 Abs. 2 S. 2 StGB). Indes werden nicht alle mittelbar erlangten Erlöse erfasst: Sofern der Täter oder Teilnehmer den erlangten Vorteil zu anderweitigen Rechtsgeschäften wie betrieblichen Investitionen, Börsenspekulationen oder den Erwerb eines Lottoscheins einsetzt und Gewinne erzielt, scheidet die Anordnung des Verfalls aus.<sup>43</sup>

§ 73a StGB eröffnet die praktisch wichtige Möglichkeit, den Verfall des Wertersatzes anzuordnen. Dadurch wird ein staatlicher Zahlungsanspruch begründet, dessen Höhe dem Wert des Verfallsgegenstandes entspricht, wobei auch hier nach § 73b Alt. 2 StGB eine Schätzung vorgenommen werden kann. Wertersatzverfall greift ein, wenn der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall des Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 2 S. 2 StGB abgesehen wird (§ 73a S. 1 StGB). Nach § 73a S. 2 StGB ist zwingend in dieser Weise vorzugehen, wenn der Verfallsgegenstand zwar noch vorhanden ist, sein Wert aber hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt. Wäre in dem oben gebildeten Beispiel das gestohlene Gemälde bei dem Täter infolge eines Wohnungsbrandes zerstört worden und somit der in § 73a S. 1 Var. 2 StGB geregelte Unmöglichkeitssfall eingetreten, ist der Verfall des Wertersatzes anzuordnen. Sofern das Bild lediglich beschädigt worden wäre, würde neben der darauf bezogenen Anordnung des Verfalls Wertersatzverfall insoweit angeordnet werden, als der Wert des beschädigten Gemäldes hinter dem Wert des unbeschädigten Gemäldes zurückbleibt (§ 73a S. 2 StGB).

*Fallbeispiel:* Sofern die Verfallsadressaten E und F nicht mehr über die Originalgeldscheine verfügen, ist der Verfall des Wertersatzes gegenüber E nach §§ 73 Abs. 1 S. 1, 73a S. 1 Var. 2 StGB und gegenüber F nach §§ 73 Abs. 3, 73a S. 1 Var. 2 StGB anzuordnen. Hinsichtlich der X-Bau-GmbH kommt im Rahmen der auf einen Vertretungsfall gestützten Anwendung des § 73 Abs. 3 StGB ebenfalls nur der Verfall des Wertersatzes in Betracht – der wirtschaftliche Wert des Auftrages kann wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht für verfallen erklärt werden (§ 73a S. 1 Var. 1 StGB). Daher bestünde allenfalls ein Zahlungsanspruch in Höhe von € 3 Mio. gegenüber der X-Bau-GmbH. Ihr Anwalt kann aufgrund des Bruttoprinzips nicht geltend machen, man habe zur Erlangung des Zuschlags immerhin € 300.000,- aufwenden müssen. Führt die Anordnung des Bruttoverfalls zur Exis-

<sup>38</sup> BGBl. I 1992, S. 372.

<sup>39</sup> S.o. I. Einleitung.

<sup>40</sup> BGHSt 47, 260 (268 f.); 47, 369 (370 ff.).

<sup>41</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 73 Rn. 4.

<sup>42</sup> BGHSt 47, 260 (268 f.). Vgl. auch Tiedemann (Fn. 2), § 6 Rn. 281.

<sup>43</sup> Vgl. etwa BGH NSTz-RR 2008, 107 (108). Vgl. etwa Eser (Fn. 8), § 73 Rn. 33; Fischer (Fn. 2), § 73 Rn. 28; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 73 Rn. 7.

tenzvernichtung oder -gefährdung der X-Bau-GmbH, könnte lediglich die Härteklausele des § 73c StGB zur Anwendung gelangen.

*e) Kein Ausschluss (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB)*

Nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB scheidet die Anordnung des Verfalls aus, soweit dem Verletzten „aus“ der Tat (nicht: „für“ die Tat) ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde. Die Vorschrift wird von dem Motiv getragen, eine doppelte Inanspruchnahme des Verfallsadressaten sowie ein Nebeneinander von außerstrafrechtlicher Restitutionsklage und strafrechtlichem Verfall zu vermeiden.<sup>44</sup> Maßgeblich ist nicht die Geltendmachung des Anspruchs, sondern sein Bestehen.<sup>45</sup> Nur wenn der Verletzte auf seine Ansprüche verzichtet oder der Anspruch verjährt ist, findet § 73 Abs. 1 S. 2 StGB keine Anwendung.<sup>46</sup>

Verletzter ist jede natürliche oder juristische Person, deren Individualinteressen durch das Strafgesetz geschützt werden, gegen das verstoßen wurde.<sup>47</sup> Da bei Bestehen von Individualansprüchen die Anordnung des Verfalls ausscheidet, findet er hauptsächlich bei Verstößen gegen überindividuelle Rechtsgüter Anwendung.<sup>48</sup> Dem strafrechtlichen Verfallsanspruch gehen deshalb individuelle Herausgabe-, Schadensersatz und Bereicherungsansprüche sowie Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag vor.<sup>49</sup> Soweit ein Anspruch des Steuerfiskus auf Nachzahlung verkürzter Steuern besteht,<sup>50</sup> sollen sogar Steueransprüche unter § 73 Abs. 1 S. 2 StGB fallen, obwohl sie nicht „aus“ der Tat erwachsen, sondern auf eigenständigen steuerrechtlichen Entstehungstatbeständen beruhen.<sup>51</sup>

§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB wird – etwas polemisch – als „Totengräber des Verfalls“ bezeichnet.<sup>52</sup> Dies gilt jedenfalls nicht für das Strafverfahren,<sup>53</sup> in dem der Staat im Interesse des Verletzten über die Rückgewinnungshilfe einen Gegenstand im Wege der Beschlagnahme oder Arrestierung sicherstellen

(§§ 111b Abs. 1 und 5, 111c, 111d StPO) und diesen Zustand für drei Jahre aufrechterhalten darf,<sup>54</sup> danach kann der Gegenstand dem Staat im Wege des Auffangrechtserwerbs zufallen (vgl. § 111i Abs. 5 StPO).<sup>55</sup> Die besondere Brisanz jener Vorschriften ergibt sich daraus, dass die Sicherstellung von Vermögenswerten im Regelfall bereits im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren mit eklatant nachteiligen Folgen für die Betroffenen (Kreditgefährdung, Insolvenz) erfolgt, obwohl in diesem Stadium an sich die Unschuldsvermutung gilt (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Wenn die Untersuchungshaft zu Recht als „Freiheitsberaubung an einem Unschuldigen“ bezeichnet wird,<sup>56</sup> kann man in diesen Maßnahmen die wirtschaftliche Freiheitsberaubung an einem Unschuldigen sehen.<sup>57</sup>

*Fallbeispiel:* Die Anordnung des Verfalls gegenüber E nach § 73 Abs. 1 S. 1 StGB und gegenüber F sowie der X-Bau-GmbH nach §§ 73 Abs. 3 StGB wäre ausgeschlossen, sofern individuelle Ansprüche des Verletzten bestehen, die dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen. Der Ausschlussgrund des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB gilt grundsätzlich auch für die Anordnung des Verfalls gegenüber einem Drittbegünstigten.<sup>58</sup> Als Verletzte kommen hier – sofern der nach § 22 Nr. 3 EStG erklärungsspflichtige Bestechungslohn nicht versteuert wurde – der Steuerfiskus,<sup>59</sup> vor allem aber die L in Betracht.

Ein der L gegenüber E zustehender Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB scheidet insoweit aus, als die Korruptionsdelikte der §§ 331 ff. StGB keinen individualschützenden Charakter haben.<sup>60</sup> Etwas anderes gilt mit Blick auf die von E verwirklichte Beihilfe zur Untreue des B (§§ 266 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB), da dieser Straftatbestand individuelles Vermögen (hier: der L) schützt.<sup>61</sup> Da die Bestechungsgelder von vornherein in das Angebot einkalkuliert waren und folglich die an E weitergereichten € 100.000,- spiegelbildlich einen Teil des Vermögensnachteils der L ausmachen, steht der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 266 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB der Verfallsanordnung entgegen.<sup>62</sup>

Gegenüber F ist der Verfall anzuordnen, weil L ihm gegenüber weder ein Schadensersatzanspruch noch ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zusteht. Denn die kondiktionsrechtliche Rückabwicklung findet vorran-

<sup>44</sup> BGH StraFo 2006, 383. Vgl. auch *Eser* (Fn. 8), § 73 Rn. 23; *Fischer* (Fn. 2), § 73 Rn. 13; *Satzger*, wistra 2003, 401 (403).

<sup>45</sup> BGH NStZ 2001, 257 (258); BGH NStZ-RR 2004, 242 (244); BGH NStZ-RR 2006, 138; BGH StraFo 2006, 383. Siehe auch *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 18.

<sup>46</sup> BGH NStZ-RR 2004, 54 (55); BGH StraFo 2006, 383 (384 f.); BGHSt 52, 227 (244). Ebenso *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 996. Vgl. aber *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 19.

<sup>47</sup> BGH NStZ 1999, 560 (560); NJW 2001, 693 (694).

<sup>48</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73 Rn. 6; *Tiedemann* (Fn. 2), Rn. 279.

<sup>49</sup> BGH NStZ 1999, 560 (560); BGH NJW 2001, 693 (693 f.).

<sup>50</sup> BGH NJW 2001, 693 (693 f.); NStZ-RR 2004, 242 (244). Vgl. auch *Fischer* (Fn. 2), § 73 Rn. 21.

<sup>51</sup> Vgl. aber BGH NJW 2001, 693 f.

<sup>52</sup> *Eberbach*, NStZ 1987, 487 (491). Kritisch auch *Tiedemann* (Fn. 2), § 6 Rn. 279; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 21.

<sup>53</sup> Siehe hierzu auch *Tiedemann* (Fn. 2), § 3 Rn. 93b; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 21.

<sup>54</sup> Siehe hierzu *Schmid/Winter*, NStZ 2002, 8.

<sup>55</sup> Vgl. auch *Greeve*, NJW 2007, 14. Kritisch *Bohne/Boxleitner*, NStZ 2007, 552; *Rönnau*, ZRP 2004, 191 (193).

<sup>56</sup> *Hassemer*, StV 1984, 38 (38, 40).

<sup>57</sup> *Theile*, StV 2009, 161.

<sup>58</sup> BGH NStZ-RR 2007, 109 f.; BGHSt 52, 227 (244). Vgl. auch *Eser* (Fn. 8), § 73 Rn. 38a.

<sup>59</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 2004, 242 (244); BGHSt 50, 299 (316).

<sup>60</sup> BGH NStZ 2000, 589 (590).

<sup>61</sup> BSt 47, 22 (31); BGH NStZ 1999, 560 (561).

<sup>62</sup> BGHSt 47, 22 (31). Vgl. auch BGH NStZ 2003, 423.

gig entlang der jeweiligen Leistungsverhältnisse, nicht aber im Verhältnis zwischen L und F statt.

unmittelbar anwendbar sind und § 73d StGB explizit auf sie verweisen muss.

In Bezug auf die X-Bau-GmbH besteht ein Schadensersatzanspruch wegen culpa in contrahendo aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB, nicht aber aus § 823 Abs. 2 BGB. Die der X-Bau-GmbH über § 31 BGB analog zuzurechnende Verwirklichung des § 334 Abs. 1 StGB durch A stellt kein Schutzgesetz im Sinne der Vorschrift dar und § 266 Abs. 1 StGB ist nicht einschlägig, da es an einer Treuepflicht der X-Bau-GmbH gegenüber L fehlt. Kondiktionsansprüche greifen ebenso wenig, da die Leistung der L mit Rechtsgrund in Gestalt des Werkvertrages erfolgte: Bemakelt ist eben nicht der Vertrag selbst, sondern nur die Art und Weise seines Zustandekommens. Allerdings soll der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB dem Schadensausgleich dienen und ist seiner Höhe nach auf den Ausgleich des durch das kollusive Zusammenwirken von A und B verursachten Schadens begrenzt. L ist deshalb wirtschaftlich so zu stellen, wie sie ohne diese Kollusion gestanden hätte. Dementsprechend liegt der Schaden in der Erhöhung der Gegenleistung der L, die durch die Einrechnung des Schmiergeldes in das Angebot herbeigeführt wurde, weshalb ein Schadensersatzanspruch nur in Höhe von € 300.000,- anzunehmen ist. Da § 73 Abs. 1 S. 2 StGB die Anordnung des Verfalls nur „soweit“ verbietet, als ein individueller Anspruch des Verletzten besteht, ist jenseits dieser € 300.000,- der Verfall des erlangten Etwas anzuordnen. Daher wären zwar nicht € 3 Mio., wohl aber € 2,7 Mio. für verfallen zu erklären.

1. Prüfungsprogramm

Es empfiehlt sich folgendes Prüfungsprogramm:

- a) Vorliegen einer rechtswidrigen Tat mit gesetzlichem Verweis auf den Erweiterten Verfall (§ 73d Abs. 1 S. 1 StGB)
- b) Verfallsobjekt: Gegenstände des Täters oder Teilnehmers (§ 73d Abs. 1 S. 1 StGB)
- c) Umstände rechtfertigen die Annahme, dass die Gegenstände für oder aus einer rechtswidrigen Tat erlangt worden sind
- d) Adressat: Täter/Teilnehmer
- e) Umfang
  - aa) Geltung des Bruttoprinzips (§ 73d Abs. 1 S. 1 StGB)
  - bb) Nutzungen und Surrogate (§ 73d Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 73 Abs. 2 StGB)
  - cc) Wertersatz (§ 73d Abs. 2 i.V.m. § 73a StGB)
  - dd) Berücksichtigungsklausel (§ 73d Abs. 3 StGB)
- f) Kein Ausschluss (§ 73d Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB)
- g) Rechtsfolge: (Zwingende) Anordnung des Verfalls

f) Rechtsfolge

Liegen die Voraussetzungen des Verfalls vor, steht seine Anordnung nicht im Ermessen des Gerichts. Das Gericht hat vielmehr zwingend den Verfall anzuordnen (vgl. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB: „so ordnet das Gericht den Verfall an“).

2. Die Voraussetzungen im Einzelnen

*Fallbeispiel:* Der nur gelegentlich arbeitende A bestreitet seinen Lebenswandel mit Drogengeschäften und Wohnungseinbruchsdiebstählen, bei denen er am Tatort gemeinsam mit B und C agiert. Als die Staatsanwaltschaft wegen der Diebstähle Verdacht schöpft und bei A eine Hausdurchsuchung vornimmt, stößt sie neben hochwertigen Elektrogeräten und Schmuck auf einen Koffer, in dem sich € 20.000,- befinden und an dem Kokainspuren festgestellt werden. Die Herkunft des Geldes und der Kokainspuren sind nicht genau zu klären, so dass insoweit auf eine Anklageerhebung verzichtet und A sowie B und C allein wegen § 244a Abs. 1 Alt. 2 StGB angeklagt werden. Kann hinsichtlich des in dem Koffer befindlichen Geldes der Erweiterte Verfall angeordnet werden, wenn A geltend macht, das Geld gehöre ihm selbst?

II. Der Erweiterte Verfall (§ 73d StGB)

Der subsidiär geltende Erweiterte Verfall des § 73d StGB (vgl. die dort enthaltene Formulierung „auch dann“) stellt eine eigenständige Eingriffsgrundlage dar, die gleichermaßen der Entziehung rechtswidrig erlangter Gewinne und Effektivierung der Prävention dienen soll.<sup>63</sup> Während die Anordnung des Verfalls verlangt, dass der Verfallsgegenstand eindeutig einer bestimmten Straftat zugeordnet werden kann, ermöglicht diese Sonderform die Verfallsanordnung bereits dann, wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, der Vermögensgegenstand sei aus oder für eine rechtswidrige Tat erlangt worden. Der Bezug des Verfallsgegenstandes zu einer rechtswidrigen Herkunftstat wird damit erheblich gelockert, weshalb nicht alle für den Verfall geltenden Vorschriften

a) Vorliegen einer rechtswidrigen Tat mit gesetzlichem Verweis auf den erweiterten Verfall (§ 73d Abs. 1 Alt. 1 StGB)

Hier gelten im Vergleich zum allgemeinen Verfall keine Besonderheiten, allerdings muss das verletzte Gesetz ausdrücklich auf § 73d StGB verweisen. Den Kreis der Verweisungstatbestände hat der Gesetzgeber danach ausgewählt, ob es sich um typische Erscheinungsformen organisierter Kriminalität handelt.<sup>64</sup> Sofern der Erweiterte Verfall über die bloße Nettoabschöpfung hinausgeht, wird man auch hier nicht nur

<sup>63</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität v. 15.7.1992 (BGBl. I 1992, S. 1302). Kritisch *Eser* (Fn. 8), § 73d Rn. 2; *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 8 f.; *Herzog*, JR 2004, 494; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), vor § 73 Rn. 2.

<sup>64</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 2.

tatbestandsmäßiges und rechtswidriges, sondern schuldhaftes Verhalten des Täters oder Teilnehmers verlangen müssen.<sup>65</sup>

*Fallbeispiel:* Der schwere Bandendiebstahl nach § 244a Abs. 1 Alt. 2 StGB stellt eine taugliche Anknüpfungstat dar, die in § 244a Abs. 3 StGB den erforderlichen Verweis auf § 73d Abs. 3 StGB enthält.

*b) Verfallsobjekt: Gegenstände des Täters oder Teilnehmers (§ 73d Abs. 1 S. 1 StGB)*

Während § 73 Abs. 1 S. 1 StGB auf das erlangte „Etwas“ abstellt, spricht § 73d Abs. 1 S. 1 StGB von „Gegenständen“: Als Verfallsobjekt kommen deshalb nur Sachen oder Rechte in Betracht, die unmittelbar für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt sind.<sup>66</sup> Hieran ändert sich auch durch die in § 73d Abs. 2 StGB angeordnete sinngemäße Anwendung der §§ 73a, 73b StGB nichts, weil nur solche Konstellationen gemeint sind, in denen die Voraussetzungen des Erweiterten Verfalls zunächst vorlagen, seine Realisierung nach der Tat aber ganz oder teilweise unmöglich geworden ist.<sup>67</sup>

Die Gegenstände müssen dem Täter oder Teilnehmer zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen. Nach § 73d Abs. 1 S. 2 StGB genügt es, wenn es hieran fehlt, weil er sie für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. Der Anordnung des Verfalls steht somit nicht entgegen, dass der Verfallsadressat den Gegenstand durch einen zivilrechtlich unwirksamen Erwerbsakt erlangt hat.<sup>68</sup> Sofern die fehlende Berechtigung oder die Unwirksamkeit des Erwerbsaktes nicht nachweisbar sind und ferner § 73d Abs. 2 StGB nicht eingreift, scheidet die Anordnung des Erweiterten Verfalls aufgrund des Zweifelsgrundsatzes aus.<sup>69</sup>

*Fallbeispiel:* Das Geld stellt als Sache einen Gegenstand im Sinne des § 73d Abs. 1 S. 1 StGB dar. Weil beim Verkauf von Drogen nicht nur das schuldrechtliche, sondern auch das dingliche Geschäft nach § 134 BGB i.V.m. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG unwirksam ist, stünde es zu keinem Zeitpunkt im Eigentum des A. Jedoch reicht es aus, wenn – wie hier – A das Geld nur deshalb nicht gehört, weil er es für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat (§ 73d Abs. 1 S. 2 StGB).

*c) Umstände rechtfertigen die Annahme, dass die Gegenstände für oder aus einer rechtswidrigen Tat erlangt worden sind*

Der Erweiterte Verfall ist nur anzuordnen, wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, die Gegenstände seien für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt (§ 73d Abs. 1 S. 1 StGB). Die Herkunftstat muss nicht mit der im konkreten Strafverfahren abzuurteilenden Anknüpfungstat identisch sein, sondern es genügen beliebige andere Straftaten, die weder von der Anklage umfasst noch Gegenstand der Verurteilung sind.<sup>70</sup> Probleme bereitet daher der vom Gesetz verlangte Bezug des Verfallsgegenstandes zur rechtswidrigen Herkunftstat (vgl. § 73d Abs. 1 S. 1 StGB: „wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen“): Während teilweise darauf abgestellt wird, ob die Möglichkeit einer rechtswidrigen Herkunft „ganz überwiegend wahrscheinlich“ ist,<sup>71</sup> verlangt die Rechtsprechung in verfassungskonformer Auslegung, dass das Gericht von der deliktischen Herkunft des Gegenstandes überzeugt sein müsse.<sup>72</sup> Sofern der Verfallsadressat über redliche Einkommensquellen verfügt, sind an den Nachweis der rechtswidrigen Herkunft erhöhte Anforderungen zu stellen.<sup>73</sup> Allerdings: Das Grundproblem der im Gesetz zu lockeren Verbindung zwischen Verfallsgegenstand und Anknüpfungstat wird hierdurch nicht behoben. Letztlich ähnelt § 73d StGB – in den Worten *Fischers* – einer „Wahlfeststellung unter Weglassung der Tatbestandsgarantie“.<sup>74</sup>

*Fallbeispiel:* A macht geltend, es handele sich um eigenes Geld, womit die Herkunft des Verfallsgegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat in Frage steht. Indes ist die Anordnung des Erweiterten Verfalls bereits möglich, wenn Umstände die Annahme einer rechtswidrigen Herkunft des Verfallsgegenstandes rechtfertigen (§ 73d Abs. 1 S. 1 StGB). Für eine rechtswidrige Herkunftstat sprechen nicht nur die Kokainspuren, sondern das weitgehende Fehlen legaler Einkommensquellen, da A nur gelegentlich arbeitet. Überdies ist kein plausibler Grund ersichtlich, weshalb A eine derart große Menge Bargeld in seiner Wohnung aufbewahren sollte. Insofern bestehen hinreichende Umstände, die die Annahme einer rechtswidrigen Herkunft des Geldes zur Überzeugung des Gerichts begründen können.

<sup>65</sup> *Eser* (Fn. 8), § 73d Rn. 9; *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 6; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 4.

<sup>66</sup> *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 11; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 6.

<sup>67</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 5.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu auch *Eser* (Fn. 8), § 73d Rn. 13; *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 15; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 7; BGH NSTZ-RR 2002, 366.

<sup>69</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 7; *Herzog*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 73d Rn. 10; *Schmidt*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 73d Rn. 49.

<sup>70</sup> *Eser* (Fn. 8), § 73d Rn. 14; *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 11; *Herzog* (Fn. 69), § 73d Rn. 7.

<sup>71</sup> BT-Drs. 11/6623, S. 6; *Möhrenschrager*, wistra 1992, 281 (286); *Katholnigg*, JR 1994, 353 (355). Kritisch *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 6 f.; *Herzog* (Fn. 69), § 73d Rn. 8; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 8.

<sup>72</sup> BGH NSTZ-RR 2002, 366 (367); BGH NSTZ-RR 2004, 347; BGHSt 40, 370 (372 f.); BVerfG NJW 2004, 2073 (2077); *Tiedemann* (Fn. 2), § 6 Rn. 282; *Wittig* (Fn. 1), § 9 Rn. 35. Siehe hierzu auch *Katholnigg*, JR 1995, 296 (297 ff.). Kritisch *Eser* (Fn. 8), § 73d Rn. 2; *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 6; *Herzog*, JR 2004, 494 f.

<sup>73</sup> BGH NSTZ-RR 2004, 347; *Eser* (Fn. 8), § 73d Rn. 15; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 73d Rn. 8.

<sup>74</sup> *Fischer* (Fn. 2), § 73d Rn. 6.



*d) Adressat*

Anders als beim allgemeinen Verfall ist nur der Täter oder Teilnehmer Adressat des Erweiterten Verfalls. Seine Anordnung gegenüber Dritten scheidet aus, da § 73d StGB keinen Verweis auf § 73 Abs. 3 StGB enthält.

*Fallbeispiel:* Als Täter der Anknüpfungstat des § 244a Abs. 1 Alt. 2 StGB ist A tauglicher Adressat für die Anordnung des Erweiterten Verfalls.

*e) Umfang*

Was den Umfang der Verfallsanordnung angeht, bestehen keine Besonderheiten gegenüber dem Verfall nach § 73 StGB. Auch beim Erweiterten Verfall gilt das Bruttoprinzip,<sup>75</sup> er erstreckt sich obligatorisch auf Nutzungen und fakultativ auf Surrogate (§ 73d Abs. 1 S. 3 StGB i.V.m. 73 Abs. 2 StGB). Da § 73a StGB wegen der Verweisung in § 73d Abs. 2 StGB sinngemäße Anwendung findet, ist ferner die Anordnung des Wertersatzverfalls möglich. Sofern im Anschluss an die bereits ergangene Anordnung des Verfalls wegen einer anderen rechtswidrigen Tat, die der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung begangen hat, erneut über den Verfall zu entscheiden ist, hat das Gericht die bereits ergangene Anordnung zu berücksichtigen (§ 73d Abs. 3 StGB). Die Vorschrift dient dazu, eine mehrmalige Erfassung von Gegenständen zu Lasten des Täters zu verhindern.

*Fallbeispiel:* Der Erweiterte Verfall ist auf das gesamte Geld zu erstrecken, insbesondere könnte A nicht geltend machen, dass er immerhin das Kokain weitergereicht oder dafür seinerseits an einen anderen Dealer Geld gezahlt habe. Sollte nach der Anordnung des Erweiterten Verfalls eine weitere rechtswidrige Tat des A – etwa der Verstoß gegen das BtMG – offenbar werden, die er vor der Verfallsanordnung begangen hat, wäre die bereits ergangene Verfallsanordnung zu berücksichtigen (§ 73d Abs. 3 StGB).

*f) Kein Ausschluss (§ 73d Abs. 1 S. 3 StGB i.V.m. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB)*

Bei Bestehen von Individualansprüchen ist die Anordnung des Erweiterten Verfalls nicht möglich (§ 73d Abs. 1 S. 3 StGB i.V.m. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB).<sup>76</sup>

*Fallbeispiel:* Weil sich aus den Wohnungseinbruchsdiebstählen individuelle Herausgabe- und Schadensersatzansprüche der verletzten Eigentümer ergeben, scheidet die Anordnung des Erweiterten Verfalls aus. Die Gefahr, dass angesichts der ungewissen Herkunft des Verfallsgegenstandes und der schwierigen Ermittlung von Geschädigten keine individuellen Ansprüche geltend gemacht werden und sich die Tat für Täter oder Teilnehmer am Ende eben

doch lohnt, hat sich durch den in § 111i StPO normierten Auffangrechtserwerb des Staates reduziert.<sup>77</sup>

*g) Rechtsfolge*

Liegen die Voraussetzungen des Erweiterten Verfalls vor, ist dieser zwingend anzuordnen (§ 73d Abs. 1 S. 1: „so ordnet“).

**IV. Fazit**

Die strafrechtlichen Vorschriften zum Verfall und zum Erweiterten Verfall werden immer bedeutsamer, da sie mit erheblichen Einbußen für natürliche, aber auch juristische Personen verbunden sind. In dem Bestreben, der Maxime „Crime does not pay!“ möglichst umfassend Geltung zu verschaffen, hat der Gesetzgeber jedoch Normen geschaffen, die in vielfacher Weise Auslegungsprobleme aufwerfen und sich nicht ohne innere Widersprüche in die Systematik des strafrechtlichen Sanktionssystems einfügen. Vor diesem Hintergrund ist auch weiterhin mit erheblichen Kontroversen über Legitimität und Geltungsbereich dieser Instrumente zu rechnen.

<sup>75</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 73d Rn. 4, 9a.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu Satzger, wistra 2003, 401 (406).

<sup>77</sup> Fischer (Fn. 2), § 73d Rn. 16.