

# Grundfälle zur strafrechtlichen Gewinnabschöpfung

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig\*

*Es ist ein unabweisbares Erfordernis, dass Straftäter den Erlös aus ihrer Tat nicht behalten dürfen. So käme etwa niemand auf die Idee, trotz Verurteilung und Nachweis der Herkunft der Vermögensgegenstände aus einer Straftat, diese bei der Diebin oder dem Betrüger zu belassen. Der Gewinn wird vielmehr abgeschöpft. Das mag fast als eine Selbstverständlichkeit daher kommen, aber die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens bringt dennoch einige Tücken mit sich. Die Gewinnabschöpfung hat zwar in den letzten Jahren in der Praxis immer mehr an Bedeutung gewonnen. Um dem Instrumentarium aber noch mehr Durchschlagskraft zu verleihen, ist das ganze System durch das Gesetz zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017<sup>1</sup> neu gestaltet worden. Der vorliegende Beitrag soll Studierenden und Referendaren einen Überblick über das neue Recht und dessen Anwendung geben.*

## I. Problemaufriss

### 1. Grundgedanke: Verbrechen soll sich nicht lohnen

Da Verbrechen sich nicht lohnen dürfen, kann der Erlös aus einer Straftat bzw. das durch sie Erlangte nicht beim Straftäter verbleiben. Das muss gelten, weil ansonsten Raum für eine abwegige Kosten-Nutzen-Rechnung geschaffen würde – „Inkaufnahme der Sanktion“ für „die Tatbeute“. In der einfachsten Fallgestaltung, die als Grundkonstellation der Gewinnabschöpfung gelten kann, wird die direkt aus der Straftat erbeutete Sache eingezogen.

*Beispiel 1:* B hat einen Überfall auf eine Bank begangen. Bei einer Durchsuchung findet die Polizei eine Sporttasche mit den erbeuteten 400.000 €. B darf die Geldscheine nicht behalten und sich gegebenenfalls nach seiner Verurteilung und Verbüßung der Strafe daran erfreuen, sondern sie werden eingezogen (§ 73 StGB).

Das Eigentum geht dabei auf den Staat nur unter den Voraussetzungen des § 75 Abs. 1 S. 1 StGB über (die Sache steht im Eigentum des Täters oder wurde ihm in Kenntnis über die Tat oder zu deren Zwecke gewährt). Handelt es sich wie im Beispiel um eine Sache, die im Eigentum des Opfers der Straftat steht, so muss dieses binnen sechs Monaten nach Rechtskraft seinen Anspruch anmelden (dazu unter VIII.) und die Sache wird ihm von der Staatsanwaltschaft zurückübertragen. Nur wenn kein Anspruch geltend gemacht wird, geht das Eigentum nach Ablauf dieser Frist auf den Staat über (§ 75 Abs. 1 S. 2 StGB).

Mit der Reform hat der Gesetzgeber die Begrifflichkeiten an den internationalen Sprachgebrauch<sup>2</sup> angepasst.<sup>3</sup> Das Ge-

setz hat bis zur Neuregelung zwischen dem Verfall von dem aus der Tat Erlangten (§ 73 StGB a.F.) und der Einziehung von Tatmitteln (§ 74 StGB a.F.) unterschieden. Nunmehr ist beides einheitlich die Einziehung.

Es bleibt aber bei dem prägenden Gedanken, dass sich ein Verbrechen nicht lohnen darf und die Taterträge vom Staat einzuziehen sind.

Jenseits dieses Grundsatzes stellen sich eine Reihe von Fragen. Dies beginnt schon damit, was im Einzelfall von den Strafverfolgungsbehörden eingezogen werden darf und muss, weil es bei einer Vielzahl von Deliktstypen durchaus Interpretationsspielraum gibt, was für die Tat erlangt worden ist. Unser *Beispiel 1* zeigt aber auch, dass bestimmte Delikte konkrete Opfer schädigen und diese haben einen Anspruch auf die Rückgabe der Sache oder Schadensersatz. Das Recht der Gewinnabschöpfung muss deshalb ein System schaffen, die Opferansprüche zu berücksichtigen und diese zu befriedigen.

Es bedarf außerdem der Regelung eines Sicherungsverfahrens,<sup>4</sup> weil der Taterlös im Regelfall bereits während der Ermittlungen aufgefunden wird und die Ermittlungspersonen diesen – zugunsten des Staates oder der Opfer – vorläufig sichern müssen.

*Beispiel 1:* Im *Fall 1* muss die Sporttasche mit den Geldscheinen bei der Durchsuchung durch die Polizeibeamten mitgenommen werden, weil die unabweisliche Gefahr besteht, dass sie im Zeitpunkt der Verurteilung nicht mehr auffindbar ist, wenn man sie bis dahin beim Täter belassen würde.

Des Weiteren muss der Gesetzgeber eine Entscheidung darüber treffen, ob auch die Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten zulässig sein soll, die nicht direkt aus der Straftat stammen, wegen der ermittelt wird oder es zu einer Verurteilung gekommen ist.<sup>5</sup>

*Beispiel 2:* D wird auf frischer Tat beim Handel mit Betäubungsmitteln festgenommen. Bei sich trägt sie 10.000 €, die sie aus dem später angeklagten Verkauf der Betäubungsmittel erlangt hat. Bei einer Durchsuchung ihrer Wohnung werden weitere 40.000 € in bar im Gefrierfach gefunden. Da nur die 10.000 € aus der angeklagten Straftat, die weiteren Geldscheine aber aus (eventuellen oder erwiesenen Straftaten) erlangt sind, muss das Gesetz für solche Fallgestaltungen Regelungen darüber enthalten, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen auch das Erlangte aus anderen Straftaten abgeschöpft werden kann.

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Gesetz für die kurz aufgerissenen Sachverhalte zum Teil stark von der bisherigen Rechtslage abweichende Regelungen geschaffen, mit dem

\* Prof. Dr. Katharina Beckemper ist Inhaberin des Lehrstuhls Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> BGBl. I 2017, S. 872.

<sup>2</sup> „confiscation“.

<sup>3</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 73 Rn. 1.

<sup>4</sup> Bittmann, NZWiSt 2016, 131 (132).

<sup>5</sup> Pelz, NZWiSt 2018, 251.

Ziel, die Gewinnabschöpfung insgesamt wirksamer und effektiver, aber auch strukturierter zu normieren. Besonderer Fokus wurde dabei auf die Neugestaltung der Bestimmung des Taterlöses (II.), der Abschöpfung beim Dritten (III.) der sog. erweiterten Einziehung (IV.), der selbständigen Einziehung (V), der vorläufigen Sicherung (VI.), den Verfahrensvorschriften (VII. und VIII.) und dort enthaltener Art der Opferentschädigung (VIII.) gelegt.<sup>6</sup>

## II. Das erlangte Etwas: Was kann eingezogen werden?

### 1. Gegenstand aus der Straftat

Die Grundnorm der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung enthält § 73 StGB, nach dem das Gericht die Einziehung dessen anordnet, was der Täter oder Teilnehmer durch oder für die Tat erlangt hat. In unproblematisch gelagerten Fällen muss der Täter folglich den erbeuteten Gegenstand herausgeben bzw. er wird beschlagnahmt.<sup>7</sup>

*Beispiele 1, 2:* Der Einziehung unterliegen im *Fall 1* die 400.000 €, die direkt aus dem Überfall auf die Bank stammen und im *Fall 2* die bei D aufgefundenen Geldscheine, die sie als Gegenleistung für die Betäubungsmittel bekommen hat.

Da in beiden Fällen die konkret aus der Straftat herrührenden Geldscheine aufgefunden worden sind, können die direkt aus der Straftat kommenden Gegenstände eingezogen werden.<sup>8</sup> Einer wie auch immer gearteten Berechnung des Taterlöses bedarf es nicht. Insbesondere stellt sich nicht die Frage, ob eventuell Aufwendungen für die Begehung der Tat geltend gemacht werden können. Diese Frage kann sich nicht stellen, weil der direkt aus der Straftat resultierende Gegenstand selbst einzuziehen ist.<sup>9</sup>

*Beispiele 1, 2:* In *Fall 1* weist B darauf hin, dass er Aufwendungen hatte für den Erwerb der verwendeten Pistole und Maske. Mit diesem Einwand bleibt B schon deshalb ungehört, weil die unmittelbar aus der Tat resultierenden Gegenstände eingezogen werden und deshalb kein Raum für Berechnungen ist.

In *Fall 2* werden ebenfalls die gesamten eingenommenen 10.000 € eingezogen. D kann deshalb nicht den Einkaufspreis in Höhe von 5.000 € für die Betäubungsmittel in Abzug bringen, weil keine Berechnungen angestellt werden, wenn der direkt aus der Tat herrührende Gegenstand (hier Geldscheine) der Einziehung unterliegen.

*Beispiel 3:* K spiegelt dem Verkäufer eines Kunstwerks vor, es handele sich um eine Fälschung. Deshalb verkauft der Getäuschte das Bild mit einem Marktwert von 100.000 € für 5.000 € an K. Diese muss das Bild herausgeben, ohne dass sie den Aufwand in Höhe von 5.000 € abziehen könnte.

### 2. Einziehung des Wertersatzes

In einem Großteil der Fälle existiert bei den Tätern aber kein direkt aus der Straftat herrührender Gegenstand, sondern ein wie auch immer gearteter Vermögensvorteil. Wenn der ursprüngliche Tatbeitrag aufgrund seiner Beschaffenheit oder aus anderem Grunde nicht gegenständlich eingezogen werden kann, ordnet das Gericht nach § 73c StGB die Einziehung des Wertersatzes an.<sup>10</sup> Dabei kann die Bestimmung dessen, was das erlangte Etwas ist, welchen Wert es hat und in welcher Höhe dieser beim Täter abgeschöpft werden darf, durchaus Probleme bereiten.

Das Gesetz sieht dafür einen Dreier-Schritt vor: (a) Bestimmung des erlangten Etwas, (b) Festlegung des Wertes und (c) Berechnung des tatsächlich im konkreten Fall einzuziehenden Wertersatzes unter Berücksichtigung von anzuerkennenden Aufwendungen.

#### a) Bestimmung des erlangten Etwas

Im Recht der Gewinnabschöpfung gilt das Bruttoprinzip,<sup>11</sup> das heißt, der Täter trägt grundsätzlich das Risiko, in die Straftat investiert zu haben. Aufwendungen, die für die Begehung der Straftat getätigt wurden, bleiben im ersten Schritt unberücksichtigt und können nur nach Maßgabe des § 73d StGB im dritten Schritt in Abzug gebracht werden.<sup>12</sup>

Bei der Einziehung des inkriminierten Gegenstandes nach § 73 Abs. 1 StGB wie in unseren *Fällen 1–3* ergibt sich das schon daraus, dass ein durch eine Straftat erlangter Gegenstand an das Opfer zurückgelangen muss. Der Täter soll aber auch in den Fällen der Einziehung des Wertersatzes grundsätzlich alles herausgeben, was er durch die Straftat erlangt hat. Das erlangte Etwas ist demnach alles, was dem Vermögen des Täters tatsächlich zugeflossen ist.<sup>13</sup>

*Beispiel 4:* Die Alleingesellschafterin G verkauft die G-GmbH unter Vorspiegelung zweier Großaufträge für 500.000 € an M. Ohne die nicht existenten Aufträge ist die GmbH nur 200.000 € wert. M überweist 500.000 € auf das Konto der G, diese lässt die GmbH auf M überschrei-

<sup>6</sup> Korte, NZWiSt 2018, 231; Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305; Mückenberger/Hinz, BB 2018, 1435 (1436).

<sup>7</sup> Köhler, NStZ 2017, 497 (498 f.).

<sup>8</sup> Vgl. Köhler, NStZ 2017, 497 (499); Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 73 Rn. 6f.

<sup>9</sup> Heine, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 73 Rn. 48.

<sup>10</sup> Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 73c Rn. 1; Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665.

<sup>11</sup> Meißner, confront 2017, 21 (26); Höft, HRRS 2018, 196 (199); Köhler, NStZ 2017, 497 (502); Heger (Fn. 3) § 73 Rn. 2 f.; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 73 Rn. 10 ff.

<sup>12</sup> Köhler, NStZ 2017, 497 (502); Heger (Fn. 3), § 73 Rn. 3.

<sup>13</sup> Fischer (Fn. 11), § 73 Rn. 12; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (238); vgl. Köhler, NStZ 2017, 497 (498 f., 502); BT-Drs. 18/9525, S. 61 f.

ben. Hier hat G nicht einen konkreten Gegenstand aus der Tat erlangt, sondern eine Forderung gegen ihre Bank in Höhe von 500.000 €. Dies ist das erlangte Etwas.

#### b) Ermittlung des Wertes

Der Täter muss den gesamten Wert des erlangten Etwas herausgeben.

*Beispiel 4:* Im Fall 4 ist der Wert des Erlangten 500.000 €.

In einigen Fällen muss schon an dieser Stelle eine Berechnung angestellt werden, nämlich wie hoch der Wert des Erlangten im Einzelfall ist. Ist etwa der Wert gestiegen, so ist dies bei der Ermittlung zu berücksichtigen;<sup>14</sup> nicht hingegen ein eventueller Wertverlust. Dieses Risiko hat der Täter zu tragen (§ 73c S. 1 StGB). Zusätzlich sind Nutzungsvorteile zu ersetzen (§ 73c S. 1 StGB). Im Regelfall ist diese Berechnung entweder gar nicht vorzunehmen oder rechtlich wenig kompliziert, weil sie nur bei Wertschwankungen oder eben Nutzungen vorzunehmen ist. Der Gesetzgeber fordert hier lediglich eine tatsächliche Betrachtung.

#### c) Berechnung der Höhe des Wertersatzes im konkreten Fall

Die genannten ersten Schritte sind deshalb auch nur Vorfragen zur eigentlichen Bestimmung des Wertes, der im konkreten Fall eingezogen wird. Wie oben ausgeführt gilt das Bruttoprinzip, nach dem das erlangte Etwas aus der Tat vollständig, damit ohne Berücksichtigung von Aufwendungen der Kosten für die Tat eingezogen wird. Es gibt aber durchaus Ausgaben, die vom Wert abgezogen werden müssen.<sup>15</sup>

*Beispiel 5:*<sup>16</sup> L ist Geschäftsführerin der L-GmbH und besticht erfolgreich die Leiterin des städtischen Hauptamts mit elf Millionen €, um für die L-GmbH den Auftrag für den Bau einer Müllverbrennungsanlage für 500 Millionen € zu erhalten. Erlangt sind damit Zahlungen im Wert dieser Höhe. Nach dem Bruttoprinzip sind folglich scheinbar 500 Millionen einzuziehen. Für den Bau hat die L-GmbH aber 420 Millionen € an Baukosten gehabt. Können diese Aufwendungen für den Bau der Anlage wertmindernd berücksichtigt werden?

Gesetzliche Vorgaben zur Berechnung des Wertersatzes enthält § 73d StGB, der für die Ermittlung des Werts einen Dreierschritt vorschreibt:

In Abs. 1 S. 1 postuliert die Vorschrift einen Grundsatz (aa), erklärt in Abs. 1 S. 2 davon eine Ausnahme und gelangt damit zu einem weitgehenden Abzugsverbot (bb), um dann in

Abs. 1 S. 2, 2. Hs. für eine geringe Anzahl von Fällen eine Rückausnahme zu postulieren (cc).<sup>17</sup>

#### (aa) Grundsatz der Abziehbarkeit, § 73d Abs. 1 S. 1 StGB

Nach der Grundregel in § 73d Abs. 1 S. 1 StGB sind Aufwendungen abzuziehen, die in einem zeitlichen und inneren Zusammenhang mit der Tat stehen.<sup>18</sup>

Aufwendungen, die diesen Zusammenhang nicht aufweisen, können dagegen schon auf dieser ersten Stufe der Berechnung nicht berücksichtigt werden.<sup>19</sup> Deshalb sind z.B. Kosten, die auf der Flucht entstehen, schon aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs nicht abzugsfähig und auch die Ausgaben für das Frühstück am Morgen des Tattags sind nicht abzugsfähig, weil sie in keinem inneren Zusammenhang mit der Tat stehen, sondern nur gelegentlich entstanden sind.<sup>20</sup> Andere Aufwendungen, die den notwendigen Zusammenhang mit der Tat aufweisen, dürfen dagegen – auf der ersten Stufe – abgezogen werden.<sup>21</sup>

*Beispiele 4, 5:* In unserem *Beispielfall 5* werden deshalb die Kosten für die Errichtung der Müllverbrennungsanlage berücksichtigt, weil sie im zeitlichen und inneren Zusammenhang mit der Tat entstanden sind.

Im Fall 4 hat G 500.000 € erlangt, abzuziehen sind aber auf dieser Stufe die 100.000 €, die das verkaufte Unternehmen wert war und G als Gegenleistung für den erhaltenen Kaufpreis übereignet hat.

Betont sei noch einmal, dass ein Abzug von Aufwendungen nur bei der Einziehung des Wertersatzes in Betracht kommt, nicht aber bei der Einziehung des erbeuteten Gegenstandes. In den *Fällen 1 und 3* stellt sich deshalb die Frage nach der Berücksichtigung der Kosten für die Tat gar nicht.

*Beispiel:* Es ändert sich deshalb nichts an dem Ergebnis, dass B die Sporttasche mit den 400.000 € herausgeben muss, ohne dass er etwas von der Beute für seine Aufwendungen behalten dürfte und bei K wird das Bild eingezogen, ohne dass sie den gezahlten Kaufpreis in Rechnung stellen könnte. Das liegt aber an der Natur der Einziehung,<sup>22</sup> die hier den konkret aus der Tat erlangten Gegenstand betrifft und deshalb den Weg für den Abzug von Aufwendungen gar nicht erst eröffnet.

<sup>14</sup> Köhler, NStZ 2017, 497 (505); Heine (Fn. 9), § 73 Rn. 48; siehe dazu Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme 102/2016, S. 2.

<sup>15</sup> Bittmann, KriPoZ 2016, 120 (121).

<sup>16</sup> Dieser Beispielfall lehnt an den sog. Kölner Müllskandal an. Er ist nicht ohne Grund angeführt, weil u.a. diese Fallgestaltungen unter Geltung der alten Regelung für Unsicherheit gesorgt haben; dazu: BGHSt 50, 299 = NStZ 2006, 210.

<sup>17</sup> Heine (Fn. 9), § 73d Rn. 9; Köhler, NStZ 2017, 497 (505).

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 55; Meißner, confront 2017, 21 (27); kritisch bzgl. der Notwendigkeit des zeitlichen Zusammenhangs: Eser/Schuster (Fn. 8), § 73d Rn. 4.

<sup>19</sup> Heine (Fn. 9) § 73d Rn. 7; Kritisch: Rübenthal, NZWiSt 2018, 255 (261).

<sup>20</sup> Köhler, NStZ 2017, 497 (505); a.A. Emmert, NZWiSt 2017, 449 (451).

<sup>21</sup> Barreto da Rosa, NZWiSt 2018, 2015 (2018).

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 55; Köhler, NStZ 2017, 497 (506).

Zur Verdeutlichung soll eine Abwandlung des Fall 3 dienen, bei der der Wertersatz eingezogen wird.

*Beispiel 3a:* K verkauft ein gefälschtes Gemälde, das 5.000 € wert ist unter Vorspiegelung seiner Echtheit an V für 100.000 €. V überweist diese Summe auf das Konto der K. Diese hat eine Forderung gegen ihre Bank im Wert von 100.000 € erlangt. Der Wertersatz einziehung unterliegen 100.000 €, davon abzuziehen sind aber 5.000 €, die dem Wert des übereigneten Bildes entsprechen, weil diese Aufwendungen im zeitlichen und inneren Zusammenhang mit der Tat entstanden sind.

*(bb) Abzugsverbot, § 73d Abs. 1 S. 2 StGB*

Auf den ersten Blick scheint es, als habe der Gesetzgeber das Bruttoprinzip aufgegeben, indem § 73d Abs. 1 S. 1 StGB den grundsätzlichen Abzug von Aufwendungen gestattet. Tatsächlich bleibt es aber auch bei der Neuregelung bei einem weitgehenden Abzugsverbot. Das ergibt sich aus § 73d Abs. 1 S. 2 StGB, der eine Ausnahme von S. 1 enthalten soll, aber in der Umsetzung im Regelfall zur Abschöpfung des Erlangten ohne die Berücksichtigung von Aufwendungen führt.

Aufwendungen sind danach trotz des inneren und zeitlichen Zusammenhangs abzuziehen, wenn sie für die Begehung der Tat oder ihrer Vorbereitung getätigt werden. Der Gesetzgeber hat dies mit dem Rechtsgedanken des § 817 BGB begründet:<sup>23</sup> *Wissentlich*<sup>24</sup> in Verbotenes Investiertes kann nicht zurückgefordert werden; daraus folge für die Abschöpfung, dass es auch nicht mindernd berücksichtigt werden könne.<sup>25</sup> Damit ist es dem Täter wie auch nach der alten Regelung verwehrt, Kosten für die Begehung der Tat gegenzurechnen.

*Beispiel 2a, 5: Beispielfall 2* sei insofern abgewandelt, als D für den Verkauf von Drogen 10.000 € nicht in bar, sondern als Geldüberweisung erhalten hat. Sie hat also eine Forderung in dieser Höhe gegen ihre Bank aus der Straftat erlangt, so dass es zu einer Einziehung des Wertersatzes kommt. Damit wäre der Weg – anders als wenn die direkt aus der Straftat herrührenden Geldscheine eingezogen werden – für einen Abzug nach § 73d Abs. 1 S. 1 StGB eröffnet. Die Anschaffungskosten für die Betäubungsmittel in Höhe von 5.000 € sind nach der Ausnahme des S. 2 dennoch nicht abzuziehen, weil sie *wissentlich* für die Begehung der Tat eingesetzt worden sind.

Anders liegt es dagegen im *Fall 5*. Die Kosten für den Bau der Müllverbrennungsanlage unterliegen nicht dem Abzugsverbot, weil die aufgewendeten 420 Millionen nicht für die Begehung der Tat eingesetzt worden sind,

sondern für den Bau einer Müllverbrennungsanlage.<sup>26</sup> Die Tat (Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB) ist davon losgelöst und betrifft nicht unmittelbar die Errichtung des Bauwerks. Unmittelbar aus der Tat erlangt ist der Auftrag, nicht jedoch die Summe, die für die spätere Herstellung vereinbart und gezahlt wurde.<sup>27</sup>

*(cc) Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten, § 73d Abs. 1 S. 2, 2. Hs. StGB*

§ 73d Abs. 1 S. 2, 2. Hs. StGB enthält darüber hinaus eine Rückausnahmegvorschrift, nach der Leistungen nicht dem Abzugsverbot unterliegen, soweit sie zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten erbracht wurden.<sup>28</sup> Der Anwendungsbereich dieser Rückausnahme ist stark beschränkt, weil von vornherein nur Taten in Betracht kommen, die ein Individualrechtsgut schützen und bei denen es zu einem synallagmatischen Austausch von Vermögenswerten kommt.<sup>29</sup> Es handelt sich im Wesentlichen um eine Konkretisierung der Bestimmung des Wertes in Betrugsfällen.<sup>30</sup>

*Beispiel 6:* T verkauft einen Unfallwagen, ohne auf den Unfall hinzuweisen, für 10.000 €. Tatsächlich ist der Pkw wegen des Unfalls nur 8.000 € wert. Die Käuferin möchte diesen nach Aufdeckung der Tat dennoch behalten. T hat eine Kontogutschrift in Höhe von 10.000 € erhalten, die der Wertersatz einziehung unterliegt. Die Aufwendungen durch die Leistung des Pkw bleiben nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB eigentlich unbeachtet, weil sie für die Begehung der Tat eingesetzt wurden. Nach Maßgabe des § 73d Abs. 1 S. 2, 2. Hs. StGB werden sie aber berücksichtigt, weil T die Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten erfüllt hat.<sup>31</sup> Es wird deshalb nur die Einziehung des Wertersatzes in Höhe von 2.000 € angeordnet.

*Beispiel 6a:* Zur Verdeutlichung der Unterschiede zwischen der Einziehung des aus der Tat erlangten Gegenstandes und der Wertersatz einziehung sei der *Fall 6* abgewandelt: T kauft nun einen Wagen, wobei er dem Verkäufer vorspiegelt, es müsse sich um einen Unfallwagen handeln, weil ein Spalt zwischen Motorhaube und Kotflügel vorhanden sei. V verkauft den Wagen mit einem Marktwert i.H.v. 10.000 € deshalb für 8.000 € an T. Nach Bekanntwerden der Tat wird bei T der Pkw eingezogen, ohne dass er die Aufwendungen geltend machen könnte.

In Betrugsfällen ergeben sich für die Täter also nicht unerhebliche Unterschiede daraus, ob er in Betrugsfällen einen

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/9525, S.67; so bereits BGHSt 52, 227; Köhler, NStZ 2017, 497 (506 f.); Eser/Schuster (Fn. 8), § 73d Rn. 5.

<sup>24</sup> Vertiefend zur subjektiven Komponente: Köhler, NStZ 2017, 497 (507 ff.); dazu kritisch: Rübenthal, NZWiSt 2018, 255 (259 f.).

<sup>25</sup> Fischer (Fn. 11), § 73d Rn. 5; Meißner, confront 2017, 21 (26); Transparency international Deutschland e.V., Stellungnahme 102/2016, S. 2.

<sup>26</sup> Vgl. zu dieser Fallgestaltung Eser/Schuster (Fn. 8) § 73 Rn. 5.

<sup>27</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 68; BGH NJW 2006, 925 (929).

<sup>28</sup> Fischer (Fn. 11), § 73d Rn. 7; Korte, NZWiSt 2018, 231 (235).

<sup>29</sup> Köhler, NStZ 2017, 497 (509); Heine (Fn. 9), § 73d Rn. 9.

<sup>30</sup> Heine (Fn. 9), § 73d Rn. 10; kritisch bzgl. der Bestimmbarkeit: Rübenthal, NZWiSt 2018, 255 (257); zum Eingehungsbetrag: Köhler, NStZ 2017, 497 (509 f.).

<sup>31</sup> Vgl. BGH NStZ 2011, 83 (86); BT-Drs. 18/9525, S. 68.

Gegenstand erwirbt oder einen solchen veräußert und die von ihm erhaltene Gegenleistung eine Geldzahlung ist.<sup>32</sup>

### III. Abschöpfung beim Dritten

Die Einziehung kann nicht nur gegen den Täter oder Teilnehmer angeordnet werden, sondern auch beim Drittbegünstigten.<sup>33</sup>

#### 1. Vertretungsfälle, § 73b Abs. 1 StGB

Handelt der Täter als Vertreter für eine dritte (natürliche oder juristische) Person, steht der Vermögensvorteil dieser zu; er kann deshalb auch bei ihr eingezogen werden.

*Beispiel 5:* Im Fall 5 hat nicht die Täterin L die 500 Millionen erlangt, sondern die L-GmbH. Die Einziehung richtet sich gegen die Gesellschaft, weil T als Geschäftsführerin vertretungsberechtigt für diese gehandelt hat.

#### 2. Verschiebungsfälle, § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB

Überträgt der Täter das Erlangte unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund auf eine (natürliche oder juristische) Person, unterliegt es bei dieser der Einziehung. Gleiches gilt, wenn der Dritte das Erlangte zwar mit Rechtsgrund erhält, aber erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass der Gegenstand aus einer Straftat herrührt.

Hervorzuheben ist in beiden Fallgestaltungen aber, dass die Einziehung beim Dritten nichts daran ändert, dass der Täter aus seiner Straftat etwas erlangt hat und die Weitergabe an einen Dritten eine nicht zu berücksichtigende Entreichung ist.<sup>34</sup>

*Beispiel 3:* Im Fall 3 verschenkt K das betrügerisch erlangte Bild an ihre Freundin F. Das Bild wird bei F eingezogen. Gegenüber K kann die Einziehung des Bildes nicht mehr angeordnet werden. Es kommt aber zu einer Anordnung der Einziehung des Wertersatzes. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass das Bild bei F eingezogen werden kann.

#### 3. Erbenfälle, § 73b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Die Einziehung ist auch beim Erben, Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmer möglich.<sup>35</sup>

#### 4. Gutgläubiger Erwerb durch einen anderen, § 73b Abs. 1 S. 2 StGB

Die beiden letztgenannten Varianten entfallen, wenn das Erlangte zwischendurch einem Dritten entgeltlich und mit rechtlichem Grund übertragen worden ist und der Dritte auch

nicht erkannt hat oder erkennen hätte müssen, dass der Vermögensgegenstand aus einer Straftat herrührt.

#### 5. Wertersatzeinziehung beim Dritten, § 73b Abs. 2 StGB

Die Einziehung gegen den Dritten kann auch angeordnet werden, wenn der Dritte wissentlich oder erkennbar bzw. als Erbe einen Gegenstand erhält, der dem Wert des aus der Straftat Erlangten entspricht. Dabei ist der Begriff des Gegenstandes nicht mit dem der Sache deckungsgleich, sondern erfasst z.B. auch Forderungen oder ersparte Aufwendungen.<sup>36</sup>

*Beispiel 3:* Im Fall 3 verkauft K das erschwindelte Bild für 75.000 € an die Kunstliebhaberin H, die diesen Betrag auf das Konto des K überweist. K setzt dieses Vermögen dafür ein, einen Pkw zu kaufen. Sie schenkt diesen Wagen ihren Vater. Der Pkw unterliegt der Einziehung beim Vater, weil dieser unentgeltlich einen Gegenstand erhalten hat, der dem Wert des aus der Straftat Erlangten entspricht.

Da das Gesetz nicht verlangt, dass der Gegenstand aus der Tat herrührt, sondern nur dessen Wert entsprechen muss, wird die Einziehung gegen den Dritten auch angeordnet, wenn dieser nach der Straftat einen bereits vorher sich in seinem Eigentum befindlichen Gegenstand – legal erworben – weiterreicht.

*Beispiel 3b:* Den Verkaufserlös des Bildes verspielt K an der Börse. Den Pkw für ihren Vater hat sie aus durch Kunsthandel legal erworbenen Mitteln bezahlt. Auch in diesem Fall unterliegt der Pkw der Einziehung.

Das Ergebnis scheint nur auf den ersten Blick nicht sachgemäß. Es entspricht aber dem Gedanken, der auch dem Anfechtungsgesetz zugrunde liegt.<sup>37</sup> Das zeigt auch der Vergleich mit einer nur geringfügig abgewandelten Fallgestaltung.

*Beispiel 3a:* K hat ihrem Vater das aus legalen Mitteln erworbene Auto schon vor der Straftat geschenkt. Eine Einziehung ist hier nicht möglich. Da der Staat aber eine Forderung gegen K hat, kann er die Schenkung des Pkw nach §§ 2, 4 AnfG anfechten.

#### 6. Gesamtschuldnerschaft

Scheinbar führt die Einziehung beim Dritten zu einer wundersamen Vermehrung der einzuziehenden Vermögensgegenstände, weil nun sowohl beim Täter als auch beim Dritten die Einziehung angeordnet werden kann. Die Möglichkeit, das Erlangte auch beim Dritten abzuschöpfen, führt indes nicht zu einer Erhöhung des einzuziehenden Betrages durch den Staat. Die Dritten und die Täter/Teilnehmer haften vielmehr

<sup>32</sup> Heger (Fn. 3), § 73 Rn. 6.

<sup>33</sup> Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665; Fischer (Fn. 11), § 73b Rn. 2 f.

<sup>34</sup> Vgl. BGHSt 45, 235 (246); Korte, NZWiSt 2018, 231 (233).

<sup>35</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 56 f., 66 f.; OLG Stuttgart NJW 2000, 2598; dagegen: OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 39 (40 f.); kritisch: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 5; Korte, NZWiSt 2018, 231 (234).

<sup>36</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 67; zum bisherigen Recht vgl. OLG Hamburg NStZ 2005, 584.

<sup>37</sup> Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665 (668).

als Gesamtschuldner.<sup>38</sup> Das gilt im Übrigen auch für mehrere Täter und/oder Teilnehmer untereinander.<sup>39</sup>

**IV. Erweiterte Einziehung, § 73a StGB**

Das deutsche Gewinnabschöpfungsrecht erlaubt es, auch Gegenstände einzuziehen, die aus oder für eine *andere* rechtswidrige Tat erlangt worden sind (§ 73a StGB).

Voraussetzung ist, dass das Gericht nach erschöpfender Beweiserhebung und Würdigung der Beweise von der deliktischen Herkunft überzeugt ist.<sup>40</sup> Grundfall der erweiterten Einziehung ist eine Verurteilung oder eine an der Schuldunfähigkeit scheiternde Verurteilung wegen einer rechtswidrigen Tat und die damit einhergehende Einziehung von Vermögenswerten, die nach Überzeugung des Gerichts ebenfalls aus rechtswidrigen Taten herrühren.

*Beispiel 2:* Im *Fall 2* wird D wegen Handels mit Betäubungsmitteln verurteilt und der aus der bewiesenen und abgeurteilten Tat stammende Verkaufserlös i.H.v. 10.000 €, die D bei ihrer Verhaftung bei sich trug, werden wie oben dargestellt ohne die Berücksichtigung von Aufwendungen eingezogen. Die bei der Wohnungsdurchsuchung während des Ermittlungsverfahrens im Gefrierfach gefundenen 40.000 € in bar kann das Gericht nach einer erschöpfenden Beweiserhebung über eine mögliche legale Herkunft des Geldes ebenfalls einziehen, wenn es überzeugt davon ist, dass auch diese aus dem Handel mit Betäubungsmitteln stammen.

Das Gericht muss die Vermögensgegenstände keinem konkreten Anklagevorwurf zuordnen,<sup>41</sup> aber es muss Beweis darüber erheben, ob die Möglichkeit besteht, dass die aufgefundenen Vermögenswerte aus legalen Quellen kommen.<sup>42</sup>

*Beispiel 2:* Deshalb reicht es für die Einziehung in *Fall 2* nicht, dass D keiner erkennbaren Beschäftigung nachgeht. Es ist auch zu prüfen, ob es mögliche andere Quellen für das Vermögen gibt, etwa ein Darlehen oder eine Erbschaft.

Die Einziehung ist keine Neuerung der geltenden Regelung, sondern auch das alte Recht enthielt die Möglichkeit einer erweiterten Einziehung. Allerdings kam die erweiterte Einziehung nach § 73a StGB a.F. nur in Betracht, wenn die/der Betroffene wegen einer Katalogtat (mehrheitlich banden- oder gewerbsmäßig begangene Delikte) verurteilt worden ist. Diese Beschränkung hat die Neuregelung aufgehoben. Nun-

mehr ist jede Tat mögliche Anknüpfungstat für die erweiterte Einziehung.<sup>43</sup>

**V. Selbständige Einziehung, § 76a StGB**

*1. Einziehung bei unmöglicher Verurteilung, § 76a Abs. 1 StGB*

In Fällen, in denen eine Verurteilung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist, erlaubt § 76a Abs. 1 StGB die selbständige Einziehung.<sup>44</sup>

*Beispiel 1:* Gegen den Bankräuber B aus *Fall 1* ist ein Strafverfahren aus tatsächlichen Gründen nicht möglich, weil er z.B. geflüchtet ist oder sich verborgen hält. Die gefundenen Geldscheine können selbständig eingezogen werden.

*Beispiel 7:* E verkauft auf einer Internetplattform insgesamt 40 gefälschte Visconti-Füller für 800 €/Stück. Die Käufer zahlen jeweils per Überweisung. Das Verfahren gegen E scheitert aber aus rechtlichen Gründen wegen dauernder Verhandlungsunfähigkeit, Strafklageverbrauch oder Verjährung. E hat eine Forderung in Höhe von 32.000 € gegen ihre Bank erlangt. Trotz der rechtlichen Hindernisse gegen eine Verurteilung kann die Einziehung des Wertersatzes in Höhe von 32.000 € angeordnet werden. Gleiches gilt auch in Fällen, in denen ein absolutes Antragsdelikt vorliegt, aber der Strafantrag fehlt.

*2. Non-conviction-based confiscation, § 76a Abs. 4 StGB*

§ 76a Abs. 4 StGB erlaubt es, Gegenstände selbständig einzuziehen, die während eines Ermittlungsverfahrens<sup>45</sup> wegen einer Katalogtat nach Abs. 4 S. 3 sichergestellt worden sind und nach Überzeugung des Gerichts aus anderen rechtswidrigen Taten stammen.<sup>46</sup> Nicht erforderlich ist dagegen – im Unterschied zu § 73a StGB – die Feststellung der rechtswidrigen Anlasstat.<sup>47</sup> Es handelt sich dabei um eine Möglichkeit der Einziehung, die international als non-conviction-based confiscation<sup>48</sup> bekannt ist.

*Beispiel 2:* In *Fall 2* wird gegen D wegen Drogenhandels ermittelt, sie geht keiner legalen Arbeit nach, bei der

<sup>38</sup> Korte, NZWiSt 2018, 231 (234).

<sup>39</sup> Köhler, NStZ 2017, 497 (501 f.); Heger (Fn. 3), § 73 Rn. 8; Fischer (Fn. 11), § 73 Rn. 29.

<sup>40</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 470; BVerfG NJW 2004, 2073; Meißner, confront 2017, 21 (22 f.); Heuchemer (Fn. 10), § 73a Rn. 8.

<sup>41</sup> Meißner, confront 2017, 21 (22).

<sup>42</sup> Fischer (Fn. 11), § 73a Rn. 10; Heine (Fn. 9) § 73a Rn. 7.

<sup>43</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 62 ff.; Fischer (Fn. 11), § 73a Rn. 9a; dazu kritisch: Trüg, NJW 2017, 1913 (1915); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (308).

<sup>44</sup> Heuchemer (Fn. 9) § 76a Rn. 1; Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (310).

<sup>45</sup> Zu Problemen bei „Zufallsfängen“: Meyer, StV 2017, 343 (344).

<sup>46</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 73; Heine (Fn. 9), § 76a Rn. 15.

<sup>47</sup> Meißner, confront 2017, 21 (25); Höft, HRRS 2018, 196; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 6 f.; dazu kritisch: Trüg, NJW 2017, 1913 (1916); Meyer, StV 2017, 343 (345) hält eine Katalogtat im Sinne des § 76a Abs. 4 S. 3 für erforderlich.

<sup>48</sup> Zum Begriff „non-conviction-based confiscation“ vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 58; Höft, HRRS 2018, 196.

Wohnungsdurchsuchung werden Bargeld i.H.v. 40.000 € beschlagnahmt. Wie oben festgestellt, ist eine Einziehung auch der 40.000 € möglich, wenn das verurteilende Gericht davon überzeugt ist, dass auch dieses Vermögen aus rechtswidrigen Taten stammt.

Kommt es im Hauptverfahren aber zu einem Freispruch wegen der angeklagten Tat, etwa weil ein wichtiger Belastungszeuge nicht mehr auffindbar ist, kann das Bargeld nicht nach § 73a StGB eingezogen werden, weil dieser eine Verurteilung voraussetzt. Auch § 76a Abs. 1 StGB erlaubt die Einziehung nicht, weil die Verurteilung nicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen scheidet. Das gefundene Bargeld in Höhe von 40.000 €, das nicht aus der angeklagten Straftat stammt, darf unter der Voraussetzung, dass die Anlasstat eine Katalogtat – hier nach § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 6 StGB – ist, dennoch eingezogen werden, auch wenn die Anlasstat gerade unbewiesen bleibt und D wegen dieser freigesprochen worden ist.

Es erscheint nur auf den ersten Blick widersprüchlich, dass das Gericht auf der einen Seite zu einem Freispruch gelangt, auf der anderen Seite aber die Überzeugung hat, dass die zusätzlich aufgefundenen Vermögenswerte aus Straftaten stammen. Die Zweifel des Gerichts beziehen sich aber nur auf die Anlasstat, nicht hingegen auf die Begehung der weiteren Straftaten. Von der Herkunft aus Straftaten der aufgefundenen Vermögenswerte muss das Gericht hingegen nach Erschöpfung aller Beweise überzeugt sein.<sup>49</sup>

Es werden aber auch verfassungsrechtliche Bedenken<sup>50</sup> geltend gemacht, insbesondere, dass diese Form der erweiternden, selbstständigen Einziehung gegen den Schuldgrundsatz verstoße. Der Gesetzgeber begegnet diesen Bedenken mit dem Hinweis auf die Natur dieser Form der Einziehung. Es handele sich gerade nicht um eine Strafe, sondern um eine kondiktionsähnliche Maßnahme mit präventiver Zielsetzung.<sup>51</sup> Aus diesem Grunde sei der Schuldgrundsatz schon gar nicht berührt. Die selbstständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB weist aber noch ein weiteres Novum auf, indem sie durch eine strafprozessuale Beweisvorschrift flankiert wird. Dazu mehr unter VII. 2.

## VI. Vorläufige Sicherung

Die der Einziehung unterliegenden Gegenstände müssen schon im Ermittlungsverfahren vorläufig gesichert werden, weil bis zur endgültigen Entscheidung über die Einziehung bisweilen viel Zeit vergehen kann.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Fischer (Fn. 11), § 76a Rn. 9a; Bittmann, NZWiSt 2016, 131 (133); Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme 102/2016, S. 3.; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (239).

<sup>50</sup> Höft, HRRS 2018, 196 (197 ff.); Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 6 f.; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (243); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (310); dagegen: Köhler, NStZ 2017, 497 (498).

<sup>51</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 2073 (2075); BT-Drs. 18/9525, S. 92.

<sup>52</sup> Vgl. Köhler, NStZ 2017, 497 (501).

Ist der Tatertrag selbst noch vorhanden und deshalb nach § 73 StGB einzuziehen, richtet sich seine Beschlagnahme nach § 111b StPO. Die Vorschrift unterscheidet dabei zwischen der Möglichkeit einer späteren Einziehung (S. 1 – die Beschlagnahme *kann* erfolgen) und einer hohen Wahrscheinlichkeit der späteren Einziehung (S. 2 – die Beschlagnahme *soll* erfolgen).<sup>53</sup>

Wie die Beschlagnahme vorzunehmen ist, regelt § 111c StPO. Bewegliche Sachen werden danach in Gewahrsam genommen, Vermögensrechte gepfändet und bei unbeweglichen Vermögen eine Eintragung in das Grundbuch bewirkt.

Wird nicht der Gegenstand selbst eingezogen, sondern der Wertersatz, kann bzw. soll der Vermögensarrest in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Betroffenen angeordnet werden (§ 111i Abs. 1 StPO).<sup>54</sup> Der Vermögensarrest in unbewegliches Vermögen wird durch Eintragung einer Sicherungshypothek bewirkt (§ 111f Abs. 2 StPO), in andere Vermögenswerte durch Pfändung (§ 111f Abs. 1 StPO).

Die Sicherungsmaßnahmen unterliegen dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; der Verweis auf den Arrestgrund in § 917 ZPO hat der Gesetzgeber ebenso gestrichen wie Angaben zur Dauer der Sicherungsmaßnahme.<sup>55</sup> Auch ohne diese speziellen Verweise muss die Maßnahme aber verhältnismäßig sein, weil dieser Grundsatz grundsätzlich im Strafverfahren gilt.

## VII. Entscheidung über die Einziehung

### 1. Im Erkenntnisverfahren

Die endgültige Entscheidung über die Einziehung wird in der Hauptverhandlung vorgenommen. Die entsprechenden Regelungen finden sich im §§ 421–439 StPO, die hier nur kurz dargestellt werden.

Grundsätzlich soll in der Hauptverhandlung auch die mögliche Einziehung behandelt werden. Wenn dies die Entscheidung über die Schuldfrage und die zu verhängenden Rechtsfolgen unangemessen erschweren oder verzögern würde, kann das Gericht die Entscheidung über die Einziehung abtrennen.<sup>56</sup> In dem folgenden Nachverfahren ist das Gericht aber an die Entscheidung in der Hauptsache und auch an die tatsächlichen Feststellungen gebunden (§ 423 Abs. 1 StPO).<sup>57</sup>

<sup>53</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 49; Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar, 6. Aufl. 2019, § 111b Rn. 17; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (238); dazu kritisch: Trüg, NJW 2017, 1913 (1917).

<sup>54</sup> Zum Spannungsverhältnis mit dem Insolvenzverfahren: Trüg, NJW 2017, 1913 (1917).

<sup>55</sup> Dazu kritisch: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 9 f.; Meißner, KriPoZ 2017, 237 (242); Schilling/Corsten/Hübner, StraFo 2017, 305 (311 f.).

<sup>56</sup> Vgl. BT-Drs. 418/16, S. 2; Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 19/16, S. 5; kritisch: Meißner, KriPoZ 2017, 237 (242).

<sup>57</sup> Putzke/Scheinfeld, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/1, 2019, § 423 Rn. 6; zur Begründung: BT-Drs. 18/9525, S. 87.

Ist durch die Einziehung ein Dritter betroffen, wird dieser am Verfahren beteiligt (§ 424 StPO), es sei denn, der Dritte verzichtet darauf (§ 424 Abs. 2 S. 1). Einziehungsbeteiligte haben im Hauptverfahren die gleichen Rechte wie Angeklagte.

*Beispiel 3:* Der Vater von K aus Fall 3 kann sich einen Anwalt nehmen (§ 428 StPO) und Beweisanträge stellen, wenn die zu beweisende Tatsache die Einziehung des Pkw betrifft, also z.B. zur Unentgeltlichkeit der Übereignung.

Für Beweisanträge, welche die Schuld des Angeklagten betreffen, enthält § 430 Abs. 2 StPO eine Einschränkung, nach der deren Ablehnung nicht den strengen Regeln des § 244 StPO unterliegt. Die Entscheidung über die Einziehung ergeht im Urteil bzw. im Strafbefehl.

## 2. Selbstständiges Einziehungsverfahren

In den gesetzlich zugelassenen Fällen können Staatsanwaltschaft und Nebenkläger den Antrag stellen, die Einziehung selbständig anzuordnen (§ 435 StPO).<sup>58</sup> Zuständig für die Entscheidung ist das Gericht, das im Fall einer Strafverfolgung einer bestimmten Person zuständig wäre (§ 436 StPO).

Eine dem deutschen Strafverfahrensrecht neuartige Regelung enthält § 437 StPO für die selbstständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB. Das Gesetz benennt nämlich die Tatsachen, aufgrund derer das Gericht zu der Überzeugung kommen kann, dass die in einem Ermittlungsverfahren aufgefundenen Gegenstände aus einer rechtswidrigen Tat stammen. Das liegt natürlich in den Fällen nahe, in denen die rechtmäßigen Einkünfte und die aufgefundenen Vermögensgegenstände in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen.<sup>59</sup> Genau diese Indizien benennt das Gesetz, ergänzt durch die Indizien was das Ermittlungsverfahren ergeben hat, unter welchen Umständen die Gegenstände aufgefunden wurden und in welchem Verhältnis der Betroffene lebt. Gegen diese Regelung ist mannigfaltige Kritik erhoben worden, zum Teil mit dem erheblichen Vorwurf, es handele sich um eine Beweislastumkehr.<sup>60</sup> Meines Erachtens ist die Regelung unbedenklich, weil sie nur die Indizien aufzählt, die das Gericht bei seiner Entscheidungsfindung eben zu Grunde legt. Insofern ist ihr allerdings der Vorwurf zu machen, überflüssig zu sein.

*Beispiel 2:* Da es dem Gericht nicht gelingt, bei Anstrengung aller Phantasie, eine legale Quelle für die im *Beispielfall 2* bei D gefundenen 40.000 € zu ersinnen, ist es überzeugt davon, dass die Vermögenswerte aus dem Han-

del mit Betäubungsmitteln stammen. Dabei hat es vor allem auf das Indiz der fehlenden erkennbaren legalen Einkunftsquellen abgestellt. Ob § 437 StPO dabei angewendet wird oder nicht, bleibt völlig unerheblich.

## VIII. Vollstreckungsverfahren, §§ 459g ff. StPO

Die vom Staat sichergestellten und eingezogenen Gegenstände verbleiben nicht bei ihm, wenn es Verletztenansprüche gibt. Berücksichtigung finden diese aber erst spät, nämlich nach der Einziehungsentscheidung im strafrechtlichen Vollstreckungsverfahren. Erst dann werden die Verletzten entschädigt.<sup>61</sup>

Dabei wird entweder der eingezogene Gegenstand zurückübertragen (§ 459h Abs. 1 StPO) oder in den Fällen der Einziehung des Wertersatzes der Erlös ausgekehrt.<sup>62</sup>

Im ersten Fall ist dem Verletzten nach der Einziehungsentscheidung deren Rechtskraft mitzuteilen (§ 459i Abs. 1 StPO). Meldet der Verletzte innerhalb von sechs Monaten seinen Anspruch an, wird in einfach gelagerten Fällen die Sache durch den Rechtspfleger herausgegeben (§ 459j Abs. 1, Abs. 2 StPO). In nicht eindeutigen Sachverhaltsgestaltungen muss das Gericht die Rückübereignung zulassen.

Erfolgt die Entschädigung des Opfers durch Auskehrung des Erlöses aus der Verwertung des eingezogenen Wertersatzes, entspricht das Verfahren weitgehend dem geschilderten.

Das kann aber nur gelten, wenn der Erlös zur Deckung aller angemeldeten Opferansprüche ausreicht. In so genannten Mangelfällen,<sup>63</sup> in denen der Erlös zur Deckung der Verletztenansprüche nicht ausreicht, findet die Entschädigung im Insolvenzverfahren statt (§ 111i StPO). Das Sicherungsrecht des Staates erlischt und die Staatsanwaltschaft stellt – gegebenenfalls schon im Ermittlungsverfahren – einen Insolvenzantrag über das Vermögen des Insolvenzschuldners (§ 111i Abs. 2).<sup>64</sup> Die Verletzten werden zu Insolvenzschuldnern und müssen ihre Ansprüche beim Insolvenzverwalter anmelden.

*Beispiel 7:* Im Fall 7 hat E 40 Käufer betrogen und geschädigt, wobei sich der Gesamtschaden auf 32.000 € beläuft. Wird bei E kein Vermögenswert in dieser Höhe sichergestellt, erlangen die Verletzten Befriedigung ihrer Ansprüche im Insolvenzverfahren.

<sup>61</sup> Dazu kritisch: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2016, S. 13; *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131 (135); dagegen: *Trüg*, NJW 2017, 1913 (1918); vertiefend: *Schilling/Corsten/Hübner*, StraFo 2017, 305 (313ff.).

<sup>62</sup> *Hanft*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 459h Rn. 2 f.; vgl. BR-Drs. 418/16, S. 2.

<sup>63</sup> *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 62. Aufl. 2019, § 111i Rn. 11; vgl. BR-Drs. 418/16, S. 2; *Meißner*, confront 2017, 21 (30); dazu vertiefend: *Schilling/Corsten/Hübner*, StraFo 2017, 305 (314 f.).

<sup>64</sup> *Spillecke*, in: Hannich (Fn. 59), § 111i Rn. 12; dazu kritisch: Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 19/16, S. 5 f.; *Bittmann*, NZWiSt 2016, 131 (136).

<sup>58</sup> Vgl. *Köhler*, NStZ 2017, 497 (499 f.).

<sup>59</sup> *Schmidt*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 3; kritisch zur Tragfähigkeit der Beweis konstruktion: *Meyer*, StV 2017, 343 (349); sprechen von einem Anscheinsbeweis: *Schilling/Corsten/Hübner*, StraFo 2017, 305 (313).

<sup>60</sup> *Höft*, HRRS 2018, 196 (202); *Meißner*, KriPoZ 2017, 237 (243); *Meyer*, StV 2017, 343 (346 f.).



### **IX. Fazit**

Das Einziehungsrecht sollte effektiver, schneller und gerechter werden. Hier ist nicht der Platz dafür, dies abschließend zu bewerten. Effektiver ist es aber insofern geworden, dass es angewandt wird. Damit steigt die Relevanz der Kenntnis über die Grundzüge des Einziehungsrechts, weil es Referendaren wohl unterkommen wird und auch den Studierenden in der mündlichen Prüfung durchaus begegnen kann.

Auch wenn das neue Recht nach wie vor einige Schwierigkeiten zum Beispiel bei der Berechnung des Erlangten oder den Beweisanforderungen beim erweiterten (selbständigen) Verfall mit sich bringt, scheint die Anwendung der Gewinnabschöpfungsvorschriften in der Praxis zuzunehmen. Spätestens im Referendariat werden deshalb mehr Studierende als bisher Kontakt mit diesem Instrumentarium haben. Die vorliegenden Beispielfälle sollten eine Einführung in die Grundkonstellationen geben; eine weitere Ausgestaltung des neuen Instrumentariums ist aber zu erwarten und im Auge zu behalten.