

**Die Regelung des Verfalls nach geltendem Recht
und nach dem Reformentwurf
unter Berücksichtigung von
Ausgleichsansprüchen Verletzter**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Michael Dollmann

aus Nagold

2003

Dekan: Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther

1. Berichterstatter: Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Winkelbauer

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ulrich Weber

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 2003

Vorwort

Diese Dissertation wurde im Herbst 2001 eingereicht und im Jahr 2003 angenommen. Rechtsprechung und Literatur sowie Gesetzesänderungen sind bis zur Einreichung berücksichtigt.

Für die wertvolle Unterstützung und die Geduld bei der Ausfertigung dieser Arbeit danke ich im besonderen meinen Eltern und Natascha.

Michael Dollmann

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	V
A. Einleitung	1
B. Entwicklung des Rechtes staatlicher Gewinnabschöpfung	5
I. Überblick über die Entstehung des Verfallsrechtes	5
II. Exkurs: Verfallsregelungen im Nebenstrafrecht	8
C. Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf	12
I. Die Regelung des Verfalls nach geltendem Recht und dem Reformentwurf	12
1. Entwicklung der derzeitigen Fassung des Verfallsrechtes	12
2. Exkurs: Kritik an der Änderung von 1992	14
a) Das Bruttoprinzip im Hinblick auf seine Verfassungsmäßigkeit	14
b) Schuldprinzip und verfassungskonforme einschränkende Auslegung	18
3. Der Reformentwurf	18
4. Exkurs: Kritik am Reformentwurf	19
5. Inhalt der derzeit geltenden Regelung	20
a) Täterbezogener Verfall, § 73 I StGB	20
b) Erstreckung des Verfalls auf Nutzungen und Surrogate, § 73 II StGB	22
c) Vertreterklausel, § 73 III StGB	24
d) Drittverfall, § 73 IV StGB und Wertersatzverfall, § 73 a StGB	27
6. Inhalt der Regelung nach dem Reformentwurf	28

a) Täterbezogene Einziehung des Erlangten	29
b) Einziehung des Erlangten bei Nutzungen und Surrogaten	29
c) Vertreterklausel, Dritteinziehung und Wertersatzeinziehung	30
7. Wirkung des Verfalls beziehungsweise der Einziehung des Erlangten	31
a) Verfall.....	31
b) Einziehung des Erlangten	33
8. Zusammenfassung.....	34
II. Erweiterter Verfall und erweiterte Einziehung des Erlangten	36
1. Einleitender Überblick über die Regelung	36
2. Exkurs: Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls	37
3. Die „erweiterte Einziehung des Erlangten“	43
III. Zusammenfassung von Teil C	44
D. Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfalls-	
vorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach	
geltendem Recht	46
I. Spannungsverhältnis zwischen materiellem Straf- und Zivilrecht	46
II. Spannungsverhältnis zwischen Strafprozeß- und Zivilrecht	47
III. Die Regelung des § 73 I 2 StGB	51
1. Hintergrund der Diskussion über die Regelung.....	51
2. Gesetzgeberische Intention bei der Schaffung der Regelung	52
a) Beratungen im Zuge der Schaffung des Verfallsrechtes	53
b) Die Beschlagnahmelösung	56
3. Materiell-rechtlicher Regelungsgehalt des § 73 I 2 StGB	57
a) Sachlicher Anwendungsbereich.....	57
aa) Verfall von Nutzungen und Surrogaten	58
bb) Verfallsanordnungen im Rahmen der Vertreterklausel.....	59
cc) Drittverfall gemäß § 73 IV StGB	63
dd) Wertersatzverfall gemäß § 73 a StGB.....	64
b) Im Rahmen von § 73 I 2 StGB zu berücksichtigende Ansprüche.....	66
aa) Versicherungsrechtliche Regressansprüche	66
bb) Steuerrechtliche Ansprüche	68
cc) Ansprüche im Anwendungsbereich des § 817 BGB;	
insbesondere bei Bestechungs – und Schmiergelddelikten	71

aaa) Dienstherr	72
bbb) Vorteilsgeber	73
ccc) Geschäftsherr	75
dd) Ansprüche auf Schmerzensgeld	77
ee) Eingreifen der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB	78
c) Teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB?	80
aa) Vielzahl nicht individualisierbarer Verletzter	80
bb) Anderweitige Kompensation des Schadens	84
4. § 73 I 2 StGB und erweiterter Verfall	86
a) Problemstellung	86
b) Vertretene Lösungsansätze	87
c) Stellungnahme und eigener Lösungsansatz	88
5. Zusammenfassung	91
IV. Zurückgewinnungshilfe	96
1. Einleitung	96
2. Einführender Überblick über die §§ 111 b ff. StPO	97
3. Die Regelung des § 111 b V StPO	99
4. Wirkung zugunsten des Verletzten	103
a) Vorrangige Befriedigung von Ansprüchen des Verletzten	104
b) Herausgabe an den Verletzten	106
aa) Anordnung der Herausgabe	106
bb) Ansprüche Dritter - insbesondere bei unklarer Rechtslage	108
aaa) Dritter ist letzter Gewahrsamsinhaber	109
bbb) Dritter ist nicht letzter Gewahrsamsinhaber	110
cc) Verhältnis zu 75 der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren	111
c) Beschlagnahmeverlängerung	113
aa) Überblick	113
bb) Verfahren nach Beschlagnahmeverlängerung	115
aaa) Bewegliche Sachen	116
bbb) Unbewegliche Sachen	117
ccc) Forderungen und andere Vermögensrechte	118
d) Kritische Stellungnahme	119
5. Zusammenfassung	122
E. Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfalls- vorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach dem Reformentwurf	127

I.	Entwurf ohne eine Ausschlußregelung im Sinne des § 73 I 2 StGB.....	127
1.	Einleitender Überblick	127
2.	Berücksichtigung bereits erfolgter Leistungen.....	128
a)	Versicherungsrechtliche Regreßansprüche	128
b)	Steuerrechtliche Ansprüche	129
c)	Ansprüche im Anwendungsbereich von § 817 BGB	130
d)	Ansprüche auf Schmerzensgeld	131
e)	§ 73 II StGB – Reformentwurf und erweiterte Einziehung des Erlangten.....	131
3.	Zusammenfassung.....	132
II.	Zurückgewinnungshilfe beziehungsweise § 459 k StPO–Reform entwurf.....	133
1.	Einführender Überblick über die §§ 111 b ff. StPO - Reformentwurf.....	133
2.	Wirkung zugunsten des Verletzten.....	135
a)	Vor Rechtskraft der Einziehungsanordnung	135
b)	Nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung.....	136
aa)	Berücksichtigung des <i>Interesses des Opfers</i>	137
bb)	Berücksichtigung des <i>Interesses des Täters</i>	139
III.	Zusammenfassung von Teil E	141
F.	Annex: Das Modell Esers	144
G.	Zusammenfassung und abschließende Stellungnahme	146
I.	Überblick	146
II.	Die Lösung des Interessenskonflikts nach geltendem Recht.....	148
III.	Die Lösung des Interessenskonflikts nach dem Reformentwurf.....	151
IV.	Stellungnahme	152
H.	Anhang: Die wichtigsten Vorschriften des Reformentwurfs im Wortlaut	156
I.	Literaturverzeichnis	167

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
a.F.	alte Fassung
AK	Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch
AK StPO	Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT	besonderer Teil bzw. Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSteuerR	Deutsches Steuerrecht
DStR	Deutsches Strafrecht
DStZ	Deutsche Strafrechtszeitung

E	Entwurf
EGGVG.....	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB.....	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende, fortfolgende
FGG.....	Gesetz über die Angelegenheiten der freien Gerichtsbarkeit
FS	Festschrift
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer
GBI.	Gesetzblatt
GedS	Gedächtnisschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HK.....	Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung
Hrsg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung
K/M-G	Kleinknecht/Meyer-Goßner
LMBG.....	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz

LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LR	Löwe - Rosenberg
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mü-Ko	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
pFV	positive Forderungsverletzung
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzeichen
S.	Seite oder Satz
SK	Systematischer Kommentar
SS	Schönke/Schröder
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig
StRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	strafverteidiger
TF	Tröndle/Fischer
u.a.	und andere
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WEG	Wohnungseigentumsgesetz

wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern

A. Einleitung

Es dürfte eine allgemein anerkannte Zielsetzung einer wirksamen Strafverfolgung sein, unter anderem dem Straftäter die aus der Straftat erlangten Vermögensvorteile zu entziehen. Dies erscheint zum einen aus generalpräventiven Gesichtspunkten als geboten. Dem Grundsatz „unrecht Gut gedeihet nicht“ muß soweit als möglich Rechnung getragen werden. Ansonsten droht Gesetzestreue mit Dummheit gleichgesetzt zu werden.¹ Zum anderen ist dem durch die organisierte Kriminalität ausgehenden Bedrohungspotential zu begegnen. Dem organisierten Verbrechen soll das „Investitionskapital“² zur Begehung weiterer Straftaten entzogen werden. Am grundsätzlichen Bedürfnis einer Abschöpfung illegitim erlangter Vermögensvorteile durch den Staat dürfte also kein Zweifel bestehen.

Das Recht staatlicher Gewinnabschöpfung weist eine lange Entwicklungsgeschichte auf, die keinesfalls als abgeschlossen gelten kann. *De lege lata* wird versucht, dem Straftäter die Vorteile aus der Tat durch deren Verfall zu entziehen. Eine Besonderheit der bestehenden Regelung stellt die Ausschlußklausel des § 73 I 2 StGB dar. Bestehen Ansprüche des aus der Tat Verletzten, ist von einer Anordnung des Verfalls abzusehen. Insbesondere diese Ausschlußregelung ist Gegenstand heftiger Kritik. Sie wird als überwiegender Grund für die häufig beklagte Ineffektivität der staatlichen Gewinnabschöpfung angesehen. Vor allem aus diesem Grund wurde vom Deutschen Bundestag ein *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten* vorgelegt. Dieser verzichtet auf eine § 73 I 2 StGB vergleichbare Ausschlußklausel. Der Reformentwurf ist bis heute nicht in Kraft getreten. Er war noch nie Gegenstand einer monographischen Abhandlung.

Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vermögensvorteile muß aber nicht zwangsläufig mittels eines strafrechtlichen Rechtsinstitutes erfolgen. Soweit aus der Straftat Verletzte - meist zivilrechtliche - Ausgleichsansprüche gegen den Straftäter geltend machen können, treten diese in Konkurrenz zu dem staatlichen Anspruch auf Gewinnabschöpfung. Auch durch die Erfüllung solcher Ausgleichsansprüche wird dem Straftäter der Vermögensvorteil aus einer Straftat genommen. Neben das *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung kann also das *Interesse des Opfers* an der Erfüllung

¹ vgl. Hoyer in GA 1993, 406, 406 f.

² Eser in FS für Stree und Wessels, S.834 f.

seiner Ausgleichsansprüche treten. Hinzu kommt das *Interesse des Straftäters*, nicht zwei Ansprüche erfüllen zu müssen: den des Staates und den des Verletzten. Dieses Konkurrenzverhältnis - *das Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung* - muß von der Regelung einer staatlichen Gewinnabschöpfung berücksichtigt werden. Nach dem geltenden Recht soll dies mittels der bereits erwähnten Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB erfolgen – der Reformentwurf will ohne eine solche auskommen. Das geltende Recht unterscheidet sich in diesem Punkt fundamental vom Lösungsansatz des Reformentwurfes.

Die materiell - rechtlichen Regelungen des Verfalls beziehungsweise der Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf können nicht isoliert von den strafprozessualen Möglichkeiten einer - wenn auch teilweise nur vorläufigen - Sicherstellung der Vorteile im Vermögen des Straftäters erörtert werden. Das Zusammenwirken des materiell- rechtlichen und strafprozessualen Instrumentariums ist schon im Hinblick auf das geltende Recht kaum Gegenstand von Publikationen. Veröffentlichte Untersuchungen dieser Thematik nach dem Modell des Reformentwurfes fehlen völlig. Dabei wird die Effektivität staatlicher Gewinnabschöpfung und nicht zuletzt auch die Befriedigungsmöglichkeit von aus der Straftat Verletzten oftmals gerade davon abhängen, ob Strafverfolgungsorgane frühzeitig Tätervermögen sicherstellen können. Auch hinsichtlich dieser Möglichkeiten einer Sicherstellung von Tätervermögen unterscheidet sich das geltende Recht vom Reformentwurf. Das Bestehen einer Ausschlußklausel beziehungsweise deren Fehlen erfordert ein unterschiedlich ausgestaltetes strafprozessuales Instrumentarium.

In den letzten Jahren konnte sowohl die Höhe des sichergestellten Vermögens als auch die des rechtskräftig eingezogenen signifikant gesteigert werden. Dies soll anhand der folgenden Statistiken verdeutlicht werden. Die Zahlen beziehen sich auf Baden-Württemberg.³ Die folgende Statistik weist die Höhe der im jeweiligen Jahr sichergestellten Vermögenswerte aus:

³ Für die Überlassung des Zahlenmaterials danke ich dem Landeskriminalamt Baden-Württemberg – und dort insbesondere Herrn Dr. Podolsky!

A Einleitung

	1996	1997	1998	1999	2000
Sicher- stellung n	800.000 DM	18.750.000 DM	56.200.000 DM	76.040.000 DM	540.000.000 DM

Der nächsten Tabelle läßt sich entnehmen, welchen Betrag das rechtskräftig eingezogene Vermögen ausmacht. In der linken oberen Spalte wird der Gesamtbetrag beziffert. Darunter - mit „Rückgewinnungshilfe“ bezeichnet - wird die Höhe des sichergestellten Vermögens ausgewiesen, auf das Verletzte zurückgreifen konnten. Die untere Spalte zeigt den Betrag des rechtskräftig für verfallen erklärten Vermögens. Der für das Jahr 2000 geringere Betrag erklärt sich daraus, daß noch nicht alle Verfahren in diesem Zeitraum rechtskräftig abgeschlossen sind.⁴

	1997	1998	1999	2000
Gesamtbetrag	4.569.352 DM	10.544.011 DM	24.020.947 DM	16.610.039 DM
Rückgewinnungs- hilfe	341.607 DM	3.184.905 DM	14.116.043 DM	15.673.385 DM
Verfall zugunsten der Staatskasse	4.227.745 DM	7.359.106 DM	9.904.904 DM	936.654 DM

Die Zahlen belegen eindrucksvoll die Steigerung des Betrags der abgeschöpften Vermögenswerte. Diese konnte durch eine konsequentere Anwendung des bestehenden Rechts erreicht werden. In Baden-Württemberg wurden beim Landeskriminalamt und mittlerweile auch der Staatsanwaltschaft besondere Dezernate für den Bereich der staatlichen Gewinnabschöpfung geschaffen.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob das vom geltenden Recht den Strafverfolgungsorganen zur Verfügung gestellte Instrumentarium tatsächlich als ineffektiv angesehen werden muß. Eventuell wurde ein an sich effektives Regelwerk lediglich zu wenig angewandt. Zumindest war auf Grundlage der geltenden Regelung eine signifikante Steigerung in der Höhe des abgeschöpften Vermögens möglich.

⁴ Dies wurde auf Nachfrage vom Landeskriminalamt mitgeteilt.

A Einleitung

Diese Arbeit beleuchtet die Stärken und Schwächen des geltenden Rechts beziehungsweise des Reformentwurfes. Beide Regelungswerke sind zum einen im Hinblick auf die Effektivität der staatlichen Gewinnabschöpfung zu erörtern. Zum anderen wird zu untersuchen sein, ob das eingangs beschriebene Konkurrenzverhältnis von staatlicher Gewinnabschöpfung und zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen befriedigend gelöst werden kann. Dafür bedarf es einer Darstellung sowohl des geltenden Rechts als auch des Reformentwurfes. Die typischerweise auftretenden Probleme und Fragestellungen sind zu erörtern. Das Zusammenwirken der materiell – rechtlichen Regelungen mit dem strafprozessualen Instrumentarium ist im Hinblick auf die Lösung des *Kardinalsproblemes der Gewinnabschöpfung* zu untersuchen. Es wird zu klären sein, ob der Lösungsansatz des Reformentwurfes dem des geltenden Rechts vorzuziehen ist.

B. Entwicklung des Rechtes staatlicher Gewinnabschöpfung

Es würde nicht nur den Rahmen dieser Arbeit sprengen, die verschiedenen Erscheinungsformen des Rechtes staatlicher Gewinnabschöpfung vollständig darzustellen – es ist für das der Arbeit zugrundeliegende Thema auch nicht unabdingbar. Trotzdem wird im folgenden ein Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung gegeben. Es geht dabei darum, alle die Entwicklungen aufzuzeigen, die den Problembereich betreffen, der heute durch das Verfallsrecht geregelt wird: Die staatliche Abschöpfung rechtswidrig durch Straftaten erlangten Vermögens.

I. Überblick über die Entstehung des Verfallsrechtes

Der Ausgleich sittenwidrig erlangter Vermögenslagen obliegt grundsätzlich dem Zivilrecht. Es gibt dem Geschädigten Ansprüche gegen den Schädiger. Das heutige Bürgerliche Recht kennt eine Vielzahl solcher Ansprüche: Man denke nur an deliktische und bereicherungsrechtliche Ansprüche oder an die Haftung aus positiver Forderungsverletzung beziehungsweise aus *culpa in contrahendo*. Diese privatrechtlichen Ausgleichsansprüche gehen auf Regelungen des römischen Rechtes zurück oder waren diesem in ähnlicher Form bekannt. Demnach fand schon hier – und folglich auch später zu Zeiten des Gemeinen Rechtes - ein Vermögensausgleich im Rahmen des Privatrechtes statt. Einer staatlichen Einziehung zum Zwecke des Vermögensausgleiches bedurfte es grundsätzlich nicht. Trotzdem ist in bestimmten Fällen des Versagens privatrechtlicher Ausgleichsansprüche ein Bedürfnis nach staatlicher Gewinnabschöpfung in Form der Spezialkonfiskation⁵ früh erkannt worden.

Schon das römische Recht kannte in bestimmten Fällen Einziehungsansprüche des Fiskus. Tötete beispielsweise der Erbe vorsätzlich den Erblasser, fehlte es an einem zivilrechtlich Anspruchsberechtigten bezüglich des sittenwidrig erlangten Erbgutes. Letzteres sollte dem Erben aber nicht verbleiben - es wurde

⁵ Diese ist von der allgemeinen Vermögenskonfiskation zu unterscheiden. Die Spezialkonfiskation richtet sich nur gegen spezielle Einzelgegenstände - die allgemeine Vermögenskonfiskation hingegen gegen das gesamte Vermögen (vgl. hierzu Eser in: Sanktionen, S. 13 ff.). Letztere unterscheidet sich demnach deutlich vom bestimmten Vermögenswerten betreffenden Verfallsrecht. Eine detaillierte Darstellung der Entwicklung der allgemeinen Vermögenskonfiskation unterbleibt daher.

zugunsten des Fiskus eingezogen.⁶ Ähnlich sollen Fälle behandelt worden sein, in denen Geber und Nehmer von Vermögensgegenständen sittenwidrig gehandelt haben. Ein Bereicherungsanspruch des Gebers (*condictio ob turpem causam*) bestand nur bei einseitiger Sittenwidrigkeit des Nehmers.⁷ Bei beidseitiger Sittenwidrigkeit soll das Gegebene dem Staat verfallen sein.⁸

Daraus wurde in späterer Zeit teilweise auf einen allgemeinen ipso iure Verfall zugunsten des Staates geschlossen. Glück (als einer der letzten Vertreter des *usus modernus*) bezieht sich auf Ulpian in Digesten 3.6.5 und verallgemeinert:

*„Die Gesetze erlauben Niemandem, aus seiner unerlaubten Handlung einen Vorteil zu ziehen. (...) Es ist daher dasjenige, was zu einem unerlaubten Zwecke gegeben worden, ohne Zweifel dem Fiskus verfallen.“*⁹

Auch wenn ein solcher Anspruch des Fiskus teilweise als zivilrechtlicher interpretiert wird¹⁰, bleibt es bei seiner Funktion, der staatlichen Ausgleichung sittenwidriger Vermögenslagen.

In den zivilrechtlichen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts setzte sich der Rechtsgedanke eines staatlichen Einziehungsanspruches bei beidseitiger Sittenwidrigkeit fort. Als bekanntestes Gesetzeswerk sei hier exemplarisch auf das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 verwiesen. Ein Anspruch des Fiskus, dem Empfänger den Gewinn aus einem verbotenen Geschäft „zu entreißen“, findet sich in dessen erstem Teil, § 173 des 16. Titels, 2. Abschnitt.

Im 18. und 19. Jahrhundert fanden sich erstmals speziell in den Strafgesetzbüchern geregelte Verfallsvorschriften. Die damals entstandenen Strafgesetz-

⁶ Tötung war ein Indignitätsgrund, vgl. Kaser in: Das römische Privatrecht – 1. Abschnitt, S. 726 f.

⁷ Kaser in: Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, S. 220.

⁸ Ulpian im 10. Buch zum Edikt; Digesten 3.6.5 – Quelle: Behrends u.a.: Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, II, Digesten 1-10.

⁹ Glück in: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. 13. Band, S. 60

¹⁰ Heinze in: GA 5, 166 (167)

bücher sahen partiell für Bestechungsdelikte den Verfall des Bestechungsgeschenkes vor.¹¹

Diese Entwicklung setzte sich schließlich im Reichsstrafgesetzbuch von 1871 fort. Hierin fand in § 335 eine Verfallsregelung für Bestechungsdelikte.¹² Im Gegensatz zur in § 40 a.F. StGB geregelten Einziehung sollte der Verfall auch Sachen oder Rechte umfassen, die durch die Straftat erlangt worden waren.¹³

Ein Grenzfall war demnach die Möglichkeit der „Einziehung“ rechtswidrig gefangener Fische bei § 296 a II a.F. StGB. Entgegen der vom Gesetzgeber verwendeten Terminologie ging es hier gerade um die staatliche Abschöpfung von durch die Straftat erlangten Sachen, nämlich den Fischen. Das als „Einziehung“ bezeichnete Rechtsinstitut entsprach in seiner Wirkungsweise also eher dem Verfall.

Die in ihrem Anwendungsbereich auf wenige Straftatbestände beschränkte Regelung des § 335 a.F. StGB blieb bis zum Inkrafttreten der Verfallsvorschriften der § 73 ff. StGB am 1.1.1975 in Kraft. Mit diesen durch das zweite Gesetz zur Reform des Strafrechtes vom 14.07.1969¹⁴ eingeführten Regelungen, wurde der Verfall erstmals als allgemein anzuwendender Tatbestand im Strafgesetzbuch normiert. Die Abschöpfung rechtswidrig durch Straftaten erlangter Vermögensvorteile wurde umfassend ermöglicht.

Bedenken gegen die Ausweitung des Anwendungsbereiches des Verfalls bestehen im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht. Es handelt sich um eine verfassungsmäßig gerechtfertigte Inhalts- und Schranken-

¹¹ so zum Beispiel der Codex Iuris Bavarici Criminalis von 1751 (Neuntes Capitulum § 6) oder das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 (§§ 309, 310, 311, 313) – zitiert nach Buschmann: Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Vgl. hierzu auch Güntert S. 3, m.w.N.

¹² § 335 a.F. StGB lautete: In den Fällen der §§ 331 bis 334 (Anm. Bestechungsdelikte) ist im Urteil das Empfangene oder der Wert desselben für dem Staate verfallen zu erklären.

¹³ Schönke/Schröder, 17. Auflage, zu § 335, Randzeichen 1.

¹⁴ BGBl. 1969 I, S.717 (S.734)

bestimmung.¹⁵ Mangels Relevanz für das Verhältnis des Verfalls zu zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen sei dies hier nur klarstellend am Rande erwähnt.

II. Exkurs: Verfallsregelungen im Nebenstrafrecht

Im Nebenstrafrecht¹⁶ fanden sich ebenfalls Bestimmungen, die den Verfall von Tatvorteilen vorsahen. So zum Beispiel § 14 des Pressegesetzes von 1874 (RGBl. S. 65).¹⁷ Eine detaillierte Darstellung soll aber unterbleiben. Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit dem im Strafgesetzbuch geregelten Verfall. Im folgenden wird lediglich die Entwicklung in den wirtschaftsstrafrechtlichen

¹⁵ ausführlich: Julius in ZStW 109 (1997), 58 (S. 88 f.); grundlegend hierzu auch: Stree, S. 88f. Es handelt sich um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung: Nach dem grundlegenden „Naßauskiesungsbeschluß“ (BVerfGE 58, 300) des Bundesverfassungsgerichtes sind bei Eingriffen in Art. 14 GG die Legalbeziehungsweise die Amministrativ-enteignung, sowie die Inhalts- und Schrankenbestimmung voneinander zu unterscheiden. Die beiden Arten der Enteignung sind in Bezug auf ihre Zielsetzung dadurch gekennzeichnet, daß die öffentliche Gewalt „sein Eigentum (Anmerkung: das des Privatgläubigers) für einen öffentlichen Zweck braucht, d.h. in irgendeiner Weise nutzen will“ (BVerfGE 20, 351 (359) oder auch BVerfGE 58, 300 (330f.)). Daran fehlt es bei Einziehungen aufgrund des strafrechtlichen Verfalls. Diese erfolgen, weil das Eigentum im Verstoß gegen Bestimmungen des Strafgesetzbuches erlangt wurde. Der Verfall wird nicht angeordnet, weil der Staat die für verfallen erklärten Gegenstände nutzen will - die strafrechtliche Gewinnabschöpfung erfolgt nicht zur Ermöglichung einer öffentlichen Aufgabe, sondern zur Verhinderung eines gemeinwohlschädigenden Gebrauchs (Jarass in NJW 2000, 2841 (2845)). Im Rahmen der Bestimmung des Inhalts und der Schranken des Eigentums hat der Gesetzgeber die Grenzen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes zu wahren (Maunz/Dürig – Papier zu Art. 14, Rz. 307 (m.w.N.)). Hieran ist zu messen, ob der Verfall eine verfassungsrechtlich gerechtfertigte Inhalts- und Schrankenbestimmung darstellt. Dabei ist insbesondere zu beachten, daß die Funktion der Eigentumsgarantie vor allem darin liegt, dem Bürger Rechtssicherheit und Vertrauen auf den Bestand seiner Eigentumsposition zu geben (sogenannter Vertrauensgrundsatz, vgl: v.Mangoldt/Klein – Depenheuer zu Art. 14, Rz. 233 oder Leissner in Isensee/Kirchhof, Band IV, § 149, Rz. 94 ff.). Soweit Eigentum aufgrund oder infolge von Straftaten erlangt wird, besteht kein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der Eigentumsposition. Es liegt kein Verstoß gegen das Übermaßverbot vor ausführlich: Julius in ZStW 109 (1997), 58 (S. 92 f.) oder Dannert S. 56 f.). Der Verfall ist demnach als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 I 2 GG anzusehen (so auch BVerfGE 22, 387 (422 f.) mit der Begründung, daß die strafrechtliche Einziehung stillschweigend vom Grundgesetz als Schranke des Eigentums zugelassen sei).

¹⁶ Zum Begriff: AK – StGB – Hassemer vor § 1, Rz. 346 ff.; vom Nebenstrafrecht werden Gesetze umfaßt, die strafrechtliche Instrumente enthalten, ohne dabei ausschließlich strafrechtlichen Zwecken zu dienen.

¹⁷ Zahlreiche weitere Beispiele finden sich bei Dietrich S. 23 ff.

Nebengesetzen kurz dargestellt - hier finden sich Regelungen, die mit der Ausschlußregelung des heute geltenden § 73 I 2 StGB vergleichbar sind.

Interessant in diesem Zusammenhang ist die Preistreibereiverordnung vom 8.5.1918¹⁸. Diese war eine Reaktion des Gesetzgebers auf das sich ausbreitende Wucher- und Schiebertum am Ende des 1. Weltkrieges. Die Preistreibereiverordnung wurde über das Ende des 1. Weltkrieges hinaus aufrechterhalten und während der Wirtschaftskrise (mit geringen Änderungen) zur Inflationsbekämpfung eingesetzt.¹⁹ § 7 I Preistreibereiverordnung sah bei der Überschreitung festgelegter Höchstpreise für den Verkauf von Waren die Einziehung eines Betrages vor, der dem übermäßigen Gewinn entsprach. Diese Möglichkeit einer staatlichen Gewinnabschöpfung wurde als Mehrerlösabführung bezeichnet.

Zur Verwirklichung der nationalsozialistischen Ordnungspläne wurde die Preistreibereiverordnung durch die Preisstrafrechtsverordnung vom 3.6.1939 ersetzt.²⁰ Sie galt in der Fassung der Verordnung vom 28.10.1944 auch nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches weiter.²¹ Eine Abführung des Mehrerlöses war in § 4 Preisstrafrechtsverordnung zwingend vorgesehen. Die Anordnung der Mehrerlösabführung hatte nur zu unterbleiben, *“soweit er (Anmerkung: der Mehrerlös) nicht auf Grund eines rechtlich begründeten Rückforderungsanspruches an den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten zurückerstattet ist.”*²²

Diese Regelung ähnelt § 73 I 2 StGB. Ein Unterschied besteht jedoch darin, daß für § 73 I 2 StGB das Bestehen eines zivilrechtlichen Ausgleichsanspruches genügen soll. Hierzu wird unten noch näher auszuführen sein. Die Mehrerlösabführung gemäß § 4 Preisstrafrechtsverordnung wurde dagegen auch dann angeordnet, wenn zivilrechtliche Ansprüche bestanden – mit deren

¹⁸ RGBl. S. 395; zur Entstehungsgeschichte im weiteren RGSt 53,89 (92 f.): Dem Staat als „Vertreter der geschädigten Allgemeinheit“ solle durch die Mehrerlösabführung ein „Konfiskationsanspruch“ zugebilligt werden. Dieser sei anders als im Allgemeinen preußischen Landrecht jedoch kein zivilrechtlicher sondern ein öffentlichrechtlicher Anspruch. Seine Geltendmachung wiederum erfolge im Strafverfahren.

¹⁹ Notverordnung vom 24.2.1923; RGBl. S. 225

²⁰ vgl. Tränkmann in Deutsche Justiz 1941, 1141 (1141)

²¹ Feigenspan, S. 95. Als Beispiel der Rechtsprechung sei auf OLG-Hamburg, Urteil vom 26.10.1946 hingewiesen (abgedruckt in MDR 1947, 103)

²² § 4 I 1 Preisstrafrechtsverordnung

Geltendmachung aber nicht zu rechnen war. Sollten nach der Abführung des Mehrerlöses wider Erwarten doch noch zivilrechtliche Ausgleichsansprüche Geschädigter tituliert werden, so waren diese aus den an die Staatskassen bereits abgeführten Mehrerlösen (zumindest teilweise) zu befriedigen.²³ Im übrigen konnte die Abführung des Mehrerlöses auch direkt zugunsten des Geschädigten angeordnet werden. Hierzu war dessen Antrag, sowie die richterliche Überzeugung von der Begründetheit des Rückforderungsanspruches erforderlich, § 4 I 2 Preisstrafrechtsverordnung.

Dies ist um so interessanter, als die Regelung des § 73 I 2 StGB überwiegend als unbefriedigend empfunden wird. Im Rahmen einer Stellungnahme zu dieser Kritik und den Überlegungen, die Vorschrift abzuschaffen, werden auch Alternativen zu diskutieren sein. In diesem Zusammenhang wird auf die Regelung des § 4 I Preisstrafrechtsverordnung zurückzukommen sein.²⁴

Eine entsprechende Regelung wurde schließlich ins 1949 geschaffene Wirtschaftsstrafgesetz aufgenommen (§§ 49 – 52 a.F. des Wirtschaftsstrafgesetzes).²⁵ Gemäß § 49 I a.E. Wirtschaftsstrafgesetz unterblieb die Mehrerlösabführung ebenfalls, falls eine Rückerstattung an den Betroffenen erfolgt ist. Die Anordnung der Rückerstattung an den Geschädigten (§ 50 I a.F. Wirtschaftsstrafgesetz) wurde schon damals im Hinblick auf ihre Praktikabilität kritisch beurteilt. Die zivilrechtlichen Fragen seien schwieriger zu beurteilen als im Adhäsionsverfahren. Schon dieses erlange kaum praktische Bedeutung. Da die Anordnung der Rückerstattung an den Geschädigten fakultativ sei, werde sie der Richter in aller Regel unterlassen. Dem Geschädigten verbleibe, die Durchsetzung seiner Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg zu suchen.²⁶ Eine Fortsetzung fanden diese Regelungen nach der Neufassung des Wirtschaftsstrafgesetzes von 1954 durch die §§ 8 – 11 Wirtschaftsstrafgesetz:

Gemäß § 9 I Wirtschaftsstrafgesetz kann auf Antrag des Geschädigten die Rückerstattung des Mehrerlöses an diesen angeordnet werden. Diese Regelung hat in der Praxis allerdings so gut wie keine Bedeutung erlangt.²⁷ Legt der Verletzte hingegen einen zivilrechtlichen Titel vor, kann er auf den Wert des vom Staat abgeschöpften Mehrerlöses zurückgreifen beziehungs-

²³ Knaut, S.105

²⁴ vgl. unten Teil E. II. bzw. Teil F.

²⁵ vgl. Drost-Erbs: Kommentar zum Wirtschaftsstrafgesetz.

²⁶ Drost-Erbs zu § 50, Anmerkung I.

²⁷ Erbs/Kolhaas – Lampe zu § 9, Rz. 1

weise die Einstellung der staatlichen Vollstreckung verlangen (§ 9 II Wirtschaftsstrafgesetz). Dadurch soll vermieden werden, daß der Straftäter die zur Befriedigung des Verletzten notwendigen Mittel wegen der Abführung des Mehrerlöses nicht mehr hat – dem Anspruch des Verletzten wird insofern Priorität vor dem des Staates eingeräumt.²⁸

Diese Zielsetzung entspricht der mit der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB verfolgten. Das Wirtschaftsstrafgesetzbuch verzichtet auf eine solche – räumt dem Verletzten aber Rückgriffsmöglichkeiten gegen den Staat ein. Die Regelung ähnelt insofern der des Reformentwurfes zum Verfallsrecht.²⁹

²⁸ Erbs/Kolhaas – Lampe zu § 9, Rz. 11

²⁹ ausführlich hierzu unten Teil C. und D.

C. Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf

In diesem Teil der Arbeit wird sowohl das geltende materielle Verfallsrecht als auch der Reformentwurf nach dem Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten vom 03.02.1998 dargestellt.

I. Die Regelung des Verfalls nach geltendem Recht und dem Reformentwurf

Eine kurze Darstellung der geltenden materiell – rechtlichen Regelung des Verfalls ist aus zwei Gründen notwendig: Zum einen bedarf es dieser für ein umfassendes Verständnis der Regelung des § 73 I 2 StGB. Diese kann nicht isoliert vom Inhalt beziehungsweise der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Verfallsregelungen bewertet werden. Inwieweit die Ausschlußregelung (Haupt-) Grund für das oft kritisierte Schattendasein des Verfalls ist, wird ohne Kenntnis vom Verfallsrecht nicht zu klären sein.

Zum anderen baut der Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten vom 03.02.1998³⁰ zu großen Teilen auf das derzeit geltende Verfallsrecht auf. Zwar sieht der Reformentwurf eine Zusammenfassung der Vorschriften über den Verfall und derjenigen über die Einziehung zu einem einheitlichen Tatbestand vor³¹ - die Problematik hinter dieser rein begrifflichen Änderung bleibt aber bestehen. Darauf wird im Rahmen der Erörterung des Reformentwurfes einzugehen sein, was ohne Ausführungen zum derzeitigen Verfallsrecht nicht möglich sein wird.

1. Entwicklung der derzeitigen Fassung des Verfallsrechtes

Die durch das zweite Gesetz zur Reform des Strafrechtes vom 14.07.1969³² eingeführte Regelung des Verfalls sah den Verfall von „Vermögensvorteilen“ des Straftäters vor (vgl. § 73 I StGB a.F.). Aufwendungen, die der Täter im Zusammenhang mit der Straftat tätigen mußte, waren nach ganz über-

³⁰ BT-Drs. 13/9742 – die wichtigsten Vorschriften des Reformentwurfes sind auch im Anhang wiedergegeben.

³¹ vgl. Gesetzentwurf vom und Begründung, a.a.o., S.2 und 17

³² BGBl. 1969 I , S.717 (S.734)

wiegender Meinung³³ von einem dem Verfall unterliegenden Gewinn aus der Tat abzuziehen. Dem Verfall unterlag also nur der Nettogewinn aus der Straftat. Der Tatrichter mußte die Höhe der Aufwendungen des Täters ermitteln, was einen enormen zusätzlichen Verfahrensaufwand bedeutete. Darin wurde ein Grund für die mangelnde Anwendung des Instrumentes des Verfalls durch die Strafrechtspraxis gesehen.³⁴

Dies sollte durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.02.1992³⁵ geändert werden. Das Wort „Vermögensvorteil“ wurde durch die Formulierung „etwas“ ersetzt³⁶. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte damit das Bruttoprinzip an die Stelle des Nettoprinzips treten. Dies erfolgte vor allem in der Absicht, Schwierigkeiten des Tatrichters bei der Ermittlung der abzuziehenden Aufwendungen in Zukunft zu vermeiden³⁷. Solche sollten nunmehr unberücksichtigt bleiben.

Diese Änderung des Verfallsrechtes löste eine kritische Auseinandersetzung mit der Regelung aus. Diese befaßte sich teilweise mit der Benutzung des Wortes „etwas“ in § 73 I 1 StGB.³⁸ Göhler vertrat die Ansicht, daß durch die Formulierung „etwas“ auch immaterielle Werte wie Zuneigung vom Verfall erfaßt würden. „Etwas“ sei als im Strafrecht verwendeter Begriff (im Gegensatz zum Kondiktionsrecht) „uferlos und nebelhaft“. Dagegen hat Katholnigg zurecht angeführt, daß „etwas“ i.S.d. Verfallsrechtes durchaus anhand der Rechtsfolge des § 73 a S. 1 StGB eingegrenzt werden könne: Anstelle des Verfalls des Originalobjektes tritt der des Wertes.³⁹ Immaterielle Werte müssen demnach ausscheiden.

Auch wurde bezweifelt, daß die Änderung tatsächlich zum intendierten Übergang vom Netto- zum Bruttoprinzip geführt habe. So versucht Wolters die Ver-

³³ BGHSt 28,369 (370) oder auch Franzheim wistra 1989, 87 (87)

³⁴ ausführlicher: Güntert S. 97 mit dem Hinweis auf die häufige Ausgliederung des Verfalls aus dem Strafverfahren gem. §§ 430, 442 I StPO mit dem Ziel, dieses nicht unnötig aufzublähen.

³⁵ BGBl. 1992 I, S.372 ff.

³⁶ BGBl. 1992 I, S. 374

³⁷ vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/1134, S.12; das Nettoprinzip führe auch zu Widersprüchen zu § 817 S.2 BGB: Wer sich außerhalb der Rechtsordnung bewege, dem versage diese auch Hilfe bei der Rückabwicklung der in diesem Zusammenhang getätigten Geschäfte

³⁸ Göhler, wistra 1992, 133 (135f.)

³⁹ Katholnigg, JR 1994, 353 (356)

fallsvorschriften im Sinne des Bereicherungsrechtes auszulegen und weiterhin auf deren Ausgleichsfunktion abzustellen⁴⁰.

Auf diese meines Erachtens ohnehin verfehlte Kritik wird mangels Relevanz für die hier zu behandelnde Problematik, das Verhältnis zu zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen, nicht vertieft einzugehen sein.⁴¹

2. Exkurs: Kritik an der Änderung von 1992

a) Das Bruttoprinzip im Hinblick auf seine Verfassungsmäßigkeit

Die Änderung löste aber auch – zumindest in der Literatur – eine Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit der reformierten Regelung aus. Zu Recht wird eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung des Verfallstatbestandes gefordert. Die Rechtsprechung folgt dem nicht. Für das Verhältnis des Verfalls zu zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen ist diese Problematik aber kaum von Bedeutung. Im folgenden soll sie daher nur kurz erörtert werden. Es erscheint nicht als opportun, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verfalls ganz auszuklammern – bleibt sie doch auch hinsichtlich des Reformentwurfes von Bedeutung.

Bis zur Änderung des Gesetzes wurde der Verfall überwiegend als quasi-kondiktionsähnliche Ausgleichsmaßnahme angesehen⁴². Straf (-ähnlicher) Charakter kam ihm nicht zu, weil er als Konsequenz des obig beschriebenen Nettoprinzips nur den tatsächlich im Vermögen des Straftäters vorhandenen Gewinn erfaßte. Eine Qualifizierung als Maßregel der Besserung und Sicherung im Sinne des § 61 StGB sollte nach h.M. ebenfalls nicht in Betracht kommen. Im Gegensatz zum Verfall werde mit dieser auf eine „in der Tat objektivierete Wiederholungs-

⁴⁰ Das Bruttoprinzip sei auch der geänderten Verfallsregelung nicht implementiert, S. 51ff. und S.122 f.

⁴¹ Wolters stellt das bereicherungsrechtliche Abschöpfungsprinzip zu sehr in den Hintergrund. Er vermengt Kondiktions- und Schadensersatzrecht, wenn er ausführt, das Kondiktionsrecht diene der Wiederherstellung des ursprünglichen vermögensmäßigen Zustandes (S.72).

Das Kondiktionsrecht dient nicht dazu, den Verletzten schadlos zu stellen – diese Funktion kommt dem Deliktsrecht zu, das im Gegensatz zum Kondiktionsrecht ein Vertretenmüssen des Deliktsschuldners voraussetzt; vgl. hierzu: Esser/Weyers, S. 108

⁴² vgl. nur Eser, S. 84 und 113; a.A. wechselnde Rechtsnatur: bei Verschulden überwiege Strafcharakter. Ansonsten Nichttolerierung der rechtswidrigen Vermögenslage; siehe hierzu Übersicht bei LK – Schäfer (10. Auflage) zu § 73, Rz. 5

gefahr⁴³ reagiert. Der Verfall bezwecke nicht, den Täter an der Begehung weiterer rechtswidriger Taten zu hindern.⁴⁴ Durch den Übergang zum Bruttoprinzip sind nunmehr aber - wie oben unter 1. ausgeführt - Fälle denkbar, bei denen dem Täter mehr genommen wird, als er zum Zeitpunkt der Verfallsanordnung noch aus der Straftat in seinem Vermögen hat. Die Rechtsnatur des Verfalls ist daher nunmehr als strafähnlich zu qualifizieren.⁴⁵ Dies kann nicht einfach mit dem Hinweis darauf verneint werden, daß dem Straftäter nur etwas genommen werde, was ihm ohnehin nicht zustehe.⁴⁶

Auch die Behandlung des Problems durch die Rechtsprechung ist zu oberflächlich: Entweder wird darauf gar nicht⁴⁷ oder nur kurz und in allgemeinen Formulierungen eingegangen. So ist nach Ansicht des Bayrischen Obersten Landgerichtes⁴⁸ das "Verlustrisiko bei der Durchführung gesetzwidriger Unternehmungen" als "angemessenes und sachgerechtes gesetzgeberisches Mittel zur Bekämpfung" gesetzwidrigen Verhaltens anzusehen. Entsprechendes gilt für die Kommentierung von Schmidt, der wegen der Anknüpfung des Verfalls (auch) an schuldlose Taten den Strafcharakter ablehnt.⁴⁹ Ob dem Verfall nach

⁴³ Jakobs AT, S.30

⁴⁴ LK – Schäfer (10. Auflage) zu § 73 (alt), Rz. 4; vgl. auch SK – Horn zu § 73, Rz. 3: Der Rechtscharakter des Verfalls sei allein nach § 11 I Nr. 8 StGB zu bestimmen. In Betracht komme nur die Einordnung als Maßnahme eigener Art.

⁴⁵ Strafe ist einerseits „Vergeltung durch Zufügung des Strafübels“ (BVerfGE 22,125 (132)) – die zu spezial- und generalpräventiven Zwecken erfolgt BVerfGE 9, 137 (145)). Andererseits enthält Strafe immer auch ein sozialetisches Unwerturteil (ausführlich: Kühl, S. 15 oder speziell für dem Täter auferlegte Zahlungspflichten Meyer in FS Tröndle, S. 70). Festzuhalten bleibt, daß das Bruttoprinzip im Ergebnis zu einer Vermögensminderung führen kann. Der Verfall beschränkt sich nicht lediglich auf eine Ausgleichsfunktion. Der Straftäter wird vermögensmäßig schlechter gestellt - ihm wird ein wirtschaftliches Übel zugefügt. Auch die Zielsetzung des Verfalls spricht für die Annahme einer zumindest strafähnlichen Rechtsnatur: Sowohl spezialpräventiv dem Täter als auch generalpräventiv der Allgemeinheit soll gezeigt werden, daß sich die Begehung von Straftaten wirtschaftlich nicht auszahlt (LK – Schäfer (10. Auflage) zu § 73, Rz. 4). Demnach kommt der Verfallsregelung grundsätzlich zumindest strafähnlicher Charakter zu (ausführlich: Dannert S.28ff. (m.w.N.)).

⁴⁶ so aber ohne nähere Begründung: Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 716

⁴⁷ BGH NSTz 1994, 123: Es wird ausdrücklich die Geltung des Bruttoprinzipes betont (S.124) – es findet sich aber keine Stellungnahme zum damals schon in der Literatur diskutierten Problem der Rechtsnatur bzw. der Verfassungsmäßigkeit des Verfalls.

⁴⁸ BayObLG NSTz 1997,317: Dieses Urteil betrifft zwar § 29 a OWiG; dort stellt sich aber das insoweit gleiche Problem. Auch in § 29 a OWiG wurde "Vermögensvorteil" durch "etwas" ersetzt – BGBl. 1992 I S. 375.

⁴⁹ LK – Schmidt zu § 73, Rz. 7. Diese Argumentation folgt dem Prinzip, daß nicht sein kann, was nicht sein darf.

dem Übergang zum Bruttoprinzip zumindest strafähnlicher Charakter zukommt, ist aber allein anhand seiner Auswirkungen und Zielsetzungen zu klären. Nach dem Übergang zum Bruttoprinzip kann nicht mehr von einer quasi-kondiktionalen Rechtsnatur ausgegangen werden. Das Kondiktionsrecht ist dogmatisch als Billigkeitsrecht⁵⁰, als speziellere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§242 BGB), einzuordnen. Von der Ausgleichung soll grundsätzlich nur das unrechtmäßige „Haben“ zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches erfaßt werden⁵¹. Der „oberste Grundsatz des Bereicherungsrechtes“, das Abschöpfungsprinzip, verbietet, daß die Herausgabepflicht zu einer Verminderung des Vermögens des Bereicherungsschuldners führt⁵². Dessen Herausgabepflicht entfällt gem. § 818 III BGB grundsätzlich im Falle der Entreicherung. Schon allein wegen der Unvereinbarkeit des Bruttoprinzipes (oder zumindest von einigen daraus resultierenden Fallkonstellationen) mit diesem Grundsatz scheidet eine Qualifizierung des Verfalls als quasi-konditionelles Rechtsinstitut aus⁵³.

Das Kondiktionsrecht weist weitere Besonderheiten auf, die auf das Verfallsrecht nicht direkt übertragbar sind. So kommt es im Bereicherungsrecht immer auf die sorgfältige Ermittlung des Kondiktionschuldners an.⁵⁴ Im Rahmen der

⁵⁰ BGHZ 36,232 (235)

⁵¹ Münchner Kommentar – Lieb: § 812, Rz. 1

⁵² BGHZ 55,128 (131 und 134)

⁵³ Hoyer, GA 1993,406 (414f.), Eser in FS Stree/Wessels, S. 844 (m.w.N.). Dagegen wendet Wolters (S. 83-85) ein, daß auch nach Kondiktionsrecht § 818 III BGB nicht anzuwenden ist, wenn der Leistungsempfänger weiß, daß er das Empfangene nicht behalten darf (§ 819 I BGB). Die zivilrechtliche Herausgabepflichtung des Bereicherungsschuldners ist nur durch Vermögensnachteile und Aufwendungen beschränkt, die er gutgläubig in Bezug auf die Beständigkeit des Vermögenszuwachses gemacht hat (Palandt – Thomas zu § 818, Rz. 30). Beim strafrechtlichen Verfall sind kaum Fälle denkbar, in denen der Täter davon ausgehen durfte, daß er das aus der Straftat Erlangte behalten dürfe. Daraus läßt sich meiner Meinung nach aber nicht ableiten, daß das Verfallsrecht nach der Einführung des Bruttoprinzips weiterhin kondiktionsähnlichen Charakter habe. Vielmehr zeigt sich, daß die Grundsätze des zivilrechtlichen Kondiktionsrechts nicht ohne weiteres auf das strafrechtliche Verfallsrecht übertragbar sind. Das Abschöpfungsprinzip und mithin auch § 818 III BGB müssen als eine der zentralen Regelungen des Kondiktionsrechts verstanden werden. Wenn diese beim strafrechtlichen Verfall nicht greifen, kann letzterer auch kaum als kondiktionsähnlich begriffen werden. § 819 BGB i.V.m. § 818 IV BGB führt über § 292 BGB zur Schadensersatzhaftung des § 989 BGB (Larenz/Canaris BT 2, § 73 II 3a). Die Rechtsfolge ergibt sich im Anwendungsbereich des § 819 I BGB zwar mittelbar aus Kondiktionsrecht – ist aber als schadensrechtliche zu qualifizieren.

⁵⁴ vgl. Larenz/Canaris BT 2, § 67 I1b: Bereicherungshaftung ist „völlig unabhängig von einer Zurechnung zum Verhalten des Schuldners“; oder auch Medicus S. 536 ff.

C Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf

Eingriffskondiktion wird dieser anhand des Merkmals „auf dessen Kosten“ bestimmt. Der so ermittelte Kondiktionsschuldner sieht sich unabhängig eines etwaigen Verschuldens dem Anspruch des Entreicherten ausgesetzt. Als Konsequenz hieraus sind Fälle denkbar, bei denen sich der Kondiktionsanspruch nicht gegen den vorsätzlich deliktisch handelnden, sondern gegen einen redlichen Dritten richtet.⁵⁵ Der strafrechtliche Verfall hingegen kann sich niemals gegen das Vermögen eines gänzlich tatunbeteiligten Dritten richten. Dies ist auch im Rahmen des sogenannten Drittverfalles gem. § 73 IV StGB nicht möglich – hierzu sei an dieser Stelle auf die noch folgenden Ausführungen verwiesen.⁵⁶

Eine Qualifizierung des Verfalls als Maßregel der Besserung und Sicherung scheitert – wie auch bereits vor dem Übergang zum Bruttoprinzip – an der erforderlichen Reaktion auf eine Wiederholungsgefahr.⁵⁷ Daran kann auch der Wortlaut des § 11 Nr. 8 StGB nichts ändern, der eine Einordnung als Maßregel der Besserung und Sicherung nahelegt. Die Rechtsnatur eines Rechtsinstitutes kann nicht aus einer gesetzgeberischen Definition hergeleitet werden. Ansonsten hätte es der Gesetzgeber in der Hand, Anforderungen an bestimmte Rechtsinstitute durch „Umqualifizierungen“ zu umgehen.

⁵⁵ Dies zeigt der sogenannte „Jungbullenfall“ (BGHZ 55,176; vgl. auch Erman – Westermann zu § 812, Rz. 83 (m.w.N.)), dem vereinfacht dargestellt folgender Sachverhalt zugrunde lag: Ein Dieb stahl bei einem Bauern Jungbullen und veräußerte diese an einen redlichen Dritten weiter. Letzterer verarbeitete die Jungbullen zu Fleisch- und Wurstwaren. Der Bundesgerichtshof bejahte zutreffenderweise einen auf Wertersatz gerichteten Anspruch des bestohlenen Bauern aus Eingriffskondiktion (der wegen der Verarbeitung einschlägige § 951 I 1 BGB ist nach ganz h. M. (vgl. Jauernig – Jauernig zu § 951, Rz. 1) eine Rechtsgrundverweisung (und nicht eine bloße Rechtsfolgenverweisung) – die Voraussetzungen des Bereicherungstatbestandes mußten demnach geprüft werden). Dieser richtet sich nicht gegen den Dieb, sondern gegen den redlichen Dritten. Es liegt kein Fall der Leistungskondiktion im Verhältnis des Diebes zum Dritten vor. Der Dieb konnte mangels Eigentum an den Jungbullen nur den Besitz leisten (zutreffend: Jauernig – Schlechtriem zu § 812, Rz. 85). Der Eigentumserwerb des Dritten aufgrund Verarbeitung (§950 BGB) stellt im Verhältnis zum Bestohlenen wegen § 935 I BGB keinen Rechtsgrund dar. Der redliche Dritte konnte dem auf Wertersatz gerichteten Kondiktionsanspruch nicht einmal den an den Dieb gezahlten Kaufpreis entgegenhalten.

⁵⁶ siehe hierzu 5. d)

⁵⁷ siehe hierzu oben a)

b) Schuldprinzip und verfassungskonforme einschränkende Auslegung

Aus dem zumindest strafähnlichen Charakter des Verfalls ergibt sich ein Verstoß gegen das Schuldprinzip. Eine Anordnung des Verfalls ist schon bei nur rechtswidrigen und nicht auch schuldhaften Taten möglich.⁵⁸

Die Verfallsvorschriften sind daher verfassungskonform dahingehend auszu-legen, daß nur bei einer Verurteilung wegen einer schuldhaften Tat das Brutto-prinzip zur Anwendung kommt. Ansonsten bleibt es entgegen dem Willen des Gesetzgebers (vgl. oben 1.) beim Nettoprinzip.⁵⁹

3. Der Reformentwurf

Der bereits erwähnte Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten vom 03.02.1998⁶⁰ ist bis heute nicht in kraft getreten. Obwohl er von den Fraktionen der CDU/CSU, der SPD und der F.D.P. gemeinsam getragen wurde, konnte er innerhalb der 13. Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet werden und fiel nach deren Ablauf der Dis-kontinuität anheim.

⁵⁸ Das Schuldprinzip ist zwar nicht ausdrücklich im Grundgesetz normiert – der Grund-satz *nulla poena sine culpa* genießt aber nach allgemeiner Meinung Verfassungs-rang (vgl. SS – Stree vor § 38, Rz. 6 oder BVerfGE 20,323 (331)) - „er ist an der Idee der Gerechtigkeit orientiert und findet seine Grundlage im Rechtsstaatsprinzip und in Art. 1 I GG“ (BVerfGE 50, 125 (133)). Diese Auffassung des Bundes-verfassungsgerichtes, das Schuldprinzip aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundrecht der Menschenwürde abzuleiten und ihm Verfassungs-rang zukommen zu lassen, wird von der Strafrechtslehre geteilt (vgl. SS – Lenckner vor § 13, 103 (m.w.N.)).

Strafe kann nur an ein vorwerfbares, schuldhaftes Verhalten anknüpfen. Strafe ohne Schuld wäre eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Fehlende Schuld schließt eine Bestrafung des Täters aus (vgl. auch: Roxin AT, S. 2 oder Maurach/Zipf AT 1, S.120f.). Eine Anordnung des Verfalls infolge einer lediglich rechtswidrigen Tat kann ist mit dem Schuldprinzip nur vereinbar, wenn dem Verfall ausnahmsweise kein strafähnlicher Rechtscharakter zukommt – wenn aufgrund der Verfallsanordnung keine wirtschaftliche Schlechterstellung eintritt.

⁵⁹ so auch die wohl herrschende Lehre: SS – Eser vor § 73, Rz.19; TF – Fischer zu § 73, Rz. 3a (m.w.N.); im Ergebnis gleich, aber andere Begründung: Berücksichtigung des Schuldprinzipes über Erweiterung des Anwendungsbereiches von § 73 c StGB, SK – Horn zu § 73, Rz. 5. Hellmann in GA 1997, 503 differenziert hingegen danach, ob der Brutto- den Nettogewinn übersteigt (S. 521 f.). Nur in diesem Falle läge Strafcharakter vor. Auch dieser differenzierende Ansatz ändert jedoch am Ergebnis nichts.

⁶⁰ BT-Drs. 13/9742

Nach Auskunft des Bundesministeriums der Justiz bestehen weiterhin Reformbestrebungen. Die gegenwärtigen Überlegungen zu einer Reform würden aber berücksichtigen, daß die bislang in einigen Bundesländern verwirklichten Modellprojekte mit Schulungsmaßnahmen prägnante Steigerungen der abgeschöpften Werte erreicht hätten.⁶¹ Ein überarbeiteter Referentenentwurf liegt bislang nicht vor – wann damit gerechnet werden kann, ist nach Auskunft des Bundesministeriums der Justiz noch nicht absehbar. Im Frühjahr 2001 sollten ausführliche Erfahrungsberichte vorliegen – die bisher auf Länderebene durchgeführten Modellprojekte würden aber jetzt schon zeigen, daß durch Schulungsmaßnahmen erhebliche Verbesserungen auch auf Grundlage des geltenden Rechtes erreicht werden könnten.⁶²

Vorliegende Arbeit setzt sich weiterhin mit dem Reformentwurf in der Fassung vom 03.02.1998 auseinander. Unabhängig davon, wie der überarbeitete Referentenentwurf aussehen wird, kann anhand des Reformentwurfes beispielhaft eine Regelung des Verfallsrechtes erörtert werden, die – entsprechend einer mehrfach in der strafrechtlichen Literatur geäußerten Forderung – keine dem § 73 I 2 StGB entsprechende Ausschlußregelung enthält.⁶³

4. Exkurs: Kritik am Reformentwurf

Der Reformentwurf beseitigt die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht. Wie oben ausgeführt,⁶⁴ hält dieser sowohl am Bruttoprinzip als auch am Ausreichen einer nur rechtswidrigen Tat für eine Anordnung der Einziehung des Erlangten fest.

Der Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf kommt wie auch dem Verfall grundsätzlich strafähnlicher Charakter zu: Wegen des Festhaltens am Bruttoprinzip kann es zu einer Vermögensminderung beim Straftäter kommen. Dies muß aufgrund der Zufügung eines wirtschaftlichen Übels zur Annahme eines strafähnlichen Rechtscharakters führen. Um unnötige Wiederholungen zu

⁶¹ vgl. hierzu das einleitend in Teil A. Ausgeführte

⁶² Dies wurde auf Anfrage vom Bundesministerium der Justiz mit Schreiben vom 27.10.1999 bzw. 27.11.2000 mitgeteilt. Seither gab es aber keine neuen erkennbaren Entwicklungen hinsichtlich der Reformbemühungen.

⁶³ ausführlich wird diese Problematik in Teil D. behandelt.

⁶⁴ vgl. hierzu oben 3.

vermeiden, sei diesbezüglich auf die obige ausführliche Darstellung der identischen Problematik beim geltenden Recht hingewiesen.⁶⁵

Es ist unverständlich, daß die Begründung des Reformentwurfes keine ausführlichen Ausführungen zur Rechtsnatur beziehungsweise zur Verfassungsmäßigkeit der Einziehung des Erlangten enthält. Ohne nähere Begründung wird behauptet, es handele sich bei der Einziehung des Erlangten um eine schuldunabhängige Maßnahme eigener Art ohne Strafcharakter.⁶⁶ Es mag vertretbar sein - entgegen der hier vertretenen sowie der wohl herrschenden Meinung in der Literatur - die Annahme eines strafähnlichen Rechtscharakters abzulehnen. Im Rahmen einer umfassenden Überarbeitung des Verfallsrechtes ist aber zumindest eine argumentative Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung zu fordern. Diese kann nicht einfach ignoriert werden.

5. Inhalt der derzeit geltenden Regelung

Wie bereits ausgeführt, bedarf es einer (zumindest kurzen) Darstellung der materiell – rechtlichen Ausgestaltung des geltenden Verfallsrechtes sowie der damit verbundenen Probleme. Eine solche folgt in diesem Teil der Arbeit. Behandelt werden die gesetzlich normierten Fallgruppen des Verfallsrechtes sowie typischerweise auftretende Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung.

Gemeinsames Tatbestandsmerkmal aller Fallgruppen des Verfalls ist, daß für dessen Anordnung eine mindestens rechtswidrige Tat erforderlich aber auch ausreichend ist. Gemäß § 11 I Nr. 5 StGB muß die Anknüpfungstat zumindest den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht haben.

a) Täterbezogener Verfall, § 73 I StGB

Mit der Einfügung des Tatbestandsmerkmals „etwas“ wurde das Bruttoprinzip eingeführt. Hierzu sei auf die ausführlichen Ausführungen oben unter 1. verwiesen. An dieser Stelle sei lediglich der Vollständigkeit halber kurz auf die einschränkende Auslegung bei schuldloser Anknüpfungstat hingewiesen.⁶⁷ Für das Tatbestandsmerkmal des Erlangens wird nach ganz überwiegender Meinung

⁶⁵ siehe hierzu oben 2.

⁶⁶ BT-Drs. 13/9742 S. 21

⁶⁷ vgl. hierzu ausführlich oben 2.

auf die tatsächliche Verfügungsgewalt des Täters abgestellt.⁶⁸ Die zivilrechtliche Wirksamkeit des Grund- bzw. Verfügungsgeschäftes, das zum Erlangen durch den Täter führt, ist unerheblich.

Interessant in diesem Zusammenhang ist, daß eine Anordnung des Verfalls in den Fällen ausscheidet, in denen die Vermögenswerte zum Zeitpunkt der Anordnung einem tatunbeteiligten Dritten zustehen.⁶⁹ Täterfremdes Eigentum kann nur unter den Voraussetzungen des § 73 IV StGB für verfallen erklärt werden. Dem ist meines Erachtens zuzustimmen. Mit dem strafrechtlichen Instrument des Verfalls kann nicht zu Lasten tatunbeteiligter Dritter in die zivilrechtliche Eigentumsordnung eingegriffen werden. Die Bindung an die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse läßt sich auch mittelbar der Regelung des § 73 IV StGB entnehmen.⁷⁰ Nur beim Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen kann der Verfall eines einem Dritten gehörenden Gegenstandes angeordnet werden. Hinzu kommt, daß durch das Grundrecht des Art. 14 GG der Schutz des Eigentums Verfassungsrang genießt.

Die Anordnung des Verfalls bezüglich des Tatobjektes ist demnach bei klassischen Eigentumsdelikten nahezu ausgeschlossen. Bei solchen wird in aller Regel keine Übereignung vom Opfer auf den Täter erfolgen. Es fehlt an dem hierfür erforderlichen dinglichen Vertrag, der Einigung.⁷¹

Bei Vermögensdelikten wie beispielsweise Betrug gem. § 263 StGB ist dagegen ein Eigentumserwerb des Täters (oder des von diesem Begünstigten) denkbar. Übereignet das Opfer dem Täter das Tatobjekt, so ist dieses nicht als Abhandengekommen im Sinne des § 935 I BGB anzusehen. Dies würde einen Besitzverlust des Eigentümers ohne dessen Willen voraussetzen.⁷² Beim Betrug tritt dieser in der Regel aber gerade mit dem (wenn auch infolge einer Täuschung gefaßten) Willen des Berechtigten ein. Eine Verfallsanordnung bezüglich des Tatobjektes ist hier vorbehaltlich der Regelung des § 73 I 2 StGB – zu der später auszuführen ist – denkbar.

⁶⁸ BGH NStZ-RR 1997,262 (262); zum alten Recht, aber zur insofern gleichen Problematik: BGHSt 36,251 (254); SS – Eser zu § 73, Rz. 11

⁶⁹ ganz einhellige Meinung; vgl. jeweils m.w.N.: SS – Eser zu § 73, Rz. 18; SK – Horn zu § 73, Rz. 13; Eberbach NStZ 1987, 486 (490)

⁷⁰ so auch zutreffend: Dessecker, S. 17.

⁷¹ vgl. nur Jauernig – Jauernig zu § 929, Rz. 4; in der Neuauflage nunmehr auch SS – Eser zu § 37, Rz.19

Die Kritik an § 73 I 2 StGB setzt sich hiermit nicht auseinander. Wie noch ausführlich auszuführen sein wird, sieht diese allein die Regelung des § 73 I 2 StGB als „Totengräber des Verfalls“⁷³ an: Bei Eigentums- und Vermögensdelikten gebe es immer einen Geschädigten, dem Ausgleichsansprüche zustünden. Deshalb sei eine Verfallsanordnung hier immer ausgeschlossen. § 73 I 2 StGB führe zum Schattendasein des Verfalls. Der aktuelle Reformentwurf will die Regelung deshalb streichen.⁷⁴ Auf die Kritik an § 73 I 2 StGB wird noch näher einzugehen sein. An dieser Stelle kann aber festgehalten werden, daß sie in ihrem Blickwinkel verkürzt erscheint.

Unabhängig vom Bestehen einer dem § 73 I 2 StGB vergleichbaren Regelung gibt es parallel hierzu weitere Gründe für die zwingende Nichtanordnung des Verfalls. Bei Eigentumsdelikten werden in aller Regel nicht nur Ausgleichsansprüche des durch die Tat Verletzten einer Verfallsanordnung entgegenstehen. Das Tatobjekt geht eben auch nicht ins Eigentum des Täters oder Teilnehmers über. Diesbezüglich scheidet eine Verfallsanordnung ebenfalls aus – unabhängig vom Bestehen von für § 73 I 2 StGB relevanten Ausgleichsansprüchen.

Daran ändert auch eine Streichung dieser Vorschrift nichts. Es wäre wünschenswert, wenn die Kritik an dieser, bzw. wenn der mit deren Reform oder sogar gänzlichen Abschaffung befaßte Gesetzgeber diesen Punkt zumindest in die Überlegungen einbeziehen würde. Auch nach der Regelung des Reformentwurfes wird das Eigentum eines unbeteiligten Dritten einer Anordnung des Verfalls entgegenstehen.⁷⁵

b) Erstreckung des Verfalls auf Nutzungen und Surrogate, § 73 II StGB

Eine Verfallsanordnung kann sich gem. § 73 II 1 StGB auch auf Nutzungen erstrecken, soweit der Täter diese tatsächlich gezogen hat. Zum Begriff der Nutzung wird allgemein auf die §§ 99 und 100 BGB verwiesen. Umfaßt werden also im wesentlichen die Früchte und Gebrauchsvorteile im zivilrechtlichen

⁷² vgl. nur Palandt – Bassenge zu § 935, Rz.2f.; SS – Eser zu § 73, Rz. 20

⁷³ Eberbach NSTZ 1987, 486 (491)

⁷⁴ Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten, BT-Drs. 13/9742

⁷⁵ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der §§ 73 a IV und 74 III des Entwurfes eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten (a.a.o.). Hierzu wird unten noch näher ausgeführt.

Sinne des für verfallen zu erklärenden Objektes. Im Einzelfall ist aber die Reichweite des verfallsrechtlichen Nutzungsbegriffes strittig. Einigkeit besteht zwar darüber, daß Tatgewinne nur insoweit dem Verfall unterliegen können, als sie nicht nur mittelbar aus der Tat erzielt wurden. Aus dem Gesetzeswortlaut ("aus der Tat") folgt, daß vom Verfall nur erfaßt wird, was unmittelbar durch die Straftat erlangt wurde.⁷⁶ Kontrovers diskutiert wird aber die Behandlung von Gewinnen, die dem Täter durch Investitionen in ein Unternehmen⁷⁷ oder durch besonders hohe Verzinsung des Taterlöses zufließen⁷⁸. Für die Bedeutung der Vorschrift des § 73 I 2 StGB im Rahmen des Verfallsrechtes ist diese Problematik aber ohne Auswirkung. Auf Einzelheiten soll daher nicht eingegangen werden.⁷⁹

Erfaßt werden von § 73 II StGB auch Surrogate. Diese müssen an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes getreten sein - und zwar durch Veräußerung oder als Ersatz für die Zerstörung, die Beschädigung oder die Entziehung des ursprünglichen Gegenstandes. Hinzu kommt die Möglichkeit des Verfalls von Gegenständen, die der Straftäter „auf Grund eines erlangten Rechtes erworben hat“ (§ 73 II 2 Var. 3 StGB).⁸⁰ Auf Einzelheiten hierzu soll mangels Relevanz für die der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB zugrundeliegende Problematik nicht eingegangen werden.⁸¹

Zu klären ist im weiteren nur, ob auch Surrogate für verfallen erklärt werden können, die an Stelle von nicht dem Verfall unterliegenden Gegenständen treten. Hier ist an die Fälle zu denken, bei denen das Eigentum am Originalobjekt einem Tatunbeteiligten zustand. Es wurde gezeigt, daß die Kritik an § 73

⁷⁶ BGH NSTz 1996,332 (332): mittelbarer Gewinn (aus Glücksspiel) wird vom Verfall nicht erfaßt. Vgl. auch LK – Schmidt zu § 73, Rz. 44 (m.w.N.).

⁷⁷ Bei Unternehmensgewinnen wird es i.a.R. an der erforderlichen Unmittelbarkeit des Erlangens fehlen; vgl. LK – Schmidt zu § 73, Rz. 44 oder Schäfer in der 10. Auflage, Rz. 32 und 9; a.A. SK – Horn zu § 73, Rz. 11 oder Brenner DRiZ 1977, 203 (204): Abzustellen sei darauf, ob Gewinn nicht wesentlich auf der Leistung des ihn Erzielenden beruhe.

⁷⁸ vgl. SK – Horn zu § 73, Rz. 11: bankübliche Zinsen sollen danach noch dem Verfall unterliegen; a.A. TF – Fischer zu § 73, Rz. 19: mittelbarer Gewinn wird nicht erfaßt. Ansonsten sehe sich der erkennende Richter unlösbaren Problemen ausgesetzt.

⁷⁹ In diesem Zusammenhang ist auch auf Güntert, S. 48 ff. hinzuweisen. Seine Stellungnahme betrifft zwar noch die alte Fassung des § 73 StGB – ist aber weiterhin von Relevanz.

⁸⁰ vgl. ausführlich: LK – Schmidt zu § 73, Rz. 45 ff.

⁸¹ Zu beachten ist, daß die Anordnung des Verfalls gem. § 73 II 2 StGB fakultativ ist. Allerdings ist bei einem Absehen von der Anordnung des Verfalls nach dieser Vorschrift Wertersatzverfall i.S.d. § 73 a StGB zwingend! vgl. hierzu Gebert, S. 14 f.

C Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf

I 2 StGB diese Frage beim täterbezogenen Verfall des § 73 I StGB zu Unrecht ausklammert.⁸²

Die obigen Ausführungen hierzu lassen sich auf den Verfall von Surrogaten aber nur äußerst eingeschränkt übertragen. Die Abstandnahme von einer Anordnung des Verfalls zugunsten des Eigentums Tatunbeteiligter ist lediglich mit deren ansonsten drohendem Eigentumsverlust zu begründen.⁸³ Zu denken ist vordringlich wieder an Diebstahlsfälle. Soweit anstelle der Diebesbeute (im täterfremden Eigentum) ein Surrogat in das Vermögen des Täters gelangt (beispielsweise eine zu Unrecht an den Täter gezahlte Ersatzleistung für den Untergang der Diebesbeute), wird dieser daran regelmäßig Eigentum erlangen. Der sich aus der Verfallsanordnung ergebende Eingriff in das Eigentum eines Unbeteiligten droht demnach nicht.

Davon zu unterscheiden sind lediglich die Fälle, bei denen das Eigentum am Surrogat selbst einem Tatunbeteiligten zusteht. Hier ist dann von einer Verfallsanordnung wiederum (unabhängig von der Vorschrift des § 73 I 2 StGB) abzu- sehen. Diese Fälle sind aber kaum denkbar und werden für die Frage nach der Ursache für die mangelnde Anordnungshäufigkeit des Verfalls nicht relevant.

c) Vertreterklausel, § 73 III StGB

§ 73 III StGB ist vor allem bei Straftaten im Bereich des Wirtschaftslebens von Bedeutung.⁸⁴ Hier wird der Täter oft für eine andere juristische oder natürliche⁸⁵ Person handeln (Unternehmen, Auftraggeber, o.ä.), welcher der Vorteil aus der Tat zufließt.⁸⁶ Befindet sich das Tatobjekt zum Zeitpunkt der Verfallsanordnung in deren Vermögen, so soll gerade § 73 III StGB eine Anordnung des Verfalls ermöglichen.

Erforderlich ist, daß der Täter für den Dritten gehandelt hat. Das Vorliegen letzteren Tatbestandsmerkmals richtet sich grundsätzlich nach der inneren

⁸² vgl. die obigen Ausführungen unter a). Die Regelung des § 73 I 2 StGB ist auch auf die Fälle des Surrogatverfalls anwendbar. Hierzu wird unten noch ausgeführt.

⁸³ vgl. LK Schmidt zu § 73, Rz. 64 oder Schäfer in der 10. Auflage, Rz. 47 - oder auch oben a): Kein Eingriff in Eigentumspositionen Unbeteiligter aufgrund einer Verfallsanordnung!

⁸⁴ SS – Eser zu § 73, Rz. 34

⁸⁵ Beide Fälle werden von § 73 IV StGB erfaßt. Vgl. statt vieler: Lackner/Kühl – Lackner zu § 73, Rz. 9

⁸⁶ Müller-Gugenberger/Bieneck – Niemeyer § 21, Rz. 73

Willensrichtung des Täters. Das Handeln für den Dritten muß nicht nach außen in erkennbarer Weise erfolgen.⁸⁷ Das ergibt sich zum einen aus dem gesetzgeberischen Willen⁸⁸ und zum anderen aus dem Wortlaut des § 73 III StGB: Im Gegensatz zu § 164 I BGB, wo grundsätzlich ein erkennbares Auftreten „*im Namen*“ des Vertretenen erforderlich ist⁸⁹, reicht bei § 73 III StGB ein Handeln „*für*“ einen anderen aus.

Einzelheiten der Zurechnung des Täterverhaltens sind wiederum strittig. Eser verlangt, daß der Täter im Interesse des Dritten handle und nicht völlig außerhalb dessen Einflußbereiches stehen dürfe.⁹⁰ Erhöhte Anforderungen müßten auch wegen des Bruttoprinzips gelten. Das Schuldprinzip gebiete eine Beschränkung des Verfalls auf den Nettogewinn des Dritten – soweit letzterem kein eigenes Verschulden zuzurechnen sei.⁹¹ Dieser restriktiven Auslegung werden die unterschiedlichsten Standpunkte entgegengesetzt: Teilweise wird eine objektive Auslegung für erforderlich gehalten. Nur wenn danach das Täterverhalten als fremdnützig erscheine, sei § 73 III StGB einschlägig.⁹² Nach anderer Ansicht sei das *Handeln im Interesse des Dritten* maßgeblich.⁹³ Ähnlich argumentiert Güntert, der allerdings den Verfall beim tatunbeteiligten Dritten nur anordnen will, wenn dieser den Vermögensvorteil unentgeltlich erlangt hat und eine Verfallsanordnung nach § 73 a StGB beim Täter (beispielsweise mangels tätereigenen Vermögens) nicht in Betracht kommt.⁹⁴

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 19. Oktober 1999⁹⁵ die Entstehungsgeschichte des § 73 III StGB sowie die hierzu vertretenen Literaturmeinungen ausführlich gewürdigt. Er will die dort genannten Abgrenzungskriterien⁹⁶ auf Fallgruppen bezogen anwenden. Exemplarisch nennt er Ver-

⁸⁷ BGH in NJW 1991, 367 (371)

⁸⁸ BT-Drs. V/4095, S. 39 ff. Nicht einmal der Dritte selbst muß Kenntnis von der Tat haben!

⁸⁹ Im Vertretungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt der Offenheitsgrundsatz, vgl. statt vieler nur Palandt – Heinrichs, vor § 164, Rz. 2.

⁹⁰ Eser in Sanktionen, S. 288 ff.

⁹¹ vgl. SS – Eser zu § 73, Rz. 37 und 37 a

⁹² SK – Horn zu § 73, Rz. 14

⁹³ Lackner/Kühl – Lackner zu § 73, Rz. 9 oder TF – Fischer zu § 73, Rz. 13

⁹⁴ Güntert, S. 61 f. Die Haftung des Dritten sei subsidiär.

⁹⁵ BGHSt 45, 235 (abgedruckt unter anderem auch in wistra 2000, 55)

⁹⁶ Der BGH nennt: Erkennbarkeit nach außen, Vertretungsverhältnis, enge Beziehung, gezieltes Handeln, Kenntnis des Dritten von der Tat, Interesse, Einflußbereich, Unmittelbarkeit, Bereicherungszusammenhang, dazwischengeschaltete Geschäfte und Unentgeltlichkeit; BGHSt 45, 235 (245)

tretenungsfälle im weiteren Sinn, Verschiebungsfälle und Erfüllungsfälle.⁹⁷ Erstere liegen bei Handeln im Interesse einer Organisation vor.⁹⁸ § 73 III StGB soll hier auf umfassend Anwendung finden. Bei einem Verschiebungsfall läßt der Täter dem Dritten den Vermögensvorteil unentgeltlich oder aufgrund eines bemakelten Rechtsgeschäftes zukommen. Zielrichtung des Täters ist es, den Vermögensvorteil dem Gläubiger zu entziehen. Diese Fallgruppe wird nach Meinung des Bundesgerichtshofes ebenfalls von § 73 III StGB erfaßt. Im Gegensatz zum Verschiebungsfall wendet der Täter beim Erfüllungsfall den Tatvorteil dem Dritten in Erfüllung einer nicht bemakelten entgeltlichen Forderung zu. Steht diese Forderung in keinem Zusammenhang zur Straftat fehle es in aller Regel an der für § 73 III StGB erforderlichen Unmittelbarkeit – die Anordnung des Verfalls scheidet aus.

Dem Lösungsweg des Bundesgerichtshofes ist zuzustimmen. Die Entscheidung, ob der Verfall gemäß § 73 III StGB anzuordnen ist, muß im Einzelfall erfolgen. Sie hat sich an typischen Fallgruppen zu orientieren. Festzuhalten bleibt, daß der Anwendungsbereich des § 73 III StGB entsprechend der gesetzgeberischen Intention weit zu fassen ist. Der mit der Einführung des Verfallsrechtes befaßte „Sonderausschuß für die Strafrechtsreform“ wählte bewußt einen weiten Anwendungsbereich – um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, könne eine Korrektur über die Härteklausele erfolgen.⁹⁹ Dies zeigt im übrigen, daß auch nach dem Willen des Sonderausschusses eine einzelfallbezogene Betrachtung erforderlich war.

In jedem Fall ist - wie auch bei § 73 I 1 StGB - für eine Verfallsanordnung nach § 73 III StGB erforderlich, daß das Eigentum am Verfallsobjekt nicht einem tatunbeteiligten Dritten zusteht, für den der Täter nicht gehandelt hat. Ansonsten würde unzulässigerweise in dessen Eigentumsposition eingegriffen.¹⁰⁰ Die Kritik an der Vorschrift des § 73 I 2 StGB muß – entsprechend den obig gemachten Ausführungen – demnach auch hier bedenken, daß bei klassischen Eigentumsdelikten¹⁰¹ die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB¹⁰² nicht alleiniger Grund

⁹⁷ BGHSt 45, 235 (245 ff.)

⁹⁸ Die Fallgruppe geht über den Anwendungsbereich des § 14 StGB hinaus, weil alle Angehörigen einer betrieblichen Organisation erfaßt werden können. Entscheidend ist lediglich das Handeln im Interesse der Organisation.

⁹⁹ Protokolle des Sonderausschusses, S. 547

¹⁰⁰ Hierzu kann auf die obig unter a) gemachten Ausführungen entsprechend verwiesen werden.

¹⁰¹ Diese werden im Rahmen der Wirtschaftskriminalität allerdings von untergeordneter Bedeutung sein.

für ein Unterbleiben der Verfallsanordnung ist. Handelt der Täter beispielsweise in Fällen der Einkaufskommission gemäß §§ 383 ff. HGB für Rechnung eines Kommittenten, wird letzterer kein Eigentum an Gegenständen erlangen können, die gestohlen wurden. Bei der Einkaufskommission findet grundsätzlich eine Übereignung vom Verkäufer auf den Kommissionär statt. Danach übereignet dieser das Kommissionsgut auf den Kommittenten.¹⁰³ In Diebstahlsfällen hingegen erlangt der Kommissionär mangels dinglichem Vertrag kein Eigentum (s.o.). Ein Eigentumserwerb des Kommittenten wird - selbst wenn dieser in Bezug auf die Eigentumslage gutgläubig ist - an § 935 I BGB scheitern müssen. Entsprechendes wird für Fälle gelten, in denen der Täter als Treuhänder handelt. Auch hier steht § 935 I BGB der Wirksamkeit einer Übereignung des Treugutes vom Treuhänder auf den Treugeber entgegen.

d) Drittverfall, § 73 IV StGB und Wertersatzverfall, § 73 a StGB

Unter den Voraussetzungen des § 73 IV StGB ist die Anordnung des Verfalls bezüglich im Eigentum eines Dritten befindlicher Gegenstände möglich. § 73 a StGB regelt den sogenannten Wertersatzverfall. Auf beide Vorschriften soll nur kurz eingegangen werden. Sie sind bei der Klärung des Anwendungsbereiches des § 73 I 2 StGB von Bedeutung.¹⁰⁴

Die Anordnung des Verfalls gemäß § 73 IV StGB kommt vor allem bei Fällen in Betracht, bei denen der Täter wegen der zivilrechtlichen Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes kein Eigentum an von Dritten für die Tat gewährten Gegenständen erlangt. Zu denken ist beispielsweise an Entgelte für die Tat.¹⁰⁵ Im weiteren findet § 73 IV StGB auf Fälle einer Rückübereignung vom Täter an den Dritten vor der Anordnung des Verfalls Anwendung.¹⁰⁶ Entscheidend ist in

¹⁰² Zur (gegebenen) Anwendbarkeit des § 73 I 2 StGB in den Fällen des § 73 IV StGB wird unten unter D. III. 3. a)cc) ausgeführt.

¹⁰³ Dies ist zumindest der Regelfall; vgl. Schmidt in Handelsrecht, S. 796

¹⁰⁴ siehe hierzu unten D. III. 3. a)cc) und dd)

¹⁰⁵ Lackner/Kühl – Lackner zu § 73 Rz. 10

¹⁰⁶ vgl. hierzu TF – Fischer zu § 73, Rz. 26; ablehnend: Rengier in JR 1985, 249 (250) – dieser begründet seine Auffassung aber noch mit dem vor der Gesetzesänderung von 1992 verwendeten Tatbestandsmerkmal „Vermögensvorteil“.

jedem Fall, daß der Dritte, ohne selbst tatbeteiligt zu sein, Kenntnis von der Tat gehabt hat.¹⁰⁷

Der Wertersatzverfall gemäß § 73 a StGB hingegen soll sicherstellen, daß dem Täter keine auf der Straftat beruhende Vermögensmehrung verbleibt.¹⁰⁸ Anstelle einer Verfallsanordnung hinsichtlich des ursprünglich aus der Tat Erlangten tritt eine solche hinsichtlich des (gegebenenfalls gemäß § 73 b StGB zu schätzenden) Wertes.

6. Inhalt der Regelung nach dem Reformentwurf

Der Entwurf zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten sieht sowohl Änderungen der geltenden Regelung des Verfalls als auch der Einziehung vor. Die folgenden Ausführungen werden auf erstere beschränkt.

Die einschneidendste Änderung des Reformentwurfes gegenüber dem geltenden Recht ist in der Abschaffung der Ausschlußklausel des § 73 I 2 StGB zu sehen. Hierauf wird im Teil D der vorliegenden Arbeit ausführlich zurückzukommen sein. An dieser Stelle seien die Ausführungen zum Reformentwurf auf dessen materiellen Regelungsgehalt beschränkt.

Vorweg sei darauf hingewiesen, daß die terminologische Unterscheidung zwischen Verfall und Einziehung nach dem Reformentwurf aufgegeben werden soll. Dadurch soll das Gesetz übersichtlicher gestaltet und der Umgang mit diesem vereinfacht werden.¹⁰⁹ Da diese Änderung ohne Auswirkungen auf den materiellen Regelungsgehalt bleibt und damit die Regelung des Konkurrenzverhältnisses zwischen staatlicher Gewinnabschöpfung und zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen unberührt läßt, wird sie im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher behandelt.

¹⁰⁷ BGHSt 36, 251 (253) und Anmerkung von Meyer in JR 1990, 208: Meyer hält es aus "rechtsvergleichender Sicht" wegen der Leichtfertigkeitklausel des § 74 a Nr. 1 StGB für wünschenswert, daß neben Kenntnis auch ein Kennenmüssen ausreichen soll. Dies wurde vom Gesetzgeber jedoch nicht aufgegriffen. Auch der aktuelle Reformentwurf folgt dieser Ansicht nicht – vgl. § 73 IV des Entwurfes eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten (a.a.o.).

¹⁰⁸ vgl. SS – Eser zu § 73 a, Rz. 1

¹⁰⁹ vgl. BT-Drs. 13/9742 S. 18

a) Täterbezogene Einziehung des Erlangten

Gemäß § 73 I 1 StGB - Reformentwurf wird eingezogen, „was der Täter oder Teilnehmer für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat.“¹¹⁰ Diese Formulierung deckt sich weitgehend mit der des § 73 I 1 StGB. Auch nach dem Reformentwurf kommt eine Anordnung der Einziehung des Erlangten bereits bei nur rechtswidriger Tat in Betracht. Statt der Formulierung „etwas“ wird im Reformentwurf „was“ verwendet. Diese Änderung bleibt aber – wie auch ausdrücklich in der Begründung zum Reformentwurf ausgeführt¹¹¹ - ohne Bedeutung für den ‚materiellen Regelungsgehalt: Auch weiterhin findet das sogenannte Bruttoprinzip Anwendung.¹¹²

Entsprechend den obigen Ausführungen zum täterbezogenen Verfall¹¹³ muß die Anordnung der Einziehung des Erlangten unterbleiben, wenn die einzuziehenden Vermögenswerte im Eigentum eines tatunbeteiligten Dritten stehen. Bei klassischen Eigentumsdelikten wie Diebstahl ist daher eine Einziehung des erlangten Tatobjektes aufgrund von § 73 I 1 StGB - Reformentwurf ausgeschlossen.

b) Einziehung des Erlangten bei Nutzungen und Surrogaten

§ 73 I 2 StGB – Reformentwurf und § 73 I 3 StGB – Reformentwurf erstrecken die Einziehung des Erlangten auf Nutzungen und Surrogate. Die Anordnung der Einziehung von Surrogaten ist fakultativ. Die Regelung des Reformentwurfes entspricht insoweit derjenigen des § 73 II StGB.

Lediglich klarstellende Bedeutung hat die Formulierung des § 73 I 2 am Anfang StGB – Reformentwurf hinsichtlich der Beschränkung der Einziehung des Erlangten auf unmittelbar erlangte Vermögensgegenstände. Diese folgt bisher aus der Formulierung „aus der Tat“.¹¹⁴ Der Reformentwurf ändert also nichts an der Diskussion um die Reichweite des Nutzungsbegriffes.¹¹⁵ Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wird insoweit auf die obigen Ausführungen zur

¹¹⁰ BT-Drs. 13/9742 S. 4

¹¹¹ BT-Drs. 13/9742 S. 21

¹¹² vgl. oben 2.

¹¹³ hierzu oben 5. a)

¹¹⁴ zutreffend insoweit die Begründung des Reformentwurfes, BT-Drs. 13/9742 S.21 - vgl. zum geltenden Recht oben 5. b)

C Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf

derzeit geltenden Verfallsregelung verwiesen.¹¹⁶ Dementsprechend wird – mangels Relevanz für die § 73 I 2 StGB zugrundeliegende Problematik – auch an dieser Stelle auf eine ausführliche Stellungnahme verzichtet.

c) Vertreterklausel, Dritteinziehung und Wertersatzeinziehung

Unter den Voraussetzungen des § 73 III StGB – Reformentwurf findet eine Einziehung des Erlangten auch dann statt, wenn für einen Dritten gehandelt wurde. Die Vertreterklausel nach dem Reformentwurf entspricht der des § 73 III StGB. Hinsichtlich der Frage der Zurechnung des Täterverhaltens besteht die gleiche Problematik wie beim bisher geltenden Recht. Insbesondere die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 19. Oktober 1999¹¹⁷ wird daher auch im Falle einer Gesetzesänderung von Bedeutung bleiben.

§ 73 IV StGB – Reformentwurf sieht - wie bisher § 73 IV StGB – die Einziehung des Erlangten vor, wenn der Vermögensgegenstand einem Dritten gehört, der Kenntnis von der Tat hatte. Die Regelungen des Reformentwurfes weichen insofern also nicht von denen des geltenden Rechtes ab. Auf die diesbezüglichen Ausführungen wird daher Bezug genommen.¹¹⁸

Die Einziehung des Wertersatzes regelt § 73 c StGB – Reformentwurf. Die Regelungen der geltenden §§ 73 a und 74 c StGB sollen in einem Tatbestand zusammengefaßt werden. Neu ist, daß gemäß § 73 c II StGB – Reformentwurf die Einziehung des Wertersatzes angeordnet werden kann, wenn dem Täter ein Anteil an einem tatsächlich nicht teilbaren Gegenstand zusteht. Statt des Gegenstandes wird dann ein Betrag in Höhe des Wertes des auf den Straftäter entfallenden Teils eingezogen. Auf diese begrüßenswerte Änderung, die vor allem Schwierigkeiten im Vollstreckungsverfahren verhindern soll,¹¹⁹ wird im Rahmen dieser Arbeit ebenfalls nicht ausführlich einzugehen sein.

¹¹⁵ Der Meinungsstand ist im Rahmen der Ausführungen zu 5. b) als Fußnote wiedergegeben.

¹¹⁶ siehe hierzu oben 5. b)

¹¹⁷ BGHSt 45, 235 – vgl. hierzu oben 5. c)

¹¹⁸ siehe hierzu oben 5. d)

¹¹⁹ BT-Drs. 13/9742 S. 23

7. Wirkung des Verfalls beziehungsweise der Einziehung des Erlangten

Die Rechtsfolgen einer Anordnung des Verfalls beziehungsweise der Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf sind nahezu identisch. Sie werden daher in einem Kapitel behandelt. Bei der Behandlung der Rechtsfolgen des Verfalls wird erörtert, was gelten soll, wenn ein Richter den Verfall in der irrigen Annahme anordnet, die Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB lägen nicht vor. Naturgemäß stellt sich dieses Problem bei einer Regelung entsprechend dem Reformentwurf nicht – es fehlt an einer § 73 I 2 StGB vergleichbaren Ausschlußregelung.

a) Verfall

Die rechtskräftige Anordnung des Verfalls bewirkt gemäß § 73 e I 1 StGB einen Übergang des Eigentums am Verfallsobjekt auf den Staat. Bis zur Rechtskraft der Anordnung des Verfalls führt diese zu einem relativen Verfügungsverbot gemäß § 136 BGB (§ 73 e II StGB). Letztere Rechtsfolge hat nur in den Fällen eigenständige Bedeutung, in denen das Verfallsobjekt nicht schon vor der Verfallsanordnung nach § 111 b I StPO beschlagnahmt wurde. Ansonsten folgt das Veräußerungsverbot ohnehin schon aus § 111 c V StPO.¹²⁰

Die Rechtsfolge des § 73 e I 1 StGB tritt jedoch nur ein, wenn das zu verfallen erklärende Objekt zum Zeitpunkt der Rechtskraft dem von der Verfallsanordnung Betroffenen zusteht. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift (§ 73 I 1 a.E. StGB). Zum anderen ist eine solche Einschränkung im Hinblick auf das obig beschriebene Prinzip geboten, nach dem aufgrund des Verfalls nicht in Eigentumspositionen Tatunbeteiligter eingegriffen werden darf.¹²¹ Es besteht Einigkeit darüber, daß eine Verfallsanordnung bezüglich eines im Eigentum eines tatunbeteiligten Dritten stehenden Gegenstandes (bzw. Rechtes) unwirksam ist.¹²² Zu denken ist beispielsweise an den Fall, daß der anordnende Richter über die tatsächliche Eigentumslage irrt. Schmidt bezieht die Unwirksamkeit auch ausdrücklich auf den Fall, daß der Tatunbeteiligte das Eigentum an einer nicht beschlagnahmten Sache gutgläubig im

¹²⁰ hierzu wird unten noch näher auszuführen sein. An dieser Stelle sei nur auf SS – Eser zu § 73 e, Rz. 8 verwiesen.

¹²¹ siehe oben unter 5.

¹²² TF – Fischer zu § 73 e, Rz. 4; SS – Eser zu § 73 e, Rz. 3 oder LK – Schmidt zu § 73 e, Rz. 7 - weiterhin auch aktuell Schäfer (10. Auflage) zum gleichlautenden § 73 d (a.F.), Rz 1

Zeitraum zwischen der Anordnung des Verfalls und der Rechtskraft dieser Anordnung erwirbt. Dem ist wegen des für den Eigentumsübergang auf den Staat relevanten Zeitpunkts, nämlich dem der Rechtskraft, zuzustimmen.¹²³

Nicht angesprochen wird in der zitierten Kommentarliteratur¹²⁴ hingegen der Fall, daß der anordnende Richter das Vorliegen der Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB übersieht und den Verfall entgegen dieser Vorschrift anordnet. Bei den Gesetzesberatungen im Zuge der Schaffung der Verfallsregelung durch das zweite Gesetz zur Reform des Strafgesetzbuches wurde dieses Problem vom zuständigen Sonderausschuß des Bundestages ebenfalls nicht diskutiert. Der Sonderausschuß befaßte sich lediglich mit dem umgekehrten Fall – dem daß der Strafrichter irrtümlicherweise einen Anspruch des Geschädigten annimmt und von einer Anordnung des Verfalls unzutreffenderweise absieht.¹²⁵

Auch bei einer Anordnung des Verfalls trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB könnte die Verfallsanordnung als unwirksam angesehen werden. Die Rechtslage entspräche der bei einem Irrtum des Tatrichters über die Eigentumslage. Die Regelung des § 73 I 2 StGB soll – neben weiteren, noch unten zu erörternden Zielsetzungen - die Interessen des Verletzten an der Durchsetzbarkeit seines zivilrechtlichen Ausgleichsanspruches schützen. Die im Vermögen des Straftäters befindliche Haftungsmasse soll durch staatliche Gewinnabschöpfung nicht geschmälert werden.¹²⁶ Diese § 73 I 2 StGB zugrundeliegende Zielsetzung könnte es erforderlich machen, auch Verfallsanordnungen in Verkennung des Vorliegens der Voraussetzungen der Ausschlußregelung als unwirksam anzusehen. Eine Schmälerung der Haftungsmasse im Vermögen des Straftäters wäre so ausgeschlossen.

Der grundlegende Unterschied beider Fallkonstellationen besteht aber darin, daß bei einer Anordnung des Verfalls in Verkennung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse die Eigentumsordnung gefährdet ist. Ein Eingriff in Eigentumspositionen tatunbeteiligter Dritter droht bei einer Anordnung des Verfalls in Verkennung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB hingegen nicht. Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche gehören zwar zum Vermögen und fallen in den Schutzbereich des Grundrechtes auf Eigentum¹²⁷ - durch die

¹²³ LK – Schmidt zu § 73 e, Rz. 7; vgl. auch Schäfer (10. Auflage) zu § 73 d a.F., Rz. 1

¹²⁴ vgl. die beiden vorangehenden Fußnoten

¹²⁵ vgl. Protokolle des Sonderausschusses S. 1013

¹²⁶ vgl. TF – Fischer zu § 73, Rz. 11

¹²⁷ vgl. Sachs – Wendt zu Art. 14, Rz. 22 ff.

C Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf

Anordnung des Verfalls gehen diese aber nicht unter. Die Anordnung des Verfalls läßt das Bestehen der zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche unberührt. Lediglich deren Durchsetzbarkeit wird gefährdet, weil dem Straftäter unter Umständen die notwendige Haftungsmasse zur Anspruchsbefriedigung entzogen wird.

Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Verfallsanordnung in Verkennung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB sind demnach geringer zu gewichten als solche, die sich aus dem Eingriff in Dritteigentum ergeben. Hinzu kommt, daß der Wortlaut des § 73 e StGB für die Annahme der Unwirksamkeit von Verfallsanordnungen, die unter Verstoß gegen § 73 I 2 StGB ergingen, nichts hergibt. Solche sind demnach nicht schlichtweg unwirksam. Der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme kann der Straftäter dadurch begegnen, daß er die Entscheidung über die Anordnung des Verfalls im Rechtsmittelverfahren angreift.

b) Einziehung des Erlangten

Die Rechtsfolgen der Einziehung des Erlangten sind durch § 74 StGB – Reformentwurf geregelt. Entsprechend der Konzeption des Reformentwurfes werden die Wirkungen der bisher begrifflich als Verfall beziehungsweise Einziehung bezeichneten Rechtsinstitute zusammen in einem Paragraphen abgehandelt. Dies ist aus Gründen der Übersichtlichkeit – wie auch die Regelung der Anordnungscompetenz durch § 74 I StGB – Reformentwurf – begrüßenswert, ändert aber nichts daran, daß die Rechtsfolgen denen des geltenden Rechts entsprechen:

Auch nach dem Reformentwurf kommt der Anordnung der Einziehung des Erlangten die Wirkung eines relativen Verfügungsverbot im Sinne des § 136 BGB zu. Zwar verweist § 74 II StGB – Reformentwurf anders als § 73 e II StGB auf die Rechtsfolge einer Beschlagnahme gemäß § 111 b StPO – letztere hat aber die Wirkung eines relativen Verfügungsverbot im Sinne des § 136 BGB (§ 111 b VI 1 StPO – Reformentwurf). Wie § 73 e II StGB¹²⁸ hat § 74 II StGB – Reformentwurf nur in den Fällen eigenständige Bedeutung, in denen das der Einziehung des Erlangten unterliegende Objekt vor deren Anordnung nicht schon beschlagnahmt wurde. Ansonsten findet § 136 BGB wegen § 111 b VI StPO – Reformentwurf ohnehin Anwendung.

¹²⁸ vgl. hierzu oben a)

Die Rechtskraft einer Anordnung der Einziehung des Erlangten führt zum Eigentumsübergang auf den Staat, § 74 III 1 StGB – Reformentwurf. Entsprechend der oben unter a) gemachten Ausführungen, tritt diese Rechtsfolge aber nur ein, wenn das der Einziehung unterliegende Objekt im Zeitpunkt der Rechtskraft dem von der Anordnung Betroffenen zusteht.¹²⁹

8. Zusammenfassung

Das Verfallsrecht geht in seiner geltenden Fassung auf das zweite Gesetz zur Reform des Strafrechtes vom 14.07.1969 zurück. Eine Änderung erfuhr es mit dem Übergang zum Bruttoprinzip durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.02.1992. Das Verfallrecht soll umfassend reformiert werden – bisher liegt aber nur ein Referentenentwurf vom 03.02.1998 vor. Dieser sieht vor allem die Abschaffung der Regelung des § 73 I 2 StGB vor, worauf unten ausführlich zurückzukommen sein wird.¹³⁰

Ein Kritikpunkt am Reformentwurf ist die mangelnde Berücksichtigung verfassungsmäßiger Bedenken, die in der Literatur zu Recht gegen das geltende Verfallsrecht vorgebracht werden. Mangels Relevanz für das Verhältnis zu zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen wurde diese Problematik nur als Exkurs behandelt.¹³¹ Durch den Übergang zum Bruttoprinzip kann es zu einer wirtschaftlichen Schlechterstellung des Straftäters kommen. Dem Verfall kommt dann strafähnlicher Charakter zu. Die Annahme eines kondiktions-ähnlichen Rechtscharakters erschien wegen der Besonderheiten des Kondiktionsrechtes bereits vor dem Übergang zum Bruttoprinzip als gekünstelt – danach ist sie abzulehnen. Der Verfall ist ein Rechtsinstitut eigener Art, dem im Falle einer wirtschaftlichen Schlechterstellung des Straftäters strafähnlicher Charakter zukommt. Um Friktionen mit dem Schuldprinzip zu vermeiden, ist in solchen Fällen entgegen dem Wortlaut der Regelung eine schuldhaft Tatbegehung zu fordern. Ansonsten muß es beim Nettoprinzip bleiben. Für die Einziehung nach dem Reformentwurf, die sowohl am Bruttoprinzip als auch am Ausreichen einer lediglich rechtswidrigen Tat für eine Verfallsanordnung festhält, kann nichts anderes gelten.

¹²⁹ Der Wortlaut des § 74 III 1 StGB – Reformentwurf entspricht also dem des § 73 e I 1 StGB. Die Rechtslage nach dem Reformentwurf ist daher gleich zu beurteilen.

¹³⁰ siehe hierzu unten E I.

Das geltende Verfallsrecht wurde anhand der gesetzlich normierten Fallgruppen dargestellt: Neben dem täterbezogenen Verfall des § 73 I StGB kann der Verfall von Nutzungen und Surrogaten, der Verfall bei Handeln für einen anderen (§ 73 III StGB), der Drittverfall und der Wertersatzverfall angeordnet werden.¹³² Die Ausführungen wurden weitestgehend auf Probleme beschränkt, die für den Konflikt zwischen Verfall und zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen beziehungsweise die Kritik an § 73 I 2 StGB von Bedeutung sind. Es wurde gezeigt, daß eine Verfallsanordnung zu unterbleiben hat, wenn der davon betroffene Gegenstand im Eigentum eines tatunbeteiligten Dritten steht. Dies ist bei § 73 I StGB und § 73 III StGB insofern von Bedeutung, als bei klassischen Eigentumsdelikten – vor allem bei Diebstahl – einer Verfallsanordnung nicht nur § 73 I 2 StGB entgegensteht.

Der Reformentwurf entspricht – bis auf das Fehlen einer § 73 I 2 StGB vergleichbaren Ausschlußklausel – im wesentlichen der Regelung des geltenden Rechts. Zwar wird in terminologischer Hinsicht die Trennung zwischen Verfall und Einziehung aufgehoben – die Fallgruppen der Einziehung des Erlangten entsprechen aber denjenigen des Verfalls: Es wird zwischen täterbezogener Einziehung des Erlangten, derjenigen von Nutzungen und Surrogaten, bei Handeln für einen anderen, der Dritteinziehung und der Einziehung von Wertersatz unterschieden.¹³³

Hinsichtlich ihrer Wirkung unterscheiden sich Verfall und Einziehung des Erlangten nicht. Bei beiden bewirkt die Rechtskraft der Anordnung den Eigentumsübergang auf den Staat. Im Vorfeld führt die Sicherstellung des Vermögensgegenstandes oder spätestens die Anordnung seines Verfalls beziehungsweise seiner Einziehung zu einem relativen Verfügungsverbot. Sowohl die Anordnung des Verfalls als auch die der Einziehung ist unwirksam, wenn der anordnende Richter das Eigentum eines tatunbeteiligten Dritten übersieht. Neben dem Wortlaut des Gesetzes beziehungsweise des Reformentwurfes folgt dies aus dem Grundsatz, daß staatliche Gewinnabschöpfung nicht in das Eigentum tatunbeteiligter Dritter eingreifen darf.

¹³¹ siehe hierzu oben 2. und 4.

¹³² siehe hierzu oben 5. – eine Darstellung des erweiterten Verfalls erfolgt unten unter II.

¹³³ siehe hierzu oben 6.

Anders zu beurteilen ist hingegen der Fall, daß der Verfall trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB angeordnet wird. Hier steht der Wirksamkeit der Verfallsanordnung nicht die Gefahr eines unzulässigen Eingriffes in Eigentumspositionen entgegen. Die Verfallsanordnung ist daher wirksam.¹³⁴ Bei der Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf stellt sich diese Problematik naturgemäß nicht – eine § 73 I 2 StGB vergleichbare Ausschlußregelung sieht der Reformentwurf nicht vor.

II. Erweiterter Verfall und erweiterte Einziehung des Erlangten

1. Einleitender Überblick über die Regelung

Das in § 73 d StGB normierte Rechtsinstitut des erweiterten Verfalls wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität vom 15.07.1992¹³⁵ geschaffen. Mit ihm sollten Lücken der staatlichen Gewinnabschöpfung in Fällen geschlossen werden, in denen Vermögensgegenstände vorgefunden werden, die mit großer Wahrscheinlichkeit aus Straftaten herrühren. Vom Gesetzgeber wurde die geltende Regelung des erweiterten Verfalls als eine Art Provisorium betrachtet. Im Wege der umfassenden Reform der §§ 73 ff. StGB¹³⁶ soll das Rechtsinstitut in die übrigen Verfallsvorschriften eingearbeitet werden. Aufgrund der zunehmenden Gefahren durch die organisierte Rauschgiftkriminalität hielt der Gesetzgeber aber ein Tätigwerden bereits vor Verabschiedung des Reformentwurfs für angebracht.¹³⁷

Der erweiterte Verfall sieht die Anordnung des Verfalls auf Gegenstände im Vermögen des Täters (oder Teilnehmers) vor, die für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt sind. Der erweiterte Verfall greift bereits dann, wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, daß die für verfallen zu erklärenden Gegenstände aus einer Straftat herrühren – diese Tat jedoch nicht mit der im konkreten Verfahren abzuurteilenden (Anknüpfungstat) identisch ist (vgl. § 73 d I StGB).

Der erweiterte Verfall findet nur auf Straftaten Anwendung, die nach Inkrafttreten des § 73 d StGB begangen wurden. Dies ist aufgrund des Rückwirkungs-

¹³⁴ siehe hierzu oben 7.

¹³⁵ BGBl. 1992 I S. 1302 f.

¹³⁶ siehe zum Reformvorhaben oben I. 3. und unten II. 3.

verbotes geboten.¹³⁸ Des weiteren muß die Rechtsfolge des § 73 d StGB im Straftatbestand, wegen dem eine Verurteilung erfolgt, ausdrücklich vorgesehen sein. In diesem Fall ist eine Verfallsanordnung jedoch grundsätzlich zwingend – vorbehaltlich einer Abstandnahme aus Billigkeitsgesichtspunkten (§ 73 d IV i.V.m. § 73 c StGB).

Im Rahmen dieser Arbeit ist das Verhältnis von erweitertem Verfall und zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen zu klären. Vorrangig geht es um die Frage, ob die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB zumindest entsprechend angewendet werden soll. Daneben wird die Problematik der Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls als Exkurs behandelt. Dies erscheint im Rahmen einer Beschäftigung mit dieser Norm der Vollständigkeit halber als geboten. Mangels Relevanz für das Verhältnis zu zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen wird sich diesen Ausführungen aber nur eine kurze Stellungnahme anschließen. Der Reformentwurf sieht eine § 73 d StGB entsprechende Erweiterte Einziehung des Erlangten vor.¹³⁹ Wie beim Verfall¹⁴⁰ enthält die Begründung des Reformentwurfes auch bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls keine Stellungnahme.¹⁴¹

Die Frage, ob § 73 I 2 StGB auf den erweiterten Verfall Anwendung finden soll, wird vorerst hinten angestellt. Sie wird im nächsten - sich detailliert mit der Regelung des § 73 I 2 StGB befassenden - Abschnitt der vorliegenden Arbeit behandelt.¹⁴²

2. Exkurs: Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls

Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des Rechtsinstitutes des erweiterten Verfalls bestehen in zweifacher Hinsicht: Zum einen ist ähnlich dem oben zum Verfall Ausgeführten¹⁴³ an einen Verstoß gegen das Verfassungsrang genießende Schuldprinzip zu denken, zum anderen ist fraglich, ob der erweiterte Verfall mit der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG vereinbar ist. Beides wird äußerst kontrovers diskutiert.

¹³⁷ BT-Drs. 12/989 S. 23

¹³⁸ BGH Urteil vom 20/09/1995 (3 StR 267/95) – zitiert nach Systematischer Leitsatzkommentar zu § 73 d, Rz. 1

¹³⁹ § 73 a des Reformentwurfes, BT-Drs. 13/9742

¹⁴⁰ siehe hierzu oben 2.

¹⁴¹ vgl. Gesetzentwurf und Begründung; BT-Drs. 13/9742 S. 22

¹⁴² siehe hierzu unten D. I. 4.

Nach der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geäußerten Auffassung des Gesetzgebers greifen die in der Literatur vielfach geäußerten verfassungsmäßigen Bedenken nicht durch.¹⁴⁴

Die Rechtsprechung beurteilt die Frage der Verfassungsmäßigkeit strenger. Zwar wird auch in der Rechtsprechung von der Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls ausgegangen – zu diesem Ergebnis sei aber nur mittels einer verfassungskonformen Auslegung zu gelangen: Im Gegensatz zum Gesetzgeber, der sich weitgehend auf allgemein gehaltene Erwägungen beschränkt, arbeitet der Bundesgerichtshof das grundlegende Problem des erweiterten Verfalls deutlicher heraus: Das Rechtsinstitut des erweiterten Verfalls beruht auf einer Unterstellung von Straftaten. Es knüpft zum einen an die Wahrscheinlichkeit an, der Angeklagte habe weitere Straftaten begangen – zum anderen an die, daß für verfallen zu erklärende Vermögensgegenstände aus Straftaten stammen. Dies ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofes im Hinblick auf die Eigentumsgarantie sowie die Unschuldsvermutung nicht unbe-

¹⁴³ siehe hierzu oben I. 2. b)

¹⁴⁴ Es erscheine verfassungsrechtlich unbedenklich, „eine Regelung in der Art des erweiterten Verfalls einzuführen, soweit überwiegende Interessen des Gemeinwohls, insbesondere im Hinblick auf die Bekämpfung von schweren, für die Rechtsgüter des einzelnen wie der Allgemeinheit besonders gefährlichen Kriminalitätsformen dies zwingend erfordern“. Deshalb verstoße der erweiterte Verfall nicht gegen die grundgesetzlich gewährleistete Eigentumsgarantie (BT-Drs. 12/989, S. 23). Der Tatbestand des erweiterten Verfalls enthalte mit dem Begriff „rechtfertigen“ ein normatives Tatbestandsmerkmal, das dem anordnenden Gericht eine verfassungskonforme Gesamtbewertung ermögliche. Die rechtswidrige Herkunft der vom erweiterten Verfall erfaßten Gegenstände müsse sich „geradezu aufdrängen“ – dies genüge den verfassungsmäßigen Anforderungen (BT-Drs. 11/6623, S. 7). Ein Verstoß gegen das dem Schuldprinzip immanente Prinzip der Unschuldsvermutung scheide aus, weil eine Anordnung des erweiterten Verfalls überhaupt keine Schuldfeststellung erfordere (BR-Drs. 16/90, S. 8). Darüber hinaus komme dem erweiterten Verfall kein Strafcharakter zu; es werde lediglich ein Ausgleichszweck verfolgt. Das Schuldprinzip finde insofern keine Anwendung.

denklich. Das normative Tatbestandsmerkmal „rechtfertigen“ sei deshalb verfassungskonform einschränkend auszulegen.¹⁴⁵

In der strafrechtlichen Literatur wird die Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls sowohl im Hinblick auf die Eigentumsgarantie als auch im Zusammenhang mit dem Schuldprinzip kontrovers diskutiert.

Es besteht Einigkeit, daß der erweiterte Verfall eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 I 2 GG darstellt. Umstritten ist, inwieweit eine verfassungsmäßige Rechtfertigung dieses Eingriffes vorliegen soll:

Ein Verstoß gegen Art. 14 GG wird teilweise mit dem Argument verneint, daß der erweiterte Verfall lediglich als Konkretisierung einer dem Grundrecht immanenten Schranke aufzufassen sei.¹⁴⁶ Als weiteres Argument für die Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls wird die Möglichkeit der Grundrechtsverwirkung (vgl. Art. 18 GG) angeführt. Auch wenn eine solche Verwirkung grundsätzlich nur bei einem nachweisbaren konkreten Zusammenhang zwischen Straftat und erlangtem Vermögen in Betracht kommen könne,

¹⁴⁵ Entgegen dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers sei der erweiterte Verfall nur anzuordnen, „wenn der Tatrichter aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und –Würdigung (...) die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, daß der Angeklagte die von der Anordnung erfaßten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat (...)“ (BGHSt 40, 371 (372 f.)). Soweit das Kriterium der uneingeschränkten Überzeugung des Tatrichters gegeben ist, ist das Rechtsinstitut des erweiterten Verfalls nach Auffassung des Bundesgerichtshofes verfassungsrechtlich unbedenklich (so zuletzt -mit ausdrücklichem Verweis auf BGHSt 40, 371: BGH in NSTZ-RR 1998, 297). Der erweiterte Verfall diene lediglich dazu, den Zustand herzustellen, der bei früherer strafrechtlicher Verfolgung rechtmäßig bestehe. Den Angeklagten könne es insofern nicht entlasten, als eine Strafverfolgung unterblieben ist (BGH in NJW 1995, 2235 (2236)).

¹⁴⁶ Wie der Gesetzgeber weist auch Katholnigg darauf hin, daß eine Rechtfertigung des Eingriffs durch das Bedürfnis zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität gegeben sei. Von ihr gehe eine Bedrohung unseres Rechtsstaates aus, die eine Beschränkung der Eigentumsgarantie erforderlich mache (Katholnigg in JR 1995, 297 (298), der die für den Rechtsstaat ausgehenden Gefahren durch die organisierte Kriminalität in ihrer rechtfertigenden Wirkung mit den Menschenrechtsverletzungen durch das nationalsozialistische Regime gleichsetzt. Ein solcher Vergleich ist meines Erachtens unzulässig: Nicht nur, daß es sich beim einen um eine Gefahr für den Rechtsstaat und beim anderen um Exzesse eines Willkürsystems handelt – der Vergleich erscheint auch als zu weit hergeholt. Er kann für eine verfassungsmäßige Rechtfertigung nicht ausreichen!).

liege trotzdem eine Rechtfertigung wegen der Gefahren durch das organisierte Verbrechen vor.¹⁴⁷

Dem wird entgegengehalten, daß der erweiterte Verfall an nicht nachgewiesene Straftaten anknüpfe. Eine Entziehung rechtswidrig erlangter Vermögenswerte sei zwar grundsätzlich zulässig, dies folge aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 II GG); auf Verdacht könne eine solche jedoch nicht erfolgen.¹⁴⁸ Im Rahmen der Prüfung des Übermaßverbotes sei im weiteren zu berücksichtigen, daß sich Art. 14 GG auch auf das Verfahrensrecht auswirken müsse. Der erweiterte Verfall beziehe sich auf Vermögen aus Straftaten, die nicht Gegenstand des Strafverfahrens seien. Mangels Anklage (§ 155 I StPO) beziehungsweise wirksam erhobener Nachtragsanklage (§ 266 StPO) könnten diese nicht ohne Verstoß gegen den Anklagegrundsatz Verhandlungsgegenstand sein.¹⁴⁹ Schließlich führe der erweiterte Verfall auch zu einer Beweislastumkehr. Der Straftäter müsse die rechtmäßige Herkunft der Vermögensgegenstände nachweisen. Dies sei mit dem Grundgedanken des Art. 14 GG, der Gewährleistung von Eigentum, unvereinbar.¹⁵⁰

Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip beziehungsweise gegen die diesem immanente Unschuldsvermutung wird mit dem Argument verneint, daß dem

¹⁴⁷ Nach Auffassung von Krey und Dierlamm liegt eine solche Rechtfertigung aber nur bei einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit und einem eng begrenzten Katalog von Straftatbeständen vor, die auf die Rechtsfolge des erweiterten Verfalls verweisen (Krey/Dierlamm in JR 1992, 353 (358): als Straftaten bei denen der erweiterte Verfall in Betracht kommen könne, sei beispielsweise an Taten im Zusammenhang mit Bandenkriminalität zu denken). Ähnlich argumentiert Hoyer, der der Meinung des Gesetzgebers folgt, das normative Tatbestandsmerkmal „rechtfertigen“ stelle eine verfassungsmäßige Rechtfertigung insofern sicher, als ein genügend hoher Grad an Wahrscheinlichkeit vorliegen müsse (Hoyer in GA 1993, 406 (412); so auch Katholnigg in JR 1994, 353 (355), der Eigentum aus Straftaten nicht für schutzwürdig hält, wobei der für den erweiterten Verfall erforderliche hohe Verdachtsgrad ausreiche).

¹⁴⁸ Deutscher Richterbund in DRiZ 1990, 105 (107); Lampe in JZ 1994, 123 (131); TF – Fischer zu § 73 d, Rz. 4 und 4a. In diesem Zusammenhang sei auch zu bedenken, daß die vollständige und endgültige Eigentumsentziehung den stärkstmöglichen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG darstelle – allein aus dem Bedürfnis nach einer Bekämpfung der organisierten Kriminalität lasse sich dieser nicht rechtfertigen (Dannert, S. 67). Hinzu komme, daß der erweiterte Verfall nur indirekte und unsichere Wirkungsmechanismen entfalten könne; insofern sei schon seine Geeignetheit zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität fraglich (Perron in JZ 1993, 918 (925)).

¹⁴⁹ Julius in ZStW 109 (1997), 66 (97 ff.)

¹⁵⁰ Köhler/Beck in JZ 1991, 797 (799): Die Beweislastumkehr entspreche dem Vorgehen totalitärer Staaten!

erweiterten Verfall kein Strafcharakter zukomme. Der erweiterte Verfall sei bezüglich seiner Rechtsnatur ähnlich einer Maßregel der Besserung und Sicherung einzuordnen.¹⁵¹ Weder das Schuldprinzip noch die Unschuldsvermutung seien daher auf den erweiterten Verfall anwendbar.¹⁵²

Die überwiegende Meinung in der strafrechtlichen Literatur hält den erweiterten Verfall aber für nicht vereinbar mit dem Schuldprinzip beziehungsweise der Unschuldsvermutung. Der erweiterte Verfall solle zum einen Strafcharakter haben und verstoße gegen den Grundsatz *nulla poena sine culpa*.¹⁵³ Zum anderen liege ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vor, weil die Straftat, aus der das Vermögen stammen solle, nicht nachgewiesen werden müsse.¹⁵⁴

Der Ansicht der Rechtsprechung ist meines Erachtens zuzustimmen. Es bedarf einer verfassungskonformen einschränkenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals „rechtfertigen“.¹⁵⁵ Das Rechtsinstitut des erweiterten Verfalls ist weder im Hinblick auf Art. 14 GG noch im Hinblick auf die Anforderungen der Unschuldsvermutung unproblematisch. Soweit eine Rechtfertigung des erweiterten Verfalls mit dem bloßen Hinweis auf die Gefahren durch die organisierte Kriminalität versucht wird, ist dies zu allgemein. Hierfür bedürfe es zumindest einer genaueren Definition dieses Begriffes. Hinzu kommt, daß der Katalog der Anknüpfungstaten, bei denen der erweiterte Verfall anzuordnen ist, nicht – wie ursprünglich vorgesehen¹⁵⁶ – auf Betäubungsmitteldelikte beschränkt blieb. Auch bei gewerbs- und bandenmäßiger Begehung zahlreicher

¹⁵¹ Krey/Dierlamm in JR 1992, 353 (358); insofern zustimmend wohl auch Perron in JZ 1993, 918 (925)

¹⁵² so auch Katholnigg in JR 1994, 353 (355). Lackner hält die Bedenken wegen eines Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung für „nicht ganz unbegründet“ (Lackner/Kühl – Lackner zu § 73 d, Rz. 1). Insgesamt erachtet er sie aber – ohne nähere dogmatische Begründung – angesichts der Bedrohung durch die organisierte Kriminalität für hinnehmbar.

¹⁵³ Dannert, S. 68

¹⁵⁴ Eser in FS Stree/Wessels, S. 833 ff. (845 f.); Heckmann in ZRP 1995, 1 (2); Arzt in NStZ 1990, 1 (5), der die Rechtsnatur des erweiterten Verfalls zwar offenläßt – die Nähe zur Strafe jedoch für „offensichtlich“ hält; Dannert, S. 70 ff.; Weißlau in StV 1991, 226 (231 ff.); SS – Eser zu § 73 d, Rz. 2; Ostendorf in JZ 1991, 62 (69); Nomos – Herzog zu § 73 d, Rz. 1. Hoyer argumentiert ähnlich, hält es aber für möglich, den Bedenken mit einer extensiven Anwendung der Härteklausel (§§ 73 d IV, 73 c StGB) zu begegnen: Soweit kein schuldhafter Vermögenserwerb nachgewiesen werden könne, dürfe nur der Nettoerlös abgeschöpft werden (Hoyer in GA 1993, 406 (422)).

¹⁵⁵ offengelassen bei LK – Schmidt zu § 73 d, Rz. 20

¹⁵⁶ vgl. BT-Drs. 11/6623 S. 7 und die obigen Ausführungen hierzu

C Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf

Delikte ist der erweiterte Verfall zwingend anzuwenden¹⁵⁷. Diese müssen aber nicht zwangsläufig in den Bereich der organisierten Kriminalität fallen.¹⁵⁸

Auch eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt des Gedankens der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) ist problematisch.¹⁵⁹ Bedenken bestehen im weiteren wegen einer Verletzung des Anklagegrundsatzes. Der erweiterte Verfall bezieht sich auf Eigentumspositionen, die aus vermutlich begangenen und nicht angeklagten Straftaten stammen sollen.¹⁶⁰ Eine restriktive Auslegung des erweiterten Verfalls ist im übrigen wegen der Unschuldsvermutung geboten. Der erweiterte Verfall knüpft an eine doppelte Vermutung hinsichtlich des Begehens der Straftat sowie der Herkunft des Erlangten an. Nach der Unschuldsvermutung hingegen dürfen Strafen oder strafähnlich wirkende

¹⁵⁷ siehe Übersicht bei TF – Tröndle zu § 43 a, Rz. 5

¹⁵⁸ vgl. Schoreit in StV 1991, 535 (538)

¹⁵⁹ Zum einen wird eine Verwirkung von Grundrechten vom Bundesverfassungsgericht – und folglich nicht im Strafverfahren - ausgesprochen. Dieses hat insofern ein Entscheidungsmonopol (Jarass/Pieroth – Jarass zu Art. 18, Rz. 3). Zum anderen knüpft der erweiterte Verfall an die Vermutung an, weitere Straftaten seien begangen worden, aus denen die betroffenen Eigentumspositionen stammten. Aufgrund einer solchen bloßen Vermutung kann keine Grundrechtsverwirkung ausgesprochen werden. Schließlich spricht gegen eine Vereinbarkeit mit Art. 14 GG, daß – wie von Julius zutreffend ausgeführt - die Eigentumsgarantie nicht nur das Eigentum selbst schützt, sondern auch eine verfahrensrechtliche Ausprägung hat. Der Eigentümer muß die Möglichkeit haben, seine Rechtsposition im Gerichtsverfahren effektiv vertreten zu können. Deshalb folgt aus Art. 14 GG ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (vgl. BVerfGE 35, 348 (361); BVerfGE 45, 297 (322); BVerfGE 46, 325 (334); BVerfGE 49, 220 (225); BVerfGE 51, 150 (156)).

¹⁶⁰ Der Anklagegrundsatz (*nemo iudex sine actore*) stellt ein lückenlos geltendes Grundprinzip des Strafverfahrens dar (vgl. KK – Pfeiffer in der Einleitung, Rz. 3). Der Anklagegrundsatz hat unter anderem die Funktion, dem Angeklagten eine effektive Verteidigung zu ermöglichen (vgl. Sarstedt/Hamm, Rz. 1029: entsprechend kommt der Anklageschrift neben der Umgrenzungs- auch eine Informationsfunktion zu. Letztere eröffnet dem Angeklagten die Möglichkeit sachgerechter Verteidigung).

Sanktionen nur verhängt werden, wenn die Schuld des Angeklagten in einem rechtsstaatlichen Verfahren bewiesen wurde.¹⁶¹

3. Die „erweiterte Einziehung des Erlangten“

Der Reformentwurf sieht in § 73 a StGB – Reformentwurf die Möglichkeit einer Erweiterten Einziehung des Erlangten vor. Diese entspricht in ihrem Regelungsgehalt weitgehend dem des geltenden § 73 d StGB. Lediglich auf einen § 73 d IV StGB entsprechenden Hinweis bezüglich der Anwendbarkeit der Härteklausel wurde verzichtet. Ein solcher ist nach dem Reformentwurf entbehrlich, weil sich die Härteklausel des § 73 d StGB ausdrücklich auch auf die erweiterte Einziehung des Erlangten bezieht.¹⁶² Eine Bezugnahme auf den erweiterten Verfall fehlt bei § 73 c StGB.

Ähnlich wie bezüglich der Einziehung des Erlangten enthält die Begründung des Reformentwurfes keine Ausführungen zur Problematik der Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Einziehung des Erlangten.¹⁶³ Dabei wird die Frage der Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls – wie oben ausgeführt – sowohl in der Rechtsprechung als auch der Literatur behandelt. Aufgrund des gleichen Regelungsgehaltes beider Vorschriften bleibt diese Problematik bestehen. Es ist daher kaum vorstellbar, daß die Verfasser des Reformentwurfes die Frage der Verfassungsmäßigkeit übersehen haben. Um so mehr ist ihnen das Verschweigen der Problematik vorzuwerfen.

¹⁶¹ vgl. BVerfGE 82, 106 (114 ff.). Die Unschuldsvermutung, ist durch die Ratifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in Deutschland zum einen bundesgesetzlich festgeschrieben (Art. 6 II EMRK) – zum anderen genießt sie nach allgemeiner Meinung auch Verfassungsrang. Sie wird aus dem Rechtsstaatsprinzip und / oder dem Grundrecht auf Menschenwürde abgeleitet (vgl. statt vieler nur BVerfGE 82, 106 (114) oder Stree in Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, S. 17). Beim erweiterten Verfall ist zu bedenken, daß sich dieser auf selbstständig anklagbare und strafbare Taten bezieht. Soweit diese bei der Bestrafung wegen der (bewiesenen) Anknüpfungstat Berücksichtigung finden würden, könnten die Anforderungen der Unschuldsvermutung bezüglich der nicht angeklagten (aber vermuteten) Straftaten umgangen werden (grundlegend: Schulteheinrichs, S. 159). Problematisch ist auch der Grundsatz in dubio pro reo (vgl. Roxin in Strafverfahrensrecht, § 11 II, Rz. 4).

¹⁶² In der Begründung des Reformentwurfes wird § 73 e StGB – Reformentwurf genannt (BT-Drs. 13/9742 S. 22). Hierbei muß es sich um ein Redaktionsversehen handeln.

¹⁶³ vgl. BT-Drs. 13/9742 – insbesondere S. 22

Es bleibt zu hoffen, daß die Frage der Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Einziehung des Erlangten im Rahmen der Überarbeitung des Referententwurfes Berücksichtigung findet. Der Reformgesetzgeber sollte sich zumindest der hierüber entbrannten Diskussion stellen. Anders als bei der Schaffung des erweiterten Verfalls geht es nunmehr nicht mehr um eine Maßnahme vorläufigen Charakters, die im Rahmen einer Änderung des gesamten Verfallsrechtes überarbeitet werden soll.

III. Zusammenfassung von Teil C

In diesem Teil der Arbeit wurde der materielle Regelungsgehalt des derzeit geltenden Verfallsrechtes im Überblick dargestellt. Ohne einen solchen Überblick ist weder der Reformentwurf noch die der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB zugrundeliegende Problematik verständlich. Es bleibt festzuhalten, daß eine Verfallsanordnung zu unterbleiben hat, wenn sich das Verfallsobjekt im Eigentum eines an der Straftat unbeteiligten Dritten befindet. Die Kritik an der Regelung des § 73 I 2 StGB geht hierauf nicht ein. Sie sieht die Ausschlußklausel als alleinige Ursache für das zwingende Unterbleiben des Verfalls bei Straftaten mit individualschützendem Charakter an. Dabei wird übersehen, daß das Eigentum eines tatunbeteiligten Dritten auch nach der dem Reformentwurf zugrundeliegenden Gestaltung des Verfallsrechtes ohne eine Ausschlußregelung der Verfallsanordnung entgegensteht. Die Untersuchung des materiellen Regelungsgehaltes des Reformentwurfes hat gezeigt, daß bis auf das Fehlen einer § 73 I 2 StGB entsprechenden Ausschlußklausel kaum Unterschiede zum geltenden Recht bestehen. Die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB wurde in diesem Teil der Arbeit noch nicht näher behandelt, weil hierauf noch ausführlich zurückzukommen sein wird.¹⁶⁴

Jeweils als Exkurs wurde das Problem der Rechtsnatur beziehungsweise der Verfassungsmäßigkeit des Verfalls und des erweiterten Verfalls behandelt. Der Reformentwurf übergeht diese kontrovers diskutierte Problematik, die bei der Einziehung des Erlangten und der erweiterten Einziehung des Erlangten in gleicher Weise besteht. Dies ist gemessen an den Erwartungen an eine umfassende Überarbeitung des Rechtes staatlicher Gewinnabschöpfung inakzeptabel. Aus diesem Grund wurde die Frage der Verfassungsmäßigkeit kurz erörtert – obwohl sie für die Frage des Konkurrenzverhältnisses von zivil-

¹⁶⁴ siehe hierzu insbesondere unten D. III. bzw. E. I.

C Die derzeitige strafgesetzliche Regelung des Verfalls und der Reformentwurf

rechtlichen Ausgleichsansprüchen und dem staatlichen Verfall beziehungsweise der Einziehung des Erlangten nicht direkt von Bedeutung ist.

Es konnte gezeigt werden, daß das Rechtsinstitut des Verfalls – spätestens seit dem Ersatz des Tatbestandsmerkmals „Vermögensvorteil“ durch die Formulierung „etwas“ nicht mehr als kondiktionsähnlich bezeichnet werden kann. Seiner Rechtsnatur nach kommt ihm strafähnlicher Charakter zu. Daraus ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des Schuldprinzips, die eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung erforderlich machen: Bei Verurteilungen wegen nur rechtswidriger, nicht aber schuldhafter Taten, muß es beim sogenannten Nettoprinzip bleiben.

Entsprechendes gilt für den erweiterten Verfall bzw. die erweiterte Einziehung des Erlangten. Hier ist eine restriktive verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandes geboten.

D. Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

I. Spannungsverhältnis zwischen materiellem Straf- und Zivilrecht

Immer, wenn zivilrechtliche Ausgleichsansprüche eines durch eine Straftat Geschädigten bestehen, treten Konkurrenzprobleme mit dem Bedürfnis staatlicher Gewinnabschöpfung auf. Eser bezeichnet die Lösung dieses Konkurrenzverhältnisses sogar als „Kardinalproblem der Gewinnabschöpfung“¹⁶⁵. Überschneidungen der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung mit den Ausgleichsansprüchen des Zivilrechtes ergeben sich, weil beide Rechtsinstitute der „unverzichtbaren Basisfunktion“ jeglicher Rechtsnormen, nämlich der Lösung von Konflikten, dienen müssen. Auch ein staatliches Tätigwerden zur Bewältigung einer Straftat bezweckt unter anderem die Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens.¹⁶⁶ Davon muß grundsätzlich eine Abschöpfung von rechtswidrig erlangten Vermögensvorteilen umfaßt sein. Ansonsten bestünde die Gefahr, daß diese beim Straftäter verbleiben – was eine fortwirkende Störung des Rechtsfriedens als Folge einer Straftat darstellen würde.

Konflikte mit dem Zivilrecht sind zwangsläufig: Sind individuelle Vermögensinteressen verletzt worden, bestehen in aller Regel Schadensersatzansprüche. Diese sind gemäß § 249 BGB grundsätzlich auf das Integritätsinteresse, also auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, gerichtet.¹⁶⁷ Es liegt auf der Hand, daß parallel hierzu staatliche Gewinnabschöpfung nicht in Betracht kommen kann. Daraus ergeben sich Probleme, auf die unten¹⁶⁸ noch näher eingegangen werden muß: Was soll beispielsweise gelten, wenn zivilrechtliche Ausgleichsansprüche zwar bestehen – mit deren Geltendmachung aber nicht zu rechnen ist?

¹⁶⁵ Eser in Sanktionen, S.295 und Güntert, S.69

¹⁶⁶ Baumann in AE-Wiedergutmachung, S. 23

¹⁶⁷ Es ist der Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Das Integritätsinteresse tritt zwar in den Fällen der §§ 250 ff. BGB zugunsten des Wertinteresses zurück – dies ist für das Bestehen des Konkurrenzverhältnisses aber ohne Belang; vgl. Fikentscher, Rz. 526 (Fikentscher sieht allerdings auch § 249 S. 2 BGB als Fall der Kompensation an).

¹⁶⁸ siehe hierzu unten III. sowie Teil E.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Eser beschreibt diesen Konflikt zutreffend anhand drei Interessenssphären, zwischen denen ein Ausgleich stattfinden muß¹⁶⁹: Zum einen bestehen *Interessen des Opfers*. Dessen zivilrechtliche Ausgleichsansprüche dürfen in ihrer Realisierbarkeit nicht durch staatliche Gewinnabschöpfung tangiert werden. Des weiteren muß das *Interesse des Täters* berücksichtigt werden, nicht zweimal in Anspruch genommen zu werden – einmal zivilrechtlich durch das Opfer und ein anderes Mal durch den Staat im Rahmen der Gewinnabschöpfung. Letztendlich besteht ein legitimes *Interesse des Staates*, dem Straftäter den rechtswidrig erlangten Gewinn nicht zu belassen.

Klar zu trennen ist das obig beschriebene Konkurrenzproblem von dem der strafrechtlichen Wiedergutmachung. Dabei geht es um ein im materiellen Strafrecht – und hier insbesondere im Rechtsfolgensystem – geregeltes eigenständiges Rechtsinstitut.¹⁷⁰ Demgegenüber betrifft die § 73 I 2 StGB beziehungsweise dem Reformentwurf zugrundeliegende Problematik die Lösung von Konflikten des Zusammentreffens zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche und strafrechtlicher Regelungen. Erstere behalten dabei ihren Rechtscharakter als zivilrechtliches Rechtsinstitut.¹⁷¹

II. Spannungsverhältnis zwischen Strafprozeß- und Zivilrecht

Neben Konkurrenzproblemen zwischen materiellem Straf- und Zivilrecht sind auch Überschneidungen des Strafprozeßrechtes mit dem Zivilrecht zu erörtern. Die §§ 111 b ff. StPO¹⁷² ermöglichen eine Sicherstellung von Vermögensgegenständen, die voraussichtlich für verfallen erklärt werden. Gemäß § 111 b V StPO kann eine solche Sicherstellung auch erfolgen, wenn vom Verfall nur wegen § 73 I 2 StGB abzusehen ist. Diese sogenannte Zurückgewinnungshilfe ergeht also (auch) zur Sicherung von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen des durch die Tat Verletzten. Der Reformentwurf sieht ebenfalls eine strafverfahrensrechtliche Sicherstellung von voraussichtlich dem

¹⁶⁹ Eser in Sanktionen, S. 294 f.

¹⁷⁰ Hierzu gehört unter anderem das aktuell diskutierte Rechtsinstitut des Täter-Opfer-Ausgleiches; vgl BT-Drs.14/2258

¹⁷¹ vgl. Hirsch in ZStW 102 (1990), 534 (536)

¹⁷² Von einer ausführlicheren Darstellung wird an dieser Stelle abgesehen. Eine solche erfolgt unten unter IV.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Verfall unterliegenden Vermögensgegenständen vor¹⁷³ – der Verfall wird unabhängig vom Bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche angeordnet.¹⁷⁴

Eine strafverfahrensrechtliche Sicherstellung im Interesse der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche könnte eine unzulässige Vermengung von Strafprozeß – und Zivilrecht darstellen. Das deutsche Rechtssystem trennt zwischen Straf- und Zivilrechtsweg¹⁷⁵ – Hirsch bezeichnet diese Trennung sogar als eine „Säule der Rechtsstaatlichkeit“.¹⁷⁶ Der aus einer Straftat Verletzte könnte folglich zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden – die Zivilprozeßordnung kennt eigene Instrumentarien vorläufigen Rechtsschutzes. Deren Regelungsbereich ist umfassend:

Zu denken ist vor allem an Arrest und einstweilige Verfügung (§§916 ff. ZPO) oder die einstweilige Anordnung in Ehesachen, anderen Familiensachen und Kindschaftsprozessen.¹⁷⁷ Die §§ 916 ff. ZPO werden auch bei privatrechtlichen Streitigkeiten im FGG – Verfahren entsprechend angewendet. Sie gelten im arbeitsgerichtlichen Verfahren unmittelbar¹⁷⁸ An dieser Stelle seien der Vollständigkeit halber auch die §§ 324 ff. AO erwähnt.¹⁷⁹ Diese sind – wenn auch nicht zivilprozessualer Natur - insofern relevant, als nach der hier vertretenen Auffassung auch der Steuerfiskus Verletzter im Sinne des § 73 I 2 StGB sein kann.¹⁸⁰

¹⁷³ vgl. §§ 111 b und 111 c des Reformentwurfes - auch zu diesem Punkt sei wegen einer ausführlichen Darstellung auf unten Teil E verwiesen.

¹⁷⁴ siehe hierzu oben C. I. 6. beziehungsweise unten Teil E.

¹⁷⁵ vgl. hierzu Scholz in JZ 1972, 725 (729)

¹⁷⁶ Hirsch in FS für Engisch, S. 304 (327)

¹⁷⁷ vgl. Übersicht bei Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann – Hartmann Grundz. zu § 916, Rz. 10

¹⁷⁸ Stein/Jonas – Grunsky vor § 916, Rz. 57

¹⁷⁹ Wie mit den zivilprozessualen Regelungen soll auch mit Hilfe des Arrestes gem. § 324 AO verhindert werden, daß der Steuerpflichtige einen bestehenden Zustand ändert – vgl. Klein – Brockmeyer zu § 324, Nr. 2.

¹⁸⁰ siehe hierzu unten III. 3. b) bb)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Aus diesem Grund wird in der Kommentarliteratur zur Zurückgewinnungshilfe vielfach vertreten, daß diese als Durchbrechung der Trennung von Straf- und Zivilprozeßrecht nur ausnahmsweise in Betracht kommen könne.¹⁸¹

Aus dem Vorhandensein eines eigenen zivilprozessualen Instrumentariums kann aber nicht abgeleitet werden, daß eine vorläufige Sicherstellung zugunsten des Verletzten im Strafverfahren unzulässig beziehungsweise nur ausnahmsweise zulässig sei. Vielmehr besteht in der zivilprozessualen Literatur weitgehend Einigkeit über das Bestehen eines sogenannten Justizgewährungsanspruchs.¹⁸² Der Staat verlangt vom Rechtsinhaber den (weitestgehenden) Verzicht auf Selbsthilfe und muß im Gegenzug den Erfolg gerichtlicher Rechtsdurchsetzung soweit wie möglich garantieren. In Konsequenz wird sogar ein Anspruch des Bürgers gegen den Staat als Träger hoheitlicher Gewalt auf eine Garantie effektiven Rechtsschutzes vertreten.¹⁸³ Soweit eine strafprozessuale Sicherstellung der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche dienlich ist, bestehen aus zivilprozessualer Hinsicht also keine Bedenken.

Die Strafverfolgungsbehörden erhalten oftmals als erste Kenntnis von der Person des Täters und von etwa vorhandenen diesem zustehenden Vermögensgegenständen. Sie haben im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Eingriffsbefugnisse, die dem Verletzten nicht zustehen. Man denke nur an die Möglichkeit einer Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO).

Erfolgt eine Sicherstellung schon im Rahmen des Ermittlungsverfahrens, kann der Straftäter keine Vermögensgegenstände mehr beiseite schaffen beziehungsweise diese durch Verfügungen hierüber dem Zugriff des Geschädigten entziehen. Eine Sicherstellung durch die Strafverfolgungsbehörden kann unter Umständen das einzige Mittel sein, die Durchsetzbarkeit von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen des Tatopfers zu gewährleisten.

Aus diesem Grund sind strafverfahrensrechtliche Sicherstellungen im Interesse des Tatopfers nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich: Scholz stellt zutreffend fest, daß die Unabhängigkeit des Straf- vom Zivilrechtsweges eine

¹⁸¹ KMR – Müller zu § 111 b, Rz. 13; KK – Nack zu § 111 b, Rz. 18; SK – Rudolphi zu § 111 b, Rz. 10; HK – Lemke zu § 111 b, Rz. 15 – auch hierauf wird unten unter IV. noch näher einzugehen sein!

¹⁸² vgl. m.w.N. Stein/Jonas – Grunsky vor § 916, Rz. 1

¹⁸³ Münchner Kommentar ZPO vor § 916, Rz. 10

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Grenze in der dem Bürger zustehenden Rechtsschutzgarantie findet. Diese folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip.¹⁸⁴ Der Staat muß ein möglichst effektives System zum Schutz beziehungsweise der Wiederherstellung der privatrechtlichen Ordnung gewährleisten. Auch die Belange des Tatopfers müssen im Rahmen des Strafverfahrens gewahrt bleiben. Der soziale Rechtsstaat (Art. 20 I und 28 I 1 GG) muß dem Tatopfer bei der Durchsetzung seiner Rechte behilflich sein.¹⁸⁵

Dies stellt keinen unzulässigen Einbruch des Zivilrechtes in das Strafverfahren dar. Ohnehin ist der Begriff sowie der Zweck des Strafverfahrens schwer zu bestimmen beziehungsweise klar von anderen Verfahrensarten abzugrenzen. Das Strafverfahren besteht aus einer Vielzahl von Verfahrenstypen mit unterschiedlichen Zielsetzungen.¹⁸⁶ Peters versucht zwar den „eigentlichen Zweck“ des Strafverfahrens auf den Schutz der Grundordnung von Volk und Staat zu beschränken – erkennt aber eine „zivilrechtsunterstützende Funktion“ an.¹⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht zählt zum Zweck der Strafrechtspflege ausdrücklich die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und dessen Bestrafung – dieser Aufzählung wird aber kein abschließender Charakter beigemessen.¹⁸⁸

Berührungspunkte zwischen Straf- und Zivilrecht sind auf prozeßrechtlicher Ebene also zulässig und zweckmäßig.¹⁸⁹ Eine strafverfahrensrechtliche Sicherung der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche kann im Einzelfall aus Gründen effektiven Rechtsschutzes sogar geboten sein. Es ist nochmals zu betonen, daß der zivilrechtliche Anspruch seinen Rechtscharakter behält – es geht lediglich um die Sicherung seiner Durchsetzbarkeit. Insofern liegt auch kein - wie von Bruns beschriebener und abgelehnter - Einbruch zivilrechtlicher Begriffe in „spezifisch strafrechtliche Begriffsbildungs- und Auslegungsmethoden“¹⁹⁰ vor.

¹⁸⁴ Scholz in JZ 1972, 725 (729)

¹⁸⁵ vgl. Müller-Dietz in FS für Dünnebieber zum 75. Geburtstag, S. 75 (97) oder Granderath in MDR 1983, 797 (798)

¹⁸⁶ vgl. AK StPO – Schreiber: Einl. I., Rz. 2 oder Roxin in Strafverfahrensrecht, S. 3

¹⁸⁷ Peters S. 36 bzw. S. 39

¹⁸⁸ BVerfGE 51, 324 (343)

¹⁸⁹ so auch Hellmer in AcP 155 (1956), 527 (534), der lediglich auf materieller Ebene zwischen Wiedergutmachung und Strafe trennen will.

¹⁹⁰ Bruns, S. 6 ff.

III. Die Regelung des § 73 I 2 StGB

1. Hintergrund der Diskussion über die Regelung

Eine Lösung der oben unter I. und II. beschriebenen Spannungsverhältnisse versucht die derzeit im Strafrecht geltenden Regelung mit dem Zurücktreten des Verfalls beim Bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche zu finden. Eine Anordnung des Verfalls ist gemäß § 73 I 2 StGB insoweit ausgeschlossen, als zivilrechtliche Ausgleichsansprüche des durch die Straftat Verletzten bestehen. In strafprozessualer Hinsicht soll dem Verletzten das Instrument der sogenannten Zurückgewinnungshilfe zugute kommen.

Im folgenden wird auf die Regelung des § 73 I 2 StGB näher einzugehen sein. Nur so kann eine Stellungnahme dahingehend abgegeben werden, ob diese tatsächlich als „Totengräber des Verfalls“¹⁹¹ anzusehen ist. Im weiteren ist zu untersuchen, was die gesetzgeberische Intention bei der Schaffung der Norm war.¹⁹² Hierauf aufbauend wird der materiell-rechtliche Regelungsgehalt des § 73 I 2 StGB sowie die zugehörigen in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Probleme dargestellt¹⁹³. Es ist zu klären, ob und inwieweit letztere tatsächlich der Regelung immanent sind – beziehungsweise in welchem Rahmen das Rechtsinstitut der Zurückgewinnungshilfe zur Vermeidung unbefriedigender Ergebnisse herangezogen werden kann.¹⁹⁴

Nach einer verbreiteten Meinung wird die Regelung des § 73 I 2 StGB als Hauptursache für die geringe Bedeutung des Institutes des Verfalls angesehen.¹⁹⁵ Dies soll vor allem daher kommen, daß die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB schon dann eingreife, wenn zivilrechtliche Ausgleichsansprüche abstrakt bestünden. Auf eine tatsächliche Geltendmachung der Ansprüche des Geschädigten komme es nicht an.¹⁹⁶ Daraus resultierten in der praktischen Normanwendung Fälle, in denen von einer Verfallsanordnung abgesehen

¹⁹¹ Eberbach in NSTz 1987, 486 (491) – hierauf wird unten näher eingegangen

¹⁹² siehe hierzu unten 2.

¹⁹³ siehe hierzu unten 3. und 4. (erweiterter Verfall)

¹⁹⁴ siehe hierzu unten IV.

¹⁹⁵ so schon Eberbach NSTz 1987,486 (491), der § 73 I 2 StGB als „Totengräber des Verfalls“ bezeichnet

¹⁹⁶ vgl. Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten, BT-Drs. 13/9742, S. 1 und 16f. (auszugsweise auch abgedruckt in ZRP 1998,154) oder auch Krey/Dierlamm JR 1992, 353 (355)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

werden müsse, obwohl mit einer Geltendmachung der zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche durch den Verletzten nicht zu rechnen sei. Im Ergebnis verbleibe dem Täter bei dieser Fallkonstellation der aus der Straftat gezogene Gewinn. Die Regelung des § 73 I 2 StGB sei deshalb zu streichen - diese Auffassung liegt auch der Konzeption des Reformentwurfs zugrunde.¹⁹⁷

Es wird nicht näher darauf einzugehen sein, daß der Verbleib des Täterlöses beim Straftäter unter dem Gesichtspunkt einer effektiven Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten nicht hinnehmbar sein kann. Die effektive Abschöpfung von Gewinnen aus kriminellen Geschäften ist nicht nur erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers.¹⁹⁸ Sie wird auch in der Strafrechtsdogmatik als eine der grundlegenden Aufgaben des Strafrechtes angesehen. Herzog hält die Gewinnabschöpfung zur Umsetzung des Präventiven Mottos „*crime doesn't pay*“ für erforderlich¹⁹⁹ - aus Straftaten soll man nicht reich werden.²⁰⁰ Weißlau sieht sie zur Verfolgung eines quasi – konditionellen Ausgleichs als geboten an.²⁰¹ Im Rahmen dieser Arbeit ist aber zu untersuchen, ob das ungewollte Ergebnis des (teilweisen) Verbleibens des Täterlöses beim Straftäter tatsächlich der geltenden Regelung immanent ist.

Der Reformentwurf sieht die Abschaffung der Ausschlußregelung vor. Dieses gesetzgeberische Modell ist auf seine Geeignetheit hin zu untersuchen, Probleme beim Zusammentreffen von staatlichen mit zivilrechtlichen Ansprüchen zu lösen.

2. Gesetzgeberische Intention bei der Schaffung der Regelung

Das Rechtsinstitut des Verfalls wurde durch das zweite Gesetz zur Reform des Strafgesetzbuches vom 14.07.1969²⁰² in das Strafgesetzbuch aufgenommen.

¹⁹⁷ vgl. Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten, a.a.o.

¹⁹⁸ vgl. Begründung zum Gesetzentwurf BT-Drs. 12/989, S.21 f.

¹⁹⁹ vgl. Nomos – Herzog vor § 73, Rz. 5

²⁰⁰ Naucke § 6, Rz. 173

²⁰¹ Weißlau StV 1991,226 (227): Die grundsätzlichen Ausführungen Weißlaus zum Bedürfnis einer Gewinnabschöpfung sind trotz des Umstandes weiterhin relevant, weil ihr Beitrag noch das vor der Gesetzesänderung von 1992 geltende Recht behandelt. Ihrer Auffassung nach dient Gewinnabschöpfung weder unmittelbar präventiv-sichernden noch repressiv vergeltenden Zwecken.

²⁰² BGBl. 1969 I, S. 717 ff.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Bereits von Beginn an enthielt das neu geschaffene Verfallsrecht die Regelung des § 73 I 2 StGB. Diese besteht bis heute.²⁰³ Der staatlich anzuordnende Verfall tritt danach hinter zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen der Geschädigten zurück. Dieser Weg zur Lösung des „Kardinalsproblems der Gewinnabschöpfung“ wird seit Inkrafttreten der Verfallsregelungen heftig und kontrovers diskutiert. Hierzu wird noch auszuführen sein.

a) Beratungen im Zuge der Schaffung des Verfallsrechtes

Bereits im Rahmen der Entstehung der Regelung des § 73 I 2 StGB war diese Gegenstand ausführlicher Diskussionen. Der unter anderem mit der Einführung des Verfallsrechtes befaßte „Sonderausschuß für die Strafrechtsreform“ des Deutschen Bundestages nahm zwei grundsätzlich verschiedene Modelle zum Ausgangspunkt seiner Beratungen: Nach dem ersten sollte der Gewinn des Täters zunächst einmal ohne Rücksicht auf zivilrechtliche Ausgleichsansprüche abgeschöpft werden. Im Anschluß daran wäre nach diesem Modell eine Auseinandersetzung mit dem Staat über die Herausgabe der Gewinnabschöpfung an den zivilrechtlich Berechtigten notwendig gewesen. Nach dem zweiten Modell sollte eine Gewinnabschöpfung hingegen nur in Betracht kommen, wenn keine zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche bestehen würden.²⁰⁴

Die dem Sonderausschuß als Diskussionsgrundlage dienende „Formulierungshilfe zu den Vorschriften des Entwurfes 1962 über Verfall und Einziehung“ des Bundesjustizministerium sah in § 109 II von vorneherein eine im Grundsatz dem heutigen § 73 I 2 StGB entsprechende Ausschlußregelung vor.²⁰⁵ Der Inhalt des § 109 II wurde im Kernbereich in eine weitere ergänzende Formulierungshilfe

²⁰³ Zwar sprach die alte Fassung des § 73 I 2 StGB von „Beseitigung oder Minderung des aus der Tat erlangten Vermögensvorteiles“ anstatt von der „Entziehung des aus der Tat Erlangten“. Die Änderung des Wortlautes erfolgte aber nur in Anpassung an den durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.02.1992 (a.a.o.) neu gefaßten § 73 I 1 StGB. Für die hier zu behandelnde Problematik ist dies ohne Relevanz.

²⁰⁴ Göhler in Protokolle des Sonderausschusses, S.542 f.

²⁰⁵ Protokolle des Sonderausschusses, S. 556

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

als § 109 I 2 eingearbeitet²⁰⁶ und in dieser Form vom Sonderausschuß beschlossen.²⁰⁷

Eine Ausschlußregelung war ebenfalls schon im Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962, enthalten (§ 109 II des Entwurfes). Nach der Begründung des Entwurfes sollte diese ausdrücklich auch dann greifen, wenn mit einer Geltendmachung des zivilrechtlichen Anspruches nicht zu rechnen war. Die dadurch eventuell entstehende Lücke in der Gewinnabschöpfung sollte in Kauf genommen werden, um das Strafverfahren nicht unnötig zu erschweren.²⁰⁸ Auch nach dem Alternativentwurf war von einer Verfallsanordnung abzusehen, wenn zivilrechtliche Ausgleichsansprüche Verletzter bestanden (§ 83 I 2 Alternativ – Entwurf eines Strafgesetzbuches). Allerdings wurde im Rahmen des Alternativentwurfes das Problem des eventuellen Verbleibens des Taterlöses beim Straftäter nicht erörtert.²⁰⁹

Im Sonderausschuß bestand ausweislich der Protokolle über dessen Beratungen trotzdem nicht von vorneherein Einigkeit über die Zweckdienlichkeit einer solchen Ausschlußregelung. Bedenken wurden vor allem dahingehend vorgebracht, daß das Zurücktreten des Verfalls hinter zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen zum Verbleib des Vermögensvorteiles beim Straftäter führen könne. Güde geht von einem allgemeinen Grundsatz aus, „daß dem Täter unrechtes Gut nicht belassen werden dürfe“. Er wandte gegen eine Ausschlußregelung ein, eine solche würde zu einer Abstandnahme vom Verfall auch in den Fällen führen, in denen mit einer Geltendmachung des zivilrechtlichen Ausgleichsanspruches nicht zu rechnen sei.²¹⁰ Des weiteren wurde gegen die Ausschlußregelung vorgebracht, daß eine solche den Strafrichter mit der Notwendigkeit einer Prüfung des Bestehens beziehungsweise der Höhe zivilrechtlicher Ansprüche belasten würde. Nur so könne dieser klären, ob der

²⁰⁶ vgl. „Weitere Formulierungshilfe zu den Vorschriften des Entwurfes 1962 über Verfall und Einziehung in Ergänzung der Formulierungshilfe vom 12.09.1966“ in Protokolle des Sonderausschusses, S. 1019

²⁰⁷ Protokolle des Sonderausschusses, S. 1013

²⁰⁸ E 1962 mit Begründung – Bundesratvorlage, Bundesrat–Drs. 200/62, S.243

²⁰⁹ Im Gegensatz zur Begründung zu E 1962 enthalten die Erläuterungen zum AE (weder in erster noch in zweiter Auflage!) keine Stellungnahme zum Problem des Entstehens einer „Lücke in der Gewinnabschöpfung“.

²¹⁰ Protokolle des Sonderausschusses, S.545 – vgl. auch zusammenfassende Würdigung der vorangegangenen Sitzung des Sonderausschusses durch Göhler auf S. 995.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Verfall im Urteil anzuordnen sei oder aber aufgrund der Ausschlußregelung unterbleiben müsse.²¹¹

Alternativ wurde deshalb eine Regelung diskutiert, nach der die Anordnung des Verfalls unabhängig vom Bestand zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche ergehen sollte. Der Strafrichter hätte danach nur prüfen müssen, in welcher Höhe der Straftäter Vermögensvorteile aus der Tat gezogen habe. Dieser Betrag wäre für verfallen zu erklären gewesen. Hinzu sollte eine Regelung treten, nach welcher der Staat den (beziehungsweise die) durch die Straftat Verletzten aus dem für verfallen erklärten Betrag entschädigen müsse. Dies könne in einem „beweglich“ auszugestaltenden Verfahren im Anschluß an den Strafprozeß erfolgen.²¹²

Dagegen wurde wiederum eingewandt, daß das Strafgericht nicht zu einer „Abwicklungsstelle für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche“ werden dürfe.²¹³ Mit einer solchen Regelung sei die Praxis überfordert. Zu denken sei nicht zuletzt an Fälle mit mehreren Geschädigten. Es könne durchaus vorkommen, daß der vom Staat für verfallen erklärte Betrag nicht zur Deckung aller Ansprüche ausreiche. Dieser müsse dann aufgrund eines entsprechend den zivilprozeßrechtlichen Regularien auszugestaltenden Verteilungsverfahrens an die Geschädigten ausgezahlt werden. Ein solches Verfahren würde den Aufgabenbereich des Strafverfahrens überschreiten.²¹⁴ Neben dem Strafrichter müsse zur Verteilung des für verfallen erklärten Betrages ein weiterer besonderer Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig werden.²¹⁵

Als weiteres Argument für eine dem § 73 I 2 StGB entsprechende Regelung wurde vorgebracht, daß diese die ansonsten bestehende Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Straftäters beseitige: Ohne eine solche Ausschlußregelung sei zu befürchten, daß der Geschädigte nach bereits ergangener und

²¹¹ Müller-Emmert in Protokolle des Sonderausschusses, S. 544 f. - vgl. auch die zusammenfassende Würdigung der vorangegangenen Sitzung durch Göhler auf S. 994 f.

²¹² Güde in Protokolle des Sonderausschusses, S. 546

²¹³ Sturm in Protokolle der Sonderausschusses, S. 546 – Dreher spricht auch von einer „Clearingstelle für die Befriedigung von Ersatzansprüchen“, S. 996.

²¹⁴ Corves in Protokolle des Sonderausschusses, S. 547

²¹⁵ Dreher in Protokolle des Sonderausschusses, S. 997 – Müller-Emmert hält es nicht für sinnvoll, wenn der Staat in einem Officialverfahren für einen Schadensausgleich sorgen müsse; S. 999.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

vollzogener Verfallsanordnung aus einem außerhalb des Strafverfahrens erwirkten zivilrechtlichen Titel nochmals gegen den Straftäter vorgehe.²¹⁶

b) Die Beschlagnahmelösung

Der Sonderausschuß einigte sich letztendlich auf eine Regelung mit Ausschlußklausel. Deren Schwächen sollten dadurch ausgeglichen werden, daß prozessual im Falle des Bestehens zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche die Beschlagnahme von Vermögensgegenständen des Täters zu Gunsten Geschädigter möglich sein müsse. Falls sich in diesem Falle Geschädigte meldeten, so könne der zu ihren Gunsten beschlagnahmte Gewinn an diese ausgehändigt werden.²¹⁷ Die Verbindung von materieller Ausschlußregelung und prozessualer Beschlagnahmemöglichkeit wird als „Beschlagnahmelösung“ bezeichnet. Schon in der Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962, wurde eine solche zur Ergänzung der materiell – rechtlichen Regelung ins Auge gefaßt. Dadurch sollte verhindert werden, „daß der unrechtmäßig erlangte Gewinn nur deshalb in dem Vermögen des Täters verbleibt, weil der Verletzte seine Ansprüche aus Unkenntnis über die Person des Pflichtigen oder über die Rechtslage vorerst nicht geltendgemacht hat“.²¹⁸

Die vom Sonderausschuß für notwendig erachtete prozessuale Beschlagnahmeregulation skizzierte dieser in einer „Fußnote“ zu § 109 I 2 der Formulierungshilfe: ²¹⁹

„In die Strafprozeßordnung ist eine Vorschrift aufzunehmen, wonach Vermögensvorteile, die Täter oder Teilnehmer aus einer Straftat erlangt haben, sicherzustellen, gegebenenfalls zu beschlagnahmen sind (...). Soweit diese Vermögensvorteile nur deshalb nicht nach § 109 für verfallen erklärt werden, weil Ersatzansprüche Dritter bestehen, ist eine Regelung folgender Art vorzusehen:

²¹⁶ Göhler in Protokolle des Sonderausschusses, S. 1009

²¹⁷ vgl. Göhler in Protokolle des Sonderausschusses, S. 545 und 1008

²¹⁸ E 1962 mit Begründung - Bundesratvorlage, Bundesrat-Drs. 200/62, S. 243 f. Insofern mißverständlich Güntert (S.71), der den Vorschlag des „Mittelweges“ einer Ausschlußregelung mit Beschlagnahmelösung erst dem Sonderausschuß zurechnet!

²¹⁹ Protokolle des Sonderausschusses, S. 1022

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Den Geschädigten ist, soweit sie bekannt sind, von der Sicherstellung Mitteilung zu machen. Im übrigen sind sie öffentlich auf die Sicherstellung hinzuweisen. Ihnen ist eine Frist (von vielleicht drei Jahren) einzuräumen, innerhalb deren sie ihre Ansprüche gegen den Täter (oder Teilnehmer) geltend machen können. Zur Befriedigung dieser Ansprüche stehen die sichergestellten Vermögensvorteile zur Verfügung. Sind nach Ablauf der Frist noch Vermögensvorteile vorhanden, so gehen sie auf den Staat über. (...)“

Eine solche prozessuale Regelung wurde – allerdings stark eingeschränkt – durch die §§ 111 b ff. StPO geschaffen.²²⁰

3. Materiell-rechtlicher Regelungsgehalt des § 73 I 2 StGB

Wie bereits ausgeführt, soll die dem Reformentwurf zugrundeliegende Lösung, die Streichung der Ausschlußklausel des § 73 I 2 StGB, der geltenden Regelung wertend gegenübergestellt werden. Ohne ausführliche Darstellung des Regelungsgehaltes des § 73 I 2 StGB ist dies nicht möglich. Ausgehend vom sachlichen Anwendungsbereich²²¹ ist im folgenden daher zu klären, welche Ausgleichsansprüche im Rahmen der Ausschlußklausel zu berücksichtigen sind.²²² Im Anschluß daran wird erörtert, ob § 73 I 2 StGB in bestimmten Fällen einschränkend ausgelegt werden kann.²²³

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Die durch § 73 StGB beziehungsweise § 73 a StGB geregelten Arten von Verfallsanordnungen wurden oben²²⁴ bereits dargestellt. Es ist zu untersuchen, inwieweit die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB hierauf Anwendung findet.

Bezüglich des täterbezogenen Verfalls (§ 73 I 1 StGB) ist ihre Anwendbarkeit aufgrund der Gesetzssystematik unproblematisch gegeben. Bei den anderen oben dargestellten Fallgruppen - dem Verfall von Nutzungen und Surrogaten (§ 73 II StGB), dem Drittverfall (§ 73 IV StGB) und dem Wertersatzverfall (§ 73 a

²²⁰ siehe hierzu ausführlich unten IV.

²²¹ siehe hierzu unten a)

²²² siehe hierzu unten b)

²²³ siehe hierzu unten c)

²²⁴ siehe hierzu oben C. I. und II. (erweiterter Verfall)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

StGB) - scheint die Anwendbarkeit wegen der systematischen Stellung des § 73 I 2 StGB fraglich zu sein: § 73 I 2 StGB könnte sich nur auf den ersten Absatz des § 73 StGB beziehen. Lediglich für Verfallsanordnungen im Rahmen der Vertreterklausel besteht eine Verweisung auf § 73 I 2 StGB: Gemäß § 73 III StGB ist hier der gesamte Absatz 1 von § 73 StGB anzuwenden.

In der Rechtsprechung und Literatur wird diese Problematik kaum diskutiert. Soweit überhaupt zur Anwendbarkeit der Regelung des § 73 I 2 StGB ausgeführt wird, wird diese bejaht. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen – allerdings bedarf es einer ausführlicheren Begründung.

aa) Verfall von Nutzungen und Surrogaten

Eine zivilrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen, die aus deliktisch erlangten Vermögensvorteilen gezogen wurden beziehungsweise von an deren Stelle getretenen Surrogaten wird beim Vorhandensein individualisierbarer Verletzter in aller Regel gegeben sein. Entsprechende Rechtsfolgen kennen beispielsweise die Regelungen des § 818 I BGB beziehungsweise der §§ 819, 818 IV, 292 II, 987 BGB, der §§ 823 ff. i.V.m. 249 BGB oder auch der §§ 992 i.V.m. 823 ff. BGB beziehungsweise der §§ 992 i.V.m. 990, 987 BGB. Die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB würde – ihre Anwendbarkeit vorausgesetzt - in diesen Fällen eine Anordnung des Verfalls ausschließen.

Wie bereits ausgeführt, spricht die Gesetzessystematik gegen eine Anwendung des § 73 I 2 StGB. Nach der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Ausschlußregelung muß hingegen die Anwendbarkeit auch in Fällen des Verfalls von Nutzungen beziehungsweise Surrogaten gegeben sein: Die Geltung der Regelung des § 73 I 2 StGB in Fällen des § 73 II StGB war vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt.²²⁵

Hinzu kommt, daß die Ausschlußregelung ihrem Sinn und Zweck nach zum einen der Vermeidung von strafverfahrensrechtlichen Schwierigkeiten dient, zum anderen schützt sie den Täter vor doppelter Inanspruchnahme sowie die Durchsetzbarkeit der Ausgleichsansprüche des Verletzten.²²⁶ Die Problematik besteht sowohl beim täterbezogenen Verfall als auch bei demjenigen von

²²⁵ vgl. OLG Karlsruhe in NJW 1982, 456 (457)

²²⁶ siehe hierzu oben 1. und 2. und OLG Karlsruhe in NJW 1982, 456 (457)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Nutzungen und Surrogaten. Der erkennende Strafrichter hat - soweit er mit der Beurteilung zivilrechtlicher Fragen befaßt wird - die gleichen Schwierigkeiten wie bei Verfallsanordnungen nach § 73 I StGB. Des weiteren ist das Schutzbedürfnis des Straftäters bezüglich einer Herausgabe von Nutzungen oder Surrogaten nicht geringer als bei einer solchen des ursprünglich erlangten Vermögensvorteils. Entsprechendes hat für das Befriedigungsinteresse des Verletzten zu gelten.²²⁷ Sowohl im Hinblick auf das *Interesse des Täters*, dem Schutz vor doppelter Inanspruchnahme, als auch das *Interesse des Opfers* (an der Durchsetzbarkeit seiner zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche) ist die Beachtung der Ausschlußregelung daher geboten. Die Regelung des § 73 I 2 StGB muß auch im Rahmen des § 73 II StGB Anwendung finden.²²⁸ Ob dem *Interesse des Staates* an einer effektiven Abschöpfung von durch Straftaten erlangten Vermögensvorteilen mit einer Gesetzesregelung ohne Ausschlußregelung besser Rechnung getragen werden kann, wird noch zu untersuchen sein – nach geltendem Recht ist die Ausschlußregelung aber zu beachten.

bb) Verfallsanordnungen im Rahmen der Vertreterklausel

Auch bei Verfallsanordnungen im Rahmen des § 73 III StGB ist § 73 I 2 StGB anwendbar.²²⁹ Gemäß § 73 III StGB ergehen entsprechende Verfallsanordnungen „nach den Absätzen 1 und 2“ – diese Verweisung umfaßt schon ihrem Wortlaut nach auch § 73 I 2 StGB. Im Rahmen des geltenden Verfallsrechtes hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, das Spannungsverhältnis zwischen zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen und der staatlichen Gewinnabschöpfung durch die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB zu lösen. Es erscheint insofern auch konsequent, dieses Lösungsmodell auf alle Fallgruppen des Verfalls heranzuziehen. Hinzu kommt, daß die Schwierigkeiten des Richters hinsichtlich der Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche beim Tätigwerden für einen Dritten (gegen den sich die Verfallsanordnung zu richten hat) im Anwendungsbereich der Vertreterklausel nicht kleiner sind als in den Fällen des § 73 I 1 StGB. Der mit der Ausschlussregelung verfolgte Gesetzeszweck erfordert insofern auch hier deren Anwendung.

²²⁷ so zutreffend auch OLG Karlsruhe in NJW 1986, 456 (457) oder BGH in NJW 1986, 1186 (1186) – mit ausdrücklichem Verweis auf das OLG Karlsruhe.

²²⁸ soweit die Kommentarliteratur auf diese Problematik eingeht, ist sie gleicher Meinung: SS – Eser zu § 73, Rz. 32 oder Lackner/Kühl – Lackner zu § 73, Rz. 7

²²⁹ so auch LK – Schäfer (10. Auflage) zu § 73, Rz. 40 a

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Zu klären bleibt aber, welche Ansprüche im Rahmen des § 73 I 2 StGB zu berücksichtigen sind. In den Fällen des § 73 III StGB können sich zivilrechtliche Ausgleichsansprüche nicht nur gegen den unmittelbar beteiligten Straftäter richten. Handelt dieser für einen Dritten, so kommen auch Ansprüche gegen letzteren in Betracht: Zu denken ist an Zurechnungsnormen wie § 31 BGB beziehungsweise § 278 BGB oder auch an § 831 BGB. Bestehen zivilrechtliche Ausgleichsansprüche sowohl gegen den Straftäter als auch den Dritten, bei dem sich der Vermögensvorteil befindet, so ist die Regelung des § 73 I 2 StGB unproblematisch heranzuziehen. Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche gegen den Dritten, bei dem sich der Vermögensvorteil befindet, müssen aber nicht zwingend bestehen – solche können auch nur gegen den Straftäter selbst gerichtet sein. Umgekehrt sind Fälle kaum denkbar, in denen sich die Ansprüche nur gegen den Dritten – nicht aber gegen den Straftäter richten. Der Straftäter wird zumindest über § 823 II BGB in Verbindung mit dem verwirklichten Straftatbestand schadenersatzpflichtig sein.

Im folgenden ist zu erörtern, was Anspruch im Sinne des § 73 I 2 StGB im Rahmen der Vertreterklausel bedeutet: Führt ein gegen den Straftäter gerichteter Anspruch zum Zurücktreten des Verfalls - oder ist (auch) ein gegen den im Besitz des Vermögensvorteiles befindlichen Dritten gerichteter Anspruch erforderlich? Als Beispielsfall kann in vereinfachter Form ein Sachverhalt in Anlehnung an eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf²³⁰ herangezogen werden:

Der Straftäter hat durch Betrug eine Bank zur Bereitstellung eines Darlehens in Höhe von DM 100.000 veranlaßt. Dieses wird vereinbarungsgemäß auf ein Konto seiner Lebensgefährtin ausbezahlt.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf macht zum Problem der Ausschlussregelung des § 73 I 2 StGB in seiner Entscheidung keine Ausführungen.²³¹ Es hatte eine Beschwerde der Lebensgefährtin gegen die vorläufige Beschlagnahme nach § 111 b StPO zu entscheiden. Das Gericht hielt die Beschlagnahme für rechtmäßig, weil Verfall gemäß § 73 III StGB „zu erwarten sei“. Auf § 73 I 2 StGB

²³⁰ OLG Düsseldorf in NJW 1979, 992 (992 f.)

²³¹ OLG Düsseldorf, a.a.o.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

geht es mangels Entscheidungserheblichkeit nicht näher ein. Auch im Falle des Eingreifens der Ausschlußregelung kommt eine Beschlagnahme in Betracht.²³²

Dem Oberlandesgericht ist insoweit zuzustimmen als eine Verfallsanordnung grundsätzlich in Betracht kommt. Nach richtiger Auffassung des Bundesgerichtshofes und der wohl einhelligen Literaturmeinung ist für eine Verfallsanordnung gemäß § 73 III StGB allein die innere Willensrichtung des Täters maßgeblich.²³³ Legt man die vom Bundesgerichtshof gebildeten Fallgruppen zugrunde, so kann entweder ein Verschiebungs- oder aber ein Erfüllungsfall vorliegen. Da der Straftäter nicht als Vertreter seiner Lebensgefährtin beziehungsweise im „Organisationsinteresse“ tätig wird, scheidet die Annahme eines Vertretungsfalles aus.²³⁴

Sollte der Straftäter die Überweisung auf das Konto seiner Lebensgefährtin aufgrund eines unentgeltlichen oder bemakelten Rechtsgeschäftes mit dieser veranlaßt haben, läge ein Verschiebungsfall vor. Eine Verfallsanordnung wäre zulässig. Denkbar ist aber auch, daß der Straftäter in Erfüllung einer wirksamen Verpflichtung gegenüber seiner Lebensgefährtin handelte. In diesem Falle wäre von einem Erfüllungsfall auszugehen. – die Möglichkeit der Anordnung des Verfalls wäre danach zu beurteilen, ob die Vermögensverschiebung als unmittelbar anzusehen ist. Der Bundesgerichtshof hat dies in einen Fall verneint, in dem der Straftäter betrügerisch unberechtigte Vorsteuererstattungen auf sein Firmenkonto erreichte und anschließend von dem Firmenkonto eine Überweisung vornahm. Die Überweisung erfolgte aufgrund einer nicht mit dem Betrug in Zusammenhang stehenden Forderung.²³⁵ Im Ausgangsfall erfolgte die Überweisung aber direkt auf das Konto der Lebensgefährtin – das Kriterium der Unmittelbarkeit und damit die Möglichkeit einer Verfallsanordnung wird gegeben sein.²³⁶

²³² Die Ausführungen des OLG – Düsseldorf sind zutreffend; siehe hierzu unten IV.

²³³ siehe hierzu oben I. 3 c)

²³⁴ vgl. BGHSt 45, 235 (245 f.); siehe hierzu oben I. 3 c)

²³⁵ BGHSt, a.a.o.

²³⁶ Zu einem anderen Ergebnis kommt man, falls man die Unmittelbarkeit trotz direkter Zahlung an die Lebensgefährtin verneint. In der Tat spricht vieles dafür, Fälle abgekürzter Zahlung denen gleichzusetzen, in denen eine Auszahlung an den Straftäter erfolgt und dieser danach die Zahlung an den Dritten vornimmt. Für die Erörterung von § 73 I 2 StGB im Rahmen der Vertreterklausel ist dies aber ohne Belang.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Sollte die Lebensgefährtin keinerlei Kenntnis vom Betrug gehabt haben, so sieht sie sich keinen zivilrechtlichen Rückforderungsansprüchen der Bank ausgesetzt: Deliktische Ansprüche scheiden mangels Verschuldens aus. Eine Direktkondition der Bank bei der Lebensgefährtin kommt nicht in Betracht, weil aus deren Sicht eine Leistung des Straftäters vorliegt.²³⁷ Die zivilrechtlichen Ansprüche der Bank richten sich demnach allein gegen den Straftäter.

Soweit man in diesem Fall eine gegen die Lebensgefährtin gerichtete Verfallsanordnung zuläßt, scheint dieser § 73 I 2 StGB nicht entgegenzustehen. Das *Interesse des Opfers* an der Durchsetzbarkeit seines Anspruches scheint nicht gefährdet zu sein: Im Ausgangsfall richten sich die zivilrechtlichen Ansprüche der Bank – wie ausgeführt - allein gegen den Straftäter und nicht gegen die Lebensgefährtin, bei der sich der Vermögensvorteil befindet. Die beim Straftäter vorhandene Haftungsmasse wird durch den Entzug des Vermögensvorteiles bei der Lebensgefährtin nicht geschmälert.

Allerdings würde sich im Falle einer Anordnung des Verfalls die vermögensmäßige Position des Straftäters verschlechtern. Werden die DM 100.000 bei der Lebensgefährtin für verfallen erklärt, so lebt die ursprüngliche Verpflichtung des Straftäters gegenüber dieser wieder auf (zumindest hat die Lebensgefährtin Ausgleichsansprüche gegen den Straftäter). Im Ergebnis müsste der Straftäter also zweimal zahlen: Zum einen haftet er der Bank, zum anderen besteht die Verpflichtung gegenüber der Lebensgefährtin. Eine Anordnung des Verfalls widerspräche dem *Interesse des Täters* am Schutz vor einer doppelten Inanspruchnahme.

Dieses Ergebnis ist widersinnig. Es widerspricht der obig ausgeführten Zielsetzung, den Straftäter vor doppelter Inanspruchnahme zu schützen. In den Fällen des § 73 III StGB muß konsequenterweise eine Anordnung des Verfalls auch dann unterbleiben, wenn zwar gegen den von der Verfallsanordnung Betroffenen keine Ausgleichsansprüche bestehen – sich solche aber gegen den Straftäter richten.

²³⁷ vgl. BGHZ 61, 289 oder auch die Begründung des „Feuerversicherungsfalles“, BGHZ 105, 365

cc) Drittverfall gemäß § 73 IV StGB

Eine Anordnung des Verfalls nach § 73 IV StGB setzt voraus, daß Vermögensvorteile „für die Tat“ gewährt wurden. § 73 I 2 StGB hingegen betrifft „aus der Tat erwachsene“ Ausgleichsansprüche. Ein Konkurrenzproblem scheint insofern gar nicht zu bestehen: Bei für die Tat gegebenen Entgelten sind Ausgleichsansprüche Verletzter ausgeschlossen. § 817 S. 2 BGB steht einer Rückforderung entgegen.²³⁸

Wie an nachfolgendem Beispielfall gezeigt werden soll, kann es aber durchaus zu Konkurrenzproblemen zwischen Verfall und zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen kommen. Dies gilt zumindest dann, wenn man bei der Gewährung von Schmiergeldern im Bereich der Privatwirtschaft dem Geschäftsherrn einen Herausgabeanspruch zubilligt.²³⁹ Folgt man dieser Meinung nicht²⁴⁰, so stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 73 I 2 StGB mangels zivilrechtlichem Ausgleichsanspruch nicht.

Der vom Geschäftsherrn Beauftragte erhält von einem Dritten ein Auto im Wert von DM 100.000. Er soll im Namen des Geschäftsherrn ein für letzteren nachteiliges Geschäft mit dem Dritten abschließen. Als der Geschäftsherr von diesem Vorgang Kenntnis erhält, wird (um den Vorgang zu vertuschen) das Auto vom Beauftragten an den Dritten rückübereignet. Der Beauftragte soll aber weiterhin zur Nutzung berechtigt sein – deshalb verbleibt das Auto bei diesem. Es kommt trotzdem zum Prozeß, in dem der Verfall des als Schmiergeld gewährten Autos angeordnet werden soll.

Hält man in Fällen der Gewährung von Schmiergeldern im privatwirtschaftlichen Bereich einen Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Beauftragten für gegeben²⁴¹, so richtet sich dieser auf Herausgabe des als Schmiergeld Empfangenen. Anspruchsgrundlage ist § 667 BGB – nach einer Meinung

²³⁸ TF – Fischer zu § 73, Rz. 12 oder auch SS – Eser zu § 73, Rz. 24

²³⁹ Es wird unten unter b)cc)ccc) ausführlich dargestellt, daß ein Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn zu bejahen ist.

²⁴⁰ so zum Beispiel Güntert, S. 81 ff.

²⁴¹ Palandt – Sprau zu § 667, Rz. 3 oder SS – Eser zu § 73, Rz. 26; siehe hierzu ausführlich unten D. 3. cc) (3)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

wegen des Auftragsverhältnisses oder aus entgeltlicher Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB), nach einer anderen aufgrund angemessener Eigengeschäftsführung (§§ 687 II, 681 BGB).²⁴² Die Rückübereignung des Autos ändert nichts am Bestehen dieses Anspruches – soweit die Übereignung des Autos vom Beauftragten an den Geschäftsherrn zum Zeitpunkt der Anspruchsstellung nicht mehr möglich ist, liegt ein Fall verschuldeten Unvermögens vor. Den Beauftragten trifft die Sekundärleistungspflicht zur Zahlung von DM 100.000 an den Geschäftsherrn.

Parallel hierzu wäre der Beauftragte – im Falle einer entsprechenden Anordnung – Adressat der staatlichen Verfallserklärung. Wäre das Auto nicht rückübereignet worden, würde aufgrund des Herausgabeanspruches des Geschäftsherrn § 73 I 2 StGB einer Verfallsanordnung entgegenstehen. Nach erfolgter Rückübereignung kann nichts anderes gelten: Eine Anordnung des Verfalls muß unterbleiben. Ansonsten würde der Beauftragte doppelt in Anspruch genommen.

Die Regelung des § 73 I 2 StGB ist demnach – soweit Konkurrenzprobleme überhaupt denkbar sind - auch im Rahmen von Verfallsanordnungen gemäß § 73 IV StGB anzuwenden.

dd) Wertersatzverfall gemäß § 73 a StGB

Bei Verfallsanordnungen nach § 73 a StGB ist § 73 I 2 StGB ebenfalls zu berücksichtigen. Dies ergibt sich wiederum aus dem Sinn und Zweck der Ausschlußregelung. Die Schwierigkeiten des Tatrichters bei der Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche entsprechen denen, die oben ausgeführt sind. Ein Schutzbedürfnis des Dritten vor doppelter Inanspruchnahme ist in Fällen des Wertersatzverfalles genauso anzuerkennen wie das Interesse des Verletzten an der Durchsetzbarkeit seines Anspruches. Der Verfall des Wertersatzes tritt lediglich an die Stelle desjenigen des Originalgegenstandes. Das „Kardinalproblem der Gewinnabschöpfung“ besteht gleichermaßen. Soweit der Gesetzgeber dieses bei § 73 I 1 StGB Mithilfe der Ausschlußregelung zu lösen ver-

²⁴² Die Details sind ebenso strittig wie die Frage, ob ein solcher Anspruch überhaupt besteht. Da hierauf unten unter b)cc)ccc) ausführlich eingegangen wird, erfolgen an dieser Stelle keine weiteren Ausführungen.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

sucht, muß letztere auch bei § 73 a StGB gelten. Friktionen im geltenden Verfallsrecht werden so vermieden.

Dieses aufgrund einer teleologischen Argumentation gewonnene Ergebnis wird von Eser geteilt – wenn auch anders begründet.²⁴³ Eser führt an, daß Wertersatzverfall grundsätzlich nur dann in Betracht kommen könne, wenn auch ein Verfall des Originalobjektes zulässig gewesen wäre. Es muß nach Eser also geprüft werden, ob ein Verfall des Originalobjektes bei dessen fiktiven Vorhandensein angeordnet werden kann. Würde hier die Ausschlußklausel des § 73 I 2 StGB einer Verfallsanordnung entgegenstehen, kann bezüglich einer Anordnung gemäß § 73 a StGB nichts anderes gelten.

Der von Eser aufgestellte Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Es sind Fälle denkbar, bei denen Verfall des Originalobjektes nicht angeordnet werden kann – eine Verfallsanordnung gemäß § 73 a StGB aber in Betracht kommt: Steht das Originalobjekt im Eigentum eines unbeteiligten Dritten, scheidet eine Anordnung des Verfalls auch nach Meinung von Eser (zutreffenderweise) aus. Durch das Rechtsinstitut des Verfalls kann nicht in Eigentumspositionen tatunbeteiligter Dritter eingegriffen werden.²⁴⁴ Die Anordnung des Verfalls von Wertersatz an Stelle des Originalobjektes kann hingegen zulässig sein. Geht beispielsweise ein gestohlener Gegenstand beim Dieb zufällig unter, so kommt eine Anordnung des Wertersatzverfalles gemäß § 73 a 1 Var. 2 StGB grundsätzlich in Betracht.²⁴⁵ Eine Verfallsanordnung hinsichtlich des Originalobjektes wäre aber ausgeschlossen gewesen: Einer solchen hätte das Eigentum des Tatopfers entgegengestanden. Bei einer Anordnung des Verfalls von Wertersatz ist die Eigentumsordnung hingegen nicht gefährdet – eine solche wäre (vorbehaltlich der Regelung des § 73 I 2 StGB) zulässig.²⁴⁶

Dies zeigt, daß der von Eser zur Begründung herangezogene Grundsatz nicht uneingeschränkt gilt. Eser kommt zwar zu einem zutreffenden Ergebnis – es bedarf aber einer anderen Argumentation.

²⁴³ SS – Eser zu § 73 a, Rz. 6

²⁴⁴ vgl. hierzu oben C. I. 5. a)

²⁴⁵ vgl. LK – Schmidt zu § 73 a, Rz. 6

²⁴⁶ vgl. hierzu oben C. I. 5. d)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

b) Im Rahmen von § 73 I 2 StGB zu berücksichtigende Ansprüche

Nachdem geklärt wurde, daß die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB auf alle Fallgruppen des Verfalls anzuwenden ist, wird darzustellen sein, welche zivilrechtlichen Ansprüche wann zu einem Ausschluß des strafrechtlichen Verfalls führen. Dies ist für eine umfassende Bewertung der Regelung des § 73 I 2 StGB beziehungsweise der sich darauf beziehenden Kritik erforderlich.

Ihrem Wortlaut nach führt die Regelung des § 73 I 2 StGB zum Ausschluß des Verfalls, „soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist“. Hauptsächlich wird in diesem Zusammenhang an zivilrechtliche Schadensersatz-, Herausgabe- oder Kondiktionsansprüche zu denken sein.²⁴⁷ Die Einzelheiten sind jedoch sehr umstritten. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

aa) Versicherungsrechtliche Regressansprüche

Inwieweit Regressansprüche einer Versicherung des geschädigten Opfers der Straftat unter § 73 I 2 StGB zu subsumieren sind, ist strittig. Eser vertritt die Auffassung, daß diese nicht zu einem Ausschluß des Verfalls führen würden. Vertragliche Wiedergutmachungsansprüche und mittelbare versicherungsrechtliche Regressansprüche seien nicht als Folge der Tat als solcher zur Entstehung gelangt - § 73 I 2 StGB sei nicht anwendbar.²⁴⁸ Das Oberlandesgericht Düsseldorf teilt diese Auffassung nicht. Es hält § 73 I 2 StGB „zugunsten eines Sachversicherers“ für anwendbar – „mit der Folge, daß auch zu seinen Gunsten die Pflicht der Verfolgungsbehörden gilt, von einer Verfallserklärung abzu-
sehen“.²⁴⁹

Dem Oberlandesgericht Düsseldorf ist im Ergebnis zuzustimmen: Versicherungsrechtliche Regressansprüche sind – wie der ursprüngliche Schadensersatzanspruch des Opfers der Straftat - ihrem Rechtscharakter nach als aus der Tat erwachsen anzusehen.²⁵⁰ Dieser Anspruch ist dem Verletzten

²⁴⁷ Nomos – Herzog zu § 73, Rz. 16

²⁴⁸ SS – Eser zu § 73, Rz. 25

²⁴⁹ OLG – Düsseldorf in NSTZ 1986, 222 (223)

²⁵⁰ vgl. Prölls / Martin – Prölls zu § 67, Rz. 27: Prölls führt aus, daß der Charakter einer Forderung (als Beispiel nennt er eine Forderung aus Handelsgeschäft) durch den Forderungsübergang gem. § 67 VVG unberührt bleibe.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

erwachsen – die Tatbestandsvoraussetzungen des § 73 I 2 StGB liegen vor. Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß die Versicherung nicht unmittelbar Verletzte der Straftat sei. Auf diese ist bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals des Verletzten nicht abzustellen. Verletzter ist das Tatopfer, dem der Anspruch ursprünglich zustand. Es hat lediglich ein Übergang der Schadensersatzforderung (in aller Regel aufgrund *cessio legis* gemäß § 67 I 1 VVG) auf die Versicherung stattgefunden. „Erwachsen“ im Sinne des § 73 I 2 StGB bezeichnet die Entstehung des Anspruches – daß dessen Erfüllung durch Leistung an den Verletzten erfolgen muß, läßt sich § 73 I 2 StGB nicht entnehmen.

Die Überleitung des Anspruches auf die Versicherung soll verhindern, daß der Geschädigte zweimal liquidieren kann – einmal bei seiner Versicherung und ein weiteres Mal beim Schädiger. Des weiteren soll die Versicherung Regreß nehmen können.²⁵¹ Die Forderung hat ihren Ursprung demnach weiterhin aus dem zwischen Straftäter und Opfer vorliegenden gesetzlichen Schuldverhältnis. Dies wird auch durch die §§ 401 ff. BGB verdeutlicht, die auf den gesetzlichen Forderungsübergang gemäß § 412 BGB entsprechend anzuwenden sind. So kann der Schuldner gegenüber dem neuen Gläubiger mit Forderungen gegen den alten Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 406 BGB aufrechnen oder nach § 404 BGB Einwendungen aus dem forderungsbegründenden Schuldverhältnis auch gegenüber dem neuen Gläubiger erheben.

Die Anwendbarkeit der Regelung des § 73 I 2 StGB auf versicherungsrechtliche Regressansprüche wird durch eine weitere Überlegung untermauert: Auch wenn man diese (unzutreffenderweise) nicht als gegeben ansieht, ist eine Anordnung des Verfalls vor der Leistung der Versicherung an das geschädigte Tatopfer nach § 73 I 2 StGB ausgeschlossen. Der Forderungsübergang gemäß § 67 I 1 VVG findet erst mit Leistung der Versicherung statt. Vor dieser ist das Opfer der Straftat noch selbst Anspruchsinhaber – die Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB liegen vor. Zahlt die Versicherung hingegen vor der Anordnung des Verfalls, würde dieser – der Auffassung von Eser (vgl. o.) folgend – die Regreßansprüche des § 73 I 2 StGB nicht mehr entgegenstehen. Aufgrund des gesetzlichen Forderungsüberganges hat das Opfer der Straftat keinen zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen den Täter mehr inne – der auf die

²⁵¹ Berliner Kommentar zu § 67, Rz. 2 f.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Versicherung übergegangene Anspruch müßte für § 73 I 2 StGB unberücksichtigt bleiben. Dieses Ergebnis ist widersinnig: Die Zulässigkeit des Verfalls hinge vom Zeitpunkt seiner Anordnung beziehungsweise dem der Leistung der Versicherung ab.

Hinzu kommt, daß der bereits ausgeführte mit § 73 I 2 StGB verfolgte Zweck leerliefe. Zum einen käme der erkennende Strafrichter um die Schwierigkeiten bei der Ermittlung zivilrechtlicher Ansprüche nicht herum. Zum anderen würde der Straftäter doppelt in Anspruch genommen. Er ist zivilrechtlich weiterhin zur Zahlung an die Versicherung verpflichtet – unabhängig vom staatlich angeordneten Verfall. Das Bestehen des Versicherungsvertrages zwischen Opfer und Versicherung würde sich im Ergebnis zu Lasten des Straftäters auswirken – was im übrigen weder dem mit § 67 I 1 VVG noch dem generell mit einer *cessio legis* verfolgten Zweck²⁵² entspräche. Im weiteren wäre der Regreßanspruch der Versicherung in seiner Durchsetzbarkeit gefährdet, weil die Liquidität des Straftäters durch die staatliche Verfallsanordnung geschmälert würde.

Versicherungsrechtliche Regreßansprüche sind deshalb im Rahmen von § 73 I 2 StGB zu berücksichtigen: Sie führen wie der ursprüngliche Anspruch des geschädigten Opfers der Straftat zum Ausschluß einer Verfallsanordnung.

bb) Steuerrechtliche Ansprüche

Ob Ansprüche des Steuerfiskus im Zusammenhang mit der Hinterziehung von Steuern unter die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB fallen, ist ebenfalls strittig.

Die Beantwortung dieser Frage ist entscheidend dafür, ob bei Steuerhinterziehung überhaupt an eine Anordnung des Verfalls zu denken ist. Die Abgabenordnung verweist in § 369 AO auf die allgemeinen Strafvorschriften – mithin auch auf die §§ 73 ff. StGB. Bei Steuerhinterziehungen wird in aller Regel ein Nachzahlungsanspruch des Fiskus bestehen. Wendet man auf

²⁵² Staudinger – Busche zu § 412, Rz. 1: Die Lage des Schuldners darf sich durch den Forderungsübergang nicht verschlechtern. Eser folgend wäre eine Anordnung des Verfalls gegen den Straftäter aber gerade aufgrund des Forderungsüberganges entgegen § 73 I 2 StGB zulässig.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

diesen § 73 I 2 StGB an, so wäre eine parallele Anordnung des Verfalls, die zugunsten des Justizfiskus ergehen würde, nicht mehr möglich.

Zum Teil wird der Staat als Steuergläubiger nicht als Verletzter im Sinne des § 73 I 2 StGB angesehen – die Ausschlußregelung sei schon aus diesem Grunde ausgeschlossen. Brenner begründet diese Auffassung damit, daß § 73 I 2 StGB zur Vermeidung der Schwierigkeiten des Strafrichters bei der Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche zwischen Staat und Privatpersonen geschaffen worden wäre. Staatliche Ansprüche, die als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren seien, würden hiervon nicht erfaßt.²⁵³ Die Meinung Brenners wird in der Literatur nur vereinzelt geteilt.²⁵⁴ Die Rechtsprechung ist ihr nicht gefolgt.²⁵⁵ Der Kritik an der Meinung Brenners ist zuzustimmen. Es besteht weder eine Notwendigkeit zu einer einschränkenden Auslegung des Begriffes des Verletzten, noch läßt diese sich aus dem Wortlaut der Norm entnehmen.²⁵⁶

Des weiteren ist zu bedenken, daß – wie bereits ausgeführt - bei der Schaffung der Regelung des § 73 I 2 StGB auch an den Schutz des Straftäters vor doppelter Inanspruchnahme gedacht wurde. Aus dessen Sicht macht es aber keinen Unterschied, ob der Ausgleichsanspruch durch eine Privatperson oder durch den Staat erhoben wird. Die Meinung Brenners ist abzulehnen.²⁵⁷

Gegen den Ausschluß des Verfalls gemäß § 73 I 2 StGB wird im weiteren vorgebracht, daß ein Anspruch des Steuerfiskus auf Nachzahlung rechtswidrig nicht bezahlter Steuern nicht „aus der Tat erwachsen“ sei. § 73 I 2 StGB greife seinem Wortlaut nach nicht ein. Der Steueranspruch unterscheide sich von Schadensersatz- und anderen zivilrechtlichen Ansprüchen, die dem Verletzten zum Beispiel durch Betrug entstehen würden. Er entstehe bereits mit Verwirklichung des Steuertatbestandes (§ 38 AO). Durch die Steuerstraftat werde der

²⁵³ Brenner in DRiZ 1977, 203 (204)

²⁵⁴ so schon Herold in ZfZ 1975, 299 (302), ohne nähere Begründung; zustimmend wohl auch Bender in ZfZ 1976, 139 (141) und derselbe in ZfZ 1978, 268 (268), der die Frage letztendlich offen läßt!

²⁵⁵ vgl. LG – Aachen in NJW 1978, 385 (385) oder LG – Berlin in NStZ 1991, 437 (438); der BGH sieht lediglich den Dienstherrn bei Bestechungsdelikten nicht als Verletzten an: BGH in JR 1985, 248 (248)

²⁵⁶ LG – Aachen in NJW 1978, 385 (385), LG – Berlin in NStZ 1991, 437 (438) oder auch Klos in wistra 1987, 121 (123)

²⁵⁷ so auch: Meurer in NStZ 1991, 438 (439), Bäckermann in ZfZ 1976, 366 (368) und Güntert S. 75 f.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

bereits bestehende Steueranspruch lediglich „verkürzt“ – wie sich unter anderem auch aus dem Gesetzeswortlaut (§ 370 AO) entnehmen ließe.²⁵⁸ Insofern passe § 73 I 2 StGB nicht.

Dem ist nicht zuzustimmen. Es ist zwar zutreffend, daß der Steueranspruch gemäß § 38 AO mit Verwirklichung des Steuertatbestandes entsteht – Bender verkennt allerdings, daß die Steuerschuld zu ihrer Geltendmachung noch der Konkretisierung im jeweiligen Steuerfestsetzungs- beziehungsweise Steueranmeldungsverfahren bedarf.²⁵⁹ „Aus der Tat“ der Steuerhinterziehung erwächst ein Steuernachzahlungsanspruch.²⁶⁰ Um dessen Geltendmachung geht es. Nach der Auffassung Benders müßte § 73 I 2 StGB immer dann nicht gegeben sein, wenn der Straftäter durch die Straftat erreicht, daß ein bereits bestehender Anspruch nicht oder nur teilweise geltendgemacht wird. Eine solche Fallkonstellation ist vor allem auch bei Betrugsfällen denkbar.²⁶¹ Ein Unterlassen der Geltendmachung eines Anspruches reicht für das Vorliegen einer Vermögensverfügung im Sinne des § 263 StGB aus.²⁶² Macht der durch den Betrug Geschädigte dann einen Nachzahlungsanspruch geltend, wird hingegen niemand das Vorliegen der Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB bestreiten wollen.

Hinzu kommt, daß in Betrugsfällen der Geschädigte neben dem Nachzahlungsanspruch auch einen Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB innehat. Dieser ist ebenfalls auf Zahlung des zu unrecht nicht geleisteten Betrages gerichtet. Ein solcher Schadensersatzanspruch steht bei Steuerhinterziehungen auch dem Steuerfiskus aus § 823 II BGB i.V.m. § 370 AO zu. Der Anspruch aus § 823 II StGB entsteht erst mit Verwirklichung des Verbotsgesetzes. Dieser tritt in Anspruchskonkurrenz zu dem steuerrechtlichen Nachzahlungsanspruch.²⁶³ Auf den Schadensersatzanspruch muß § 73 I 2 StGB

²⁵⁸ Bender in ZfZ 1978, 269 (269 f.), Dörn wistra 1990, 181 (182) oder SK – Horn zu § 73, 17 – insoweit zustimmend auch Güntert S. 75 f., der allerdings § 73 I 2 StGB analog anwenden will!

²⁵⁹ LG –Berlin in NSTz 1991, 437 (438)

²⁶⁰ zustimmend: Bäckermann in ZfZ 1976, 366 (368)

²⁶¹ so auch Meurer in NSTz 1991, 438 (439)

²⁶² Das Vorliegen einer Vermögensverfügung ist nach ganz h.M. ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB. Als Vermögensverfügung wird jedes Tun oder eben auch Unterlassen bezeichnet, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Vgl. statt vieler Haft, BT, S. 203 oder TF – Fischer zu § 263, Rz. 23 f.

²⁶³ Hübschmann/Hepp/Spitaler zu § 370, Rz. 326

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

angewendet werden, weil dieser ohne jeden Zweifel erst mit der Verwirklichung des Steuerhinterziehungstatbestandes entstanden sein kann. Hierzu macht Bender keine Ausführungen.

Letztendlich spricht gegen die Auffassung Benders auch der Sinn und Zweck der Regelung des § 73 I 2 StGB. Ansprüche des Justizfiskus (als Gläubiger des Verfallsanspruches) würden in Konkurrenz zu solchen des Steuerfiskus (als Gläubiger des Steueranspruches) treten. Es entstünden gerade die strafverfahrensrechtlichen Schwierigkeiten, die durch § 73 I 2 StGB vermieden werden sollen: Der Justizfiskus müßte Ansprüche des Steuerfiskus in einem gesonderten Nachverfahren abwickeln. Des weiteren wäre der Straftäter nicht vor doppelter Inanspruchnahme geschützt.²⁶⁴ Letzteres könnte eventuell durch eine Anwendung der Härteklausel (§ 73 c StGB) vermieden werden.²⁶⁵ Zur Vermeidung von Konkurrenzproblemen müßte diese jedoch zwingend auf alle Fälle von Steuerhinterziehung angewendet werden - im Ergebnis würde sie wie die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB wirken. Dies stünde im Widerspruch zum auf eine Einzelfallkorrektur unbilliger Ergebnisse gerichteten Zweck der Härteklausel.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß Steueransprüche zu einem Ausschluß des Verfalls gemäß § 73 I 2 StGB führen.

cc) Ansprüche im Anwendungsbereich des § 817 BGB; insbesondere bei Bestechungs – und Schmiergelddelikten

Das Zusammenspiel der Vorschriften über den Verfall mit Fallgruppen, die den Anwendungsbereich des § 817 BGB betreffen, wird im Einzelnen kontrovers diskutiert. Im Folgenden werden die wichtigsten Fallgruppen dargestellt – sie betreffen Bestechungs- beziehungsweise Schmiergelddelikte. Ausgehend von dem Problem einer Berücksichtigung von Ansprüchen des Dienstherrn werden Ansprüche des Vorteilsgebers beleuchtet. Abschließend geht es um Ansprüche des Geschäftsherrn im privatwirtschaftlichen Bereich.

²⁶⁴ LG – Aachen in NJW 1978, 385 (385)

²⁶⁵ so SK – Horn zu § 73, Rz. 17

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

aaa) Dienstherr

Bei Bestechungsdelikten besteht weitgehend Einigkeit, daß der Dienstherr nicht Verletzter im Sinne des § 73 I 2 StGB ist. Dem ist meines Erachtens zuzustimmen. Als Verletzter einer Straftat ist nach ganz herrschender Meinung der Träger des durch die Tat unmittelbar verletzten Rechtsgutes anzusehen.²⁶⁶ Durch die Bestechungstatbestände geschütztes Rechtsgut ist das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes. Die Vorschriften schützen nicht die Vermögensinteressen des Amtsträgers.²⁶⁷ Daran hat sich durch die Neufassung der Bestechungstatbestände nichts geändert.²⁶⁸ § 73 I 2 StGB findet also auf etwaige Ausgleichsansprüche der Anstellungskörperschaft gegen den Amtsträger keine Anwendung. Diese stehen einer Anordnung des Verfalls nicht entgegen.

Der Bundesgerichtshof beläßt es in einem Urteil allerdings nicht bei dieser Feststellung. Er führt im weiteren aus, daß der Dienstherr auch keinen Anspruch gegen den bestochenen Amtsträger auf Herausgabe des Bestechungsentgeltes habe. Dies ergebe sich für beamtete Amtsträger aus den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften. Für Angestellte habe im Ergebnis das Gleiche zu gelten.²⁶⁹ Es fehle demnach nicht nur am personellen Anwendungsbereich, sondern auch an einem im Rahmen von § 73 I 2 StGB zu berücksichtigenden Ausgleichsanspruch. Der Auffassung des Bundesgerichtshofes ist zuzustimmen. Der Dienstherr hat keinen Anspruch auf Herausgabe des als Bestechungsentgelt Gegebenen. Auf eine ausführliche Darstellung dieser Problematik soll im Rahmen dieser Arbeit jedoch verzichtet werden, weil das (Nicht-) Bestehen eines Ausgleichsanspruches keine unmittelbar auf § 73 I 2 StGB zurückzuführende Problematik ist. Entscheidend ist die Feststellung,

²⁶⁶ so bereits RGSt 8, 305 (305); RGSt 38, 6 (7) oder auch SS – Stree zu § 77, Rz. 10 und TF – Fischer zu § 77, Rz. 2

²⁶⁷ BGHSt 30, 46 (48), BGH in JR 1985, 248 (248) – entspricht BGHSt 33, 37, Güntert S. 78

²⁶⁸ Lackner/Kühl – Lackner zu § 331, Rz. 1

²⁶⁹ BGHSt 30, 46 (48 ff. – m.w.N.) – eine zusammenfassende und zustimmende Urteilsrezension findet sich auch bei Güntert S. 78 f. – es wird nicht verkannt, daß die Bestechungsdelikte durch das EGStGB (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997 – BGBl. I. 2038) geändert wurden; an ihrem Sinn und Zweck hat sich jedoch nichts geändert – vgl. TF – Fischer zu § 331, Rz. 3

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

daß es vorliegend – wie ausgeführt – bereits an einem generellen Eingreifen der Ausschlußregelung fehlt.

bbb) Vorteilsgeber

Von Ansprüchen der Anstellungskörperschaft sind solche des Vorteilsgebers zu trennen. Bei diesen wird es darauf ankommen, ob der Vorteilsgeber (ausnahmsweise) einen Anspruch auf Rückgabe des als Bestechungsentgelt gegebenen Vermögensvorteiles hat. In den allermeisten Fällen wird ein Rückzahlungsanspruch jedoch an § 817 S. 2 BGB scheitern. Danach scheidet ein konditioneller Herausgabeanspruch bei Leistungen im Bewußtsein der Sittenwidrigkeit beziehungsweise des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz aus.²⁷⁰ Einer Anordnung des Verfalls stehen im Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB keine zivilrechtlichen Rückzahlungsansprüche des Vorteilsgebers entgegen. Das kriminalpolitisch wünschenswerte Ergebnis, die Abschöpfung des Bestechungsentgeltes, läßt sich unabhängig von der Regelung des § 73 I 2 StGB erreichen.²⁷¹ Aufgrund des Fehlens zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche besteht kein Konkurrenzverhältnis mit der staatlichen Gewinnabschöpfung.

Anders sind hingegen die Fälle zu beurteilen, bei denen die Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB nicht vorliegen. Hier besteht ein konditioneller Rückzahlungsanspruch des Vorteilsgebers.²⁷² Kontrovers diskutiert wird der Fall der einfachen Beamtenbestechung. Problematisiert wird, ob der Vorteilsgeber Verletzter sein kann. Bejaht man diese Frage, wäre eine Anordnung des Verfalls grundsätzlich ausgeschlossen.²⁷³ Die §§ 331 ff. StGB schützen jedoch nicht die Vermögensinteressen des Vorteilsgebers. Wie auch die Anstellungskörperschaft (vgl.o.) ist dieser nicht als Verletzter im Sinne des § 73 I 2 StGB anzusehen.²⁷⁴ Eine Anordnung des Verfalls ist grundsätzlich möglich.

²⁷⁰ vgl. Staudinger – Lorenz zu § 817, Rz. 21

²⁷¹ so für den Verfall von Gewinnen aus Kettenbriefaktionen OLG Stuttgart in wistra 1990, 165 (167) – mit zustimmender Anmerkung von Richter

²⁷² Dieser folgt – je nach Wirksamkeit des Kausalgeschäftes – aus § 812 I BGB oder § 817 S. 1 BGB. Soweit bereits das Kausalgeschäft wegen § 134 BGB oder § 138 BGB nichtig ist, wird gem. § 812 I BGB kondiziert. Bei Verstößen gegen § 331 StGB ist dies aber nicht der Fall – es greift § 817 S. 1 BGB ein; vgl. Jauernig – Schlechtriem zu § 817, Rz. 2 ff.

²⁷³ so wohl Staudinger – Lorenz zu § 817, Rz. 10

²⁷⁴ vgl. Rengier in JR 1985, 249 (249)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Allerdings droht eine doppelte Inanspruchnahme des bestochenen Straftäters: Zum einen durch die Anordnung des Verfalls und zum anderen durch den Kondiktionsanspruch des Vorteilsgebers. Güntert will hier den zivilrechtlichen Kondiktionsanspruch zurücktreten lassen: Dessen Sinn und Zweck liege in der Bestrafung des Bestochenen und sei mit der staatlichen Abschöpfung des Bestechungsentgeltes erfüllt.²⁷⁵ Dem ist nicht zuzustimmen. Der Gesetzgeber verfolgte mit der Ausschlußregelung nicht das Ziel, zivilrechtliche Ansprüche zurückzudrängen. Diese sollen grundsätzlich Vorrang vor dem staatlichen Verfall haben. Eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters muß hier über die Härteklausel des § 73 c StGB vermieden werden. Eine Anordnung des Verfalls ist ausgeschlossen.

Ohnehin dürfte meines Erachtens auch bei der einfachen Beamtenbestechung in aller Regel kein Kondiktionsanspruch des Vorteilsgebers vorliegen. Dieser handelt regelmäßig in Kenntnis und zum Zweck der Bestechung und mithin selbst sittenwidrig. Demnach greift § 817 S. 2 BGB²⁷⁶ - das Problem einer doppelten Inanspruchnahme stellt sich nicht.

Anders zu beurteilen ist ein Sachverhalt, der einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes zugrundelag: Der Vorteilsgeber wurde vom Amtsträger zur Entrichtung des Entgeltes erpreßt.²⁷⁷ Der Bundesgerichtshof hat eine Anordnung des Verfalls mit der Begründung zugelassen, daß § 73 I 2 StGB einschränkend auszulegen sei. Unabhängig vom Bestehen des Schadensersatzanspruches des Vorteilsgebers (§ 823 II BGB i. V. m. § 253 StGB), müsse ein solcher unberücksichtigt bleiben. Bei einer Rückzahlung des erpreßten Entgeltes könne dieses gemäß der §§ 74, 74 c, 75 StGB eingezogen werden, da der Vorteilsgeber selbst gemäß § 334 (a.F.) StGB strafbar sei. Aus diesem Grund könne das Entgelt auch für verfallen erklärt werden – es stehe ohnehin dem Staat zu.²⁷⁸

Dem kann nicht zugestimmt werden. Das Vorliegen der Voraussetzungen des Verfalls beziehungsweise der Einziehung muß in dem konkreten Verfahren geprüft werden. Der Bundesgerichtshof nimmt im Ergebnis die Anordnung der

²⁷⁵ Güntert, S. 77 f.

²⁷⁶ so auch Münchner Kommentar – Lieb zu § 817, Rz. 8

²⁷⁷ BGH in JR 1985, 248 – entspricht BGHSt 33, 37

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Einziehung (die ansonsten erst im Verfahren gegen den Vorteilsgeber ergehen würde) vorweg. Der Vorteilsgeber hat im gegen den Amtsträger gerichteten Verfahren nicht die selben Verfahrensrechte wie in einem Verfahren gegen ihn selbst.²⁷⁹ Hinzu kommt, daß die Anordnung der Einziehung im Ermessen des Tatrichters liegt. Der Bundesgerichtshof reduziert dieses Ermessen ohne jegliche Rechtsgrundlage auf null. Zutreffenderweise hätte eine Anordnung des Verfalls beim Amtsträger wegen § 73 I 2 StGB unterbleiben müssen – eine Einziehung hätte immer noch im Verfahren gegen den Vorteilsgeber ergehen können.

ccc) Geschäftsherr

Ob Herausgabeansprüche des Geschäftsherren bezüglich Schmiergeldern im privatwirtschaftlichen Bereich unter § 73 I 2 StGB fallen, ist umstritten. Bei der Bestechung von Amtsträgern ist die Anstellungskörperschaft nicht Verletzte im Sinne des § 73 I 2 StGB.²⁸⁰ Gleiches könnte für den Geschäftsherren des geschmierten Mitarbeiters gelten. Dies wäre – entsprechend den Ausführungen zur Anstellungskörperschaft - der Fall wenn durch § 299 StGB geschütztes Rechtsgut ausschließlich die Lauterkeit des freien Wettbewerbes (und nicht auch Vermögensinteressen des Geschäftsherren) wäre.

Bestechlichkeit und Bestechung im privatwirtschaftlichen Bereich sind aufgrund der Neuregelung durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997²⁸¹ nicht mehr in § 12 UWG, sondern in § 299 StGB sanktioniert. Auf frühere Ausführungen zu § 12 UWG kann im Rahmen dieser Arbeit jedoch zurückgegriffen werden. Die Regelung des § 299 StGB entspricht weitestgehend der des vormals einschlägigen § 12 UWG.²⁸² Die wohl herrschende Meinung sah bei § 12 UWG den Geschäftsherren als möglichen Verletzten im Sinne des § 73 I 2 StGB an. Auch dessen Vermögensinteressen waren durch §

²⁷⁸ BGH in JR 1985, 248 (248)

²⁷⁹ Man denke beispielsweise an das Recht auf rechtliches Gehör, auf das letzte Wort oder an Akteneinsichtsrechte; vgl. auch Rengier in JR 1985, 249 (250)

²⁸⁰ siehe hierzu oben unter (1)

²⁸¹ BGBl I. 2038

²⁸² vgl. Baumbach/Hefermehl zu § 12 a.F., Bestechung von Angestellten. Die wichtigste Änderung ist die Tatbestandserweiterung auf Forderung beziehungsweise Gewährung von Dritt Vorteilen. Dies ist für die im Rahmen vorliegender Arbeit behandelte Problematik ohne Bedeutung.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

12 UWG geschütztes Rechtsgut.²⁸³ Bei § 299 StGB gilt nichts anderes. Geschütztes Rechtsgut ist neben dem freien Wettbewerb auch das Vermögensinteresse des Wettbewerbers.²⁸⁴ Der Geschäftsherr ist als Verletzter im Sinne des § 73 I 2 StGB anzusehen. Seine Ausgleichsansprüche führen grundsätzlich zu einem Ausschluß des staatlichen Verfalls.

Güntert vertritt ebenfalls diese Ansicht – sieht aber einen zivilrechtlichen Anspruch des Geschäftsherrn nicht als gegeben an. Eine Anordnung des Verfalls sei möglich. Nach Güntert liegen weder die Voraussetzungen eines Herausgabeanspruches aus einem Auftragsverhältnis²⁸⁵ (§§ 675, 667 BGB) noch die eines solchen aus angemessener Eigengeschäftsführung (§§ 687 II, 681, 667 BGB) vor. Die Entgegennahme von Bestechungsentgelten gehöre einerseits nicht zum Rechts- und Pflichtenkreis des Auftragsverhältnisses. Andererseits scheitere ein Anspruch aus einer Geschäftsanmaßung aufgrund des Fehlens eines objektiv zum Geschäftskreis des Geschäftsherrn gehörenden Geschäftes.²⁸⁶

Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Geschäftsherr hat einen Anspruch auf Herausgabe der Schmiergelder.²⁸⁷ Für den Herausgabeanspruch aus § 667 Var. 2 BGB (i.V.m. § 675 BGB) ist entscheidend, daß ein innerer Zusammenhang zwischen dem Auftrag (beziehungsweise der entgeltlichen Geschäftsbesorgung) und der Gewährung von Schmiergeld besteht. Soweit aufgrund des Schmiergeldes eine Willensbeeinflussung des Geschäftsführers zum Nachteil des Geschäftsherrn zu befürchten ist, besteht dieser innere Zusammenhang.²⁸⁸ Das Schmiergeld kann in diesem Fall nicht isoliert als lediglich anlässlich der Geschäftsführung erworben angesehen werden. Der innere Zusammenhang rechtfertigt eine Gesamtbetrachtung – das Schmiergeld und die damit vom Bestechenden verfolgte Geschäftsführungsmaßnahme sind als ein Gesamt-

²⁸³ vgl. Mayer in NJW 1983, 1300 (1301) m.w.N.

²⁸⁴ TF – Fischer vor § 298, Rz. 6; so wohl auch Kleinmann/Berg in BB 1998, 277 (277) – ausdrücklich für § 298 StGB

²⁸⁵ Güntert spricht von Auftragsverhältnis, führt aber § 675 BGB (entgeltliche Geschäftsbesorgung) an. Dies ist zumindest mißverständlich, weil der Begriff einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung nicht deckungsgleich mit dem des Auftrags ist; vgl. Palandt – Sprau zu § 675, Rz. 2

²⁸⁶ Güntert S. 81 f – der sich der Argumentation von Dilcher JZ 1963, 510 (510) anschließt.

²⁸⁷ OLG – Düsseldorf in NZG 2000, 651 (651); Erfurter Kommentar – Preis zu § 611 BGB, Rz. 32; Palandt – Sprau zu § 667, Rz. 3

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

vorgang zu betrachten. Das Schmiergeld ist demnach als „aus der Geschäftsbesorgung erlangt“ im Sinne des § 667 Var. 2 BGB anzusehen.²⁸⁹

Die Anspruchsbegründung aus §§ 687 II, 681, 667 BGB führt zwar zum gleichen Ergebnis²⁹⁰ – nach der hier vertretenen Ansicht liegt aber kein objektiv fremdes Geschäft vor.

Das Bestehen des Herausgabeanspruches des Geschäftsherren führt im Ergebnis dazu, daß dieser im Rahmen der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB zu berücksichtigen ist. Die Anordnung des Verfalls muß unterbleiben – unabhängig davon, ob damit auf dem „klassischen Feld“ staatlicher Gewinnabschöpfung Verfallsanordnungen unterbleiben müssen.²⁹¹

dd) Ansprüche auf Schmerzensgeld

Ansprüche auf Schmerzensgeld fallen nicht unter § 73 I 2 StGB.²⁹² Zu denken ist etwa an ein Schmerzensgeld, das wegen einer Verleumdung in der Presse gewährt wird. Die Rechtsprechung gewährt ein solches wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes.²⁹³ Erwächst dem Verleger aus der durch den verleumderischen Artikel bedingten Auflagensteigerung ein Gewinn, so kann dieser für verfallen erklärt werden.

Dieses Ergebnis scheint auf den ersten Blick dem mit der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB verfolgten Sinn und Zweck zu widersprechen. Zum einen wird die für die Durchsetzbarkeit des zivilrechtlichen Schmerzensgeldanspruches zur Verfügung stehende Haftungsmasse im Vermögen des Straftäters durch die staatliche Gewinnabschöpfung geschmälert. Zum anderen scheint diesem eine doppelte Inanspruchnahme zu drohen. Sowohl das *Interesse des Opfers* als auch das *Interesse des Täters* könnte also tangiert sein.

²⁸⁸ Palandt – Sprau zu § 667, Rz. 3

²⁸⁹ vgl. auch Schaub S. 382, m.w.N.

²⁹⁰ so Küttner Rz. 375, 8

²⁹¹ vgl. Güntert S. 81

²⁹² SK – Horn zu § 73, Rz. 18, TF – Fischer zu § 73, Rz. 5

²⁹³ vgl. statt vieler Erman – Schiemann zu § 823, Rz. 48

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß diese Bedenken nicht greifen. Das Schmerzensgeld soll den immateriellen Schaden kompensieren. es ist von der parallel bestehenden Verpflichtung zum Ersatz des materiellen Schadens zu unterscheiden. Die Verpflichtung zur Zahlung von Schmerzensgeld führt zu einer zusätzlichen Verpflichtung des Schädigers – unabhängig davon, ob der materielle Schaden zivilrechtlich zu begleichen ist (und eine Verfallsanordnung wegen § 73 I 2 StGB ausscheidet) oder ob der materielle Gewinn aus der Straftat für verfallen erklärt wird. Die Anordnung des Verfalls führt insofern weder zu einer systemwidrigen Schmälerung der Haftungsmasse noch zu einer zusätzlichen Inanspruchnahme des Straftäters.

ee) Eingreifen der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB

Bezüglich des Eingreifens des § 73 I 2 StGB sind im weiteren die Fälle zu problematisieren, bei denen bezüglich einer angeklagten Tat die Voraussetzungen des Verfalls vorliegen – bezüglich einer anderen ebenfalls angeklagten hingegen nicht. Zur Verdeutlichung sei folgender Beispielfall herangezogen:²⁹⁴

Der Mitarbeiter einer Firma wird mit Schmiergeld bestochen. Wie mit dem Bestechenden abgesprochen, begeht er einen Betrug zu Lasten seines Geschäftsherrn.

Der Bestochene ist wegen Bestechlichkeit gemäß § 299 I StGB und Betrug (§ 263 StGB) strafbar. Nach der wohl herrschenden Meinung liegt natürliche Handlungseinheit und damit Tateinheit vor.²⁹⁵ Nach anderer Ansicht ist von Tateinheit auszugehen.²⁹⁶ Dies ist für das hier zu erörternde Problem aber unerheblich.

²⁹⁴ vgl. Mayer in NJW 1983, 1300 (1301 f.)

²⁹⁵ Die Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit (vgl. Stratenwerth, S. 439) liegen vor: Es handelt sich um zwei auf einheitlichem Willen beruhende Einzelakte, die in einem zeitlich und räumlich engen Zusammenhang stehen. Das zwei verschiedene Straftatbestände verwirklicht werden, ist unerheblich; vgl. Wessels/Beulke, Rz. 764.

²⁹⁶ so beispielsweise Haft, AT, S. 284

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Zu klären ist, ob hinsichtlich des Schmiergeldes eine Anordnung des Verfalls ergehen kann. Der Verfall des Schmiergeldes kommt als Rechtsfolge bei § 299 I StGB an sich nicht in Betracht. Der Herausgabeanspruch des Geschäftsherren schließt wegen § 73 I 2 StGB eine Anordnung des Verfalls aus.²⁹⁷ Betrachtet man hingegen den Betrug, so wäre eine Verfallsanordnung möglich. § 73 I 2 StGB greift insofern nicht ein. Das Schmiergeld ist Entgelt (vgl. § 11 I Nr. 9 StGB) für die Tatbegehung (nämlich den Betrug) – und nicht „aus der Tat“ erlangter Gewinn. Eine Verfallsanordnung hinsichtlich des Schmiergeldes kommt also wegen einem Straftatbestand in Betracht – wegen eines anderen scheidet sie aus.

Dieser scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn man den Begriff der Tat im Sinne des § 73 I 2 StGB genau betrachtet: Tat ist hier Tat im prozessualen Sinn (§ 264 StPO).²⁹⁸ Darunter ist der gesamte in der Anklage bezeichnete geschichtliche Vorgang zu verstehen, soweit er nach allgemeiner Lebensauffassung einen einheitlichen Vorgang bildet. Auf die materiell-rechtliche Einordnung kommt es gerade nicht an.²⁹⁹ Im Beispielsfall liegt eine Tat im prozessualen Sinn vor.³⁰⁰ Die Straftatbestände des § 299 I StGB und § 263 StGB können daher nicht isoliert betrachtet werden. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB bei einem Straftatbestand muß sich auf die gesamte abzuurteilende Tat im prozessualen Sinn auswirken. Die Anordnung des Verfalls hat zu unterbleiben.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Sinn und Zweck der Ausschlußregelung. Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit des Verfalls besteht der auf Herausgabe des Schmiergeldes gerichtete zivilrechtliche Anspruch des Geschäftsherren. Wäre eine Verfallsanordnung zulässig, würde zum einen eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters drohen.³⁰¹ Zum anderen wäre der Anspruch des Geschäftsherrn in seiner Durchsetzbarkeit gefährdet. Sowohl das *Interesse des Täters* als auch das *Interesse des Opfers* wäre tangiert.

²⁹⁷ vgl. hierzu oben unter cc)ccc)

²⁹⁸ TF – Fischer zu § 73, Rz. 12; LK – Schmidt zu § 73, Rz. 40

²⁹⁹ BGHSt 45, 211 (212 f.) – m.w.N.; Schlüchter in Kernwissen, S. 135

³⁰⁰ vgl. für den ähnlich gelagerten Fall einer Brandstiftung und den darauffolgenden Versicherungsbetrug: BGHSt 45, 211.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

c) Teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB?

aa) Vielzahl nicht individualisierbarer Verletzter

Bestehen zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, schließt § 73 I 2 StGB die Anordnung des Verfalls grundsätzlich aus. Fraglich ist allerdings, ob dies auch dann uneingeschränkt gelten kann, wenn mit einer Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche nicht zu rechnen ist. In diesem Fall droht die Nichtanordnung des Verfalls zum Verbleib des Tatgewinnes beim Straftäter zu führen – ein unter dem Gesichtspunkt effektiver Gewinnabschöpfung unbefriedigendes Ergebnis.

Dieses Problem wurde bereits vom Sonderausschuß des Bundestages für die Strafrechtsreform erkannt und diskutiert.³⁰² Ausgegangen wurde vom Beispielfall eines Weinhändlers, der Billigweine umdeklariert und gewinnbringend weiterveräußert. In diesem Fall sei es „sehr unwahrscheinlich, daß sich der einzelne Bezieher einer Flasche Wein hinterher meldet und Ansprüche geltend macht“.³⁰³ Es wurde ausdrücklich in Erwägung gezogen die Ausschlußregelung nur dann eingreifen zu lassen, wenn der zivilrechtliche Anspruch voraussichtlich geltendgemacht werde. Letztendlich wurde von diesem Gedanken aber Abstand genommen, um den Strafrichter die Prognose zu ersparen, ob und inwieweit mit einer Geltendmachung des zivilrechtlichen Anspruches zu rechnen sein wird.³⁰⁴

Die wohl herrschende Meinung in Literatur³⁰⁵ und Rechtsprechung³⁰⁶ bezieht sich auf die vom Sonderausschuß geführte Diskussion und verschließt sich jeglicher einschränkenden Auslegung von § 73 I 2 StGB. Allein die rechtliche Existenz eines zivilrechtlichen Ausgleichsanspruches reiche für ein Eingreifen

³⁰¹ so auch Mayer in NJW 1983, 1300 (1302) – wie gezeigt werden konnte, läßt sich entgegen der Auffassung von Mayer das auch von ihm vertretene Ergebnis bereits aus dem Gesetzeswortlaut („Tat“) ableiten!

³⁰² Protokolle des Sonderausschusses S. 993 ff.

³⁰³ Göhler in Protokolle des Sonderausschusses S. 994

³⁰⁴ Protokolle des Sonderausschusses S. 995 ff und insbesondere Göhler S. 1012 f.

³⁰⁵ Nomos – Herzog zu § 73, Rz 17; TF – Fischer zu § 73, 6; SK – Horn zu § 73, 18; LK – Schmidt zu § 73, Rz. 39 und Schäfer (10. Auflage) zu § 73, 25; Güntert S. 73 f.

³⁰⁶ BGH in NSTZ 1984, 409 (410): mit ausdrücklichem Verweis auf die Protokolle des Sonderausschusses

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

der Ausschlußregelung aus. Etwaige Lücken in der Gewinnabschöpfung seien zwar unerfreulich aber hinzunehmen.

Soweit ersichtlich plädieren mit ausführlicher Begründung lediglich Eser und Achenbach³⁰⁷ für eine einschränkende Auslegung des § 73 I 2 StGB. Gropp nimmt hierauf zustimmend Bezug.³⁰⁸ Der Bundesgerichtshof hat diese Frage in einem Urteil aus dem Jahr 1983 noch offengelassen³⁰⁹ – wie ausgeführt später eine einschränkende Auslegung aber abgelehnt.

Eser will zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von nicht individuell bestimmbaren Verletzten im Rahmen des § 73 I 2 StGB dann unberücksichtigt lassen, wenn auch eine nachträgliche Bestimmung als ausgeschlossen gelten muß. Der Anwendungsbereich des staatlichen Gewinnverfalls könne so vor allem auf Wirtschaftsdelikte mit nicht individualisierbaren Verletzten ausgeweitet werden.³¹⁰ Entsprechend argumentiert Achenbach, der für ein Eingreifen des § 73 I 2 StGB verlangt, daß der Verletzte bekannt sei oder zumindest eine „realistische Chance“ bestehe, daß dieser sich noch melde.³¹¹ Zur Verdeutlichung der vorliegenden Problematik soll folgender Beispielsfall herangezogen werden:

Ein Hersteller von Apfelsaftkonzentrat verkauft sein Produkt an Getränkeabfüller, die Supermarktketten beliefern. Über Jahre hinweg verkauft der Hersteller minderwertiges Apfelsaftkonzentrat zu für hochwertiges Konzentrat üblichen Preisen. Die (gutgläubigen) Getränkeabfüller haben von den Supermarktketten übliche Abnahmepreise erhalten. Im Supermarkt wurde der Saft aus angeblich hochwertigem Konzentrat zu hierfür üblichen Preisen an den Endverbraucher veräußert. Die Endverbraucher konnten die Minderwertigkeit des Apfelsaftes nicht erkennen.

³⁰⁷ SS – Eser zu § 73, Rz. 26 und Achenbach in FS Blau S. 19 f., der sich wiederum ausdrücklich auf Eser bezieht.

³⁰⁸ Gropp in NSTZ 1984, 568 (568): § 73 I 2 StGB soll nicht eingreifen, wenn eine Aufklärung über die Person des Verletzten praktisch ausgeschlossen ist.

³⁰⁹ Der BGH hat der Meinung von Eser zumindest nicht ausdrücklich widersprochen – vgl. BGH in wistra 1983, 256 (256).

³¹⁰ SS – Eser zu § 73, Rz. 26

³¹¹ Achenbach in FS Blau S. 20

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Der Hersteller des Konzentrats ist wegen Verstoßes gegen § 263 StGB und gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften strafbar.³¹² Der Verfall kann grundsätzlich wegen beider Verstöße angeordnet werden.³¹³ Da eine Tat im prozessualen Sinn vorliegt, würde das Bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche wegen eines verwirklichten Straftatbestandes die Anordnung des Verfalls insgesamt ausschließen. Der Hersteller des Konzentrats sieht sich keinen zivilrechtlichen Ansprüchen der Getränkeabfüller ausgesetzt. Diese haben – da sie den für hochwertiges Konzentrat üblichen Preis erzielt haben – keinen Schaden. Eine Drittschadensliquidation scheidet am Fehlen einer zufälligen Schadensverlagerung. Gleiches gilt für die Supermarktketten. Den Schaden haben allein die Endverbraucher, die ein minderwertiges Produkt zu überhöhten Preisen erworben haben. Diese haben einen Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB gegen den Hersteller. Mit einer Geltendmachung von Ansprüchen ist aber nicht zu rechnen, weil die meisten Endverbraucher von ihrem Schaden (dem zu viel gezahlten Preis) nichts wissen werden. Die Minderwertigkeit des Apfelsaftes konnten sie ja nicht erkennen. Vielleicht waren zahlreiche Endverbraucher mit dem Geschmack des Apfelsaftes sogar überaus zufrieden und fühlen sich gar nicht geschädigt.

Folgt man der wohl herrschenden Meinung (vgl.o.) wäre eine Verfallsanordnung wegen § 73 I 2 StGB ausgeschlossen. Eine Abstandnahme vom Verfall erscheint aber aus dem mit der Ausschlußregelung verfolgten Sinn und Zweck heraus nicht geboten: Es droht weder eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters noch die Verschlechterung der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche – solche werden aller Wahrscheinlichkeit nach schlechterdings nicht erhoben. Dies scheint für die Ansicht Esers beziehungsweise Achenbachs zu sprechen. Vor der Anordnung des Verfalls wäre allerdings eine Prognose des Strafrichters erforderlich, ob es ausgeschlossen ist, daß seitens der Endverbraucher mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu rechnen ist. Dies scheint wiederum für die wohl herrschende Meinung zu sprechen, die ihre Ansicht lediglich – insoweit allerdings auch zutreffend (vgl.o.) - mit dem Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung der Regelung des § 73 I 2 StGB begründet. Allein der gesetzgeberische Wille kann einer auf teleologischen Erwägungen gestützten Auslegung allerdings nicht im Wege stehen.

³¹² in Betracht kommt § 17 I Nr. 5 i.V.m. § 52 I Nr. 10 LMBG

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Stimmt das mit der Gesetzgebung betraute Organ einer Gesetzesvorlage zu, kann daraus zwar geschlossen werden, daß dieses bei der Zustimmung davon ausging, die Gesetzesvorlage werde im Sinne des Gesetzentwurfes ausgelegt werden – der Inhalt dessen Beratungen wird aber nicht Gesetzesinhalt. Dieser ist bei der Normanwendung zwar Auslegungshilfe – keinesfalls aber zwingendes Kriterium.³¹⁴

Trotzdem ist der herrschenden Meinung im Ergebnis zuzustimmen – eine teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB ist abzulehnen. Dies folgt nicht nur aus der Entstehungsgeschichte, sondern auch aus dem Wortlaut des § 73 I 2 StGB: Das Gesetz läßt für ein Eingreifen der Ausschlußregelung ausreichen, daß ein Anspruch des Verletzten das Erlangte „entziehen würde“ und verlangt nicht, daß das Erlangte „entzogen wird“. Auf die tatsächliche Geltendmachung des Anspruches kommt es folglich nicht an. In diesem Zusammenhang sei zur Verdeutlichung auf die Mehrerlösabführung nach der Preisstrafrechtsverordnung zurückgekommen.³¹⁵ Diese hatte zu unterbleiben, wenn der Mehrerlös dem Geschädigten „zurückerstattet“ war. Hier mußte der Anspruch also – schon nach dem Wortlaut der Norm - geltendgemacht worden sein. Eine entsprechende Formulierung wurde bei § 73 I 2 StGB hingegen nicht gewählt. Gegen eine teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB spricht im weiteren, daß dem Strafrichter nicht zugemutet werden sollte, über die tatsächliche Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche eine Prognose abzugeben. Eine solche ist immer mit Unsicherheiten behaftet. Die wenigsten Fälle werden eine eindeutige Beurteilung zulassen. Im Ausgangsfall bedürfte es einer genauen und aufwendigen strafrichterlichen (!) Prüfung, ob den Getränkeabfüllern beziehungsweise den Supermarktketten tatsächlich kein Schaden entstanden ist. Neben den Unsicherheiten einer Prognoseentscheidung spricht also auch der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie gegen die teleologische Reduktion.

Äußerst problematisch wäre auch die Behandlung von Fällen, bei denen sich die Prognose des Strafrichters im Nachhinein als falsch herausstellt – zivilrechtliche Ansprüche Verletzter nach rechtskräftiger und vollzogener Verfalls-

³¹³ Auch ein Verstoß gegen das LMBG kann zur Anwendung der §§ 73 ff. StGB führen; vgl. § 72 LMBG; Müller-Guggenberger/Bieneck – Pfohl zu § 72, Rz. 47. oder Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts – Firgau, Verfall, S.1.

³¹⁴ Larenz in Methodenlehre S. 329 und BVerfGE 54, 277 (297 f.)

³¹⁵ siehe hierzu oben B. II.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

anordnung erhoben werden.³¹⁶ Letztere könnte dem Straftäter die zur Verfügung stehende Haftungsmasse entziehen und Vollstreckungsversuche des Tatopfers ins Leere laufen lassen. Falls die Haftungsmasse des Straftäters ausreichend wäre, würde dessen doppelte Inanspruchnahme drohen. Hier zeigt sich, daß eine teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB zu Brüchen im geltenden Verfallsrecht führt. So fehlt eine Regelung, nach der sich das Tatopfer auch aus dem für verfallen erklärten Vermögenswerten befriedigen beziehungsweise der Straftäter eine gegen ihn gerichtete Vollstreckung mit dem Hinweis auf die Verfallsanordnung abwenden kann. Konsequenterweise kannte die Preisstrafrechtsverordnung eine entsprechende Regelung (§ 4 II PreisstrVO).³¹⁷

Der etwaige Verbleib des Taterlöses beim Straftäter mag zwar unbefriedigend sein – muß aber als der geltenden gesetzlichen Regelung immanent hingenommen werden. Eine Abhilfe könnte eine verstärkte Durchführung der Zurückgewinnungshilfe bringen: So hält Horn eine teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB auch unter dem Gesichtspunkt einer effektiven Gewinnabschöpfung für unnötig.³¹⁸ Er verweist auf die prozeßrechtliche Möglichkeit der Sicherstellung nach § 111 b V StPO. (Zurückgewinnungshilfe). Diese erfolgt trotz (oder gerade wegen) § 73 I 2 StGB: Werden zivilrechtliche Ansprüche nicht geltendgemacht, kommt es – falls zweifelsfrei von einem unrechtmäßigen Rechtserwerb des Straftäters auszugehen ist - zu einer öffentlichen Versteigerung zugunsten des Fiskus (75 V RiStBV i.V.m. § 983 BGB). Hierauf soll allerdings erst im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe näher eingegangen werden.³¹⁹

bb) Anderweitige Kompensation des Schadens

Auch Fälle einer anderweitigen Kompensation des Schadens sind nicht anders zu beurteilen. Zur Verdeutlichung soll folgender Beispielfall herangezogen werden:

³¹⁶ Die Prognoseentscheidung des Strafrichters ist kein Präjudiz für die zivilgerichtliche Entscheidung.

³¹⁷ Entsprechendes gilt für die Mehrerlösabführung nach dem Wirtschaftsstrafgesetz; vgl. oben B. II.

³¹⁸ SK – Horn zu § 73, Rz. 19 – so auch LK – Schäfer (10. Auflage) zu § 73, Rz. 27 f. oder Hoyer in GA 1993, 406 (410)

³¹⁹ siehe hierzu unten IV.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Der Anlagevermittler A überredet B in betrügerischer Absicht unter Angabe falscher Tatsachen zur Zeichnung eines Immobilienfonds-Anteiles. Im zu zahlenden Preis für den Anteil ist eine hohe Innenprovision (für den Anlagevermittler) enthalten. Die Beteiligung wird entsprechend der Fondskonzeption durch die C-Bank finanziert. Letztere ist als Hausbank des Fondsinitiators von Anfang an in die Finanzierung des Gesamtobjektes einbezogen gewesen. Ihr war bekannt, daß zum Zeitpunkt der Zeichnung durch B der Immobilienfonds und dessen Initiator vor der Zahlungsunfähigkeit standen.

A ist wegen Betruges strafbar. Einer Verfallsanordnung hinsichtlich der Innenprovision steht aber § 73 I 2 StGB entgegen. B hat gegen A unter anderem einen Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB.³²⁰ Daran ändert sich nichts, falls B zivilrechtlich nicht den A, sondern die C-Bank in Anspruch nimmt. Gegen diese hat er einen Anspruch aus *culpa in contrahendo*,³²¹ der auf Erstattung aller Aufwendungen Zug um Zug gegen Übertragung des Fondsanteiles gerichtet ist.³²²

Im Unterschied zu den obig behandelten Fällen, in denen der Schaden durch eine Versicherung kompensiert wird³²³, findet bei einer Inanspruchnahme der C-Bank keine *cessio legis* des Anspruches des B gegen A statt. Man könnte deshalb eine Verfallsanordnung für möglich halten. Eine doppelte Inanspruchnahme des A scheint nicht zu drohen. Der Schaden des B wird durch die Zahlung der C-Bank Zug um Zug gegen die Anteilsübertragung kompensiert. B wird daher nicht mehr gegen A vorgehen. Trotzdem ist von einer Anordnung des Verfalls abzusehen: Der anordnende Strafrichter sähe sich erheblichen Schwierigkeiten bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Sach- und Rechtslage ausgesetzt. Dies soll nach dem Sinn und Zweck der Ausschlußregelung aber

³²⁰ In echter Anspruchskonkurrenz stehen Ansprüche aus c.i.c. oder pFV. Hinzu kommt die Möglichkeit einer Rückabwicklung nach erfolgter Anfechtung gem. § 123 BGB. Dies ist für die hier zu behandelnde Problematik aber ohne Relevanz. Entscheidend ist allein, daß B den A zivilrechtlich in Anspruch nehmen kann.

³²¹ Die Bank hatte ausnahmsweise eine Aufklärungspflicht, weil sie einen konkreten Wissensvorsprung hatte – vgl. Heymann in BB 2000, 1149 (1152) oder Assmann/Schütze § 6, Rz. 149 ff..

³²² B ist so zu stellen, wie wenn er pflichtgemäß aufgeklärt worden wäre. Dann hätte er den Fonds-Anteil nicht gezeichnet – vgl. Spickhoff in BB 1991, 165 (169).

³²³ siehe hierzu oben b)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

gerade vermieden werden.³²⁴ Die Inanspruchnahme der Bank wird in aller Regel nur in einem sich über mehrere Instanzen hinziehenden Rechtsstreit erfolgen können. Nicht ausgeschlossen ist auch eine vergleichsweise Einigung zwischen B und der C-Bank. Der mit der Anordnung des Verfalls betraute Strafrichter müßte also gegebenenfalls nicht nur die Rechtskraft zivilgerichtlicher Entscheidungen abwarten, sondern auch die Rechtsverbindlichkeit beziehungsweise die Reichweite eines zivilrechtlichen Vergleichs prüfen. Hinzu käme, daß er sorgsam ermitteln müßte, ob tatsächlich alle Ansprüche des B durch die C-Bank kompensiert wurden.

Gegen eine Anordnung des Verfalls spricht im weiteren, daß eine solche nur dann in Betracht käme, wenn B gegen die C-Bank bereits vorgegangen ist. Vor deren Inanspruchnahme besteht der Schadensersatzanspruch des B gegen A. Die Möglichkeit der Anordnung des Verfalls würde also davon abhängen, ob zivilrechtliche Ausgleichsansprüche gegen den Dritten tatsächlich realisiert wurden. Letztendlich steht einer Anordnung des Verfalls entgegen, daß A gegebenenfalls durch die C-Bank – wenn auch nur auf einen Teilbetrag - in Anspruch genommen werden könnte. Regelmäßig wird sich diese alle Ansprüche des B abtreten lassen. Wäre zuvor eine Anordnung des Verfalls ergangen, so müßte A im Ergebnis doppelt zahlen. Dies zeigt, daß für ein Eingreifen der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB reichen muß, daß ein Anspruch des Tatopfers entstanden ist – ob dieser tatsächlich realisiert wird, ist unerheblich.

4. § 73 I 2 StGB und erweiterter Verfall

a) Problemstellung

Im folgenden ist zu klären, ob die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB auch im Rahmen des erweiterten Verfalls nach § 73 d StGB Anwendung finden muß. Die hinter dieser Fragestellung stehende Problematik soll an folgendem simplen Beispielfall verdeutlicht werden:

Eine Bande hat sich zur Begehung von Betrügereien zusammengeschlossen. Im Laufe der Ermittlungen wegen eines Betruges (Betrug 1) werden umfassende Barmittel vorgefunden. Weiteres

³²⁴ siehe hierzu insbesondere oben 2.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

nennenswertes Vermögen besteht nicht. Es wird vermutet, daß die Barmittel aus weiteren (nicht angeklagten) Betrügereien stammen. Im Rahmen der Verurteilung wegen Betrug 1 wird der erweiterte Verfall bezüglich der Barmittel angeordnet (vgl. § 263 VII StGB). Später meldet sich ein durch einen nicht angeklagten Betrug Geschädigter.

Im Beispielsfall steht zu befürchten, daß der Geschädigte zwar einen zivilrechtlichen Titel gegen die Betrüger erwirken könnte – dieser jedoch wirtschaftlich wertlos wäre. Die Betrüger sind wegen der ergangenen Anordnung des erweiterten Verfalls nicht mehr im Besitz von den zur Befriedigung des Geschädigten nötigen Vermögensmitteln. Letzterer würde nicht einmal Ersatz für die Kosten der zivilrechtlichen Geltendmachung seines Anspruches erhalten.

Der Ausgangsfall zeigt, daß eine zumindest analoge Anwendung der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB erforderlich erscheint. Der Wortlaut der geltenden Fassung des § 73 d StGB steht einer solchen aber entgegen: Durch § 73 d I 3 StGB wird eine entsprechende Anwendung von § 73 II StGB ausdrücklich festgelegt. Auf die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB wird nicht verwiesen. Mangels ausdrücklicher Regelung müßte deren Anwendung im Wege einer Analogie erfolgen. Dazu wäre eine dem Gesetzgeber unbewußte Regelungslücke erforderlich.³²⁵ Da dieser aber auf § 73 II StGB ausdrücklich verwiesen hat, liegt der Umkehrschluß nahe, der Gesetzgeber habe sich bewußt gegen eine Anwendung des § 73 I 2 StGB entschieden.

b) Vertretene Lösungsansätze

In der Tat hat der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens einer Anwendung des § 73 I 2 StGB auf den erweiterten Verfall ausdrücklich widersprochen. Die Gefahr von etwa auftretenden Konkurrenzproblemen sei hinzunehmen, da ohnehin geplant sei, „im Rahmen der zur Zeit durchgeführten Gesamtüberarbeitung der §§ 73 ff. StGB auf die Berücksichtigung von Schadensersatzansprüchen Dritter für die Zulässigkeit der Verfallanordnung zu verzichten“. Die geltende Regelung des erweiterten Verfalls sollte nur für einen begrenzten Zeitraum bis zur umfassenden Reform Bestand haben. In diesem

³²⁵ Larenz in Methodenlehre, S. 370 ff.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Zeitraum könne etwa auftretenden Konkurrenzen zwischen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen und erweitertem Verfall mit einer Anwendung der Härteklausel (§§ 73 d IV, 73 c I StGB) begegnet werden. Ohnehin sei die Gefahr eines Konkurrerens von zivilrechtlichen und staatlichen Ansprüchen als gering einzuschätzen – der Anwendungsbereich des erweiterten Verfalls sei auf „bestimmte Betäubungsmittelstraftaten und dem hiernach angesprochenen Täterkreis“ beschränkt. Mangels Bestehens zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche sei mit Konkurrenzproblemen nicht zu rechnen.³²⁶

Dem wird in der strafrechtlichen Literatur – soweit auf diese Problematik überhaupt eingegangen wird – widersprochen. Der Anwendungsbereich des erweiterten Verfalls blieb von Anfang an nicht auf die Betäubungsmittelkriminalität beschränkt. Eine Anordnung des erweiterten Verfalls ist darüber hinaus vor allem in Fällen bandenmäßiger Tatbegehung vorgesehen.³²⁷ Lackner sieht in dieser Entwicklung eine „problematische Ungleichbehandlung“, beläßt es aber ohne nähere Begründung bei einer Nichtanwendbarkeit des § 73 I 2 StGB.³²⁸ Dagegen wollen Fischer und Eser Problemfälle durch eine Anwendung der Härteklausel des § 73 c StGB (i.V.m. § 73 d IV StGB) gelöst sehen – in solchen sei von einer Anordnung des erweiterten Verfalls abzusehen.³²⁹ Dieser Auffassung sind auch Möhrenschräger³³⁰ und Schmidt.³³¹

In der veröffentlichten Rechtsprechung findet sich keine Stellungnahme zum Problem der Anwendbarkeit des § 73 I 2 StGB.

c) Stellungnahme und eigener Lösungsansatz

Die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB ist im Rahmen des erweiterten Verfalls analog anzuwenden. Soweit bezüglich der (vermutlich begangenen)

³²⁶ vgl. BT-Drs. 11/6623 S. 7

³²⁷ eine detaillierte Aufzählung findet sich bei TF – Fischer zu § 73 d, Rz. 6 und § 43 a, Rz. 7 – eine erneute Erweiterung des Anwendungsbereiches erfolgte durch das 6. StrRG vom 26.01.1998: Durch dieses wurde auch die im Beispielfall relevante Regelung des § 263 VII StGB geschaffen.

³²⁸ Lackner/Kühl – Lackner zu § 73 d, Rz. 3

³²⁹ TF – Fischer zu § 73 d, Rz. 5; SS – Eser zu § 73 d, Rz. 6

³³⁰ Möhrenschräger in wistra 1992, 281 (286); zur Begründung führt er aber lediglich den gesetzgeberischen Willen an

³³¹ LK – Schmidt zu § 73 d, Rz. 7

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Straftat³³² aus der (vermutlich) das vom erweiterten Verfall erfaßte Vermögen stammt, zivilrechtliche Ausgleichsansprüche Geschädigter in Betracht kommen, ist vom erweiterten Verfall abzusehen.

Es ist den (wenigen) in der Literatur vertretenen Stellungnahmen insofern beizupflichten, als das Problem der Konkurrenz von zivilrechtlichen und staatlichen Ansprüchen auch beim erweiterten Verfall ernst zu nehmen ist. Der Gesetzgeber war der Auffassung, nur eine Übergangsregelung bis zum Inkrafttreten der umfassenden Reform zu schaffen. Diese Reform wurde aber bis heute nicht durchgeführt. Insofern können Brüche im geltenden System der staatlichen Gewinnabschöpfung nicht mit dem Argument der kurzen zeitlichen Geltung übergangen werden.

Das *Interesse des Opfers* an der Durchsetzbarkeit seiner zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche steht einer Anordnung des erweiterten Verfalls entgegen. Wie der Beispielfall gezeigt hat, sind auch beim erweiterten Verfall Konkurrenzverhältnisse zwischen staatlicher Gewinnabschöpfung und zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen denkbar. Die Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche des Geschädigten kann durch die Abschöpfung von Tätervermögen durch den erweiterten Verfall gefährdet werden. Nach geltendem Recht soll dieses *Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung*³³³ (im Rahmen des Verfalls) mit § 73 I 2 StGB gelöst werden – es ist nur konsequent, die Ausschlußregelung auch auf den erweiterten Verfall (analog) anzuwenden.

Neben dem *Interesse des Opfers* spricht aber auch das *Interesse des Täters* für die (analoge) Anwendung der Ausschlußregelung: Wird der erweiterte Verfall angeordnet, droht eine doppelte Inanspruchnahme des Täters. Wenn den Betrügern in Abwandlung des Beispielfalls trotz erweitertem Verfall noch Mittel zur Befriedigung des Anspruches des Geschädigten verblieben sein sollten, wären diese zur Leistung auf einen Ersatzanspruch des Geschädigten verpflichtet und in der Lage.³³⁴ Dies würde gelten, obwohl (vermutete) Gewinne aus der nicht angeklagten Straftat bereits aufgrund des erweiterten Verfalls an

³³² also nicht bezüglich der angeklagten Anknüpfungstat (im Beispielfall Betrug 1) – daraus erlangte Vermögensgegenstände unterlägen ja schon dem Verfall gem. § 73 StGB. Hier ist § 73 I 2 StGB direkt anzuwenden!

³³³ siehe hierzu oben I.

³³⁴ Man denke als eine der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen nur an § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB!

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

den Staat abzuführen waren. Die Betrüger können gegen einen Anspruch des Geschädigten nicht einwenden, bereits an den Staat gezahlt zu haben. Die zivilrechtliche Forderung des Geschädigten tritt selbständig neben den Abschöpfungsanspruch des Staates und wird durch dessen Befriedigung nicht erfüllt.

Für eine analoge Anwendung spricht im weiteren die Überlegung, daß § 73 I 2 StGB unzweifelhaft Anwendung fände, wenn die vermutlich begangene Straftat selbst angeklagt und abgeurteilt würde. Dann käme eine Anordnung des Verfalls gemäß § 73 StGB in Betracht – dieser stünde aber § 73 I 2 StGB entgegen. Es leuchtet nicht ein, Fälle, in denen Vermögen aus nicht angeklagten Taten abgeschöpft wird, bezüglich der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB anders zu behandeln, als Fälle, bei denen das Vermögen aus angeklagten Taten stammt.

Gegen eine analoge Anwendung kann nicht angeführt werden, daß keine unbewußte Regelungslücke vorliegt.³³⁵ Zwar spricht hiergegen – wie bereits ausgeführt – nicht nur der Wortlaut des § 73 d StGB. Auch aus den Protokollen der Gesetzesberatungen geht hervor, daß der Gesetzgeber die Problematik nicht übersehen hat.³³⁶ Allerdings läßt sich diesen auch entnehmen, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des erweiterten Verfalls von dessen nur vorläufigem Charakter und beschränktem Anwendungsbereich ausging. Wie gezeigt werden konnte, trifft aus heutiger Sicht beides nicht mehr zu. Gerade wegen des erweiterten Anwendungsbereichs kommt es zu Fallkonstellationen wie sie dem Beispielfall zugrunde liegen. Dies hat der Gesetzgeber bei seinen Überlegungen nicht berücksichtigt. Der gesetzgeberische Wille bei der Schaffung des Rechtsinstitutes gibt in Bezug auf eine Anwendbarkeit der Ausschlußregelung auf den erweiterten Verfall mit dem heute bestehenden Anwendungsbereich nichts her. Da der Anwendungsbereich des erweiterten Verfalls erheblich erweitert wurde, liegt eine nachträgliche Gesetzeslücke vor.³³⁷

Infolgedessen ist die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB im Rahmen des erweiterten Verfalls analog anzuwenden. Die in der Literatur geäußerte Auf-

³³⁵ vgl. hierzu oben a)

³³⁶ BT-Drs. 11/6623 S. 7; vgl. hierzu oben b)

³³⁷ vgl. Larenz in Methodenlehre, S. 379

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

fassung nach der eine Anwendung der Härteklausel genügen soll, führt zu keinen anderen Ergebnissen. Mit ihr wird die Problematik nur verlagert.³³⁸ Auch bei einer extensiven Anwendung der Härteklausel muß vom erweiterten Verfall immer dann abgesehen werden, wenn zivilrechtliche Ausgleichsansprüche Geschädigter bestehen. Der Literaturmeinung ist aber entgegenzuhalten, daß sie unnötigerweise zu Friktionen im System des Verfallsrechtes führt. Es ist nicht einzusehen, warum das *Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung* bei § 73 StGB durch eine Ausschlußregelung, bei § 73 d StGB hingegen mit Billigkeitserwägungen gelöst werden soll. Aus dogmatischen Gründen ist einer analogen Anwendung der Vorzug zu geben.

5. Zusammenfassung

Es konnte gezeigt werden, daß sich der Sonderausschuß des Bundestages für die Strafrechtsreform bei der Empfehlung einer § 73 I 2 StGB entsprechenden Regelung der damit verbundenen Problematik bewußt war.³³⁹ Trotzdem entschied er sich für eine solche – unter Betonung der Notwendigkeit der zusätzlichen Schaffung des prozessualen Instrumentariums entsprechend der sogenannten Beschlagnahmelösung.

Durch ein Zurücktreten des Verfalls hinter zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen sollten folgende Ziele erreicht werden: Es sollten die strafverfahrensrechtlichen Schwierigkeiten vermieden werden, die eine Erfüllung zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche in einem gesonderten Nachverfahren im Anschluß an eine Anordnung des Verfalls mit sich bringen. Des weiteren wurde bezweckt, eine doppelte Inanspruchnahme des Vermögens des Straftäters zu verhindern. Schließlich sollte sichergestellt sein, daß dem Straftäter die Mittel zur Befriedigung von zivilrechtlichen Ansprüchen durch die Tat Verletzter nicht zu Gunsten des Staates entzogen werden.

³³⁸ Im Rahmen seiner Kommentierung zu § 73 III StGB führt Schmidt diese Überlegung als Argument für die Berücksichtigung bereicherungsrechtlicher Grundsätze im Rahmen der Zurechnung an. Es ist unverständlich, warum er dieses Argument nicht auch vorliegend anführt und sich gegen eine Korrektur unbilliger Ergebnisse ausschließlich Mithilfe der Härtevorschrift wendet – LK – Schmidt zu § 73, Rz. 63.

³³⁹ siehe hierzu oben 2.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Diese Zielsetzungen kommen auch nach der heutigen Kommentarliteratur der Regelung des § 73 I 2 StGB zu.³⁴⁰

In weiteren wurde der Anwendungsbereich der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB untersucht: Die Ausschlußklausel ist auf alle Fallgruppen des Verfalls anzuwenden. Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche führen grundsätzlich bei allen Fallgruppen des Verfalls zur Unzulässigkeit seiner Anordnung. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Verfallsregelung mit Ausschlußklausel wirkt sich in Bezug auf deren Anwendbarkeit umfassend aus.

Im Rahmen von Verfallsanordnungen gemäß § 73 I 1 StGB ist die Anwendbarkeit der Ausschlußregelung unproblematisch gegeben. Hingegen scheint beim Verfall von Nutzungen und Surrogaten die Gesetzssystematik gegen eine Anwendung des § 73 I 2 StGB zu sprechen: § 73 II StGB verweist nicht auf § 73 I 2 StGB. Demgegenüber folgt aus dem Willen des Gesetzgebers sowie dem Sinn und Zweck der Ausschlußregelung deren Geltung.³⁴¹

Bei Verfallsanordnungen gemäß § 73 III StGB folgt die Anwendbarkeit des § 73 I 2 StGB bereits aus dem Wortlaut, ist aber auch wegen des Sinns und Zwecks der Ausschlußregelung geboten. Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche sind zu berücksichtigen. Die Besonderheit beim Verfall im Rahmen der Vertreterklausel besteht darin, daß sich Ansprüche nicht nur gegen den Straftäter richten können. Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche kommen (auch) gegenüber dem Dritten, für den gehandelt wurde, in Betracht. Letzteres ist aber nicht zwingend. Im Rahmen von § 73 I 2 StGB sind sowohl gegen den Straftäter als auch gegen den Dritten gerichtete Ansprüche zu berücksichtigen.³⁴²

Auf den Drittverfall gemäß § 73 IV StGB findet die Ausschlußklausel ebenfalls Anwendung. Dies folgt aus ihrem Sinn und Zweck. Zwar werden wegen § 817 S. 2 BGB Konkurrenzprobleme zwischen zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen und dem Drittverfall selten auftreten – an einem Beispielsfall konnte aber gezeigt werden, daß solche in Fällen einer Rückübereignung des Verfallsobjektes denkbar sind.³⁴³

³⁴⁰ vgl. TF –Fischer zu § 73, Rz. 11; so auch schon LK – Schäfer (10. Auflage) zu § 73 a.F., Rz. 21

³⁴¹ siehe hierzu oben 3. a)aa)

³⁴² siehe hierzu oben 3. a)bb)

³⁴³ siehe hierzu oben 3. a)cc)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Schließlich ist § 73 I 2 StGB auch auf den Wertersatzverfall gemäß § 73 a StGB heranzuziehen. Soweit dieses Problem in der strafrechtlichen Literatur überhaupt Behandlung findet, wird als Argument angeführt, daß der Wertersatzverfall anstelle des Verfalls des Originalobjektes trete. Nur soweit die Voraussetzungen des letzteren fiktiv vorlägen, könne der Wertersatz für verfallen erklärt werden. Es konnte gezeigt werden, daß dieser Überlegung nicht uneingeschränkt zugestimmt werden kann. Stünde das Originalobjekt im Eigentum eines unbeteiligten Dritten, müßte eine Verfallsanordnung unterbleiben – eine solche von an dessen Stelle getretenem Wertersatz kann aber in Betracht kommen. Als Begründung für die Anwendbarkeit des § 73 I 2 StGB auf § 73 a StGB müssen teleologische Erwägungen herangezogen werden.³⁴⁴

Nachdem der sachliche Anwendungsbereich des § 73 I 2 StGB geklärt wurde, befassten sich die weiteren Ausführungen mit dem Problem, welche Ansprüche im Rahmen von § 73 I 2 StGB zu berücksichtigen sind. Die Ansichten gehen hier weit auseinander. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen grundsätzlich alle zivilrechtlichen Ansprüche und auch solche auf Steuernachzahlung zum Ausschluß des Verfalls führen.

Regreßansprüche der Versicherung ergeben sich in aller Regel durch einen Forderungsübergang vom Geschädigten auf den Versicherer. Es kann nicht eingewendet werden, daß die Versicherung nicht unmittelbar Verletzte aus der Tat sei – bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals ist auf das Tatopfer abzustellen. Diesem ist der auf die Versicherung übergegangene Anspruch „erwachsen“. Der Anspruch muß weiterhin als „aus der Tat“ entstandener angesehen werden. Die Gegenmeinung verkennt, daß ansonsten die Zulässigkeit des Verfalls vom Zeitpunkt seiner Anordnung abhängen würde. Vor der Leistung der Versicherung läge ein im Rahmen von § 73 I 2 StGB zu berücksichtigender Anspruch des Geschädigten vor, danach geht dieser auf die Versicherung über und stünde einer Verfallsanordnung nicht mehr im Wege. Hinzu kommt, daß der gesetzliche Forderungsübergang nicht zu einer Schlechterstellung des Schuldners führen darf – eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters durch die Versicherung und durch die staatliche Verfallsanordnung ist auch aus diesem Grund zu vermeiden.³⁴⁵

³⁴⁴ siehe hierzu oben 3. a)dd)

³⁴⁵ siehe hierzu oben 3. b)aa)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Entsprechendes gilt bei Nachzahlungsansprüchen des Steuerfiskus. Die Ansicht, diese seien nicht „aus der Tat erwachsen“, ist abzulehnen. Zwar entsteht der Steueranspruch mit Verwirklichung des Steuertatbestandes – die Hinterziehung führt aber zur Unterlassung seiner vollständigen Geltendmachung. Am Parallellfall, dem betrugsbedingten Unterlassen des Einzugs einer Forderung, konnte gezeigt werden, daß sich hieraus ergebende Ausgleichsansprüche im Rahmen von § 73 I 2 StGB zu berücksichtigen sind. Hinzu kommt ein parallel bestehender Anspruch des Steuerfiskus aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB, der zweifelsohne zum Ausschluß des Verfalls führen muß. Letztendlich spricht für eine Berücksichtigung fiskalischer Ansprüche der Sinn und Zweck der Ausschlußregelung.³⁴⁶

Im Anschluß daran wurde gezeigt, daß der Dienstherr bei Bestechungsdelikten nicht Verletzter im Sinne des § 73 I 2 StGB ist. Ansprüche des Vorteilsgebers werden in aller Regel an § 817 S. 2 BGB scheitern. Anders ist dies bei der sogenannten einfachen Beamtenbestechung, bei der § 817 S. 2 BGB einem Rückzahlungsanspruch nicht entgegensteht. Hier greift § 73 I 2 StGB aber trotzdem nicht ein – der Vorteilsgeber ist nicht Verletzter der Tat. Der Geschäftsherr bei der Gewährung von Schmiergeldern ist hingegen Verletzter – geschützt werden durch § 299 StGB auch seine Vermögensinteressen. Der nach der hier vertretenen Auffassung bestehende Herausgabeanspruch auf das als Schmiergeld empfangene ist konsequenterweise im Rahmen des § 73 I 2 StGB zu berücksichtigen.³⁴⁷

Bei Schmerzensgeldansprüchen stellt sich das Problem des Eingreifens der Ausschlußregelung nicht. Solche betreffen die Kompensation des immateriellen Schadens und stellen eine unabhängig von der Verpflichtung zum Ersatz des materiellen Schadens bestehende zusätzliche Verpflichtung des Schädigers dar.³⁴⁸ Abschließend wurde das Problem geklärt, wie Fälle zu behandeln sind, bei denen von zwei angeklagten Straftaten die Voraussetzungen des § 73 I 2 StGB nur bezüglich einer der beiden vorliegen. Versteht man Tat im Sinne des § 73 I 2 StGB zutreffenderweise als Tat im prozessualen Sinn, so genügt für das Eingreifen der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB, wenn deren Voraus-

³⁴⁶ siehe hierzu oben 3. b)bb)

³⁴⁷ siehe hierzu oben 3. b)cc)

³⁴⁸ siehe hierzu oben 3. b)dd)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

setzungen bei nur einer Straftat gegeben sind – entscheidend ist, daß eine Tat im prozessualen Sinn vorliegt.³⁴⁹

Teilweise wird in der Literatur vertreten, die Ausschlußregelung sei in bestimmten Fällen einschränkend auszulegen. Eine solche teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB ist aber abzulehnen.³⁵⁰ Es ist zwar unbefriedigend, wenn der Taterlös dem Straftäter deshalb verbleibt, weil bestehende zivilrechtliche Ansprüche nicht geltendgemacht werden, dieses Problem ist der geltenden Regelung aber immanent. Eine einschränkende Auslegung des § 73 I 2 StGB entgegen dem Wortlaut und entgegen der Entstehungsgeschichte der Norm kommt nicht in Betracht. Abhilfe könnte hier eine verstärkte Durchführung der Zurückgewinnungshilfe (mit anschließender Versteigerung) bringen. Hierzu wird noch auszuführen sein.

Entsprechendes gilt, wenn der Schaden des Tatopfers durch Dritte kompensiert wird.³⁵¹ Hier scheint zwar eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters auf den ersten Blick nicht zu drohen – es ist aber nicht auszuschließen, daß der Dritte infolge der Inanspruchnahme durch das Tatopfer Ansprüche gegen den Straftäter geltend macht. Der Straftäter würde letztendlich dennoch doppelt in Anspruch genommen. Hinzu kommt, daß eine strafrichterliche Prüfung, ob der Schaden durch den dritten vollständig kompensiert wurde, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Dies widerspräche dem mit § 73 I 2 StGB unter anderem verfolgten Gesetzeszweck, die Entscheidungsfindung im Strafverfahren nicht unnötig zu erschweren.

Abschließend wurde untersucht, ob § 73 I 2 StGB auch im Rahmen des erweiterten Verfalls zu berücksichtigen ist. Der Anwendungsbereich des erweiterten Verfalls wurde zuletzt durch das 6. StRG erweitert. In Konsequenz daraus muß § 73 I 2 StGB – entgegen dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers – auf den erweiterten Verfall analog angewendet werden.³⁵²

Bei der Normierung des Rechtsinstitutes des erweiterten Verfalls ging der Gesetzgeber davon aus, daß Konkurrenzprobleme mit zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen nicht auftreten könnten. Aufgrund der mittlerweile erfolgten

³⁴⁹ siehe hierzu oben 3. b)ee)

³⁵⁰ siehe hierzu oben 3. c)aa)

³⁵¹ siehe hierzu oben 3. c)bb)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Erweiterung des Anwendungsbereiches sind aber auch beim erweiterten Verfall Fälle denkbar, in denen das *Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung* relevant wird. Eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters beziehungsweise der Entzug der zur Erfüllung zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche notwendigen Mittel kann zwar auch durch eine extensive Anwendung der Härteklausel vermieden werden – es erscheint aber inkonsequent, Konkurrenzprobleme zwischen staatlichen und zivilrechtlichen Ansprüchen im Rahmen des Verfalls mit einer Ausschlußregelung, beim erweiterten Verfall hingegen mit Billigkeits-erwägungen zu lösen.

IV. Zurückgewinnungshilfe

1. Einleitung

Die Vorschriften über den Verfall finden eine prozessuale Ergänzung durch die Möglichkeit einer Sicherstellung gemäß §§ 111 b ff. StPO. Eine solche kommt bereits im Vorfeld eines Strafurteils in Betracht, wenn in diesem mit einer Anordnung des Verfalls zu rechnen ist. Soweit lediglich die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB einer Verfallsanordnung entgegenstehen würde, ermöglicht § 111b V StPO gleichwohl eine Sicherstellung. Eine solche wird als Zurückgewinnungshilfe bezeichnet.³⁵³

Das Rechtsinstitut der Zurückgewinnungshilfe findet in der strafprozessrechtlichen Literatur – wenn überhaupt - nur eine knappe und oberflächliche Erwähnung. Kühne beschränkt sich auf die Feststellung, daß eine Sicherstellung gemäß §§ 111 b ff. StPO nicht der Beweiserlangung, sondern der Sicherung staatlicher Ansprüche diene.³⁵⁴ In ähnlicher Form wird die Thematik in den meisten übrigen strafprozessualen Lehrbüchern behandelt. Auf die Zurückgewinnungshilfe wird gar nicht eingegangen.³⁵⁵ Wenige Lehrbücher bilden eine Ausnahme.³⁵⁶ Auch in der Kommentarliteratur findet die Zurück-

³⁵² siehe hierzu oben 4.

³⁵³ zum Teil wird auch von Rückgewinnungshilfe gesprochen – vgl. Kramer, Rz. 194

³⁵⁴ Kühne, Rz. 508

³⁵⁵ vgl: Volk, S. 282; Rüping, Rz. 294; Haller / Conzen, Rz. 915; Schlüchter in Kernwissen, S. 105; Ranft, Rz. 987; Weiland, S.33; Beutke, Rz. 252; Fezer, S. 74 oder Schmehl/Vollmer, S. 56

³⁵⁶ Hellmann in Strafprozeßrecht, Rz. 175 f.; Peters, S. 450 f.; Schlüchter in Das Strafverfahren, Rz. 312 ff.; Kramer, Rz. 194 f.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

gewinnungshilfe nur knappe Erwähnung. Ausführlichere Darstellungen enthalten lediglich die Kommentierungen von Schäfer und Achenbach.³⁵⁷

Die Kritik an der Regelung der §§ 111 b ff. StPO und insbesondere der Zurückgewinnungshilfe muß unter diesem Gesichtspunkt selbst kritisch beleuchtet werden. Achenbach hat zutreffend ausgeführt, daß das Rechtsinstitut der Zurückgewinnungshilfe in Kommentaren und Lehrbüchern zum Strafverfahrensrecht „eher lustlos“ behandelt werde.³⁵⁸ Daran hat sich bis heute nichts geändert. Möglicherweise ist für die mangelnde Anwendung der Zurückgewinnungshilfe auch deren Schattendasein in der strafprozessualen Literatur (mit-) ursächlich. Diesen Schluß zieht auch Achenbach, der, plastisch formuliert, vom „Betreten eines völlig neuen Weges ohne wirklich kundige Führer“ spricht.³⁵⁹ Darauf soll bei der kritischen Würdigung des Reformentwurfes zurückzukommen sein.³⁶⁰ - im Vorfeld muß der Regelungsgehalt des derzeit geltenden Rechtes dargestellt werden.

Im folgenden werden die Regelungen der §§ 111 b ff. StPO in einem kurzen einführenden Überblick dargestellt.³⁶¹ Dem schließt sich eine detailliertere Darstellung des Rechtsinstitutes der Zurückgewinnungshilfe an.³⁶² Im Anschluß wird auf die Möglichkeit einer Beschlagnahmeverlängerung gemäß § 111 i StPO eingegangen.³⁶³

2. Einführender Überblick über die §§ 111 b ff. StPO

Die Normen der §§ 111 b ff. StPO wurden durch das Einführungsgesetz zum StGB vom 02.03.1974 eingefügt und traten am 01.01.1975 in Kraft.³⁶⁴ Nach der Schaffung einer allgemein formulierten Regelung des Verfalls durch das zweite Gesetz zur Reform des Strafrechtes vom 14.07.1969 sollte diese durch die Möglichkeit einer frühzeitigen strafprozessualen Sicherstellung ergänzt werden.

³⁵⁷ Schäfer in LK (10. Auflage) zu § 73, Rz. 27 ff. und Achenbach in AK StPO vor §§ 111 b – 111 n, Rz. 3 und 10 ff. sowie zu §§ 111 b – 111 d, Rz. 18 ff.

³⁵⁸ Achenbach in FS für Blau zum 70. Geburtstag, S. 7 (11)

³⁵⁹ Achenbach, a.a.o.

³⁶⁰ siehe hierzu unten Teil E. Nach dem Reformentwurf soll § 73 I 2 StGB abgeschafft werden – einer § 111 b V StPO entsprechenden Regelung bedarf es nicht mehr.

³⁶¹ siehe hierzu unten 2.

³⁶² siehe hierzu unten 3.

³⁶³ siehe hierzu unten 4.

³⁶⁴ Art. 21 Nr. 29 EGStGB; BGBl. I 1974, S. 469

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Soweit zu erwarten ist, daß im Strafurteil der Verfall (oder die Einziehung³⁶⁵) angeordnet werden wird, kann gemäß der §§ 111 b ff. StPO eine Sicherstellung der (voraussichtlich) davon erfaßten Vermögensgegenstände erfolgen. Der Beschuldigte soll daran gehindert werden, durch Verfügungen über Vermögensgegenstände oder durch Beiseiteschaffen von solchen diese dem später angeordneten Verfall zu entziehen. Sind „Gründe für die Annahme vorhanden“³⁶⁶ (§ 111 b I 1 StPO), daß die Voraussetzungen des Verfalls vorliegen, so können Vermögensgegenstände beschlagnahmt werden. Entsprechendes gilt bei der Annahme einer späteren Anordnung des Verfalls von Wertersatz – hier erfolgt die Sicherstellung durch dinglichen Arrest (§111 b II StPO).

Die Art und Weise der Beschlagnahme beziehungsweise des dinglichen Arrestes regeln die §§ 111 c bzw. 111 d StPO: Bewegliche Sachen werden grundsätzlich durch Ingewahrsamnahme und - soweit diese unzweckmäßig ist - durch Kenntlichmachung beschlagnahmt. Eine Ausnahme bilden eingetragene Schiffe, Schiffsbauwerke und Luftfahrzeuge – hier erfolgt eine Eintragung in die entsprechenden Register, § 111 c IV StPO. Bei Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, also beschränkt dinglichen Rechten, die gesetzlich den Grundstücken gleichgestellt sind,³⁶⁷ wird ein Beschlagnahmevermerk ins Grundbuch eingetragen (§ 111 c II StPO). Bei Forderungen wird die Beschlagnahme durch Pfändung bewirkt (§ 111 c III StPO).

Die Beschlagnahme führt zu einem relativen Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 BGB (§ 111 c V 1 StPO).

Soweit der Verfall des Wertersatzes gemäß § 73 a StGB in Betracht kommt, erfolgt die Sicherstellung im Wege des dinglichen Arrestes – die einschlägigen

³⁶⁵ Die Ausführungen werden im folgenden entsprechend des Gegenstandes der vorliegenden Arbeit auf den Verfall beschränkt.

³⁶⁶ Bis zur Änderung durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (BGBl. I 1998, S. 845) waren „dringende Gründe“ für die Annahme einer Verfallsanordnung erforderlich – nunmehr reicht einfacher Tatverdacht aus. Dies gilt allerdings nur für eine Sicherstellung von einer Dauer bis zu 6 Monaten (§ 111 b III StPO – vgl. auch Meyer / Hetzer in NIW 1998, 1017, 1023). Bemerkenswert ist die Kommentierung in Pfeiffer zu § 111 b, Rz. 2: Es werden weiterhin dringende Gründe für erforderlich gehalten. Hierbei handelt es sich wohl um ein Versehen.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Regelungen der ZPO gelten entsprechend (§ 111 d I 1, II StPO): Bewegliches Vermögen unterliegt entsprechend § 930 I 1 ZPO der Pfändung. Bei Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erfolgt die Eintragung einer Sicherungshypothek (§932 I ZPO).³⁶⁸ Forderungen werden gepfändet, § 930 I 3 ZPO.

Die Anordnung sowohl der Beschlagnahme als auch des dinglichen Arrestes erfolgt gemäß § 111 e I StPO grundsätzlich durch den Richter - im Ermittlungsverfahren durch den Ermittlungsrichter (§ 162 StPO bzw. § 169 StPO) und nach Anklageerhebung durch das zuständige Gericht.³⁶⁹ Die Vollstreckung übernimmt die Staatsanwaltschaft, § 111 f StPO.

3. Die Regelung des § 111 b V StPO

Gemäß § 111 b V StPO können Gegenstände entsprechend § 111 b I – IV StPO sichergestellt werden, wenn nur wegen § 73 I 2 StGB vom Verfall abgesehen wäre.

Das Rechtsinstitut dieser sogenannten Zurückgewinnungshilfe geht zurück auf die vom Sonderausschuß für die Strafrechtsreform des Deutschen Bundestages gefaßte Fußnote zu § 109 I 2 der Formulierungshilfe.³⁷⁰ Die bereits skizzierten Schwächen der Ausschlußregelung sollten durch eine straf-

³⁶⁷ zu denken ist beispielsweise an das Erbbaurecht – vgl: Palandt – Bassenge Überblick vor § 873, Rz. 2

³⁶⁸ Die Arresthypothek hat bereits latente Verwertungsfunktion; der Gläubiger kann auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB) klagen! – Zöller – Vollkommer zu § 932, Rz. 1

³⁶⁹ KM-G zu § 111 e, Rz. 3 und zu § 98, Rz. 4

³⁷⁰ Protokolle des Sonderausschusses, S. 1022; hierzu oben III. 2 a); Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit sei die Fußnote nochmals wörtlich wiedergegeben:

„In die Strafprozeßordnung ist eine Vorschrift aufzunehmen, wonach Vermögensvorteile, die Täter oder Teilnehmer aus einer Straftat erlangt haben, sicherzustellen, gegebenenfalls zu beschlagnahmen sind (...). Soweit diese Vermögensvorteile nur deshalb nicht nach § 109 für verfallen erklärt werden, weil Ersatzansprüche Dritter bestehen, ist eine Regelung folgender Art vorzusehen:

Den Geschädigten ist, soweit sie bekannt sind, von der Sicherstellung Mitteilung zu machen. Im übrigen sind sie öffentlich auf die Sicherstellung hinzuweisen. Ihnen ist eine Frist (von vielleicht drei Jahren) einzuräumen, innerhalb deren sie ihre Ansprüche gegen den Täter (oder Teilnehmer) geltend machen können. Zur Befriedigung dieser Ansprüche stehen die sichergestellten Vermögensvorteile zur Verfügung. Sind nach Ablauf der Frist noch Vermögensvorteile vorhanden, so gehen sie auf den Staat über. (...)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

prozessuale Beschlagnahmemöglichkeit zugunsten des Verletzten ergänzt werden.³⁷¹ Diese Ergänzung wurde durch die Zurückgewinnungshilfe in § 111 b V StPO³⁷² normiert – wenn auch in eingeschränkter Form: Der Sonderausschuß wollte eine Frist von ungefähr drei Jahren, innerhalb derer die beschlagnahmten Vermögensgegenstände zur Befriedigung von Ansprüchen Verletzter dienen sollten. Die Sicherstellung gemäß § 111 b V StPO hingegen kann zugunsten des Verletzten allenfalls um drei Monate verlängert werden (§ 111 i StPO).³⁷³

Wie bereits ausgeführt, findet die Zurückgewinnungshilfe in den strafprozessualen Lehrbüchern beziehungsweise der Kommentarliteratur kaum ausführliche Beachtung. Die wenigsten Probleme dieses Rechtsinstitutes werden angesprochen. Kontrovers diskutiert wird lediglich die Problematik³⁷⁴, ob die Anordnung der Sicherstellung im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe fakultativ ist. Die vorherrschende Meinung in der einschlägigen Kommentarliteratur geht von einem Anordnungsersessen der Strafverfolgungsbehörden aus: Das Strafverfahren diene nicht einer Sicherung der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche. Die Strafverfolgungsbehörden könnten dem Verletzten nicht die Notwendigkeit des Ergreifens zivilprozessualer Maßnahmen abnehmen.³⁷⁵ Die Durchführung der Zurückgewinnungshilfe sei eine Ermessensentscheidung – sie solle nur ausnahmsweise erfolgen, falls die Durchsetzbarkeit der zivilrechtlichen Ansprüche ansonsten gefährdet sei.³⁷⁶

Für das Vorliegen einer Ermessensentscheidung spricht der Gesetzeswortlaut („können“; § 111 b V, I 1 StPO) – es ist aus dem Wortlaut aber nicht darauf zu schließen, daß eine Anordnung der Zurückgewinnungshilfe nur ausnahmsweise erfolgen kann. Ist dem Strafrichter ein Ermessen eingeräumt, gibt es diesem die Möglichkeit unter mehreren Maßnahmen die ihm am zweckmäßigsten

³⁷¹ ausführlich oben III. 2. a)

³⁷² bei älteren Lehrbüchern oder Kommentaren ist zu beachten, daß die Zurückgewinnungshilfe ursprünglich in § 111 b III StPO enthalten war!

³⁷³ ausführlich hierzu unten 4.

³⁷⁴ Der Streit, ob die Zurückgewinnungshilfe auch im Wege des Arrests erfolgen könne, ist durch die Änderung des Gesetzeswortlautes hinfällig geworden: Die Verweisung in § 111 III b a.F. StPO war nicht eindeutig - § 111 b V StPO läßt nunmehr sowohl Beschlagnahme als auch Arrest zu; die Verweisung in § 111 b V StPO erfaßt ausdrücklich auch § 111 b II StPO.

³⁷⁵ KMR – Müller zu § 111 b, Rz. 13

³⁷⁶ KM-G zu § 111 b, Rz. 6; KK – Nack zu § 111 b, Rz. 18; SK – Rudolphi zu § 111 b, Rz. 10; HK – Lemke zu § 111 b, Rz. 15

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

erscheinende zu treffen.³⁷⁷ Der Strafrichter kann also zwischen Durchführung und Nichtdurchführung der Zurückgewinnungshilfe entscheiden. Für die Annahme eines Regel – Ausnahme – Verhältnisses gibt das Vorliegen eines richterlichen Ermessensspielraumes hingegen nichts her.

Betrachtet man den im Wege des Gesetzgebungsverfahrens geäußerten Willen des Gesetzgebers, spricht dieser gegen eine nur ausnahmsweise Anordnung. Der Gesetzgeber bezog sich ausdrücklich auf die – wie einleitend ausgeführt – vom Sonderausschuß geforderte dreijährige Beschlagnahmemöglichkeit.³⁷⁸ Dem Vorschlag des Sonderausschusses folgte er nicht, weil eine Aufbewahrung sichergestellter Gegenstände unter mehreren Gesichtspunkten problematisch sei: Die Gegenstände unterlägen mit zunehmender Zeit der Sicherstellung einem Wertverfall. Hinzu kämen die im Einzelfall hohen Kosten einer Aufbewahrung (beispielsweise bei Kfz) und bei mehrjähriger Belastung eines Grundstückes mit einer Hypothek eine unzumutbare Störung des Rechtsverkehrs. Schließlich sei die mehrjährige Aufbewahrung aus Gründen der Prozeßökonomie abzulehnen – das Strafverfahren solle möglichst mit Rechtskraft des Strafurteils abgeschlossen werden.³⁷⁹ Die Überlegungen des Gesetzgebers gingen also keinesfalls dahin, dem aus der Straftat Verletzten die Vorteile einer Sicherstellung durch die Strafverfolgungsbehörden nur ausnahmsweise zukommen zu lassen. Lediglich die Dauer dieser Sicherstellung wurde aus praktischen und prozeßökonomischen Erwägungen deutlich verkürzt. Aus diesem Grund ist Schäfer zuzustimmen, der in der letztendlich verabschiedeten Gesetzesfassung eine Minimallösung sieht, die nicht weiter restriktiv auszulegen ist.³⁸⁰

Es ist aber nicht nur der Ausnahmecharakter abzulehnen – im Rahmen einer Ermessensreduzierung auf null kann sich sogar im Einzelfall eine Pflicht zur Anordnung ergeben: Die Zurückgewinnungshilfe dient der Verwirklichung des Wiedergutmachungsinteresses des Verletzten.³⁸¹ Diesen Sinn und Zweck müssen die Strafverfolgungsbehörden bei ihrer Ermessensausübung berück-

³⁷⁷ vgl. Peters S. 641

³⁷⁸ BT-Drs. 7 / 550, S. 291 f.

³⁷⁹ BT-Drs. 7 / 550, S. 292

³⁸⁰ LK (10. Auflage) – Schäfer zu § 73, Rz. 29

³⁸¹ Roxin in Strafverfahrensrecht, S. 410; unzutreffend daher Kramer, der den Zweck allein in der repressiven Entziehung des Vermögensvorteiles beim Straftäter sehen will (Rz. 194).

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

sichtigen. Das geschädigte Opfer einer Straftat hat einen Anspruch auf Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes zur Durchsetzung seiner privatrechtlichen Wiedergutmachungsansprüche. Dieser folgt aus dem Rechts- und dem Sozialstaatsprinzip.³⁸² Hinzu kommt, daß die Überlegungen zum in der zivilprozessualen Literatur anerkannten Justizgewährungsanspruch³⁸³ auch auf das strafprozessuale Rechtsinstitut der Zurückgewinnungshilfe herangezogen werden müssen. Der Anspruch des Bürgers auf Gewährung eines effektiven Schutzes seiner Rechtsgüter beziehungsweise der Durchsetzbarkeit seiner Rechtsansprüche darf sich nicht nur im Zivilprozeßrecht auswirken. Entscheidendes Kriterium muß allein die Effektivität des staatlichen Instrumentariums sein – unabhängig davon, ob ein zivilprozessuales oder strafprozessuales Rechtsinstitut eine Rechtsverwirklichung des Bürgers sicherstellen soll.

Mithin kann das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden sogar auf null reduziert³⁸⁴ sein – die Zurückgewinnungshilfe ist durchzuführen, falls das Wiedergutmachungsinteresse des Tatopfers bei ihrem Unterbleiben gefährdet wäre. Zu denken ist an Fälle, bei denen im Falle des Unterbleibens der Sicherstellung die konkrete Gefahr droht, daß Vermögensgegenstände beiseite geschafft werden oder über diese zu Lasten des Verletzten verfügt wird. Von einer lediglich ausnahmsweise zu erfolgenden Sicherstellung kann keine Rede sein. Beläßt man dem Beschuldigten die Vermögensgegenstände, sind Verfügungen hierüber in den seltensten Fällen ausgeschlossen. Es wäre ein dem Opfer kaum zu vermittelndes Ergebnis, wenn die Strafverfolgungsbehörden zwar Vermögensgegenstände beim Beschuldigten vorfänden – diese aber nicht sicherstellen, sondern das Opfer auf den Zivilrechtsweg verweisen würden.³⁸⁵

Führt die Staatsanwaltschaft trotz Ermessensreduzierung auf null die Zurückgewinnungshilfe nicht durch und wird es dadurch dem Straftäter ermöglicht, Vermögensgegenstände dem Zugriff des Verletzten zu entziehen, so können diesem Amtshaftungsansprüche erwachsen. Ein Anspruch auf Durchführung

³⁸² siehe hierzu oben II.

³⁸³ hierzu sei ebenfalls auf die Ausführungen oben zu II. verwiesen

³⁸⁴ zutreffend: Achenbach in FS für Blau zum 70. Geburtstag, S. 7 (18) oder derselbe in AK StPO zu §§ 111 b – 111 d, Rz. 22. Für Ermessensreduzierung auf null, wenn ohne Sicherstellung endgültiger Verlust des Vermögensgegenstandes zu befürchten ist, auch Hellmann in Strafprozeßrecht, Rz. 176.

³⁸⁵ so auch Meurer in NSTZ 1991, 438 (439)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

der Zurückgewinnungshilfe besteht nicht mehr. Dieser hat sich erledigt. Die in Betracht kommenden Vermögensgegenstände sind dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane beziehungsweise dem des Verletzten bereits entzogen. Ein Antrag gemäß §28 I 4 EGGVG scheidet mangels Feststellungsinteresse ebenfalls aus. Eine Amtshaftungsklage begründet kein Feststellungsinteresse.³⁸⁶ Hinsichtlich der Durchsetzbarkeit des Amtshaftungsanspruches ist allerdings problematisch, daß sich die Strafverfolgungsorgane auch auf die §§ 442 I, 430 I StPO berufen können. Soweit die Sicherstellung nur unter unverhältnismäßig großem Aufwand hätte erfolgen können, dürfte diese unterbleiben. Der Verletzte wird es im Einzelfall schwer haben, einen entsprechenden Einwand der Strafverfolgungsorgane zu entkräften. Er ist für alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig.

4. Wirkung zugunsten des Verletzten

Im folgenden soll dargestellt werden, wie die Zurückgewinnungshilfe die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche des Verletzten sicherstellt beziehungsweise erleichtert. Die nicht unkomplizierte Struktur der Regelung ist zu durchleuchten. Dem schließt sich eine kritische Stellungnahme an.

Von der Zurückgewinnungshilfe zu unterscheiden ist die ursprünglich im Regierungsentwurf in § 463 d II StPO vorgesehene Regelung. Die Zurückgewinnungshilfe ermöglicht die Sicherstellung zugunsten des Verletzten – nach § 463 II d StPO in der Fassung des Regierungsentwurfes war ein subsidiäres Befriedigungsrecht des Verletzten nach ergangener Verfallsanordnung vorgesehen.³⁸⁷ Ein Verletzter sollte „wegen eines aus der Straftat erwachsenen Anspruches gegen den Verurteilten (...)“, dessen Zwangsvollstreckung ohne Erfolg geblieben ist, „Befriedigung aus der Staatskasse beanspruchen“, soweit der „Verfall vollstreckt worden ist“.³⁸⁸ Dadurch sollte der Grundsatz verwirklicht werden, daß eine Entschädigung des Verletzten dem staatlichen

³⁸⁶ K/M-G zu § 28 EGGVG, Rz. 6

³⁸⁷ vgl. hierzu auch Rieß, Rz. 148; diesen Unterschied verkennt Achenbach in FS-Blau, 7 (15): Das „nachträgliche Vollstreckungsprivileg“ mag bei der Geldstrafe erörterungswürdig sein, beim Verfall überschneidet es sich aber mit dem Regelungsbereich des § 73 I 2 StGB.

³⁸⁸ vgl. § 463 d I, II StPO in der Fassung des Regierungsentwurfes; BT-Drs. 7/550 S. 52

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Abschöpfungsanspruch vorgehe.³⁸⁹ Dies wird beim Verfall aber durch die materiell-rechtliche Regelung des § 73 I 2 StGB sichergestellt. Beim Bestehen des Anspruchs eines Verletzten hat eine Verfallsanordnung von vorneherein zu unterbleiben. Aus diesem Grund scheidet ein Rückgriff des Verletzten auf für verfallen erklärte Vermögensgegenstände aus: Dieser hat entweder keinen zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch oder es muß – im Falle des Bestehens eines solchen - eine Anordnung des Verfalls unterbleiben. Der Regelungs- und Anwendungsbereich des § 463 d II StPO in der Fassung des Regierungsentwurfes bleibt im Unklaren.³⁹⁰ Die Vorschrift ist ohnehin nie in Kraft getreten, obwohl ihre rechtspolitische Zielsetzung grundsätzlich gebilligt worden war.³⁹¹

a) Vorrangige Befriedigung von Ansprüchen des Verletzten

Soweit der Verletzte die Zwangsvollstreckung aus einem zumindest für vorläufig vollstreckbar erklärten Titel betreibt oder einen Arrest vollzieht, stehen ihm hierzu die gemäß § 111 c StPO beschlagnahmten Vermögensgegenstände zur Verfügung. Die im Rahmen des Strafverfahrens erfolgte Beschlagnahme steht dem nicht entgegen (vgl. § 111 g I StPO) – es bedarf lediglich der Zulassung durch den zuständigen Richter (§ 111 d II StPO).

Entsprechend kann der Verletzte den Rangrücktritt einer im Wege des § 111 d StPO eingetragenen Sicherungshypothek verlangen (§ 111 h I StPO). Die erforderlichen Eintragungen im Grundbuch erfolgen nach Zulassung durch den Richter (§ 111 h II StPO). Es ist Nack³⁹² insofern zuzustimmen, als § 111 h StPO entgegen seinem Wortlaut auch auf Schiffe, Schiffsbauwerke und Luftfahrzeuge Anwendung finden muß. Dies wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich offengelassen.³⁹³ Bei Arrestvollziehungen in andere Gegenstände muß geprüft werden, ob der Arrest zur Ermöglichung von Vollstreckungsmaßnahmen des Verletzten aufzuheben ist. Diese extensive Auslegung folgt aus dem Sinn und Zweck des § 111 h StPO: Es wäre widersinnig dem Verletzten nur sicher-gestellte Grundstücke für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen.

³⁸⁹ BT-Drs. 7/550 S. 315

³⁹⁰ In der Begründung des Regierungsentwurfs wird hierzu nichts ausgeführt, BT-Drs. 7/550 S. 315

³⁹¹ hierzu: Bericht des StRA, BT-Drs. 7/1261 S. 32

³⁹² KK – Nack zu § 111 h, Rz. 1

³⁹³ vgl. BT-Drs. 7/550 S. 295

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Sowohl im Rahmen des § 111 g StPO als auch des § 111 h StPO muß der Verletzte einen (zumindest vorläufig vollstreckbaren) zivilrechtlichen Titel erstreiten. Die Zurückgewinnungshilfe nimmt dem Verletzten weder das Prozeßrisiko im Zivilprozeß noch führt sie zu einer Entscheidung des Strafrichters über das Bestehen von zivilrechtlichen Ansprüchen.

In erweiternder Auslegung können auch Rechtsnachfolger des Verletzten auf sichergestellte Vermögensgegenstände zurückgreifen. Dies muß insoweit gelten, als diese einen ursprünglich dem Verletzten zustehenden Anspruch geltend machen. Zu denken ist beispielsweise an eine Versicherung, auf die ein Anspruch des Verletzten übergegangen ist. Dies gilt entgegen dem Wortlaut §§ 111 g und 111 h StPO. Danach findet eine vorrangige Befriedigung des Verletzten zwar grundsätzlich nur zugunsten des Verletzten Anwendung³⁹⁴ - gegen dieses Ergebnis spricht allerdings der Sinn und Zweck der Regelung. Danach könnte das Tatopfer selbst auf die sichergestellten Vermögensgegenstände zurückgreifen – dessen Versicherer bliebe diese Möglichkeit aber verwehrt. Das Interesse des Versicherers an der Durchsetzung seiner zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche ist aber genauso anzuerkennen wie das des Tatopfers. Des weiteren würde es dem Straftäter zugute kommen, daß sein Opfer versichert war. Da die Versicherung nicht auf die sichergestellten Vermögensgegenstände zurückgreifen könnte - eine Anordnung des Verfalls aber wegen § 73 I 2 StGB zu unterbleiben hat³⁹⁵ - wären die Vermögensgegenstände unter Umständen an den Straftäter herauszugeben. Dies widerspräche aber auch dem *Interesse des Staates* an der Effektivität der Gewinnabschöpfung.

An dieser Stelle sei nur am Rande erwähnt, daß bei beweglichen Sachen anstelle der Herausgabe an den Straftäter auch an eine öffentliche Versteigerung zugunsten des Staates zu denken wäre.³⁹⁶ Dies würde sich aber ebenfalls zu Lasten der Versicherung auswirken. Deren Anspruch wäre in seiner Durchsetzbarkeit gefährdet, weil dem Straftäter unter Umständen die

³⁹⁴ Gemeint ist der unmittelbar aus der Tat Verletzte und nicht dessen Rechtsnachfolger; vgl. K/M-G zu § 111 g, Rz. 2 oder auch die Ausführungen zum materiellen Recht; oben III. 3. b) aa)

³⁹⁵ siehe hierzu oben III. 3. b) aa)

³⁹⁶ Hierzu sei an dieser Stelle lediglich auf die ausführlichen Ausführungen unten unter IV. 4. c) bb) verwiesen.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

nötige Haftungsmasse entzogen würde. Zwar wäre dann das *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung gewahrt – das *Interesse des Opfers* (hier also der Versicherung) an der Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche wäre aber gefährdet.

b) Herausgabe an den Verletzten

Sichergestellte Gegenstände sind im Falle einer Aufhebung der Sicherstellung grundsätzlich an den letzten Gewahrsamsinhaber herauszugeben. Im Zuge der Aufhebung als „*actus contrarius*“ zur Sicherstellung ist der ursprüngliche Zustand wiederherzustellen.³⁹⁷ Bei beweglichen Sachen folgt dies auch aus einer weiteren Überlegung: Werden bewegliche Sachen³⁹⁸ sichergestellt, so entsteht kraft Gesetzes ein Verwahrungsverhältnis. Auf dieses finden die §§ 688 ff. BGB entsprechende Anwendung³⁹⁹ – nach Beendigung der Verwahrung hat die Rückgabe an den Hinterleger zu erfolgen.

Hiervon macht § 111 k StPO eine Ausnahme: Bei sichergestellten beweglichen Sachen soll die Herausgabe nicht an den letzten Gewahrsamsinhaber, sondern an den Verletzten erfolgen. § 111 k StPO gilt sowohl für Beschlagnahmen, die aufgrund von § 94 StPO erfolgt sind, als auch auf solche gemäß § 111 c StPO. Letztere Variante ist im Rahmen dieser Arbeit relevant und anschließend näher zu erörtern.

aa) Anordnung der Herausgabe

Es ist umstritten, von wem die Herausgabe an den Verletzten anzuordnen ist. Der Wortlaut des § 111 k StPO läßt hierauf keine Rückschlüsse zu.

Zum Teil wird vertreten, daß die Staatsanwaltschaft zuständig sein soll. Ihr komme im Ermittlungsverfahren als „Herrin des Verfahrens“ eine umfassende

³⁹⁷ ganz allgemeine Meinung; vgl. nur: BGHZ 72, 302 (304); Gropp in NStZ 1989, 337 (337); Pfeiffer zu § 111 k, Rz. 1

³⁹⁸ § 688 ff. BGB finden nur auf bewegliche Sachen Anwendung!

³⁹⁹ vgl: Schäfer, H. in wistra 1984, 136 (136 f.) – lediglich § 690 BGB soll nicht gelten, weil die Interessenslage eine andere ist: Die Verwahrung erfolgt nicht auf Veranlassung und im Interesse des Hinterlegers – vgl. hierzu auch BGHZ 4, 192 (193). Allerdings wird man auch § 695 BGB nicht anwenden können!

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Entscheidungskompetenz zu. Sie sei für die Herausgabe an den Gewahrsamsinhaber zuständig – als Annex hierzu bestehe eine Kompetenz zur Entscheidung gemäß § 111 k StPO.⁴⁰⁰ Als weiteres Argument wird Art. 101 I 2 GG angeführt: Aus dem Recht auf den gesetzlichen Richter folge, daß Richter nur dort zur Entscheidung zuständig seien, wo Ihnen eine entsprechende Kompetenz gesetzlich zugewiesen werde. Daran fehle es bei § 111 k StPO – es bleibe bei der Entscheidungskompetenz der Staatsanwaltschaft.⁴⁰¹ Letzteres Argument vermag nicht zu überzeugen. Konsequenz dieser Ansicht wäre, daß mangels richterlicher Zuständigkeit eine solche der Staatsanwaltschaft gegeben wäre. Dies würde sich nicht mit dem Sinn und Zweck des Art. 101 I 2 GG decken: Das Recht auf den gesetzlichen Richter soll das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Rechtsprechung schützen. Nur der unabhängige Richter soll Recht sprechen – gerade aber nicht eine Regierungs- oder Verwaltungsstelle.⁴⁰²

Zutreffenderweise ist bei einer Herausgabe an den Verletzten mit der wohl herrschenden Meinung⁴⁰³ grundsätzlich von einer Entscheidungskompetenz des Richters auszugehen. Die Herausgabe an den Verletzten – und nicht an den letzten Gewahrsamsinhaber – bedeutet einen Eingriff in zivilrechtliche Besitzverhältnisse. Es wird von dem Eingang unter b) ausgeführten Grundsatz der Herausgabe an den letzten Gewahrsamsinhaber abgewichen. Die zivilrechtlichen Besitzverhältnisse sind nach erfolgter Herausgabe durch den Besitz des Verletzten andere als zuvor – hier war der letzte Gewahrsamsinhaber Besitzer. Eine Herausgabeentscheidung nach § 111 k StPO wirkt zwar nicht als Präjudiz für eine spätere zivilprozessuale Entscheidung über die Besitzverhältnisse⁴⁰⁴ – mit ihr wird aber das Prozeßrisiko verlagert. Ein solcher Eingriff in die Besitzposition des letzten Gewahrsamsinhabers, der bei Sicherstellungen durch Ingewahrsamnahme grundsätzlich mittelbarer Besitzer bleibt,⁴⁰⁵ bedarf richterlicher Legitimation. Dies gilt auch – oder gerade wenn die

⁴⁰⁰ Hohendorf in NStZ 1986, 498 (501)

⁴⁰¹ LG – Berlin in NStZ 1994, 400 (400 f.)

⁴⁰² vgl. v. Münch/Kunig – Kunig zu Art. 101, Rz. 1 und BK – Dannewitz zu Art. 101, Anmerkung II.

⁴⁰³ SK – Rudolphi zu § 111 k, Rz. 10; LR zu § 111 k, Rz. 3; AK StPO – Achenbach zu § 111 k, Rz. 13

⁴⁰⁴ vgl. AK StPO – Achenbach zu § 111 k, Rz. 2

⁴⁰⁵ Dies gilt zumindest, solange die Strafverfolgungsbehörden einen Herausgabeanspruch des letzten Gewahrsamsinhabers anerkennen; ausführlich hierzu unten c)bb)aaa).

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Herausgabe während des noch laufenden Ermittlungsverfahren erfolgt. In diesem Stadium besteht oftmals noch keine endgültige Klarheit über die zivilrechtliche Rechtslage. Das Schutzbedürfnis des letzten Gewahrsamsinhabers ist demnach umso höher zu bewerten.⁴⁰⁶

Hiergegen kann nicht der angeblich bestehende Grundsatz angeführt werden, daß die Staatsanwaltschaft Herrin des Verfahrens sei. Ohnehin sieht die StPO für Maßnahmen, die Eingriffe in Rechtspositionen des Bürgers bedeuten, grundsätzlich eine richterliche Anordnung vor (man denke exemplarisch an die Anordnung von Untersuchungen, §81 a II StPO, Beschlagnahmen, § 98 StPO oder Durchsuchungen, § 105 StPO).⁴⁰⁷

Anders ist die Anordnungscompetenz zu beurteilen, wenn der letzte Gewahrsamsinhaber der Herausgabe an den Verletzten zugestimmt hat. Eine richterliche Anordnung ist hier mangels Eingriff in die Rechtsposition des letzten Gewahrsamsinhabers entbehrlich. Dieser ist aufgrund seines Verzichts auf den Herausgabeanspruch nicht schutzbedürftig.⁴⁰⁸

bb) Ansprüche Dritter - insbesondere bei unklarer Rechtslage

Eine Herausgabe an den Verletzten hat zu unterbleiben, soweit Ansprüche Dritter entgegenstehen. § 111 k StPO stellt eine Besitzstandsregelung dar. Bei den zu berücksichtigenden Ansprüchen Dritter wird es sich also um auf Einräumung des Besitzes gerichtete Ansprüche handeln⁴⁰⁹. Darunter fallen possessorische Ansprüche sowie mittelbare Besitzschutzansprüche wie die §§ 812 ff. und 823ff. BGB beziehungsweise wie die dinglichen Ansprüche (beispielsweise §§ 985, 1004, 1007 BGB).⁴¹⁰

Bei nicht eindeutiger Rechtslage bedarf es einer zivilprozessualen Klärung, ob eine Herausgabe an den Verletzten oder an den Dritten zu erfolgen hat. Es bestehen aber unterschiedliche Auffassungen darüber, ob und an wen bei unklarer beziehungsweise zivilgerichtlich ungeklärter Rechtslage eine Heraus-

⁴⁰⁶ vgl. Julius in DRiZ 1984, 192 (192)

⁴⁰⁷ vgl. auch Löffler in NJW 1991, 1705 (1710)

⁴⁰⁸ so auch zutreffend KK – Nack zu § 111 k, Rz. 7

⁴⁰⁹ vgl. nur AK – Achenbach zu § 111 k, Rz. 11

⁴¹⁰ vgl. Palandt – Bassenge Überblick vor § 854, Rz. 2

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

gabe erfolgen kann. Das OLG Koblenz will in diesem Fall ganz von einer Herausgabe aufgrund einer strafrichterlichen Entscheidung absehen.⁴¹¹ Es sei eine zivilrechtliche Entscheidung herbeizuführen. Dies birgt allerdings die Gefahr, daß weder der Dritte noch der Verletzte zügig die Herbeiführung einer zivilgerichtlichen Entscheidung anstrebt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Verwahrung sichergestellter Gegenstände nicht allzu lange dauern. Aus diesem Grund wurde dem Vorschlag des Sonderausschusses einer Aufbewahrung der Vermögensgegenstände von drei Jahren nicht gefolgt.⁴¹² Deshalb ist es sinnvoll und entspricht auch dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck, einer der Parteien eine Frist zu setzen, bis zu deren Ablauf ein zivilrechtlicher Titel vorzulegen ist. Verstreicht diese Frist ohne Vorlage des Titels durch diese Partei, kann die Herausgabe an die andere erfolgen.

Es bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Obliegenheit der Vorlage eines zivilrechtlichen Titels den Verletzten oder den Dritten trifft – wem also die Frist zu setzen ist. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht unbedeutend, weil sie das Prozeßrisiko entweder dem Dritten oder dem Verletzten auferlegt. Meines Erachtens kann diese Problematik nur dann zutreffend erörtert werden, wenn man vorab zwei Fallgruppen voneinander unterscheidet: Ist der Dritte, dem eventuell ein Anspruch zusteht, der letzte Gewahrsamsinhaber oder ist er mit diesem verschieden.

aaa) Dritter ist letzter Gewahrsamsinhaber

Bei der ersten Fallgruppe ist die Frist dem Verletzten zu setzen.⁴¹³ Es ist nicht Sinn und Zweck des § 111 k StPO den Verletzten gegenüber Ansprüchen Dritter zu schützen. Die Gegenmeinung⁴¹⁴ verkennt, daß der Grundsatz nicht die Herausgabe an den Verletzten, sondern die an den letzten Gewahrsamsinhaber ist.⁴¹⁵ Das Argument von Achenbach, „die Wertung in §§ 935, 1006 I 2

⁴¹¹ OLG Koblenz in GA 1984, 376 (376)

⁴¹² siehe hierzu oben III.

⁴¹³ OLG – Frankfurt a.M. in GA 1972, 212 (213): Die Entscheidung betrifft zwar § 111 a.F. StPO, nach dieser Vorschrift war aber ebenfalls eine Herausgabe an den Verletzten möglich – die Grundsätze der Entscheidung sind demnach auch auf § 111 k StPO heranzuziehen. LR – Schäfer zu § 111 k, Rz. 9; SK – Rudolphi zu § 111 k, Rz. 2

⁴¹⁴ KM-G zu § 111 k, Rz. 3; AK StPO – Achenbach zu § 111 k, Rz. 4

⁴¹⁵ zutreffend: LG – Hildesheim in NSTZ 1989, 336 (336)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

BGB“ würde für eine Fristsetzung an den Dritten sprechen,⁴¹⁶ überzeugt nicht. Unabhängig davon, daß ein Fall der §§ 935, 1006 I 2 BGB nur bei einem Abhandenkommen⁴¹⁷ und darüber hinaus nicht bei Geld oder Inhaberpapieren (§ 935 II BGB) vorliegen würde – geht es bei der Ermittlung des Adressaten der Fristsetzung um die Frage der Verteilung des Prozeßrisikos. Die §§ 935, 1006 I 2 BGB hingegen betreffen das materielle Zivilrecht und sind im Rahmen der zivilgerichtlichen Entscheidung zu berücksichtigen. Ohnehin wird sich das Problem einer Fristsetzung bei einem offensichtlichen Eingreifen von § 935 BGB nicht stellen, weil dann die Beurteilung der Rechtslage nicht im Unklaren ist – Ansprüche Dritter liegen nicht vor.

Auch das Argument, der Dritte, der eventuell gutgläubig erworben habe, habe allenfalls Eigentum an einer mit einem moralischen Makel behafteten Sache erlangen können, greift nicht durch.⁴¹⁸ Hieraus kann nicht auf die Verteilung des zivilprozessualen Prozeßrisikos geschlossen werden.

Etwas anderes gilt nur, wenn der Dritte und letzte Gewahrsamsinhaber selbst Beschuldigter oder Angeklagter ist. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein Dieb behauptet, die gestohlene Sache sei ihm mittlerweile wirksam übereignet worden und deshalb einen Herausgabeanspruch geltend macht. In solchen Fällen ist es nach dem Sinn und Zweck des § 111 k StPO gerechtfertigt, das Prozeßrisiko nicht dem Verletzten aufzuerlegen.⁴¹⁹ Die Frist ist dem Beschuldigten beziehungsweise Angeklagten zu setzen.

bbb) Dritter ist nicht letzter Gewahrsamsinhaber

Anders ist die Fallgruppe zu beurteilen, bei welcher der Dritte nicht letzter Gewahrsamsinhaber war. Hier greift zugunsten des Dritten der Grundsatz nicht,

⁴¹⁶ Achenbach in AK StPO zu § 111 k, Rz. 4

⁴¹⁷ also nicht bei Delikten wie zum Beispiel Betrug: Abhandenkommen i.S.d. § 935 I 1 BGB bedeutet Besitzverlust ohne Willen des Berechtigten. Erfolgt die Besitzaufgabe aufgrund einer Täuschung, liegt hingegen ein – wenn auch erschlichener - Wille des Berechtigten vor. Vgl: Palandt – Bassenge zu § 935, Rz. 2

⁴¹⁸ so aber OLG – Stuttgart in NStZ 1989, 39 (40); das OLG – Stuttgart geht aber auch von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus, das grundsätzlich eine Herausgabe an den Verletzten zu erfolgen habe (S. 39). Dieser Grundsatz besteht – wie ausgeführt wurde - gegenüber dem letzten Gewahrsamsinhaber aber gerade nicht. Die Herausgabe an den Verletzten gemäß § 111 k StPO ist die Ausnahme.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

daß nach Aufhebung der Sicherstellung die Herausgabe an den letzten Gewahrsamsinhaber erfolgen soll. § 111 k StPO berücksichtigt ausweislich seines Wortlauts nur Ansprüche Dritter, die „entgegenstehen“. Ist die Rechtslage unklar, stehen Drittansprüche nur möglicherweise entgegen. Sie sind vor einer zivilgerichtlichen Klärung nicht zu berücksichtigen. Es ist nicht Aufgabe des Strafverfahrens, dem Dritten die Notwendigkeit einer Geltendmachung seiner zivilrechtlichen Ansprüche abzunehmen. Daher ist dem Dritten eine Frist zum Nachweis eines zivilrechtlichen Titels zu setzen. Verstreicht diese ungenutzt, erfolgt die Herausgabe an den Verletzten.⁴²⁰

cc) Verhältnis zu 75 der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren

Die Regelung der Herausgabe in § 111 k StPO kann nicht isoliert von 75 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) betrachtet werden. Der Regelungsgehalt beider Normen überschneidet sich – ihr Verhältnis ist zu klären.

Die RiStBV sind bloße Verwaltungsanordnungen ohne Gesetzeskraft.⁴²¹ Sie stellen lediglich eine Ergänzung des Gesetzes dar und ihre Funktion beschränkt sich auf die Hilfe bei der Gesetzesanwendung.⁴²² Demnach ist der Regelungsgehalt von 75 RiStBV inhaltlich an § 111 k StPO zu messen. Die Verwaltungsanordnung kann von der Gesetzesregelung nicht abweichen, sie muß sich in dem vom Gesetz bestimmten Rahmen halten.

Soweit 75 IV 1 RiStBV die Herausgabe eines sichergestellten Gegenstandes an Dritte zuläßt, ist die Verwaltungsanordnung daher rechtswidrig.⁴²³ Die Herausgabe an Dritte ohne Vorlage eines zivilrechtlichen Titels ist von § 111 k StPO nicht gedeckt. Eine Ermächtigung zur Herausgabe an einen Dritten enthält die

⁴¹⁹ vgl. hierzu OLG – Frankfurt a.M. in GA 1972, 212 (213)

⁴²⁰ OLG – Schleswig in NStZ 1994, 99 (99); so auch: KMR zu § 111 k, Rz. 9; KK – Nack zu § 111 k, Rz. 6 – letzterer zitiert in diesem Zusammenhang allerdings unzutreffenderweise die Entscheidung des OLG – Stuttgart in NStZ 1989, 39. Bei dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt war der Dritte aber zugleich der letzte Gewahrsamsinhaber.

⁴²¹ KK, Anhang III, S. 2421

⁴²² vgl. Schaefer in NJW 1977, 21 (23)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Strafprozeßordnung nicht – 75 IV 1 RiStBV geht unzulässigerweise über den vom Gesetz vorgegebenen Rahmen hinaus und stellt einen rechtswidrigen Eingriff in die Besitzposition des letzten Gewahrsamsinhabers dar.⁴²⁴

In zahlreichen strafprozessualen Kommentierungen zu § 111 k StPO wird auch 75 III RiStBV als rechtswidrig angesehen. In der Verwaltungsanordnung sei hier abweichend von § 111 k StPO die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Entscheidung über die Herausgabe vorgesehen.⁴²⁵ Für die alte Fassung von 75 III RiStBV mag dies zutreffen.⁴²⁶ 75 III a.F. RiStBV lautete:

In den Fällen des § 111 k StPO kann der Staatsanwalt die Sache dem Verletzten herausgeben, sofern dessen Ansprüche offensichtlich begründet sind; sonst ist ein Gerichtsbeschuß über die Herausgabe herbeizuführen.

Seit der ab 01/10/1988 geltenden Fassung der RiStBV kann dem aber nicht mehr gefolgt werden. 75 III RiStBV lautet seit dem:

In den Fällen des § 111 k StPO soll der Staatsanwalt die Sache dem Verletzten herausgeben, sofern dessen Ansprüche offensichtlich begründet sind und der letzte Gewahrsamsinhaber der Herausgabe zugestimmt hat; sonst ist ein Gerichtsbeschuß über die Herausgabe herbeizuführen.

Die Verwaltungsanordnung regelt nichts anderes als § 111 k StPO⁴²⁷: Die Herausgabeentscheidung hat durch den Richter zu erfolgen – es sei denn der letzte Gewahrsamsinhaber, dessen Ansprüche offensichtlich begründet sind,

⁴²³ 75 IV 1 RiStBV lautet: Stehen der Herausgabe nach Absatz 2 offensichtlich begründete Ansprüche eines Dritten entgegen, so werden die Sachen an diesen herausgegeben.

⁴²⁴ zutreffend: OLG – Düsseldorf in NJW 1990, 723 (724); AK StPO – Achenbach zu § 111 k, Rz. 11; Pfeiffer zu § 111 k, Rz. 2

⁴²⁵ HK – Lemke zu § 111 k, Rz. 6 – der in der Neuauflage nicht mehr von überwiegender Annahme der Gesetzwidrigkeit spricht, sondern anbringt, die Vorschrift würde überwiegend kritisiert. KM-G zu § 111 k, Rz. 9; KK – Nack zu § 111 k, Rz. 7

⁴²⁶ vgl. hierzu zutreffend: Hohendorf in NSTZ 1986, 498 (500)

⁴²⁷ siehe hierzu oben aa) – dies gilt zumindest, wenn man die Zuständigkeit zur Herausgabeentscheidung in dem obig beschriebenen Sinn interpretiert.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

stimmt der Herausgabe an den Verletzten zu. Es ist Löffler zuzustimmen, der 75 III RiStBV für gesetzeskonform hält.⁴²⁸

Dies ist für die vorliegende Arbeit unter folgendem Gesichtspunkt äußerst interessant: Die Kommentierungen, welche die Rechtswidrigkeit von 75 III RiStBV in nach 1988 herausgegebenen Auflagen bemängeln, tun dies in Verkennung des Umstandes, daß sich der Wortlaut der Verwaltungsanordnung (die Auflagen der Kommentare sind allesamt nach 1998 erschienen!) seit über zehn Jahren geändert hat. In den angegebenen Kommentaren findet sich die gültige Fassung der RiStBV als Anhang – bei der Kommentierung von § 111 k StPO bleibt dies aber unberücksichtigt. Nack beispielsweise hält eine Herausgabeentscheidung durch die Staatsanwaltschaft bei Zustimmung des letzten Gewahrsamsinhabers ausdrücklich für zulässig – führt zugleich aber an, daß 75 III RiStBV darüber hinausgehe und deshalb rechtswidrig sei.⁴²⁹ Dabei hält sich 75 III RiStBV bereits seit der Fassung vom 01/10/1988 im Rahmen des von Nack in der 1999 erschienenen Auflage Geforderten.

Dies bestätigt erneut ⁴³⁰eindrucksvoll die von Achenbach beklagte lustlose Behandlung der §§ 111 b ff. StPO in den einschlägigen strafprozessualen Kommentierungen.⁴³¹

c) Beschlagnahmeverlängerung

aa) Überblick

Gemäß § 111 i Var. 1 StPO „kann die Beschlagnahme nach § 111 c für die Dauer von höchstens drei Monaten aufrechterhalten werden“, wenn der Verfall einer beschlagnahmten Sache im Strafurteil wegen § 73 I 2 StGB nicht angeordnet wird.⁴³² Diese als Beschlagnahmeverlängerung bezeichnete Aufrechterhaltung der Beschlagnahme geht zurück auf den in der oben wiedergegebenen Fußnote zu § 109 I 2⁴³³ enthaltenen Vorschlag des Sonder-

⁴²⁸ vgl. Löffler in NJW 1991, 1705 (1710)

⁴²⁹ KK – Nack zu § 111 k, Rz. 7

⁴³⁰ Es wurde bereits gezeigt, daß die Änderung in § 111 b I 1 StPO in der Kommentierung in Pfeiffer übersehen wird. Trotz der Gesetzesänderung werden weiterhin „dringende“ Gründe für erforderlich gehalten – siehe hierzu oben 2.

⁴³¹ siehe hierzu oben 1.

⁴³² § 111 i Var. 2 StPO ist im Rahmen dieser Arbeit nicht relevant.

⁴³³ siehe hierzu oben 3.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

ausschusses für die Strafrechtsreform des Deutschen Bundestages. Wie bereits ausgeführt, bleibt die in § 111 i StPO getroffene Regelung allerdings bezüglich der Dauer der Beschlagnahmeverlängerung weit hinter dem Vorschlag des Sonderausschusses zurück. Der Gesetzgeber sah die geltende Regelung als „wirtschaftlich noch vertretbare Möglichkeit, die Beschlagnahme für einen befristeten Zeitraum aufrechtzuerhalten.“ Der Verletzte soll die Möglichkeit haben, rechtzeitig einen zumindest vorläufig vollstreckbaren Titel zu erstreiten.⁴³⁴ Spätestens mit Ablauf der Frist des § 111 i StPO endet die Beschlagnahme. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut („höchstens“). Beantragt ein Verletzter aufgrund eines zivilrechtlichen Titels die Zulassung zur Zwangsvollstreckung, so muß dieser Antrag so rechtzeitig gestellt werden, daß über ihn noch vor Ende der Beschlagnahme entschieden werden kann. Ansonsten kann ein Antrag auf Zulassung der Zwangsvollstreckung abgelehnt werden.⁴³⁵

Im System der §§ 111 b ff. StPO schließt die Beschlagnahmeverlängerung die Lücke, die entsteht, wenn eine Herausgabe an den Verletzten nicht in Betracht kommt – dieser aber noch keine Möglichkeit hatte, im Rahmen einer vorrangigen Befriedigung seiner Ansprüche wirtschaftlich auf den sichergestellten Gegenstand zurückzugreifen. Hierbei wird es vor allem um Fälle gehen, bei denen der Verletzte nicht oder nicht frühzeitig bekannt ist beziehungsweise unbewegliche Sachen sichergestellt wurden. In letzterem Fall kommt eine Rückgabe an den Verletzten gemäß § 111 k StPO ohnehin nicht in Betracht.⁴³⁶ Die Beschlagnahme wird in solchen Fällen zugunsten des Verletzten verlängert, wenn dieser bisher ohne Erfolg alles Mögliche und zumutbare zur Erlangung eines zivilrechtlichen Titels unternommen hat.⁴³⁷

Ob § 111 i StPO auch für die Fälle des dinglichen Arrests gilt ist umstritten - zutreffenderweise aber zu bejahen. Nach dem Wortlaut findet eine Beschlagnahmeverlängerung zwar nur auf die Fälle des § 111 c StPO (also nicht des dinglichen Arrests) Anwendung. Zugleich wird aber Verfall des Wertersatzes genannt – ein Fall bei dem nie § 111 c StPO (sondern eben § 111 d StPO) vor-

⁴³⁴ BT-Drs. 7/550 S. 295

⁴³⁵ zutreffend: OLG Stuttgart, Beschluß vom 31.05.2001 (1 Ws 135/01)

⁴³⁶ siehe hierzu oben b)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

liegt. Daraus wird teilweise geschlossen, § 111 i StPO finde dann Anwendung, wenn irrtümlicherweise nach § 111 c StPO beschlagnahmte Gegenstände für die Vollstreckung wegen des später angeordneten Verfalls von Wertersatz verwendet werden.⁴³⁸ Dieses Verständnis von § 111 i StPO erscheint aber als gekünstelt. Für einen dementsprechenden Willen des Gesetzgebers gibt es keine Anhaltspunkte.⁴³⁹ Hinzu kommt, daß der Fall einer Vollstreckung nach irrtümlicherweise gemäß § 111 c StPO erfolgter Beschlagnahme äußerst selten vorkommen wird. Zutreffenderweise ist die fehlende Erwähnung von § 111 d StPO in § 111 i StPO als Redaktionsversehen zu sehen. Die Vorschrift findet in erweiternder Auslegung auch auf Fälle des § 111 d StPO Anwendung.⁴⁴⁰ Es gibt keinen Grund für eine Ungleichbehandlung der beiden Arten einer Sicherstellung.

bb) Verfahren nach Beschlagnahmeverlängerung

Für den Fall, daß der Verletzte keine Ansprüche geltend macht oder nicht bekannt ist, findet nach der wohl herrschenden Meinung⁴⁴¹ eine öffentliche Versteigerung der sichergestellten Vermögensgegenstände zugunsten der Staatskasse statt. Dem ist insoweit zuzustimmen, als es sich um bewegliche Sachen handelt. Bei solchen erfolgt keine Rückgabe an den letzten Gewahrsamsinhaber - in aller Regel der Straftäter, bei dem die Sachen sichergestellt wurden.⁴⁴² Auch diese Problematik wird in der strafprozessualen Literatur überwiegend nicht oder nur oberflächlich behandelt. Eine Ausnahme bildet – soweit

⁴³⁷ Das Tatbestandsmerkmal „unbillig“ in § 111 i StPO wird nach einhelliger Meinung in dieser Weise verstanden – vgl. nur: KM-G zu § 111 i, Rz. 2 oder AK StPO – Achenbach zu §§ 111 g – 111 i, Rz. 3. Dem ist zuzustimmen. Unterläßt der Verletzte in zurechenbarer Weise zivilprozessuale Maßnahmen, erscheint es unnötig, die strafprozessuale Beschlagnahme zu verlängern.

⁴³⁸ KMR zu § 111 i, Rz. 3; LR zu § 111 i, Rz. 2

⁴³⁹ vgl: BT-Drs. 7/550 – insbesondere S. 290 ff.

⁴⁴⁰ AK StPO – Achenbach zu §§ 111 g – 111 i, Rz. 2; KK – Nack zu § 111 i, Rz. 2

⁴⁴¹ BGH in NSTZ 1984, 409 (410), Gropp NSTZ 1984, 568 (569); Pfeiffer zu § 111 k, Rz. 4; Mü-Ko – Quack zu § 983, Rz. 2

⁴⁴² Etwas anderes wird nur gelten, wenn die Zurückgewinnungshilfe in Fällen angeordnet wird, bei denen – sieht man von der Regelung des § 73 I 2 StGB ab – eine Verfallsanordnung nach § 73 III StGB oder § 73 IV StGB greifen würde. Hier wird regelmäßig ein Dritter (Mit-) Gewahrsamsinhaber sein.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

ersichtlich - lediglich der Beitrag von Löffler, der allerdings keine Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen vornimmt.⁴⁴³

aaa) Bewegliche Sachen

Die Möglichkeit der Versteigerung folgt aus den §§ 983, 979 ff. BGB und nicht – wie es den Anschein haben könnte - aus 75 V RiStBV. Die Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren sind bloße Verwaltungsanordnungen ohne Gesetzeskraft – sie können nicht Rechtsgrundlage für eine öffentliche Versteigerung sein.⁴⁴⁴ Der letzte Gewahrsamsinhaber verliert aufgrund der Sicherstellung den unmittelbaren Besitz.⁴⁴⁵ Dies gilt sowohl im Rahmen der Sicherstellung gemäß § 111 c I StPO als auch im Falle des dinglichen Arrestes gemäß § 111 d StPO. Auch in letzterem Fall erfolgt grundsätzlich eine Ingewahrsamsnahme (§ 111 d II StPO i.V.m. §§ 930 I, 808 I ZPO). Mangels Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses wird der letzte Gewahrsamsinhaber nicht mittelbarer Besitzer.⁴⁴⁶ Ein Besitzmittlungsverhältnis würde Besitzmittlungswillen der verwahrenden Stelle erfordern. Dazu wäre die Anerkennung eines Herausgabeanspruches des letzten Gewahrsamsinhabers erforderlich.⁴⁴⁷ Der sichergestellte Vermögensgegenstand soll aber gerade nicht an den letzten Gewahrsamsinhaber herausgegeben werden. Es soll entweder eine Herausgabe an den Verletzten erfolgen oder eine öffentliche Versteigerung der Sache stattfinden.

Ein Rückgewähranspruch des letzten Gewahrsamsinhabers aufgrund des Verwahrungsverhältnisses besteht nicht. Zwar ist der Vermögensgegenstand nach Beendigung der Sicherstellung grundsätzlich an den letzten Gewahrsamsinhaber herauszugeben⁴⁴⁸ – hat dieser den Vermögensgegenstand aber

⁴⁴³ Löffler in NJW 1991, 1705

⁴⁴⁴ siehe hierzu oben b) cc)

⁴⁴⁵ Dies gilt zumindest für den Fall einer Ingewahrsamsnahme. Verbleibt die Sache beim Gewahrsamsinhaber (z.B. in Fällen amtlicher Kenntlichmachung) wird dieser unmittelbarer Fremdbesitzer; vgl. Baur, S. 66. Ihm steht aber ebenfalls kein Herausgabeanspruch zu.

⁴⁴⁶ Löffler in NJW 1991, 1705 (1709) sieht dies (wohl) anders. Es fehlt aber eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesem Punkt. Genauso trennt Löffler nicht zwischen Ingewahrsamsnahme und anderen Arten der Sicherstellung – wie beispielsweise der Kenntlichmachung!

⁴⁴⁷ ganz allgemeine Meinung; vgl. nur Mü-Ko – Joost zu § 868, Rz. 17

⁴⁴⁸ siehe hierzu oben b)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

rechtswidrig erlangt, gilt dies nicht. Der Staat kann sich nicht daran beteiligen, eine rechtswidrige Vermögenslage wiederherzustellen.⁴⁴⁹

Demnach liegen die Voraussetzungen des § 983 BGB vor: Mangels Empfangsberechtigung des letzten Gewahrsamsinhabers läßt sich der Empfangsberechtigte nicht ermitteln. Grundsätzlich findet eine öffentliche Versteigerung statt. Wurde Geld sichergestellt, ist eine Versteigerung allerdings unnötig.⁴⁵⁰

bbb) Unbewegliche Sachen

Zu klären bleibt, was bei einer Sicherstellung unbeweglicher Sachen gelten muß. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bezüglich des Fundes gelten hier nicht.⁴⁵¹ Eine Versteigerung aufgrund 75 V RiStBV scheint ausweislich des Wortlautes der Verwaltungsvorschrift zwar möglich – diese kann aber - wie bereits oben ausgeführt - hierfür nicht als Rechtsgrundlage dienen. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, daß sich bei einer Sicherstellung unbeweglicher Sachen der Verletzte in der Regel ermitteln läßt – eine öffentliche Versteigerung wird nicht notwendig. Dies kann an folgendem Beispielfall verdeutlicht werden:

Der Straftäter hat das Tatopfer betrügerisch zur Übereignung eines Grundstückes veranlaßt. Als der Betrug auffliegt, wird das Grundstück im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe sichergestellt.

Unbewegliche Sachen sind als Grundstücke in Besitzstandsverzeichnissen eines Grundbuchblattes eingetragen. Dies ist beim Erbbaurecht beziehungsweise dem Wohnungseigentum⁴⁵² nicht anders.⁴⁵³ Der Verletzte wird demnach als im Grundbuch eingetragener letzter Eigentümer ohne großen Aufwand zu ermitteln sein. Er ist nach § 111 e III StPO von der im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe erfolgten Sicherstellung zu benachrichtigen und kann gemäß § 111 g StPO seinen Anspruch auf vorrangige Befriedigung⁴⁵⁴ geltend machen.

⁴⁴⁹ so zutreffend Löffler in NJW 1991, 1705 (1709)

⁴⁵⁰ Mü-Ko – Quack zu § 980, Rz. 4

⁴⁵¹ Mü-Ko – Quack zu § 965, Rz. 3

⁴⁵² Palandt – Heinrich Überblick vor § 90, Rz. 3

⁴⁵³ vgl. § 10 I ErbbaurechtsVO beziehungsweise § 7 WEG

⁴⁵⁴ siehe hierzu oben a)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Etwas anderes wird nur in Fällen gelten, in denen aufgrund § 111 b V, II StPO in Verbindung mit § 111 d II StPO und § 932 ZPO im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe eine Sicherungshypothek eingetragen wurde – der Verletzte aber nicht ermittelbar ist. Zur Verdeutlichung sei als Beispiel auf den obig angeführten Fall des Verkaufs minderwertigen Apfelsaftkonzentrates zurückgekommen⁴⁵⁵:

Der Hersteller des minderwertigen Apfelsaftkonzentrates hat die Verkaufserlöse zum Kauf eines Grundstückes verwandt. Außer diesem besitzt er kein nennenswertes Vermögen.

Nach Aufdeckung des Straftat würde der Verfall von Wertersatz lediglich an § 73 I 2 StGB scheitern. Im Wege der Zurückgewinnungshilfe wird daher eine Arresthypothek eingetragen. Meldet sich trotz Beschlagnahmeverlängerung kein Verletzter, der Ansprüche gegen den Hersteller geltend macht, ist die Arresthypothek zu löschen. Der Verletzte ist nicht Voreigentümer des Grundstückes und im Grundbuch nicht eingetragen. Aus diesem Grund ist er nicht ermittelbar und kann nicht von der Sicherstellung benachrichtigt werden. Eine Zwangsversteigerung des Grundstückes aufgrund von § 983 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht – 75 V RiStBV scheidet (wie bereits ausgeführt) als Rechtsgrundlage aus. Einer Anordnung des Verfalls von Wertersatz steht hingegen weiterhin § 73 I 2 StGB entgegen.⁴⁵⁶

ccc) Forderungen und andere Vermögensrechte

In Abwandlung des obigen Beispielfalles ist folgender Fall zu betrachten:

Der Hersteller des minderwertigen Apfelsaftkonzentrates hat die Verkaufserlöse auf ein Bankkonto einbezahlt. Außer diesem besitzt er kein nennenswertes Vermögen.

⁴⁵⁵ siehe hierzu oben III. 3. c)

⁴⁵⁶ Die in solchen Fällen vertretene teleologische Reduktion der Ausschlussklausel ist abzulehnen – siehe hierzu oben III. 3. c).

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Die Sicherstellung von Forderungen und anderen Vermögensrechten erfolgt sowohl im Rahmen von § 111 c StPO als auch beim dinglichen Arrest durch Pfändung (§ 111 c III StPO beziehungsweise § 111 d StPO i.V.m. § 930 I 2 ZPO). Im Beispielsfall kann das Bankkonto also gepfändet werden. Melden sich keine aus der Straftat Verletzten, so ist die Pfändung aufzuheben. Die §§ 983, 979 ff. BGB können keine Anwendung finden. Diese beziehen sich nur auf bewegliche Sachen.⁴⁵⁷ Im Ergebnis verbleibt dem Hersteller des Apfelsaftkonzentrats der Gewinn aus der Straftat – ein im Interesse einer effektiven Gewinnabschöpfung unbefriedigendes Ergebnis.

d) Kritische Stellungnahme

Es konnte gezeigt werden, daß die Strafprozeßordnung Instrumentarien zur Sicherung der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche des aus der Straftat Verletzten bereitstellt: Während die Sicherstellung Bestand hat, kommt die vorrangige Befriedigung des Verletzten in Betracht. Nach Beendigung der Sicherstellung kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 111 k StPO die Herausgabe des sichergestellten Vermögensgegenstandes an den Verletzten erfolgen. Diese Möglichkeit ist allerdings auf bewegliche Sachen beschränkt. Falls im Urteil der Verfall wegen § 73 I 2 StGB nicht angeordnet werden kann, ist die Verlängerung der Beschlagnahme in Betracht zu ziehen. Ist der Verletzte nicht ermittelbar, können bewegliche Sachen zugunsten der Staatskasse versteigert werden.

Soweit dieses strafprozessuale Instrumentarium voll ausgeschöpft wird, kann die Gefahr eines Verbleibens des Täterlöses beim Straftäter verringert werden. Eine Lücke in der Gewinnabschöpfung kann sich aber ergeben, wenn bestehende zivilrechtliche Ausgleichsansprüche nicht geltendgemacht und andere als bewegliche Sachen sichergestellt werden. Bei unbeweglichen Sachen beziehungsweise Forderungen und anderen Vermögensrechten besteht die Möglichkeit einer Verwertung durch den Staat nicht. In Fällen einer Beschlagnahme gemäß § 111 c II StPO wird sich der aus der Tat Verletzte aber in der Regel aus Besitzstandsverzeichnissen ermitteln lassen. Er kann von der erfolgten Sicherstellung benachrichtigt werden und wird so in die Lage versetzt, seinen zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch geltend zu machen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Anordnung des Wertersatzverfalls an § 73 I 2 StGB

⁴⁵⁷ Mü-Ko – Quack zu § 965, Rz. 3

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

scheitern würde und im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe eine Sicherungshypothek eingetragen wurde. Werden keine zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche geltend gemacht, sind die Sicherungsmaßnahmen aufzuheben. Entsprechendes gilt im Falle einer Pfändung von Forderungen oder anderen Vermögensrechten. Dem Straftäter verbleibt also der Gewinn aus der Straftat. Ein Ergebnis, das dem *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung widerspricht. Dem Motto „*crime doesn't pay*“⁴⁵⁸ wird keine Rechnung getragen.

Es ist Horn also nicht zuzustimmen, wenn er eine teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB mit dem Argument ablehnt, daß dem Verbleib des Taterlöses beim Straftäter immer durch eine öffentliche Versteigerung begegnet werden könne.⁴⁵⁹ Dies ist eben nur bei beweglichen Sachen der Fall. Auch Horn behandelt diese Problematik zu knapp beziehungsweise zu oberflächlich. Hier zeigt sich wieder einmal die von Achenbach⁴⁶⁰ zu Recht beklagte „lustlose“ Behandlung des Problemkreises der Zurückgewinnungshilfe. Auf diese Problem wurde schon mehrfach hingewiesen.⁴⁶¹ Hinzu kommt, daß die Zurückgewinnungshilfe wie auch das Rechtsinstitut des Verfalls kaum Platz in der juristischen Ausbildung einnehmen. Exemplarisch sei auf die viel verwendete Ausbildungsliteratur von Joecks⁴⁶² oder Schmehl und Vollmer⁴⁶³ hingewiesen. Beide Werke behandeln weder Verfall noch Zurückgewinnungshilfe in ausführlicher Weise. In diesem Umstand ist meines Erachtens ein Grund für die oft beklagte mangelnde Anwendung der Zurückgewinnungshilfe zu sehen. Hierauf wird im Rahmen der abschließenden Stellungnahme zurückzukommen sein.⁴⁶⁴

Die Kritik am Rechtsinstitut der Zurückgewinnungshilfe darf sich aber nicht darauf beschränken, Probleme dieses Rechtsinstitutes ausschließlich auf seine mangelnde Beachtung zurückzuführen. So beklagt Peters die fehlende

⁴⁵⁸ siehe hierzu oben 1.

⁴⁵⁹ siehe hierzu oben III. 3 .c) – an dieser Stelle wurde bereits ausgeführt, daß eine Stellungnahme zur Meinung Horns erfolgen wird. Es hat sich gezeigt, daß eine solche ohne ausführliche Darstellung der Möglichkeit einer öffentlichen Versteigerung nach § 983 BGB nicht möglich ist.

⁴⁶⁰ Achenbach in FS Blau S. 11

⁴⁶¹ vgl. nur oben 1 oder 4. b) cc)

⁴⁶² Der „Studienkommentar“ dient ausweislich seines Vorworts zur Vorbereitung auf das Erste Juristische Staatsexamen. Die §§ 73 ff. StGB werden überhaupt nicht behandelt.

⁴⁶³ Schmehl/Vollmer dient zur Vorbereitung auf das Zweite Juristische Staatsexamen.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Trennung von Ermächtigungs- und Ausführungsbestimmungen. Die Vorschriften würden dadurch unnötig umfangreich und kompliziert.⁴⁶⁵ In die gleiche Richtung geht die Kritik von Achenbach, der die Regelung ein „legislatorisches Monstrum“ nennt.⁴⁶⁶ In der Tat weist die Regelung der Zurückgewinnungshilfe mit ihren verschiedenartigen Wirkungsweisen zugunsten des Verletzten eine äußerst komplexe Struktur auf, die sich nicht ohne weiteres erschließt. Der Kritik von Peters und Achenbach ist zuzustimmen: Die Regelungen der § 111 b ff. StPO könnten deutlicher gegliedert und der Umfang der einzelnen Vorschriften dadurch verkürzt werden.

Darüber hinaus wird der Regelungsumfang der §§ 111 b ff. StPO dadurch unnötig erweitert, daß § 111 k StPO auch für die Fälle von Sicherstellungen des § 94 StPO gilt. Eine getrennte Regelung für die Arten von Sicherstellungen wäre übersichtlicher. Hingegen fehlt eine klare Regelung, wer für eine Anordnung der Herausgabe an den Verletzten zuständig ist.⁴⁶⁷ Der unklare weil widersprüchliche Wortlaut des § 111 i StPO⁴⁶⁸ sollte korrigiert werden: § 111 d StPO sollte in § 111 i StPO Erwähnung finden – damit wäre geklärt, daß die Beschlagnahmeverlängerung auch für Fälle des dinglichen Arrestes gelten muß.

Wünschenswert wäre auch eine Änderung des Wortlautes des § 111 b V StPO (in Verbindung mit § 111 b I 1 StPO). Wie ausgeführt, wird „können“ im Sinne dieser Norm überwiegend dahingehend interpretiert, daß eine Durchführung der Zurückgewinnungshilfe nur ausnahmsweise erfolgen solle. Diese Ansicht ist abzulehnen.⁴⁶⁹ Ihr könnte begegnet werden, wenn der Wortlaut klarstellen würde, daß eine Durchführung die Regel und eine Abstandnahme hiervon die Ausnahme bilden soll.⁴⁷⁰

Letztendlich sollte die Möglichkeit der öffentlichen Versteigerung⁴⁷¹ bei beweglichen Sachen klarstellend in die Strafprozeßordnung aufgenommen werden.⁴⁷²

⁴⁶⁴ siehe hierzu unten Teil F

⁴⁶⁵ Peters, S. 451

⁴⁶⁶ Achenbach in FS Blau S. 11

⁴⁶⁷ siehe hierzu ausführlich oben b) aa)

⁴⁶⁸ siehe hierzu ausführlich oben c) aa)

⁴⁶⁹ siehe hierzu ausführlich oben 3.

⁴⁷⁰ Zu denken ist an eine Formulierung wie: „ist in der Regel anzuordnen“. Eine zwingende Anordnung („ist anzuordnen“) wäre meines Erachtens zu unflexibel.

⁴⁷¹ siehe hierzu 4. c) bb)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Zu denken ist an eine Regelung, die in ihrem Wortlaut 75 V RiStBV entspricht – allerdings klarstellt, daß sie nur für bewegliche Sachen gilt.⁴⁷³ So könnte zum einen die Möglichkeit der öffentlichen Versteigerung mehr ins Bewußtsein rücken beziehungsweise dem Mißverständnis vorgebeugt werden, 75 RiStBV sei hierfür Rechtsgrundlage - zum anderen könnte in der Strafprozeßordnung geregelt werden, wer hierzu zuständig sein soll.

5. Zusammenfassung

Durch die §§ 111 b ff. StPO wird die Möglichkeit einer vorprozessualen Sicherstellung von Vermögensgegenständen eröffnet. Voraussetzung hierfür ist die begründete Annahme, daß mit einer Anordnung des Verfalls zu rechnen ist. Gemäß § 111 b V StPO ist die Sicherstellung auch zulässig, wenn mit einer späteren Verfallsanordnung lediglich wegen der Ausschlußregelung des § 73 I 2 nicht zu rechnen ist. Die Sicherstellung erfolgt hier im Interesse des Verletzten. Dieses als Zurückgewinnungshilfe bezeichnete Rechtsinstitut findet in der strafprozessualen Literatur kaum Erwähnung. Soweit überhaupt darauf eingegangen wird, handelt es sich in den meisten Fällen um oberflächliche Darstellungen.

Da das Rechtsinstitut der Zurückgewinnungshilfe nicht ohne einen Überblick über die Regelungen der §§ 111 b ff. StPO erfaßt werden kann, wurde den Ausführungen ein allgemeiner Überblick vorangestellt. Die §§ 111 b ff. StPO sind am 01.01.1975 in Kraft getreten. Die derzeit geltende Fassung ist das Resultat geringfügiger Änderungen. Zweck der §§ 111 b ff. ist, eine frühzeitige strafprozessuale Sicherstellung von Vermögensgegenständen zu ermöglichen. Diese erfolgt durch Beschlagnahme beziehungsweise, wenn mit Verfall von Wertersatz zu rechnen ist durch dinglichen Arrest. Die Details werden in § 111 c StPO und § 111 d StPO geregelt. Die Anordnung der Sicherstellung erfolgt grundsätzlich durch den Richter.⁴⁷⁴

Die Regelung des § 111 b V StPO geht zurück auf einen Vorschlag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform des Deutschen Bundestages. Die als Gesetz in Kraft getretene Regelung der Zurückgewinnungshilfe bleibt aller-

⁴⁷² so auch Löffler in NJW 1991, 1705 (1709)

⁴⁷³ Dies wäre unproblematisch durch die Ersetzung des Tatbestandsmerkmals „Sache“ durch „bewegliche Sache“ möglich.

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

dings hinter dem vom Sonderausschuß Gewollten zurück. Ihre Durchführung liegt im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden. Die überwiegende in der Literatur vertretene Meinung geht von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus. Da es nicht Aufgabe des Strafverfahrens sei, zivilrechtliche Ansprüche durchzusetzen, solle die Zurückgewinnungshilfe nur ausnahmsweise durchgeführt werden. Diese Meinung ist abzulehnen. Die Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses folgt weder aus dem Wortlaut der Norm noch entspricht sie dem Willen des Gesetzgebers. Aus dem rechts- und sozialstaatlichen Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes bzw. dem Justizgewährungsanspruch ist zu schließen, daß der Staat möglichst effizient die Durchsetzung von Wiedergutmachungsansprüchen des Opfers einer Straftat ermöglichen muß. Oftmals werden die Strafverfolgungsbehörden als erste auf Vermögensgegenstände des Straftäters zurückgreifen können – in Einzelfällen kann die Durchführung der Zurückgewinnungshilfe zugunsten des Tatopfers sogar geboten sein. Das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden reduziert sich in diesem Fall auf Null.⁴⁷⁵

Wird im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe ein Vermögensgegenstand sichergestellt, so kann dies in unterschiedlicher Weise dem Verletzten zugute kommen. Vor einer näheren Erörterung dieses Punktes, sollte man sich nochmals vergegenwärtigen, daß durch die Zurückgewinnungshilfe dem Verletzten nicht die Obliegenheit genommen wird, sich einen zivilrechtlichen Titel zu beschaffen. Die Zurückgewinnungshilfe dient lediglich der Durchsetzbarkeit des titulierten Anspruches. Der Strafrichter entscheidet nicht über dessen Bestehen.

Ist ein Vermögensgegenstand sichergestellt, kann der Verletzte im Rahmen der vorrangigen Befriedigung hierauf zurückgreifen. Diese Möglichkeit haben in erweiternder Auslegung der einschlägigen Vorschriften auch Rechtsnachfolger des Verletzten, soweit sie ursprünglich diesem zustehende Ansprüche geltend machen.⁴⁷⁶

Wird die Sicherstellung aufgehoben, kommt eine Herausgabe des Vermögensgegenstandes an den Verletzten in Betracht.⁴⁷⁷ Diese Möglichkeit besteht allerdings nur bei beweglichen Sachen. Die Herausgabe an einen Verletzten stellt

⁴⁷⁴ siehe hierzu oben 2.

⁴⁷⁵ siehe hierzu oben 3.

⁴⁷⁶ siehe hierzu oben 4. a)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

eine Ausnahme zum Grundsatz dar, daß Vermögensgegenstände nach Beendigung der Sicherstellung an den letzten Gewahrsamsinhaber herauszugeben sind.

Wer zur Anordnung der Herausgabe an den Verletzten zuständig ist, ist umstritten. Die Ansicht, hier bestehe eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft, ist abzulehnen. Etwas anderes gilt nur, wenn der letzte Gewahrsamsinhaber einer Herausgabe an den Verletzten zugestimmt hat. Ansonsten bedarf eine Abweichung vom obig beschriebenen Grundsatz der richterlichen Legitimation. Zwar ist die Herausgabeentscheidung nicht Präjudiz für einen zivilrechtlichen Rechtsstreit, sie stellt aber eine Verlagerung des Prozeßrisikos dar.⁴⁷⁸

Ansprüche Dritter stehen einer Herausgabe an den Verletzten entgegen. Problematisch ist, wie bei unklarer Rechtslage verfahren werden soll. Hier ist zu unterscheiden, ob der Dritte zugleich der letzte Gewahrsamsinhaber war. In diesem Falle ist dem Verletzten eine Frist zur Beibringung eines zivilrechtlichen Titels zu setzen. Läßt er diese verstreichen, ist der Vermögensgegenstand dem Dritten (und letzten Gewahrsamsinhaber) herauszugeben. Eine Herausgabe an den Verletzten kann lediglich dann ausnahmsweise erfolgen, wenn der Dritte und letzte Gewahrsamsinhaber Beschuldiger bzw. Angeklagter ist. Anders sind Fälle zu beurteilen, bei denen der Dritte nicht letzter Gewahrsamsinhaber war. Hier ist dem Dritten eine Frist zur Vorlage eines Titels über seinen Anspruch zu setzen. Wird kein Titel vorgelegt, erfolgt die Herausgabe an den Verletzten.⁴⁷⁹

Im Anschluß an die Erörterung dieses Problems wurde als Annex 75 RiStBV behandelt. Hierbei handelt es sich um eine bloße Verwaltungsanordnung, die den gesetzlich vorgegebenen Rahmen beachten muß. Es konnte gezeigt werden, daß 75 IV 1 RiStBV unzulässigerweise hierüber hinausgeht und insoweit rechtswidrig ist. Die Behandlung dieses Problems in zahlreichen strafprozessualen Kommentaren zeigt auf eindrucksvolle Weise die oberflächliche Behandlung des Problemkreises der Zurückgewinnungshilfe. Eine Änderung des Wortlautes von 75 III RiStBV wird über 10 Jahre, nachdem sie erfolgt ist, nicht der Kommentierung zugrunde gelegt.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ siehe hierzu oben 4. b)

⁴⁷⁸ siehe hierzu oben 4. b) aa)

⁴⁷⁹ siehe hierzu oben 4. b) bb)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

Anschließend konnte gezeigt werden, daß die Beschlagnahmeverlängerung gemäß § 111 i StPO auch für Fälle des dinglichen Arrestes gelten muß. Bei der unglücklichen Formulierung der Norm muß es sich um ein Redaktionsversehen handeln. Zweck der Beschlagnahmeverlängerung ist es, dem Verletzten, der hierzu noch keine Möglichkeit hatte, Gelegenheit zur Beschaffung eines zivilrechtlichen Titels zu geben. Meldet sich auch nach Ablauf der Beschlagnahmeverlängerung kein Verletzter, der zivilrechtliche Ansprüche auf den sichergestellten Vermögensgegenstand erhebt, müßte dieser an den Verurteilten zurückgegeben werden. Bei beweglichen Sachen besteht allerdings die Möglichkeit einer Fundversteigerung gemäß den §§ 983, 979 ff. BGB (vgl. 75 Abs. 5 RiStBV). Der Verurteilte als letzter Gewahrsamsinhaber hat keinen Herausgabeanspruch. Da ein solcher auch von einem Verletzten nicht erhoben wird, liegen die Voraussetzungen des § 983 BGB vor.⁴⁸¹

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Fund gelten allerdings nicht für unbewegliche Sachen, Forderungen und andere Vermögensrechte. Hier müßte in der Tat eine Rückgabe bzw. die Löschung einer im Wege des Arrests eingetragenen Sicherungshypothek erfolgen. Bei unbeweglichen Sachen wird der Verletzte im Rahmen von Sicherstellungen gemäß § 111 c II StPO wegen seiner Eintragung im Grundbuch in aller Regel ermittelbar sein – er kann von der Sicherstellung benachrichtigt werden. Mit einer Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen seitens des Verletzten ist daher zu rechnen. Anders sind allerdings Fälle zu beurteilen, in denen gemäß § 111 b V, II StPO i. V. m. § 111 d II StPO, § 932 BGB eine Sicherungshypothek eingetragen wurde. Diese ist - soweit keine zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche geltendgemacht werden - zu löschen. Entsprechendes gilt, falls Forderungen oder andere Vermögensrechte im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe (vorläufig) sichergestellt werden. Dem *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung ist insofern nicht genügt.⁴⁸²

Unabhängig hiervon weist die Regelung der Zurückgewinnungshilfe allerdings eine äußerst komplexe Struktur auf. Eine Vereinfachung im Wege der Reformbemühungen wäre wünschenswert. Trotz allem verbleibt die beschriebene Lücke im System der staatlichen Gewinnabschöpfung. Diese kann auch durch

⁴⁸⁰ siehe hierzu oben 4. b) cc)

⁴⁸¹ siehe hierzu oben 4. c) bb) aaa)

D Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach geltendem Recht

strukturelle Änderungen der geltenden Regelung nicht vollständig geschlossen werden. In bestimmten Fallkonstellationen verbleibt der Täterlös trotz konsequenter Ausschöpfung des bestehenden gesetzlichen Instrumentariums beim Straftäter. Das *Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung* ist also nicht vollständig gelöst.

⁴⁸² siehe zum Problemkreis der Beschlagnahmeverlängerung bzw. der öffentlichen Versteigerung oben 4. c) aa), bb) und cc)

E. Lösung des Konflikts beim Zusammentreffen von Verfallsvorschriften und Ausgleichsansprüchen Verletzter nach dem Reformentwurf

I. Entwurf ohne eine Ausschlußregelung im Sinne des § 73 I 2 StGB

1. Einleitender Überblick

Es wurde bereits in Teil C. der vorliegenden Arbeit gezeigt, daß die materiellrechtliche Regelung der Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf weitgehend derjenigen der §§ 73 ff. StGB entspricht.⁴⁸³ Der wesentliche Unterschied besteht darin, daß eine Ausschlußregelung im Sinne des § 73 I 2 StGB fehlt. Nach der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten soll § 73 I 2 Hauptursache für die mangelnde Anwendung des Verfalls sein. Problem der Regelung sei, daß sie unabhängig davon eingreife, ob der Geschädigte bekannt ist oder seinen Anspruch geltend macht. Das abstrakte Bestehen der Forderung genüge. Soweit der Tatverletzte nicht ermittelt werden könne, würden Vermögensgegenstände, die eindeutig aus strafbaren Handlungen stammen würden, beim Straftäter verbleiben.⁴⁸⁴

Es konnte bereits gezeigt werden, daß diesem unerwünschten Ergebnis mit einer konsequenteren und häufigeren Durchführung der Zurückgewinnungshilfe weitgehend begegnet werden kann. Sind Verletzte nicht ermittelbar, so sind die beim Täter sichergestellten Vermögensgegenstände – soweit es sich um bewegliche Sachen handelt - öffentlich zu versteigern. Eine Lücke kann aber bei unbeweglichen Sachen, Forderungen und anderen Vermögensrechten bestehen bleiben.⁴⁸⁵ Die Lösung des geltenden Rechtes muß aber nicht von vorneherein der des Reformentwurfes unterlegen sein. Auch letzterer ist einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Erst danach kann entschieden werden, ob dem Reformentwurf oder dem geltenden Recht der Vorzug zu geben ist.

Der der Einziehung des Erlangten zugrundeliegende Konflikt entspricht dem des geltenden Verfallsrechtes. Es geht um die Lösung des Konkurrenzverhältnisses zwischen zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen und dem

⁴⁸³ siehe hierzu oben C. I. 4.

⁴⁸⁴ BT-Drs. 13-9742, S. 16

⁴⁸⁵ zusammenfassend oben D. IV. 5.

Bedürfnis staatlicher Gewinnabschöpfung.⁴⁸⁶ Der Reformentwurf ist wie das geltende Recht daran zu messen, ob ein Ausgleich zwischen den drei von Eser beschriebenen Interessenssphären stattfindet: Es ist dem *Interesse des Opfers* an der Durchsetzbarkeit seiner zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche, dem *Interesse des Täters*, nicht doppelt in Anspruch genommen zu werden und schließlich dem *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung Rechnung zu tragen.⁴⁸⁷

2. Berücksichtigung bereits erfolgter Leistungen

Die Einziehung des Erlangten gemäß § 73 StGB - Reformentwurf wird auch dann angeordnet, wenn zivilrechtliche Ausgleichsansprüche bestehen. Da hier das *Interesse des Täters*, nicht zweimal in Anspruch genommen zu werden, genauso zu berücksichtigen ist wie im Rahmen des geltenden Verfallsrechtes, muß von einer Einziehung des Erlangten allerdings abgesehen werden, wenn der Täter bereits an den Verletzten einen Ausgleich geleistet haben sollte.⁴⁸⁸

Der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme soll im *Interesse des Täters* durch § 73 II S. 1 und 2 Nr. 1 StGB - Reformentwurf begegnet werden. Soweit zivilrechtliche Ausgleichsansprüche des Verletzten befriedigt wurden, hat die Einziehung des Erlangten zu unterbleiben. Die Formulierung in § 73 II 1 StGB - Reformentwurf entspricht insoweit der des § 73 I 2 StGB: Es ist sowohl eine Leistung an den *Verletzten* erforderlich als auch eine Erfüllung eines "*aus der Tat erwachsenen*" Anspruches. Die Probleme, die sich aus dieser Regelung des Reformentwurfs ergeben, entsprechen weitgehend denjenigen des geltenden Rechts. Die obigen Ausführungen zu § 73 I 2 StGB bleiben insofern relevant – der Reformentwurf macht sie nicht obsolet.

a) Versicherungsrechtliche Regreßansprüche

Nach § 73 II S. 1 StGB - Reformentwurf finden Leistungen an Rechtsnachfolger des Verletzten Berücksichtigung. Sind solche erfolgt, kommt es insoweit nicht zur Anordnung der Einziehung. Nach dem Reformentwurf sind demnach auch Leistungen des Straftäters an die Versicherung des Opfers, auf die der Aus-

⁴⁸⁶ sog. "Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung"; vgl. hierzu ausführlich oben D. I.

⁴⁸⁷ Eser in Sanktionen, S. 294 f. – vgl. oben D. I.

⁴⁸⁸ vgl. zu den zu berücksichtigenden Interessenssphären oben D. I. In der Begründung des Reformentwurfes wird hierauf ausdrücklich Bezug genommen; BT-Drs. 13-9742 S. 17 f.

gleichsanspruch übergegangen ist, zu berücksichtigen. Die Versicherung ist Rechtsnachfolgerin des Verletzten - es liegt ein Fall der Einzelrechtsnachfolge vor.

Im Rahmen des geltenden Rechtes ist die Berücksichtigung von Leistungen des Straftäters an die Versicherung des Tatopfers strittig. Es fehlt an einer ausdrücklichen Regelung, ob Leistungen an Rechtsnachfolger zu berücksichtigen sind. Es konnte bei der Darstellung des geltenden Rechts gezeigt werden, daß nach zutreffender Auffassung auch hier Leistungen an die Versicherung des Tatopfers zu berücksichtigen sind.⁴⁸⁹ Der Wortlaut des Reformentwurfes hat insofern klarstellende Funktion.

Diese Klarstellung ist begrüßenswert. Durch sie wird eine Diskussion vermieden, wie sie zum geltenden Recht geführt wird. Hinzu kommt, daß aufgrund des *Interesses des Täters* eine Abstandnahme von der Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf noch dringender geboten ist als nach geltendem Recht. Die in § 73 II StGB - Reformentwurf vorgesehene Regelung unterscheidet sich von der des § 73 I 2 StGB nämlich grundlegend darin, daß nach dem Reformentwurf nur eine tatsächlich erfolgte Leistung an den Verletzten zu berücksichtigen ist. Für ein Eingreifen der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB reicht hingegen bereits das Bestehen eines zivilrechtlichen Ausgleichsanspruches aus. Nach geltendem Recht finden versicherungsrechtliche Regreßansprüche also unabhängig von ihrer tatsächlichen Durchsetzung Berücksichtigung. Bereits die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme führt zum Ausschluß einer Verfallsanordnung. Von einer Einziehung des Erlangten ist dagegen nur dann abzugehen, falls der Straftäter bereits erfolgreich von der Versicherung in Anspruch genommen wurde. Würde eine Anordnung der Einziehung des Erlangten dennoch ergehen können, bestünde nicht nur die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme – eine solche würde eintreten.

b) Steuerrechtliche Ansprüche

Entsprechendes gilt für Ansprüche des Steuerfiskus auf Steuernachzahlung in Fällen von Steuerhinterziehung. Bei § 73 I 2 StGB ist zum einen strittig, ob der Staat Verletzter im Sinne dieser Norm sein könne – zum anderen wird bestritten, daß der Steuernachzahlungsanspruch "aus der Tat erwachsen" sei.

⁴⁸⁹ siehe hierzu oben D. III. 3. b) aa)

Nach richtiger Auffassung müssen Ansprüche des Steuerfiskus nach geltendem Recht im Rahmen der Ausschlußregelung aber Berücksichtigung finden.⁴⁹⁰

Nichts anderes gilt hinsichtlich des Reformentwurfes. Die Erfüllung von Steuernachzahlungsansprüchen steht einer Einziehung des Erlangten entgegen. Wie bereits ausgeführt⁴⁹¹, ist eine Berücksichtigung des *Interesses des Täters*, dem Schutz vor doppelter Inanspruchnahme, nach dem Reformentwurf mindestens genauso geboten wie nach geltendem Recht. Es droht nicht nur eine Gefährdung dieses Interesses, sondern dessen konkrete Beeinträchtigung. Nach § 73 II StGB - Reformentwurf ist von einer Anordnung der Einziehung des Erlangten nur abzusehen, wenn der Steuernachzahlungsanspruch tatsächlich befriedigt wurde. Im Gegensatz zu § 73 I 2 StGB reicht dessen Bestehen nicht aus.

c) Ansprüche im Anwendungsbereich von § 817 BGB

Auch bezüglich der Berücksichtigung von Ansprüchen im Anwendungsbereich des § 817 BGB kann auf die Ausführungen zum geltenden Recht verwiesen werden.⁴⁹² Der Dienstherr ist bei Bestechungsdelikten nicht Träger des durch die Tat unmittelbar verletzten Rechtsgutes und daher nicht Verletzter im Sinne des § 73 II StGB - Reformentwurf. Ausgleichszahlungen an die Anstellungskörperschaft sind allenfalls im Rahmen der Erwägungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 73 d StGB - Reformentwurf zu berücksichtigen.

Entsprechendes gilt für den eventuell bestehenden kondiktionsrechtlichen Rückzahlungsanspruch des Vorteilsgebers im Rahmen der sog. einfachen Beamtenbestechung. Auch der Vorteilsgeber ist nicht Verletzter im Sinne der §§ 331 ff. StGB.

Eine Befriedigung des Anspruchs des Geschäftsherrn auf Herausgabe des Schmiergeldes bei Verstößen gegen § 299 StGB ist demgegenüber zu berücksichtigen. § 299 StGB schützt auch den Geschäftsherrn – dieser ist als Verletzter im Sinne des § 73 II StGB - Reformentwurf anzusehen. Die Befriedigung des ihm zustehenden Anspruchs auf Herausgabe des Schmiergeldes steht demnach der Anordnung der Einziehung des Erlangten entgegen.

⁴⁹⁰ siehe hierzu oben D. III. 3. b) bb)

⁴⁹¹ siehe hierzu oben a)

⁴⁹² vgl. hierzu oben D. III. 3. b) cc)

d) Ansprüche auf Schmerzensgeld

Was der Straftäter zur Erfüllung von Schmerzensgeldansprüchen des Verletzten leistet, findet keine Berücksichtigung im Rahmen des § 73 II StGB - Reformentwurf. Auch zu diesem Punkt kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden.⁴⁹³ Schmerzensgeld wird nicht zum Ersatz des materiellen Schadens gewährt. Es ist nicht als "Rückerstattungsanspruch" im Sinne des § 73 II 1 StGB - Reformentwurf anzusehen.

e) § 73 II StGB – Reformentwurf und erweiterte Einziehung des Erlangten

Zu klären bleibt, ob die Regelung des § 73 II 1, 2 Nr. 1 StGB - Reformentwurf auf die erweiterte Einziehung des Erlangten gemäß § 73 a StGB - Reformentwurf heranzuziehen ist. Diese Regelung entspricht im wesentlichen der des erweiterten Verfalls gemäß § 73 d StGB.⁴⁹⁴ Nach richtiger Auffassung ist hier die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB analog anzuwenden.⁴⁹⁵

§ 73 a StGB - Reformentwurf sieht die entsprechende Anwendung des § 73 II StGB - Reformentwurf nicht vor.⁴⁹⁶ Entsprechend der Ausführungen zum erweiterten Verfall wird allerdings eine analoge Anwendung des § 73 II StGB - Reformentwurf zu fordern sein: Sowohl von der erweiterten Einziehung des Erlangten als auch vom erweiterten Verfall werden Vermögensgegenstände erfaßt, die vermutlich aus weiteren vermutlich begangenen rechtswidrigen Taten stammen. Entscheidend ist, daß diese Straftaten nicht angeklagt sind. Hat der Straftäter wegen nicht angelegter Straftaten bestehende zivilrechtliche Ausgleichsansprüche befriedigt, muß insoweit von einer erweiterten Einziehung abgesehen werden. Ansonsten könnte eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters drohen. Dieses Ergebnis soll, wie bereits ausgeführt, aber auch nach dem Reformentwurf vermieden werden.⁴⁹⁷ Zu denken ist beispielsweise an Fälle, in denen das Opfer einer Straftat wegen freiwilliger Ausgleichszahlungen des Täters keine Anzeige erstattet. Handelt es sich bei der Straftat um ein Officialdelikt, ist eine Anordnung der erweiterten Einziehung des Erlangten in einem Verfahren wegen einer anderen Straftat grundsätzlich denkbar.

⁴⁹³ siehe hierzu oben D. III. 3. b) dd)

⁴⁹⁴ siehe hierzu oben C. II. 3.

⁴⁹⁵ siehe hierzu oben C. III. 4. – insbesondere c)

⁴⁹⁶ § 73 a I 3 StGB - Reformentwurf verweist ausdrücklich auf § 73 I 2 und 3 StGB - Reformentwurf, nicht aber auf § 73 II StGB - Reformentwurf

⁴⁹⁷ vgl. BT-Drs. 13-9742, S. 17 f.

Es ist unverständlich, warum der Reformentwurf dieses Problem nicht regelt. Bei der Schaffung des erweiterten Verfalls hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, daß es sich um eine provisorische Regelung handle. Die endgültige Regelung würde im Rahmen der gesamten Überarbeitung des Verfallsrechts verabschiedet.⁴⁹⁸ Diese Ankündigung des Gesetzgebers ist im Rahmen des Reformentwurfes anzunehmen.

3. Zusammenfassung

Es konnte gezeigt werden, daß die meisten Probleme bei der Anwendung des § 73 I 2 StGB für den Reformentwurf von Bedeutung bleiben. Von der Einziehung des Erlangten wird gemäß § 73 II 1 und 2 Nr. 1 StGB - Reformentwurf zwar nur dann abgesehen, wenn Ausgleichsansprüche des Verletzten tatsächlich befriedigt wurden – die Problematik, wer als Verletzter im Sinne dieser Norm anzusehen ist bzw. welche Ansprüche aus der Tat entstanden sind, entspricht aber weitestgehend der bei § 73 I 2 StGB: Hier geht es um die Frage, welche (wenn auch nur abstrakt bestehenden) Ansprüche zu berücksichtigen sind – im Rahmen des Reformentwurfes ist zu klären, welche Leistungen auf welche Ansprüche zugunsten des Straftäters die Einziehung des Erlangten ausschließen.

Begrüßenswert ist die Klarstellung, daß die Erfüllung versicherungsrechtlicher Regreßansprüche zur Abstandnahme von einer Anordnung der Einziehung des Erlangten führt. Beim geltenden Recht ist die Berücksichtigung von versicherungsrechtlichen Regreßansprüchen bei § 73 I 2 StGB strittig – nach dem klarstellenden Wortlaut des Reformentwurfs dürfte ein entsprechender Streit hinfällig sein.

Der Reformentwurf übersieht allerdings, daß erfüllte Ausgleichsansprüche auch im Rahmen der erweiterten Einziehung des Erlangten zu berücksichtigen sind. Hier bedarf es – unabhängig davon, ob die Abstandnahme von einer Ausschlußregelung im Sinne des § 73 I 2 StGB sinnvoll ist – einer Überarbeitung des Reformentwurfes.

⁴⁹⁸ siehe hierzu oben D. III. 4. b)

II. Zurückgewinnungshilfe beziehungsweise § 459 k StPO–Reformentwurf

1. Einführender Überblick über die §§ 111 b ff. StPO - Reformentwurf

Neben Änderungen des materiellen Verfallsrechts enthält der Reformentwurf auch Änderungen hinsichtlich der Möglichkeit einer vorprozessualen Sicherstellung. Dabei entsprechen die §§ 111 b ff. StPO - Reformentwurf im wesentlichen dem Regelungsgehalt des geltenden Rechts. Lediglich dort, wo es der Wegfall einer § 73 I 2 StGB vergleichbaren Ausschlußklausel erforderlich macht, weichen die Vorschriften des Reformentwurfes deutlich von der bestehenden Regelung ab. Hierauf wird unten noch zurückzukommen sein.⁴⁹⁹

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die strafprozessuale Regelung des Reformentwurfs gegeben werden. Sofern keine Unterschiede zum geltenden Recht bestehen, werden die Ausführungen allerdings auf das Wesentliche beschränkt. Wann eine Beschlagnahme von Vermögensgegenständen in Betracht kommt beziehungsweise die Art und Weise der Durchführung, wird nach dem Reformentwurf in einem Paragraphen (§ 111 b StPO - Reformentwurf) geregelt. Ob sich hierdurch die Übersichtlichkeit der Vorschrift erhöht, wie vom Reformgesetzgeber bezweckt⁵⁰⁰, muß bezweifelt werden. § 111 b StPO – Reformentwurf gliedert sich in sieben Absätze. Dies verdeutlicht, daß allein die Zusammenfassung von verschiedenen Vorschriften in einem Paragraphen die Übersichtlichkeit nicht erhöhen muß – wird der Paragraph selbst hierdurch länger und unübersichtlicher, erhöht sich die Übersichtlichkeit des gesamten Regelungswerkes nicht.

Die bisher durch § 111 b II StPO und § 111 d StPO geregelte Sicherstellung im Falle des erwarteten Verfalls von Wertersatz ist nunmehr ausschließlich in § 111 c StPO - Reformentwurf (für den Fall der Einziehung von Wertersatz) enthalten. § 111 d I StPO - Reformentwurf regelt die Anordnungscompetenz und entspricht insofern dem geltenden Recht (§ 111 e I StPO).⁵⁰¹

Zu bemängeln ist am Reformentwurf, daß die Durchführung der vorprozessualen Sicherstellung weiterhin im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden steht

⁴⁹⁹ siehe hierzu unten 2.

⁵⁰⁰ vgl. BT-Drs. 13/9742 S. 19

⁵⁰¹ vgl. zum geltenden Recht D. IV. 2.

(vgl. § 111 b I StPO - Reformentwurf "*können beschlagnahmt werden*"). Entsprechend den obigen Ausführungen zum geltenden Recht ist es erwägenswert, eine Regelanordnung vorzusehen.⁵⁰² So könnten die Strafverfolgungsbehörden zu einem regerem Gebrauch des Mittels einer vorprozessualen Sicherstellung angehalten werden. Dem Justizgewährungsanspruch⁵⁰³ des Tatopfers könnte so verstärkt Rechnung getragen werden. Die Strafverfolgungsbehörden werden in vielen Fällen als erste Zugriff auf das Vermögen des Beschuldigten haben. Das *Interesse des Opfers* an der Durchsetzbarkeit seiner zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche gebietet in der Regel die Durchführung einer vorprozessualen Sicherstellung. Dem trägt sowohl das geltende Recht als auch der Reformentwurf nicht genügend Rechnung.

Gemäß § 111 e StPO - Reformentwurf kann die Verwaltung sichergestellter Vermögensgegenstände externen Verwaltern übertragen werden. Eine solche Möglichkeit besteht nach geltendem Recht nicht. Nach der Begründung des Reformentwurfes ist bei der Verwaltung vor allem an Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwälte zu denken. Bezweckt wird zum einen eine Entlastung der Strafverfolgungsbehörden, zum anderen sollen sich diese, falls vonnöten, besonderem Sachverstand bedienen können.⁵⁰⁴ Bei § 111 e StPO - Reformentwurf handelt es sich meines Erachtens um eine begrüßenswerte Regelung. Sie könnte dazu führen, daß die Strafverfolgungsbehörden öfters vom Mittel der vorprozessualen Sicherstellung Gebrauch machen.

Eine § 111 e StPO - Reformentwurf entsprechende Regelung sollte – unabhängig vom Festhalten an einer § 73 I 2 StGB vergleichbaren Ausschlußregelung – in die Strafprozeßordnung aufgenommen werden. Auch nach geltendem Recht stellt sich das Problem der Verwaltung der sichergestellten Gegenstände.

Wird die Bereitschaft zur Durchführung von Sicherstellungen durch die Strafverfolgungsorgane und damit die Häufigkeit deren Durchführung erhöht, so wird das Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen durch Straftäter zumindest erschwert. Dies dient sowohl dem *Interesse des Opfers* an der Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche als auch dem *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung.

⁵⁰² vgl. zum geltenden Recht und zur Formulierung einer Regelanordnung oben D. IV. 4. d)

⁵⁰³ vgl. die obigen Ausführungen zum geltenden Recht – D. II. und D. IV. 3

2. Wirkung zugunsten des Verletzten

Einer gesonderten Regelung der Zurückgewinnungshilfe wie in § 111 b V StPO bedarf es nach dem Reformentwurf nicht. Die Anordnung der Einziehung - und mithin auch die vorprozessuale Sicherstellung - kann unabhängig vom Bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche erfolgen. Etwas anderes gilt nur, wenn solche bereits befriedigt wurden (§ 73 II 1 und 2 Nr. 1 StGB - Reformentwurf⁵⁰⁵). In diesem Fall bedarf es allerdings auch keiner Sicherstellung zugunsten des Verletzten mehr. Zum einen wurden dessen Ansprüche bereits befriedigt und zum anderen ist dadurch auch die kriminalpolitisch wünschenswerte Abschöpfung des rechtswidrig erlangten Vermögensvorteiles aus dem Tätervermögen erfolgt. Sowohl das *Interesse des Opfers* als auch das *Interesse des Staates* bleiben gewahrt: Ersterer hat seine Ansprüche durchgesetzt – wodurch zugleich der Tatgewinn dem Straftäter entzogen wurde.

Im folgenden soll untersucht werden, welches Instrumentarium die strafprozessuale Regelung des Reformentwurfes zugunsten des Verletzten enthält. Zu trennen ist der Zeitraum bis zur⁵⁰⁶ und derjenige ab der Rechtskraft der Einziehungsanordnung.⁵⁰⁷ Da die Einziehung des Erlangten unabhängig vom Bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche anzuordnen ist, ergeben sich vor allem nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung Unterschiede zum geltenden Recht.

a) Vor Rechtskraft der Einziehungsanordnung

Die Wirkung zugunsten des Verletzten entspricht vor Rechtskraft der Anordnung der Einziehung im wesentlichen der nach geltendem Recht. Auch nach dem Reformentwurf wird dem Verletzten nicht die Obliegenheit genommen, seinen Anspruch von einem Zivilgericht titulieren zu lassen. Auf die sichergestellten Vermögensgegenstände kann er dann nach strafrichterlicher Zulassung im Rahmen einer vorrangigen Befriedigung seiner Ansprüche zurückgreifen. Die Regelung entspricht weitestgehend der des geltenden

⁵⁰⁴ BT-Drs. 13-7942, S. 19

⁵⁰⁵ siehe hierzu oben I.

⁵⁰⁶ siehe hierzu unten a)

⁵⁰⁷ siehe hierzu unten b)

Rechts (vgl. §§ 111 k und 111 l StPO - Reformentwurf). Auf die diesbezüglichen Ausführungen sei daher Bezug genommen.⁵⁰⁸

Begrüßenswert ist allerdings die Klarstellung in § 111 k l 2 StPO – Reformentwurf. Danach können auch Rechtsnachfolger des Verletzten auf sicher gestellte Vermögensgegenstände zurückgreifen. Zu denken ist beispielsweise an eine Versicherung des Tatopfers, auf die dessen Anspruch übergegangen ist. Der Reformgesetzgeber sieht hierin eine Änderung der geltenden Rechtslage.⁵⁰⁹ Dies ist unzutreffend. Nach richtiger Auffassung besteht diese Möglichkeit schon nach geltendem Recht – wenn auch der Gesetzeswortlaut dies nicht unbedingt nahelegt. Die Regelungen über die vorrangige Befriedigung des Verletzten sind in erweiternder Auslegung entsprechend auf Rechtsnachfolger heranzuziehen.⁵¹⁰

b) Nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung

Nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung muß der Reformentwurf dem Verletzten ein anderes Instrumentarium zur Befriedigung seiner Ausgleichsansprüche als das geltende Recht zur Verfügung stellen. Im Gegensatz zum geltenden Recht wird die Einziehung auch beim Bestehen von Ausgleichsansprüchen angeordnet. Daraus entsteht zum einen die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Straftäters, zum anderen die der mangelnden Durchsetzbarkeit der Ausgleichsansprüche mangels vorhandener Vermögensmasse beim Straftäter. Diesem könnten die zur Befriedigung zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche notwendigen Mittel entzogen werden. Wegen des Verzichts auf eine materiell-rechtliche, mit § 73 l 2 StGB vergleichbare Ausschlußregelung bedarf es zur Lösung des *Kardinalsproblems der Gewinnabschöpfung* eines besonderen Instrumentariums, um sowohl das *Interesse des Opfers* als auch das *Interesse des Täters* genügend zu berücksichtigen. Ansonsten würde das *Interesses des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung zu sehr in den Vordergrund gestellt.

Der Reformentwurf versucht den Ausgleich der drei beschriebenen Interessenssphären mit der Regelung des § 459 k StPO – Reformentwurf zu

⁵⁰⁸ siehe hierzu oben D. IV. 4. a)

⁵⁰⁹ vgl. BT-Drs. 13/9742 S. 20

⁵¹⁰ siehe hierzu oben D. IV. 4. a)

lösen. In der Begründung des Reformentwurfes wird diese sogar als „Kernstück der Reform zum Strafprozeßrecht“ bezeichnet.⁵¹¹

aa) Berücksichtigung des *Interesses des Opfers*

Das *Interesse des Opfers* soll durch eine Überleitung dessen Anspruches auf den Staat gewahrt werden: Nach § 459 k I StPO - Reformentwurf besteht eine Erstattungspflicht des Staates gegenüber Personen, die durch die Straftat verletzt wurden (bzw. deren Rechtsnachfolger). Die Erstattungspflicht reicht "soweit die Anordnung vollstreckt werden konnte". Damit soll sichergestellt werden, daß der Staat nicht mehr an Verletzte auszukehren hat, als er selbst durch Vollstreckung der Einziehung erlangt hat.⁵¹² Voraussetzung der Erstattungspflicht ist zum einen ein Vollstreckungstitel gegen den von der Einziehung Betroffenen, zum anderen die strafrichterliche Feststellung, daß der Anspruchsinhaber durch die Straftat verletzt ist (bzw. Rechtsnachfolger des Verletzten ist).

Problematisch ist bei § 459 k I StPO - Reformentwurf, daß sich die Strafgerichte – wenn ein Verletzter einen Titel vorlegt - nach rechtskräftigem Abschluß des Strafverfahrens nochmals mit der Sach- und Rechtslage beschäftigen müssen. Sobald dem Strafurteil ein komplizierter Sachverhalt zugrunde liegt (man denke an mehrere Straftaten, die von mehreren Tätern oder Teilnehmern begangen wurden und durch die mehrere Tatverletzte geschädigt wurden), kann die nach § 459 k I StPO notwendige Feststellung zu erheblichem Arbeitsaufwand der Strafgerichte führen. Naturgemäß wird dies die Bereitschaft, Vermögensgegenstände im Strafverfahren sicherzustellen, nicht unbedingt fördern. Wie bereits ausgeführt war dies ein Hauptkritikpunkt an der Regelung des § 50 I a.F. Wirtschaftsstrafgesetz. Danach war die Anordnung der Rückerstattung eines abgeführten Mehrerlöses an den Geschädigten möglich. Aufgrund der Schwierigkeiten bei der strafrichterlichen Beurteilung der zivilrechtlichen Rechtslage werde der Richter von Maßnahmen zugunsten des Verletzten absehen. Der Geschädigte bleibe zur Verfolgung seiner Ausgleichsansprüche auf den Zivilrechtsweg verwiesen.⁵¹³

⁵¹¹ BT-Drs. 13/9742, S. 20

⁵¹² vgl. BT-Drs. 13-9742, S. 20 und S. 29

⁵¹³ siehe hierzu oben B. II.

Ein weiteres Problem besteht, wenn mehrere Verletzte titulierte Ansprüche vorlegen, die eingezogene Vermögensmasse aber nicht zur vollständigen Befriedigung aller Ansprüche ausreicht. Weder § 459 k StPO - Reformentwurf noch die Begründung hierzu regelt beziehungsweise erörtert, wie und an wen die eingezogene Vermögensmasse verteilt werden soll. Nach dem Wortlaut des § 459 k I StPO – Reformentwurf könnte davon ausgegangen werden, daß alle Verletzten in Höhe des eingezogenen Betrages Erstattungsansprüche haben sollen. Betrachtet man die einzelnen Verletzten isoliert und für sich genommen, so hätte danach jeder Verletzte einen Erstattungsanspruch, „*soweit die Anordnung vollstreckt werden konnte*“. Dies würde bei einer Mehrheit von Verletzten allerdings dazu führen, daß der Staat unter Umständen mehr herausgeben müßte als er durch die Einziehung erlangt hat. Dies widerspräche nicht nur dem Willen des Reformgesetzgebers⁵¹⁴, sondern würde im Ergebnis auch zu einer Erfüllung zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche durch den Staat führen. Mit dem Reformentwurf kann aber nicht bezweckt sein, daß der Staat anstelle des Straftäters Ausgleichsansprüche des Verletzten befriedigt. § 459 k I StPO – Reformentwurf ist daher dahingehend zu verstehen, daß ein Erstattungsanspruch besteht, soweit die Anordnung vollstreckt wurde *und die eingezogenen Vermögensgegenstände noch nicht an andere Verletzte ausgekehrt wurden*.

Dies führt bei mehreren Anspruchsinhabern zu einem Wettlauf zwischen diesen. Wer zu spät einen zivilrechtlichen Titel vorlegt, geht unter Umständen leer aus und bleibt zur Befriedigung seiner Ansprüche auf den Straftäter angewiesen. Zwar gilt auch bei der vorrangigen Befriedigung der Ansprüche Verletzter nach geltendem Recht das „*Windhundprinzip*“ – der Unterschied liegt aber darin, daß *de lege lata* der Verletzte zur Befriedigung seines zivilrechtlichen Ausgleichsanspruchs nur auf (vorläufig) sichergestellte Vermögensgegenstände des Täters zugreifen kann. Ihm steht kein gesonderter gegen den Staat gerichteter Erstattungsanspruch zu. Geht ein Verletzter wegen des „*Windhundprinzips*“ leer aus, so bleibt er wegen der Befriedigung seines Anspruchs auf den Straftäter verwiesen. Wirtschaftlich gleicht die Situation derjenigen, die bestünde, falls Sicherstellungen unterblieben wären und die übrigen Verletzten ihren Anspruch bereits aus dem Tätervermögen befriedigt hätten.

⁵¹⁴ BT-Drs. 13/9742, S. 20

Dahingegen können nach dem Reformentwurf Vermögensgegenstände trotz des Bestehens zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche zugunsten des Staates eingezogen werden. Der Geschädigte hat einen gegen den Staat gerichteten Erstattungsanspruch. Dabei handelt sich nicht mehr um den ursprünglichen gegen Täter gerichteten zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch, sondern um einen parallel hierzu bestehenden Erstattungsanspruch. Haben mehrere Verletzte einen solchen Erstattungsanspruch gegen den Staat, so bedarf es einer Regelung, wie zu verfahren ist, falls nicht alle Ansprüche befriedigt werden können. Zu denken ist an eine Regelung, die an das Insolvenzrecht angelehnt ist. Verletzte müßten ihre Ansprüche innerhalb einer bestimmten Zeit zur Befriedigung anmelden. Dies würde aber zu einer erheblichen Verkomplizierung des erforderlichen Nachverfahrens führen. Dies dürfte aber der Bereitschaft der rechtsanwendenden Praxis, Sicherstellungen überhaupt durchzuführen, abträglich sein.

bb) Berücksichtigung des *Interesses des Täters*

Dem *Interesse des Täters* dient § 459 k II StPO–Reformentwurf. Diese Vorschrift soll eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters verhindern. Soweit dieser Ausgleichsansprüche befriedigt, kann er hierfür eine Ausgleichsforderung gegenüber dem Staat erheben. Voraussetzung hierfür ist zum einen, daß die Einziehungsanordnung tatsächlich vollstreckt wurde.⁵¹⁵ - zum anderen muß der Straftäter alle bestehenden zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche erfüllt haben. Dem steht die Befriedigung der Ansprüche gleich, die bis ein Jahr nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung angemeldet wurden.

Dies kann dazu führen, daß Verletzte, die ihren Anspruch nach mehr als einem Jahr geltend machen, nicht mehr nach § 459 k I StPO - Reformentwurf vorgehen können: Erfüllt der Straftäter alle innerhalb eines Jahres angemeldeten Ansprüche, liegen die Voraussetzungen des gegen den Staat gerichteten Ausgleichsanspruches des Straftäters vor. Der Straftäter erhält unter Umständen eine Ausgleichsforderung zurückerstattet, die ihrem Wert nach dem eingezogenen Vermögensvorteil entspricht. Dies ist dann der Fall, wenn die innerhalb Jahresfrist angemeldeten und vom Straftäter befriedigten Ausgleichsansprüche wertmäßig mindestens dem eingezogenen Vermögensvorteil entsprechen. Verletzten, die ihre Ansprüche später – also nach mehr als einem

⁵¹⁵ vgl. BT-Drs. 13-9742, S. 29

Jahr - geltend machen beziehungsweise anmelden, steht in diesem Fall keine Vermögensmasse für ein Vorgehen nach § 459 k I StPO - Reformentwurf mehr zur Verfügung. Diese Verletzten bleiben wegen der Befriedigung ihres zivilrechtlichen Ausgleichsanspruches allein auf den Straftäter verwiesen. Es ist aber nicht auszuschließen, daß der Straftäter den zurückerstatteten Ausgleichsbetrag zum Zeitpunkt der Anspruchsstellung nicht mehr in seinem Vermögen hat. Hat er auch sonstige Vermögenswerte dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen, so gehen diese Verletzten leer aus.

In der Begründung zum Reformentwurf wird auf diese Problematik nicht eingegangen.⁵¹⁶ Nach geltendem Recht kann sie in ähnlicher Form auftreten: Meldet sich ein Verletzter bis zum Ende der (gegebenenfalls gemäß § 111 i StPO verlängerten) Sicherstellung⁵¹⁷ nicht, so sind die Maßnahmen der Zurückgewinnungshilfe aufzuheben. Etwas anderes gilt nur bei beweglichen Sachen, wo eine Versteigerung in Betracht kommen kann.⁵¹⁸ Der Unterschied besteht aber darin, daß nach dem Reformentwurf nicht nur eine vorläufige Sicherstellung zugunsten etwaiger Verletzter erfolgt, sondern die Vermögensgegenstände rechtskräftig eingezogen werden. Es findet also ein Eigentumsübergang auf den Staat statt (§ 74 III StGB - Reformentwurf). Der Ausgleichsanspruch des Straftäters gemäß § 459 k II StPO - Reformentwurf ist demnach nicht auf die Erlangung der ursprünglichen Vermögensgegenstände gerichtet, sondern ein auf eine Kompensation in Geld gerichteter Sekundäranspruch. Es wird Verletzten, die ihren Ausgleichsanspruch weder gegenüber dem Staat noch gegenüber dem Straftäter durchsetzen können schwer vermittelbar sein, daß zuvor ein Sekundäranspruch des Straftäters durch den Staat befriedigt wurde. Dies gilt in weit höherem Maße, als wenn nach der Aufhebung vorläufiger Maßnahmen die ursprünglich sichergestellten Vermögensgegenstände wieder uneingeschränkt dem Straftäter zustehen.

Es könnte daran gedacht werden, in § 459 k II StPO - Reformentwurf die Frist zur Anmeldung der Ausgleichsansprüche zu verlängern. Auch im Rahmen der „Beschlagnahmelösung“ wurde ursprünglich daran gedacht, die Sicherstellung zugunsten des Verletzten für einen Zeitraum von ca. drei Jahren aufrecht-

⁵¹⁶ vgl. Ausführungen zu § 459 k II StPO - Reformentwurf – BT-Drs. 13-9742, S. 21 und S. 29

⁵¹⁷ § 111 i StPO findet auf alle Arten der Sicherstellung und nicht nur die Beschlagnahme Anwendung; vgl. oben D. IV. 4. c)

⁵¹⁸ siehe hierzu oben D. IV. 4. c)bb)

zuerhalten.⁵¹⁹ Hiervon wurde dann aber – wie obig ausgeführt⁵²⁰ - aus Gründen der Praktikabilität Abstand genommen. Unter anderem sollte das Strafverfahren möglichst mit Rechtskraft des Strafurteils abgeschlossen werden. Diese Bedenken greifen auch gegen eine Verlängerung der Frist in § 459 k II StPO - Reformentwurf durch. Der Versuch, den *Interessen des Opfers und denjenigen des Straftäters* nach rechtskräftigem Abschluß des Strafverfahrens gerecht zu werden, unterliegt erheblichen Schwierigkeiten. Das nach dem Reformentwurf erforderliche Nachverfahren scheint auf den ersten Blick klar und einfach ausgestaltet zu sein. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, daß das Zusammenwirken von Regelungen, die dem *Interesses des Opfers* beziehungsweise dem *Interesse des Straftäters* dienen, komplexe Probleme aufwirft, die das vom Reformentwurf vorgesehene Nachverfahren nicht zufriedenstellend lösen kann.

III. Zusammenfassung von Teil E

Sowohl in materieller Hinsicht als auch bezüglich der prozessualen Regelungen entspricht der Reformentwurf in weiten Teilen dem geltenden Recht. Lediglich dort, wo es eine Abstandnahme von einer § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB vergleichbaren Ausschlußregelung erfordert, ergeben sich - dann aber zum Teil deutliche - Abweichungen.

Die Anordnung der Einziehung hat ähnlich wie die des Verfalls zu unterbleiben, soweit der Straftäter Leistungen zur Befriedigung der Ansprüche Verletzter erbracht hat. Ansonsten würde eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters drohen. Ein Unterschied zum geltenden Recht besteht aber darin, daß nur tatsächlich erfolgte Leistungen berücksichtigt werden. Das abstrakte Bestehen von Ausgleichsansprüchen reicht für eine Abstandnahme von der Anordnung der Einziehung nicht aus. Hinsichtlich der Problematik, wann Leistungen auf welche Ausgleichsansprüche zu berücksichtigen sind, kann auf die Ausführungen zum geltenden Recht entsprechend Bezug genommen werden⁵²¹. Der nach dem Reformentwurf vorgesehene Gesetzeswortlaut deckt sich insofern mit dem des § 73 I 2 StGB. Berücksichtigung findet nur die Befriedigung solcher Ansprüche, die dem *Verletzten aus der Tat* erwachsen sind.

⁵¹⁹ Protokolle des Sonderausschusses, S. 1022 – Fußnote zu § 109 I 2 der Formulierungshilfe. Vgl. hierzu oben D. III. 2. und D. IV. 4. c).

⁵²⁰ siehe hierzu oben D. IV. 4. c)

Ob Leistungen des Straftäters an Verletzte bei der erweiterten Einziehung des Erlangten zu berücksichtigen sind, wird nicht geregelt. Im Ergebnis ist dies zu bejahen. Es bleibt allerdings unverständlich, warum der Reformentwurf zu diesem Punkt weder eine Regelung noch Ausführungen in seiner Begründung enthält.⁵²²

Die §§ 111 b ff StPO - Reformentwurf entsprechen in ihrem Regelungsgehalt weitgehend dem geltenden Recht. Unterschiede ergeben sich dort, wo es der Wegfall einer § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entsprechenden Ausschlußklausel erforderlich macht.

Nach dem Reformentwurf bleibt es bei einem Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, ob eine vorprozessuale Sicherstellung angeordnet werden soll. Hier wäre - wie auch beim geltenden Recht - eine Regelanordnung vorzuziehen. Begrüßenswert ist hingegen, daß der Reformentwurf in § 111 e StPO - Reformentwurf die Möglichkeit einer Verwaltung der sichergestellten Vermögensgegenstände durch externe Verwalter vorsieht. Dies könnte gerade bei komplexeren Sachverhalten zu einer Entlastung der Strafverfolgungsbehörden führen, was wiederum deren Bereitschaft zur Anordnung von Sicherstellungen erhöhen dürfte⁵²³.

Im Gegensatz zum geltenden Recht bedarf es keiner besonderen Regelung der Zurückgewinnungshilfe mehr. Die Voraussetzungen des Verfalls (bzw. der Einziehung) und mithin die Möglichkeit einer vorprozessualen Sicherstellung bestehen unabhängig davon, ob zivilrechtliche Ausgleichsansprüche vorliegen⁵²⁴. Vor Rechtskraft der Einziehungsanordnung entsprechen die Möglichkeiten des Verletzten weitgehend denen des geltenden Rechts. Dieser kann auf sichergestellte Vermögensgegenstände im Rahmen einer vorrangigen Befriedigung zurückgreifen. Begrüßenswert ist die Klarstellung, daß dies auch zugunsten von Rechtsnachfolgern des Verletzten gilt.⁵²⁵

Nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung weicht die Regelung des Reformentwurfes vom geltenden Recht ab. Dies ist Konsequenz daraus, daß die

⁵²¹ siehe hierzu oben 2. a) bis d)

⁵²² siehe hierzu oben 2. e)

⁵²³ siehe hierzu oben 1.

⁵²⁴ vgl. hierzu oben 2.

⁵²⁵ siehe hierzu oben 2. a)

Einziehung auch beim bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche angeordnet werden kann. Die *Interessen des Opfers beziehungsweise des Straftäters* müssen in einem Nachverfahren berücksichtigt werden.

Den Konflikt zwischen staatlicher Gewinnabschöpfung und dem Befriedigungsinteresse des Verletzten versucht § 459 k I StPO - Reformentwurf zu lösen: Soweit eine Einziehungsanordnung vollstreckt wurde, besteht eine Erstattungspflicht des Staates gegenüber Verletzten, die einen zivilrechtlichen Titel vorlegen. Wie verfahren werden soll, falls sich mehrere Verletzte melden, regelt der Reformentwurf nicht. Darin ist eine seiner Schwächen zu sehen⁵²⁶.

Der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Straftäters soll mit § 459 k II StPO - Reformentwurf begegnet werden. Wird die Einziehungsanordnung vollstreckt und befriedigt der Straftäter alle innerhalb eines Jahres angemeldeten zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche, so hat dieser einen Ausgleichsanspruch gegen den Staat. Problematisch ist, was gelten soll, wenn sich Verletzte nach Geltendmachung des Ausgleichsanspruches durch den Straftäter melden. Der Staat hat unter Umständen einen Ausgleichsanspruch des Straftäters befriedigt, der wertmäßig dem eingezogenen Vermögensvorteil entspricht. Für die Befriedigung der zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche der noch nicht durch den Straftäter entschädigten Verletzten durch den Staat bleibt kein Raum.⁵²⁷ Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. Eine Korrektur durch die Verlängerung der Jahresfrist zur Anmeldung zivilrechtlicher Ansprüche scheint wenig praktikabel. Sie unterliegt weitgehend den gleichen Bedenken, die gegen eine dreijährige Beschlagnahmeverlängerung vorgebracht wurden.

⁵²⁶ siehe hierzu oben 2. b)

⁵²⁷ siehe hierzu oben unter 2. b)

F. Annex: Das Modell Eser

Eser hat bereits im Jahr 1969 einen eigenen Vorschlag zur Reform des Verfallsrechtes unterbreitet. Dieser soll kurz dargestellt und beleuchtet werden. Ähnlich wie jetzt auch der Reformentwurf will Eser den Verfall unabhängig vom Bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche anordnen – *dessen Wirksamkeit soll aber erst "x Jahre" nach Rechtskraft der Anordnung eintreten, „wenn und soweit der Vorteil nicht bereits durch Ersatzleistungen an den Verletzten wieder beseitigt ist.“*⁵²⁸ Der Eigentumsübergang auf den Staat würde danach erst nach Ablauf dieser Zeit mit der Wirksamkeit des Verfalls eintreten.⁵²⁹

Eser versucht die verschiedenen Interessen *des Staates, des Opfers* und *des Täters* durch eine schwebende Unwirksamkeit der Verfallsanordnung in Ausgleich zu bringen. Der aus der Straftat Verletzte soll grundsätzlich gegen den Straftäter vorgehen und nur subsidiär vom Staat entschädigt werden.⁵³⁰ Ein gesondertes Nachverfahren wäre nur ausnahmsweise erforderlich.

Probleme ergeben sich allerdings bei komplizierten Sachverhalten mit einer Mehrzahl von Verletzten. Mit der Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen ist mindestens bis zum Ablauf der Verjährungsfrist von grundsätzlich 30 Jahren (vgl. § 852 I BGB bzw. § 195 BGB) zu rechnen. Gegebenenfalls muß sich das mit einer Entscheidung über den Entschädigungsanspruch befaßte Organ⁵³¹ nochmals mit lange zurückliegenden Sachverhalten befassen. Hinzu kommt, daß nicht geregelt ist, wie verfahren werden soll, wenn der Verwertungserlös nicht zur Befriedigung aller Verletzter ausreicht – diese ihre Ansprüche aber auch nicht beim Straftäter durchsetzen können. Insofern bestehen gegen den Vorschlag Eser die gleichen Bedenken wie gegen den Reformentwurf.⁵³²

Eser läßt zwar offen, nach welchem Zeitraum die Verfallsanordnung wirksam werden soll – eine schwebende Unwirksamkeit bis zum Ablauf der Verjährungsfrist aller denkbaren Ausgleichsansprüche wird aber kaum praktikabel sein: Die vom Verfall erfaßten Vermögensgegenstände wären 30 Jahre lang aufzubewahren. Probleme ergäben sich dann aber hinsichtlich des Wertverfalls, der Aufbewahrungskosten und der Störung des Rechtsverkehrs.

⁵²⁸ Eser, Sanktionen, S. 380, § c (Gewinnverfall) Abs. 1 und Abs. 4

⁵²⁹ vgl. § e (Wirkung) Abs. 1

⁵³⁰ vgl. § f (Entschädigung; Verwertung des Erlöses) Abs. 3

⁵³¹ Eser läßt offen, wer für die Entscheidung zuständig sein soll.

Genau aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber die vom Sonderausschuß für die Strafrechtsreform vorgeschlagene Beschlagnahmelösung nicht beziehungsweise in weit hinter dem Vorschlag zurückbleibender Weise verwirklicht.⁵³³ Bei einer kürzeren Dauer hingegen würde eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters drohen: Soweit ein Verletzter nach Wirksamkeit der Verfallsanordnung zivilrechtlich gegen den Straftäter vorgeht, bleibt dieser richtiger Anspruchsgegner. Der Straftäter kann nicht einwenden, daß primär Befriedigung aus dem Verwertungserlös zu suchen sei. Der gegen den Staat gerichtete Erstattungsanspruch besteht gerade nur dann, wenn die Durchsetzung des Ausgleichsanspruches beim Straftäter scheitert.⁵³⁴

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß der Vorschlag Esers zum Teil ähnlichen Bedenken unterliegt wie der Reformentwurf. Darüber hinaus trägt er dem *Interesse des Täters*, nicht doppelt in Anspruch genommen zu werden, nicht in allen Fällen genügend Rechnung.

⁵³² vgl. hierzu oben E. II. 2.

⁵³³ siehe hierzu oben D. IV. 4. c)

⁵³⁴ vgl. oben beziehungsweise § f (Entschädigung; Verwertung des Erlöses) Abs. 3

G. Zusammenfassung und abschließende Stellungnahme

I. Überblick

Das Bedürfnis einer staatlichen Abschöpfung rechtswidrig erlangter Gewinne aus Straftaten wurde bereits vom römischen Recht erkannt. Die §§ 73 ff StGB, die seit 1975 in Kraft sind, sind Resultat eines langen Entwicklungsprozesses. Vorläufer der heute geltenden Regelung finden sich sowohl in den strafgesetzlichen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts beziehungsweise im Strafgesetzbuch selbst als auch im Nebenstrafrecht.⁵³⁵ Wie der Reformentwurf zeigt, kann diese Entwicklung nicht als abgeschlossen gelten.⁵³⁶

Nach einem Überblick über die Fallgruppen des Verfalls konnte gezeigt werden, daß die Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf weitgehend dem geltenden Recht entspricht. Auch hier ist zwischen täterbezogener Einziehung, derjenigen von Nutzungen und Surrogaten, der Einziehung im Rahmen der Vertreterklausel, der Dritteinziehung und der Einziehung von Wertersatz zu unterscheiden. Dies gilt auch in Bezug auf die Wirkung einer Anordnung des Verfalls beziehungsweise der Einziehung des Erlangten. Die hier auftretenden Probleme des geltenden Rechts werden durch den Reformentwurf also nicht beseitigt.⁵³⁷

Das derzeit geltende Recht hat mit dem Reformentwurf weiterhin gemein, daß ihm aufgrund des Bruttoprinzips strafähnlicher Charakter zukommen kann. Da für eine Anordnung des Verfalls (beziehungsweise die Einziehung nach dem Reformentwurf) eine rechtswidrige Tat genügt, ergibt sich ein Verstoß gegen das Schuldprinzip. Dieser kann nur durch eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung vermieden werden.⁵³⁸

Im Hinblick auf das Rechtsinstitut des erweiterten Verfalls beziehungsweise der erweiterten Einziehung des Erlangten nach dem Reformentwurf bestehen ebenfalls verfassungsmäßige Bedenken. Es bedarf daher einer einschränkenden verfassungskonformen Auslegung. Dies gilt sowohl nach geltendem Recht als auch für den Reformentwurf. Dieses Ergebnis mag zwar im Hinblick auf die

⁵³⁵ siehe hierzu oben Teil B.

⁵³⁶ siehe hierzu oben C. I. 1. und 3.

⁵³⁷ siehe hierzu oben C. I. 5.–7.

⁵³⁸ siehe hierzu oben C. I. 2. und 4.

Effektivität der staatlichen Gewinnabschöpfung unbefriedigend sein, muß aber hingenommen werden.⁵³⁹ Es muß als schwerwiegender Mangel des Reformentwurfes beziehungsweise seiner Begründung angesehen werden, daß die diesbezügliche Diskussion zum geltenden Recht nicht aufgegriffen wird. Mag der Reformgesetzgeber die Frage der Verfassungsmäßigkeit anders beurteilen – dies rechtfertigt nicht, diese gänzlich auszuklammern.

Im Bereich der staatlichen Gewinnabschöpfung kommt es zwangsläufig zu Konflikten mit zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen von Verletzten aus Straftaten. Hierin ist das *Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung* zu sehen. Es besteht ein *Interesse des Straftäters*, nicht zweimal in Anspruch genommen zu werden. Das *Interesse des Tatopfers* hingegen richtet sich auf Befriedigung seiner Ansprüche und das *Interesse des Staates* auf die Effektivität der Gewinnabschöpfung.⁵⁴⁰ Um diese Interessen in Einklang zu bringen, enthält das geltende Recht die Ausschlußregelung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB - der Reformentwurf hält eine solche für entbehrlich.

Sowohl das geltende Recht als auch der Reformentwurf ergänzen die materiellrechtlichen Regelungen um die strafprozessuale Möglichkeit von Sicherstellungen. Diese können auch zur Sicherung der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche erfolgen. Daraus ergeben sich zwangsläufig Überschneidungen mit dem Zivil- und Zivilprozeßrecht. Hierin ist aber kein Verstoß gegen die Trennung von Straf- und Zivilrecht zu sehen. Im Rahmen einer Lösung des oben beschriebenen Interessenkonfliktes kann es notwendig werden, die dem deutschen Recht zugrundeliegende Trennung zwischen Straf- und Zivilrechtsweg zu vernachlässigen. Für das Opfer einer Straftat kann nur die Effizienz des vom Staat gewährten Rechtsschutzes entscheidend sein.⁵⁴¹ Es konnte gezeigt werden, daß eine strafprozessuale Sicherstellung im Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch beziehungsweise das Rechtsstaatsprinzip unter Umständen sogar zwingend erforderlich sein kann.⁵⁴² Dies gilt sowohl für das geltende Recht als auch den Reformentwurf.

⁵³⁹ siehe hierzu oben C. II.

⁵⁴⁰ Wegen der drei Interessenssphären sei insbesondere auf die obigen Ausführungen zu D. I. Bezug genommen.

⁵⁴¹ siehe hierzu oben D. I. und II.

⁵⁴² siehe hierzu (vor allem) oben D. II.

II. Die Lösung des Interessenskonflikts nach geltendem Recht

In Abgrenzung zum Reformentwurf ist signifikantestes Merkmal des geltenden Rechts die Ausschlußklausel des § 73 I 2 StGB. Diese wird vielfach als Hauptursache für die mangelnde Anordnungshäufigkeit des Verfalls angeführt. So sieht die wohl herrschende Meinung in der Ausschlußregelung den Hauptgrund für die mangelnde Bedeutung des Rechtsinstitutes des Verfalls. Sie verhindere, daß sowohl dem *staatlichen Interesse* einer effektiven Gewinnabschöpfung als auch dem *Interesse des Opfers* an der Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche genügend Rechnung getragen werde.

Aus den Protokollen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform geht hervor, daß die Regelung des § 73 I 2 StGB erst nach längeren Diskussionen in den Gesetzentwurf aufgenommen wurde. Zwar sah sowohl der Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962, als auch der Alternativentwurf eine Ausschlußregelung vor – der Sonderausschuß diskutierte aber trotzdem ein Modell ohne Ausschlußklausel. Dieses barg nach Meinung des Sonderausschusses aber die Gefahr einer übermäßigen Belastung des Strafverfahrens mit zivilrechtlichen Problemen. Bei mehreren Geschädigten würde ein gesondertes Nachverfahren erforderlich. Der Sonderausschuß schlug daher eine Ausschlußklausel vor. Allerdings sollte diese um eine prozessuale Regelung ergänzt werden: Vermögensgegenstände sollten trotz der Ausschlußregelung sichergestellt werden und (ca. drei Jahre) zur Befriedigung der Ansprüche Verletzter bereitgehalten werden.⁵⁴³

Anhand der Entstehungsgeschichte der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB konnte gezeigt werden, daß diese sowohl in Bezug auf ihren Anwendungsbereich als auch ihren Regelungsgehalt extensiv auszulegen ist.⁵⁴⁴ Die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB ist auf alle Fallgruppen des Verfalls anzuwenden.⁵⁴⁵ Konkurrenzprobleme zwischen staatlichen Verfallsanordnungen und zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen sind – wenn auch mit unterschiedlicher praktischer Relevanz – bei allen Fallgruppen denkbar. Nach der derzeit geltenden Gesetzeslage werden diese durch ein Zurücktreten der staatlichen Gewinnabschöpfung gelöst. Dieser gesetzgeberische Lösungsweg

⁵⁴³ siehe hierzu oben D. III. 2.

⁵⁴⁴ siehe hierzu oben D. III. 2. und 3.

⁵⁴⁵ siehe hierzu oben D. III. 3. a)

mag zwar auf – berechnigte oder unberechnigte – Kritik stoßen, muß bei der Gesetzesanwendung aber Berücksichtigung finden.

Neben der umfassenden Anwendbarkeit auf die Fallgruppen des Verfalls besteht eine solche auch hinsichtlich der zu berücksichtigenden Ansprüche. Die teilweise vertretene Ansicht, fiskalische oder versicherungsrechtliche Ansprüche seien vom Anwendungsbereich der Ausschlußregelung auszunehmen, kann nicht überzeugen. Sie läßt sich dogmatisch nicht begründen und erscheint als zu sehr vom Willen getragen, Verfallsanordnungen trotz § 73 I 2 StGB zuzulassen. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Ausschlußregelung muß – solange sie Bestand hat – aber hingenommen werden. Bei Bestechungsdelikten ist weder der Dienstherr noch der Vorteilsgeber Verletzter im Sinne des § 73 I 2 StGB – dem Vorteilsgeber werden ohnehin in aller Regel wegen § 817 S. 2 BGB keine Ausgleichsansprüche zustehen. Etwas anderes gilt für den Geschäftsherrn im Falle einer Gewährung von Schmiergeld: Dieser ist als Verletzter anzusehen. Auf Schmerzensgeld gerichtete Ansprüche fallen nicht unter § 73 I 2 StGB.⁵⁴⁶

Eine teleologische Reduktion des § 73 I 2 StGB ist abzulehnen.⁵⁴⁷ Diese wäre zwar im Hinblick auf die Effektivität der Gewinnabschöpfung wünschenswert – ihr steht aber der klare Wortlaut der Norm sowie deren Entstehungsgeschichte entgegen. Entsprechendes gilt, wenn der Schaden des Tatopfers durch Dritte kompensiert wird. Hier scheint zwar eine doppelte Inanspruchnahme des Straftäters auf den ersten Blick nicht zu drohen – es ist aber nicht auszuschließen, daß der Dritte infolge der Inanspruchnahme durch das Tatopfer Ansprüche gegen den Straftäter geltend macht. Der Straftäter würde dann aber letztendlich dennoch doppelt in Anspruch genommen. Hinzu kommt, daß eine strafrichterliche Prüfung, ob der Schaden durch den Dritten vollständig kompensiert wurde, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Dies widerspräche dem mit § 73 I 2 StGB verfolgten Gesetzeszweck. Abhilfe kann allenfalls eine verstärkte Durchführung der Zurückgewinnungshilfe bringen. Werden zivilrechtliche Ausgleichsansprüche nicht geltend gemacht, kommt aber lediglich bei beweglichen Sachen eine Versteigerung in Betracht. Ansonsten verbleibt dem Straftäter der Taterlös.

⁵⁴⁶ siehe hierzu oben D III. 3. b)

⁵⁴⁷ siehe hierzu oben D.III. 3. c)

Die Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB muß – entgegen dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers – auf den erweiterten Verfall analog angewendet werden.⁵⁴⁸ Bei der Normierung des Rechtsinstitutes des erweiterten Verfalls ging der Gesetzgeber davon aus, daß Konkurrenzprobleme mit zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen nicht auftreten könnten. Aufgrund der mittlerweile erfolgten Erweiterung des Anwendungsbereiches sind aber auch beim erweiterten Verfall Fälle denkbar, in denen das *Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung* relevant wird. Um Friktionen im System des Verfallsrechtes zu vermeiden, bedarf es daher einer Lösung mit Hilfe der Ausschlußregelung des § 73 I 2 StGB.

Die materiellrechtliche Regelung des Verfalls findet eine Ergänzung durch die prozessuale Möglichkeit einer Sicherstellung gemäß der §§ 111 b ff. StPO. Im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe⁵⁴⁹ ist eine Sicherstellung von Vermögensgegenständen auch dann möglich, wenn vom Verfall lediglich wegen § 73 I 2 StGB abzusehen wäre. Der Verletzte muß zwar weiterhin einen zivilrechtlichen Titel erstreiten, kann zu dessen Durchsetzung aber auf die sichergestellten Vermögensgegenstände zurückgreifen. Meldet sich kein Verletzter, können sichergestellte bewegliche Sachen nach Aufhebung der Sicherstellung öffentlich versteigert werden. Die Zurückgewinnungshilfe stellt eine zwar komplexe, bei konsequenter Anwendung aber zumindest bei der Sicherstellung von beweglichen Sachen eine effektive prozessuale Ergänzung der materiellen Regelung des § 73 I 2 StGB dar. Wünschenswert wäre allerdings eine Vereinfachung beziehungsweise Entflechtung der Struktur der Regelung im Rahmen der Reformbestrebungen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß in deren Komplexität eine Mitursache für die nur zögerliche Anordnung der Zurückgewinnungshilfe in der Praxis liegt. Der Umfang des sichergestellten Vermögens konnte in den letzten Jahren erheblich gesteigert werden.⁵⁵⁰ Dies wird zumindest auch auf die konsequentere Ausschöpfung des bestehenden Instrumentariums zurückzuführen sein. Gelänge es, den Strafverfolgungsorganen den Umgang mit diesem zu erleichtern, wäre unter Umständen mit einer weiteren Steigerung zu rechnen.

Die Schwäche der Lösung des geltenden Rechts besteht allerdings in der Lücke, die sich ergibt, wenn bestehende zivilrechtliche Ausgleichsansprüche

⁵⁴⁸ siehe hierzu oben D.III. 4.

⁵⁴⁹ siehe hierzu oben D. IV.

⁵⁵⁰ siehe hierzu oben A.

nicht geltend gemacht werden. Nur falls bewegliche Sachen sichergestellt wurden, kommt deren öffentliche Versteigerung in Betracht. Ansonsten verbleibt der Taterlös beim Straftäter. Daran vermag auch die konsequenteste Anwendung des bestehenden Instrumentariums nichts ändern.

III. Die Lösung des Interessenskonflikts nach dem Reformentwurf

Der Reformentwurf verzichtet auf eine § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB vergleichbare Ausschlußregelung. Die Einziehung soll unabhängig vom Bestehen zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche angeordnet werden. Sie hat lediglich dann zu unterbleiben, wenn der Straftäter bereits Leistungen zur Befriedigung von Ansprüchen Verletzter erbracht hat. Zur Klärung der Frage, wann Leistungen auf welche Ansprüche zu berücksichtigen sind, kann auf die Rechtslage nach dem geltenden Recht verwiesen werden. Hier bestehen kaum Unterschiede. Dies gilt für versicherungsrechtliche und fiskalische Ansprüche, Ansprüche des Dienstherrn, des Vorteilsgebers oder des Geschäftsherrn und auch für auf Schmerzensgeld gerichtete Ansprüche. Begrüßenswert ist die Klarstellung im Wortlaut der Reformentwurfs, daß auch Ansprüche des Rechtsnachfolgers zu berücksichtigen sind.⁵⁵¹

Dem Modell mit Ausschlußregelung und demjenigen ohne ist im weiteren gemein, daß der Verfall beziehungsweise die Einziehung des Tatobjektes bei klassischen Eigentumsdelikten (wie Diebstahl) unterbleiben muß. Mithilfe des Verfalls beziehungsweise der Einziehung des Erlangten kann nicht in Eigentumspositionen Unbeteiligter eingegriffen werden. In der Begründung des Reformentwurf wird hierauf nicht eingegangen. Die Ausschlußregelung des geltenden Rechts wird unzutreffenderweise als alleinige Ursache dafür angesehen, daß eine Anordnung des Verfalls (auch) bei solchen Delikten unterbleiben muß. Dabei ist die Rechtslage nach dem Reformentwurf insofern gleich zu beurteilen.

Die auf den ersten Blick klare und einfache Regelung des Reformentwurfs kommt nicht ohne ein Nachverfahren nach erfolgter Vollstreckung der Einziehung aus. Ansonsten würde zwar dem *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung genügt – das *Interesse des Opfers* und das *Interesse des Straftäters* blieben aber unberücksichtigt.

⁵⁵¹ siehe hierzu oben E. I.

Dieses Nachverfahren wird durch den Reformentwurf nur in ungenügender Weise geregelt. Es ist vorgesehen, daß nach vollstreckter Einziehung einerseits Verletzte einen Erstattungsanspruch gegen den Staat haben und andererseits der Straftäter nach Befriedigung von Ausgleichsansprüchen beim Staat Ersatz verlangen kann.⁵⁵² Probleme werden allerdings auftreten, wenn bei einem komplizierten Sachverhalt eine Vielzahl von Verletzten Ausgleichsansprüche geltend machen kann. Es ist weder geklärt, welche Rangfolge geltend gemachte Ansprüche haben sollen, falls das eingezogene Vermögen nicht zu deren vollständiger Befriedigung ausreicht - noch ist befriedigend gelöst, was nach Beendigung des Nachverfahrens geltend soll. Diese Regelungslücke erscheint insofern bedenklich, als der Reformentwurf im Gegensatz zum geltenden Recht einen gesonderten Erstattungsanspruch von Verletzten gegen den Staat vorsieht. *De lege lata* erfolgt eine Sicherstellung im Rahmen der Zurückgewinnungshilfe lediglich zur Erleichterung der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche. Ein gesonderter Erstattungsanspruch besteht demgegenüber nicht.

Ähnliche Bedenken bestehen gegenüber dem von Eser gemachten Vorschlag. Danach soll die Anordnung des Verfalls für eine gewisse Zeit schwebend unwirksam sein. Werden Ersatzleistungen an Verletzte erbracht, so wird die Verfallsanordnung insofern nicht wirksam.⁵⁵³ Zwar besteht nach dem Vorschlag Eser ein Erstattungsanspruch gegen den Staat nur ausnahmsweise – soweit mehrere Verletzte diesen geltend machen können, ist aber ungeklärt, wie der Erlös aus der Verwertung der verfallenen Vermögensgegenstände zu verteilen ist. Des weiteren kann es nach dem von Eser gemachten Vorschlag unter Umständen zu einer doppelten Inanspruchnahme des Täters kommen. Dies widerspricht zu einseitig dem *Interesse des Täters*.

IV. Stellungnahme

Es konnte gezeigt werden, daß das *Kardinalsproblem der Gewinnabschöpfung*, das Konkurrenzverhältnis zwischen zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen und dem Interesse an einer effektiven staatlichen Gewinnabschöpfung weder durch eine Regelung mit Ausschlußklausel im Sinne des § 73 I 2 StGB noch ohne eine solche vollständig gelöst werden kann. Wägt man die Stärken und Schwächen beider Modelle gegeneinander ab, so spricht einiges für ein Fest-

⁵⁵² siehe hierzu oben E. II.

⁵⁵³ siehe hierzu oben F.

halten an einer dem geltenden Recht vergleichbaren Regelung. Diese sollte allerdings überarbeitet werden.

Gegen die Lösung des geltenden Rechts spricht die Möglichkeit des Verbleibens des Taterlöses beim Straftäter falls bestehende Ausgleichsansprüche nicht geltendgemacht werden. Durch eine konsequente Durchführung der Zurückgewinnungshilfe kann die Gefahr des Verbleibens des Taterlöses beim Straftäter allerdings zumindest eingedämmt werden. Es ist nicht zutreffend, daß § 73 I 2 StGB zwangsläufig zu einem Verbleib des Taterlöses beim Straftäter führen muß, wenn zivilrechtliche Ausgleichsansprüche nicht geltend gemacht werden.⁵⁵⁴ Werden Vermögensgegenstände vorprozessual sichergestellt, so besteht – zumindest bei beweglichen Sachen – die Möglichkeit einer öffentlichen Versteigerung zugunsten der Staatskasse. Dem *Interesse des Staates* an einer effektiven Gewinnabschöpfung kann zumindest in diesem Fall durch das Zusammenwirken von materiell-rechtlichem Verfall und prozessualer Sicherstellung genügt werden.

Eine Verfallsregelung ohne Ausschlußklausel führt hingegen zwangsläufig zur Notwendigkeit eines Nachverfahrens.⁵⁵⁵ Das Strafverfahren wird mit dem Strafurteil also nicht abgeschlossen. Wird der Verfall trotz des Bestehens zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche angeordnet, so muß auf der einen Seite dem Verletzten die Möglichkeit eines zumindest wertmäßigen Rückgriffs auf die Verfallsgegenstände und andererseits dem Straftäter ein Schutz vor doppelter Inanspruchnahme gegeben werden. Ansonsten bleiben das *Interesse des Opfers* beziehungsweise *dasjenige des Täters* unberücksichtigt. Ein solches Nachverfahren war in § 50 I a.F. Wirtschaftsstrafgesetz vorgesehen und hat gerade wegen seiner Schwierigkeiten kaum praktische Bedeutung erlangt. Diese Schwierigkeiten haben auch den Sonderausschuß für die Strafrechtsreform des deutschen Bundestages beschäftigt. Sie waren letztendlich ausschlaggebend für dessen Entscheidung für ein Modell mit Ausschlußklausel. Das Strafverfahren sollte durch ein zwingend erforderliches Nachverfahren nicht aufgebläht werden.

⁵⁵⁴ Davon wird aber unzutreffenderweise bei der Regelung des Reformentwurfes ausgegangen – vgl. BT-Drs. 13-9742, S. 16

⁵⁵⁵ Auf die nur terminologische Unterscheidung zwischen Verfall und Einziehung (nach dem Reformentwurf) soll hier aus Gründen der besseren Verständlichkeit verzichtet werden.

Zum Nachteil des zwingenden Erfordernisses eines Nachverfahrens kommen die Schwierigkeiten dessen Ausgestaltung. Um bei komplizierten Sachverhalten mit einer Vielzahl von Verletzten zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen, bedürfte es eines komplex ausgestalteten Regelungswerkes. Dies gilt insbesondere, wenn die Höhe des eingezogenen Vermögens nicht zur Befriedigung aller Verletzter ausreicht. Das nach dem Reformentwurf vorgesehene Nachverfahren kann diese Problematik nicht in zufriedenstellender Weise regeln. Grundsätzlich könnte an ein Verteilungsverfahren gedacht werden, wie es dem Insolvenzverfahren zugrunde liegt. Die Schwächen des Nachverfahrens nach dem Reformentwurf könnten so zwar unter Umständen beseitigt werden – dieses würde aber noch komplizierter werden. Es steht zu befürchten, daß die Bereitschaft der Strafverfolgungsorgane zur Durchführung von Einziehungsmaßnahmen mit zunehmender Komplexität des erforderlichen Nachverfahrens abnimmt.

Die Überarbeitung des geltenden Verfallsrechtes⁵⁵⁶ sowie der vorprozessualen Sicherstellung sollte in jedem Fall eine Vereinfachung der diesbezüglichen Regelungen mit sich bringen. Dadurch könnte deren Anwendung in der Praxis erleichtert und eventuell in ihrer Häufigkeit gesteigert werden. Die Anordnung der Zurückgewinnungshilfe sollte die Regel sein, was durch eine entsprechende Änderung des Gesetzeswortlautes verdeutlicht werden könnte.

Begrüßenswert ist der Vorschlag des Reformentwurfes, eine Möglichkeit der Verwaltung sichergestellter Vermögensgegenstände durch externe Verwalter zu schaffen. Entsprechendes gilt für die Klarstellung, daß auch Leistungen an Rechtsnachfolger des Verletzten zum Zurücktreten des Verfalls beziehungsweise der Einziehung führen.

Unabhängig vom Ergebnis der Reformbemühungen ist aber eine intensivere Beschäftigung mit dem Problem der Gewinnabschöpfung in der Literatur erforderlich. Im Rahmen dieser Arbeit konnte gezeigt werden, daß eine solche teilweise nur äußerst knapp beziehungsweise gar nicht oder an manchen Stellen sogar in unzutreffender Weise erfolgt. Eine umfassendere Behandlung der Problematik würde zum einen der Rechtsfortbildung dienen – zum anderen

⁵⁵⁶ Wie in der BT-Drs. 14-4113 ausgeführt wird, erfolgt derzeit auch hinsichtlich der Abschöpfung illegal erworbenen Vermögens an eine Evaluierung der Anwendungspraxis "im Hinblick auf weitere legislative Schritte".

G Zusammenfassung und abschließende Stellungnahme

würde die rechtsanwendende Praxis eine notwendige Hilfestellung bei der Anwendung des Gesetzes erhalten.

H. Anhang: Die wichtigsten⁵⁵⁷ Vorschriften des Reformentwurfs im Wortlaut

- StGB – Reformentwurf

§ 73 Einziehung des Erlangten

(1) Was der Täter oder Teilnehmer für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat, wird eingezogen. Die Einziehung erstreckt sich auf das unmittelbar Erlangte und auf die gezogenen Nutzungen. Ferner kann sie auf das, was an die Stelle des ursprünglich Erlangten getreten ist, erstreckt werden. Hat der Täter oder Teilnehmer durch die Tat Aufwendungen erspart, so ist der Wert des Ersparten erlangt.

(2) Die Einziehung nach Absatz 1 erstreckt sich nicht auf das, womit der Verletzte zur Erfüllung seiner aus der Tat erwachsenen Rückerstattungsansprüche befriedigt worden ist oder seinen Wert. Sie erstreckt sich ferner nicht auf

1. das, womit ein anderer, auf den ein in Satz 1 bezeichneter Anspruch übergegangen ist, zur Erfüllung dieses übergegangenen Anspruchs befriedigt worden ist, und
2. Gegenstände in amtlicher Verwahrung, die dem Verletzten nur deshalb nicht herausgegeben worden sind, weil sie noch zu Beweiszwecken benötigt worden sind.

(3) Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Einziehung nach Absatz 1 gegen ihn.

(4) Ein Gegenstand wird auch dann eingezogen, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat.

⁵⁵⁷ Der vollständige Wortlaut nebst Begründung kann auch im Internet über die Seiten des Bundestages (www.bundestag.de) abgerufen werden.

(5) Umfang und Wert des Erlangten können geschätzt werden.

§ 73 a Erweiterte Einziehung des Erlangten

(1) Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so sind Gegenstände des Täters oder Teilnehmers auch dann einzuziehen, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. § 73 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(2) Ist die Einziehung eines bestimmten Gegenstandes nach der Tat ganz oder teilweise unmöglich geworden, so findet insoweit § 73 d Abs.1 bis 3 sinngemäß Anwendung.

(3) Ist nach der Einziehung nach Absatz 1 wegen einer anderen rechtswidrigen Tat, die der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung begangen hat, erneut über die Einziehung von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers zu entscheiden, so berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.

§ 73 b Einziehung anderer Gegenstände

(1) Gegenstände, die durch eine vorsätzliche rechtswidrige Tat hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, können eingezogen werden, wenn

1. die Gegenstände dem Täter oder Teilnehmer zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen und die Tat schuldhaft begangen worden ist oder
2. die Gegenstände nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, daß sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden.

(2) Ein Gegenstand, auf den sich die Tat bezieht, unterliegt der Einziehung, wenn das Gesetz dies vorschreibt; er kann eingezogen werden, wenn das Gesetz dies zuläßt.

(3) Wird die Einziehung bestimmter Gegenstände nach Absatz 2 oder sonst durch ein Gesetz über Absatz 1 hinaus vorgeschrieben oder zugelassen, so gilt Absatz 1 Nr. 1 und 2 entsprechend.

(4) Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so können die Gegenstände abweichend von Absatz 1 Nr. 1 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen, 1. wenigstens fahrlässig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist, oder 2. die Gegenstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, erworben hat.

§ 73 c Einziehung des Wertersatzes

(1) Soweit die Einziehung eines bestimmten Gegenstandes wegen seiner Beschaffenheit oder der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von der Einziehung eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 1 Satz 3 abgesehen wird, ist ein Geldbetrag einzuziehen, der dem Wert des Gegenstandes oder des Erlangten entspricht. Eine solche Einziehung kann auch neben der Einziehung eines Gegenstandes erfolgen, soweit der Täter oder Teilnehmer dessen Wertminderung zumindest fahrlässig herbeigeführt hat.

(2) Ist offensichtlich, daß die Einziehung eines Anteils an einem Gegenstand in Betracht kommt und der Gegenstand selbst nicht tatsächlich teilbar ist, so kann die Einziehung eines dem Wert des Anteils entsprechenden Geldbetrages angeordnet werden. Eine solche Anordnung kann auch neben der Einziehung eines Gegenstandes getroffen werden.

(3) § 73 Abs. 5 gilt entsprechend.

(4) Die Wertersatzeinziehung ist unzulässig, wenn die Einziehung des Gegenstandes nur nach § 73 b Abs. 1 Nr. 2 zulässig gewesen wäre.

**§ 73 d Unterbleiben der Einziehung;
Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

(1) In den Fällen der §§ 73, 73 a, auch in Verbindung mit § 73 c, kann die Einziehung unterbleiben, soweit weder das Erlangte noch dessen Wert zur Zeit der Anordnung im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist.

(2) In den Fällen des § 73 b Abs. 1 Nr. 2 ordnet das Gericht an, daß die Einziehung vorbehalten bleibt, und trifft eine weniger einschneidende Maßnahme, wenn der Zweck der Einziehung auch durch sie erreicht werden kann. In Betracht kommt namentlich die Anweisung,

1. die Gegenstände unbrauchbar zu machen,
2. an den Gegenständen bestimmte Einrichtungen oder Kennzeichen zu beseitigen oder die Gegenstände sonst zu ändern oder
3. über die Gegenstände in bestimmter Weise zu verfügen. Wird die Anweisung befolgt, so wird der Vorbehalt der Einziehung aufgehoben; andernfalls wird die Einziehung nachträglich angeordnet.

(3) Im übrigen wird die Einziehung nicht angeordnet, soweit sie zur Bedeutung der begangenen Tat oder zu dem mit der Einziehung verfolgten Zweck außer Verhältnis stehen würde, namentlich, weil sie für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre.

(4) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42 entsprechend.

(...)

§ 74 Anordnung und allgemeine Wirkung der Einziehung

(1) Die Einziehung wird durch das Gericht angeordnet.

(2) Die Anordnung oder der Vorbehalt der Einziehung hat die Wirkung einer Beschlagnahme nach § 111 b der Strafprozeßordnung.

(3) Wird ein Gegenstand eingezogen, so geht das Eigentum an der Sache oder das eingezogene Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über, wenn es dem von der Anordnung Betroffenen zu dieser Zeit zusteht oder die in § 73 Abs. 3 und 4, § 73 b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 oder § 73 e genannten Voraussetzungen vorliegen. In den in § 73 b Abs.1 Nr. 2 bezeichneten Fällen gilt dies auch für Rechte Dritter.

(4) Im übrigen bleiben Rechte Dritter an dem Gegenstand bestehen. In den in § 73 b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 4 bezeichneten Fällen kann das Gericht das Erlöschen des Rechts eines Dritten anordnen, wenn diesem eine Entschädigung nach § 74 a Abs. 2 Nr. 2 oder 3 nicht zu gewähren ist.

(...)

- StPO – Reformentwurf

§ 111 b

(1) Gegenstände können beschlagnahmt werden, wenn Gründe dafür sprechen, daß die Voraussetzungen für ihre Einziehung oder Unbrauchbarmachung (§§ 73, 73 a, 73 b, 73 e des Strafgesetzbuches) vorliegen und eine Sicherung der Vollstreckung erforderlich ist.

(2) Die Beschlagnahme einer beweglichen Sache wird dadurch bewirkt, daß diese in Gewahrsam genommen wird, es sei denn, daß eine Kenntlichmachung

durch Siegel oder in anderer Weise zur Sicherung der Beschlagnahme ausreicht.

(3) Ist der zu beschlagnahmende Gegenstand in einem Register eingetragen, das öffentlichen Glauben genießt, so wird die Beschlagnahme durch Eintragung in dieses Register bewirkt. Zur Sicherung der Beschlagnahme kann der Gegenstand in Gewahrsam genommen werden.

(4) Die Beschlagnahme einer Forderung oder eines anderen Vermögensrechtes, das nicht den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegt, wird durch Pfändung bewirkt. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte sind insoweit sinngemäß anzuwenden. Mit der Beschlagnahme ist die Aufforderung zur Abgabe der in § 840 Abs. 1 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Erklärungen zu verbinden.

(5) Die beschlagnahmten Gegenstände sind zu verzeichnen. Die §§95, 98 Abs. 4, §§ 102 bis 108 und 110 gelten entsprechend. § 94 Abs. 3 bleibt unberührt.

(6) Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines Verfügungsverbotes im Sinne von § 136 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. § 20 Abs. 2 und § 21 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung gelten entsprechend. Die Wirkung beginnt mit der Kenntlichmachung oder Verlautbarung und endet, wenn die Beschlagnahme nicht aufgehoben wird, mit der Einziehung. Ist das Verfahren nach § 430 auf die anderen Rechtsfolgen beschränkt worden, so kann die Beschlagnahme für die Dauer von höchstens drei Monaten aufrechterhalten werden, sofern die sofortige Aufhebung gegenüber dem Verletzten unbillig wäre. Die Wirkung der Beschlagnahme wird nicht davon berührt, daß über das Vermögen des Betroffenen das Konkurs-, Vergleichs- oder Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet wird.

(7) Eine beschlagnahmte bewegliche Sache kann dem Betroffenen

1. gegen sofortige Erlegung des Wertes zurückgegeben oder
2. unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs zur vorläufigen weiteren Benutzung bis zum Abschluß des Verfahrens überlassen werden.

Der nach Satz 1 Nr. 1 erlegte Betrag tritt an die Stelle der Sache. Die Maßnahme nach Satz 1 Nr. 2 kann davon abhängig gemacht werden, daß der Betroffene Sicherheit leistet oder bestimmte Auflagen erfüllt.

§ 111 c

(1) Sind Gründe für die Annahme vorhanden, daß die Voraussetzungen für die Einziehung von Wertersatz vorliegen, kann zur Sicherung der Vollstreckung der dingliche Arrest angeordnet werden. Dasselbe gilt, soweit die Verhängung einer Geldstrafe oder einer Vermögensstrafe oder die Auferlegung der Kosten des Strafverfahrens zu erwarten ist. Zur Sicherung der Vollstreckungskosten sowie geringfügiger Beträge ergeht kein Arrest.

(2) Die §§ 917, 928, 930 bis 932, 934 Abs. 1 der Zivilprozeßordnung gelten sinngemäß. In der Arrestanordnung ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrests gehemmt und der Betroffene zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrests berechtigt wird. Die Höhe des Betrages bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der voraussichtlichen Höhe des zu vollstreckenden Anspruchs. Diese kann geschätzt werden. Das Gesuch auf Erlaß des Arrests soll die für die Feststellung des Geldbetrages erforderlichen Tatsachen enthalten.

(3) Ist der Arrest nach Absatz 1 Satz 2 angeordnet worden, so ist eine Vollziehungsmaßnahme auf Antrag des Beschuldigten aufzuheben, soweit dieser den Pfandgegenstand zur Aufbringung der notwendigen Kosten seiner Verteidigung (§ 464 a Abs. 2), seines Unterhalts oder des Unterhalts seiner Familie benötigt.

§ 111 d

(1) Zur Anordnung der Beschlagnahme (§ 111 b) und des Arrests (§111 c) ist nur der Richter, bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft befugt. Zur Anordnung der Beschlagnahme einer beweglichen Sache (§ 111 b Abs. 2) sind bei Gefahr im Verzug auch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) befugt. § 111 i Abs. 1 bleibt unberührt.

(2) Hat die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme oder den Arrest angeordnet, so soll sie innerhalb einer Woche die richterliche Bestätigung der

Anordnung beantragen. Einer solchen Bestätigung bedarf es nicht, wenn die Beschlagnahme einer beweglichen Sache angeordnet ist. § 111 i Abs. 1 bleibt auch insoweit unberührt. Der Betroffene kann in allen Fällen jederzeit die richterliche Entscheidung beantragen.

(3) Die Anordnung ist dem Beschuldigten sowie demjenigen mitzuteilen, gegen den sie sich in den Fällen des § 73 Abs. 3 oder 4, des § 73 b Abs. 1 Nr. 2 oder Abs. 4 sowie des § 73 e des Strafgesetzbuches richtet. Die sonst von der Beschlagnahme Betroffenen und die Verletzten sollen benachrichtigt werden, soweit sie bekannt sind oder im Verlauf des Verfahrens bekannt werden. Hierzu kann die Anordnung im Bundesanzeiger oder in anderer geeigneter Weise bekanntgemacht werden, wenn die in Satz 2 Genannten bekannt sind, eine besondere Mitteilung gegenüber jedem einzelnen von ihnen jedoch mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre oder wenn zu vermuten ist, daß noch unbekanntes Verletzten aus der Tat Ansprüche erwachsen sind.

(4) Die Durchführung der Beschlagnahme und die Vollziehung des Arrests obliegen der Staatsanwaltschaft; bei beweglichen Sachen obliegt die Durchführung der Beschlagnahme auch deren Hilfsbeamten. Die erforderlichen Eintragungen in öffentliche Register werden auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts bewirkt, das die Anordnung erlassen hat.

§ 111 e

(1) Die Verwaltung der beschlagnahmten oder gepfändeten Gegenstände obliegt der Staatsanwaltschaft. Sie kann auf einen zu bestellenden Verwalter oder den Beschuldigten übertragen werden. Erfasst die Beschlagnahme den überwiegenden Teil des Vermögens, so kann die Verwaltung auf das gesamte Vermögen erstreckt werden. § 111 d Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 2 und 3 gilt in den Fällen der Sätze 2 und 3 entsprechend.

(2) Der die Bestellung eines Verwalters anordnende Beschluß ist der Behörde mitzuteilen, die für die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft zuständig ist; diese hat die Verwaltung einzuleiten.

(3) Der Verwalter unterliegt im vorbereitenden Verfahren den Weisungen der Staatsanwaltschaft, nach Erhebung der öffentlichen Klage denjenigen des Gerichts. Er hat der Staatsanwaltschaft und dem Gericht die im Rahmen der

Verwaltung der Gegenstände erlangten Erkenntnisse mitzuteilen, soweit sie die Beschlagnahme oder Arrestanordnung betreffen. § 1915 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt.

(...)

§ 111 k

(1) Der Verletzte kann wegen eines Anspruchs auf Rückerstattung, der aus einer Straftat erwachsen ist, welche Anlaß der Beschlagnahme nach § 111 b Abs. 1 in Verbindung mit § 73 des Strafgesetzbuches oder statt dessen der Anordnung eines Arrests nach § 111 c Abs. 1 in Verbindung mit § 73 c oder § 43 a des Strafgesetzbuches war, die Zwangsvollstreckung oder die Vollziehung eines Arrests in die danach beschlagnahmten oder gepfändeten Gegenstände betreiben. Soweit der Anspruch auf einen Dritten übergegangen ist, stehen die in Satz 1 bezeichneten Befugnisse diesem zu. § 94 Abs. 4 gilt entsprechend.

(2) Die Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung bedarf der Zulassung durch den für die Anordnung der Beschlagnahme (§ 111 b) oder des Arrests (§ 111 c) zuständigen Richter. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß, der von der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und dem Verletzten mit sofortiger Beschwerde angefochten werden kann. Die Zulassung ist zu versagen, wenn der Verletzte nicht glaubhaft macht, daß der Anspruch aus der Straftat erwachsen ist. § 294 der Zivilprozeßordnung ist anzuwenden.

(3) Das Verfügungsverbot nach § 111 b Abs. 6 gilt vom Zeitpunkt der Beschlagnahme an auch zugunsten von Verletzten, die während der Dauer der Beschlagnahme in den beschlagnahmten Gegenstand die Zwangsvollstreckung betreiben oder den Arrest vollziehen. Die Eintragung des Verfügungsverbotes in ein öffentliches Glauben genießendes Register gilt auch als Eintragung zugunsten solcher Verletzter, die während der Dauer der Beschlagnahme als Begünstigte aus dem Verfügungsverbot in das Register eingetragen werden. Der Nachweis, daß der Anspruch aus der Straftat erwachsen ist, kann gegenüber der Registerbehörde durch Vorlage des Zulassungsbeschlusses geführt

werden. Die Wirksamkeit des Verfügungsverbotens zugunsten des Verletzten wird durch die Aufhebung der Beschlagnahme nicht berührt.

(4) Kommt eine Einziehung des beschlagnahmten Gegenstandes nach §73 des Strafgesetzbuches oder eine Verwertung der gepfändeten Sache auf Grund einer Anordnung nach § 73 c des Strafgesetzbuches nicht in Betracht oder ist die Zulassung zu Unrecht erfolgt, so ist der durch sie Begünstigte Dritten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesen durch die Zulassung entstanden ist oder noch entsteht.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend, wenn die Einziehung eines Gegenstandes nach § 73 des Strafgesetzbuches oder statt dessen die Einziehung von Wertersatz nach § 73 c des Strafgesetzbuches angeordnet, die Anordnung aber noch nicht rechtskräftig ist.

§ 111 I

(1) Betreibt der Verletzte wegen eines aus der Straftat erwachsenen Anspruchs die Zwangsvollstreckung oder vollzieht er einen Arrest in ein Grundstück, in welches ein Arrest nach § 111 c vollzogen ist, so kann er verlangen, daß die durch den Vollzug dieses Arrests begründete Sicherheitshypothek hinter seinem Recht im Rang zurücktritt. Der dem vortretenden Recht eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß der Arrest aufgehoben wird. Die Zustimmung des Eigentümers zur Rangänderung ist nicht erforderlich. Im übrigen ist §880 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sinngemäß anzuwenden.

(2) Die Rangänderung bedarf der Zulassung durch den Richter, der für den Arrest (§ 111 c) zuständig ist. § 111 k Abs. 2 Satz 2 bis 4 und Abs. 3 Satz 3 ist entsprechend anzuwenden.

(3) Ist die Zulassung zu Unrecht erfolgt, so ist der durch sie Begünstigte Dritten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesen durch die Rangänderung entstanden ist oder noch entsteht."

(...)

§ 459 k

(1) Ist gemäß § 73 des Strafgesetzbuches die Einziehung eines Gegenstandes oder statt dessen gemäß § 73 c des Strafgesetzbuches die Einziehung von Wertersatz rechtskräftig angeordnet worden, so kann wegen der in § 111 k Abs. 1 bezeichneten Ansprüche Befriedigung verlangt werden, soweit die Anordnung vollstreckt werden konnte. Die Befriedigung setzt einen Vollstreckungstitel gegen denjenigen, gegen den sich die in Satz 1 genannte Entscheidung richtet, sowie die Feststellung voraus, daß der Anspruchsinhaber oder sein Rechtsvorgänger durch die Straftat verletzt ist, die Anlaß für die Anordnung nach Satz 1 war. § 94 Abs. 4 bleibt unberührt. Die Feststellung trifft das Gericht des ersten Rechtszuges. § 111 k Abs. 2 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend; ist die Zulassung zu Unrecht erfolgt, so ist der durch sie Begünstigte Dritten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesen durch die Zulassung entstanden ist oder noch entsteht.

(2) Hat der von der Einziehung Betroffene einen in Absatz 1 genannten Anspruch aus Vermögen befriedigt, das nicht der Einziehung unterworfen war, so kann er aus dem eingezogenen Vermögen Ausgleich verlangen, wenn feststeht, daß alle derartigen Ansprüche erfüllt sind oder wenn ein Jahr seit Rechtskraft der Einziehungsanordnung verstrichen ist und alle angemeldeten Ansprüche erledigt sind. Der Ausgleich wird nicht gewährt, soweit die Einziehungsanordnung nicht vollstreckt werden konnte.

I. Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans:

- Verfahrenssichernde und vollstreckungssichernde Beschlagnahme im Strafprozeß in NJW 1976, 1068
- Vermögensrechtlicher Opferschutz im strafprozessualen Vorverfahren, in Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1985, S. 7

Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch, Herausgeber: Wassermann, Rudolf, Neuwied 1990

Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung, Herausgeber: Wassermann, Rudolf, Neuwied, Kriftel, Berlin 1992

Arzt, Gunther:

- Geldwäscherei – Eine neue Methode zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, in NStZ 1990, 1
- Verfallsanordnung gegen juristische Personen in Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 165 ff.

Assmann, Heinz-Dieter und Schütze, Rolf A.: Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Auflage, München 1997

Bäckermann, Fritz: Verfall und Einziehung im Steuerstrafrecht, in ZfZ 1976, 366

Baumann, Jürgen (Herausgeber): Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung; Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizer Strafrechtslehrer, München 1992

Baumann, Jürgen; Weber, Ulrich; Mitsch, Wolfgang: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Bielefeld 1995

Baumbach, Adolf und Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001

Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang, Albers, Jan und Hartmann, Peter: Zivilprozeßordnung, 58. Auflage, München 2000

Baur, Jürgen F. und Stürner, Rolf: Sachenrecht, 17. Auflage, München 1999

Behrends, Oklo; Knütel, Rolf; Kupisch, Berthold; Seiler, Hans Hermann: Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, II, Digesten 1-10, Heidelberg 1995

Bender, Peter:

- Sanktionen zur straf- und bußgeldrechtlichen Gewinnabschöpfung gegenüber Gesellschaften, in ZfZ 1976, 139
- Verfallanordnung bei Steuerhinterziehung, in ZfZ 1978, 268

Beuthke, Werner: Strafprozeßrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2000

Bonner Kommentar: Grundgesetz, Loseblattsammlung; Heidelberg, gegründet 1956

Brenner, Karl: Gewinnverfall, eine vernachlässigte Strafvorschrift, in DRiZ 1977, 203

Bruns, Hans-Jürgen: Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938

Burkhof, Detlef: Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 3. Auflage, Herne, Berlin 1999

Buschmann, Arno: Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, München 1998

Dannert, Michaela A. M: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eigentumsentziehungen zur Verfolgung und Verhinderung von Straftaten, Berlin 1998

Dessecker, Axel: Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, Freiburg 1992

Dietrich, Gerhard: Die strafrechtliche Einziehung und die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Hamburg 1964

Dilcher, Hermann: Anmerkung zu BGH in: JZ 1963, 509 in JZ 1963, 510

Dörn, Harald: Sicherstellung von Geld durch die Finanzbehörde im Steuerstrafverfahren, in wistra 1990, 181

Drost, H. und Erbs, G: Kommentar zum Wirtschaftsstrafgesetz, Frankfurt a.M. 1949

Eberbach, Wolfram H: Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB, in: NStZ 1987, 486

Erbs, Georg und Kolhaas, Max: Strafrechtliche Nebengesetze, 5. Auflage, 138. Ergänzungslieferung, München 2000

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Herausgeber: Dieterich, Thomas u.a., 2. Auflage, München 2001

Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Herausgeber: Westermann, Harm Peter, 10. Auflage, Köln 2000

Eser, Albin:

- Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969
- Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, in Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 833

Esser, Josef und Weyers, Hans-Léo: Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, 8. Auflage, Heidelberg 2000

Feigenspan, Rolf: Sammlung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften mit Erläuterungen, Stuttgart 1948

Fezer, Gerhard: Strafprozeßrecht, 2. Auflage, München 1995

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin, New York 1997

Franzheim, Horst: Gewinnabschöpfung im Umweltstrafrecht, in wistra 1986, 253

Gebert, Ursula: Leitfaden Gewinnabschöpfung im Strafverfahren, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1996

Glück, Christian Friedrich: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. 13. Band, Erlangen 1811

Göhler, Erich: Die neue Regelung zum Verfall im StGB und OwiG, in wistra 1992, 133

Granderath, Reinhard: Schutz des Tatopfers im Strafverfahren in MDR 1983, 797

Gropp, Walter:

- Anmerkung zu OLG-Düsseldorf, NSTZ 1984, 567, in NSTZ 1984, 568
- Anmerkung zu LG Hildesheim, NSTZ 1989, 336, in NSTZ 1989, 337

Güntert, Lothar: Die Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, eine Untersuchung zu den Verfallsbestimmungen der §§ 73 bis 73 d des Strafgesetzbuches, Köln 1983

Haft, Fritjof:

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 1998
- Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Auflage, München 1998

Haller, Klaus und Conzen, Klaus: Das Strafverfahren; eine systematische Darstellung mit Originalakten und Fallbeispielen, 2. Auflage, Heidelberg 1999

Heckmann, Dirk: Die Einziehung verdächtigen Vermögens, in ZRP 1995, 1

Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung, Herausgeber: Lemke, Michael u.a., 3. Auflage, Heidelberg 2001

Heinze: Die Strafe der Konfiskation nach den neueren deutschen Gesetzgebungen, in GA 5 (1857), 166

Hellmann, Uwe:

- Strafprozeßrecht, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio 1998
- Richterliche Überzeugungsbildung und Schätzung bei der Bemessung strafrechtlicher Sanktionen, in: GA 1997, 503

Hellmer, Joachim: Wiedergutmachung und Strafe in AcP 155 (1956), 527

Herold, Herbert: Für den Zollfahndungsdienst wesentliche Änderungen des Steuerstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts durch das EGStGB, in ZfZ 1975, 299

Heymann, Ekkehardt v.: Bankenhaftung bei Immobilienanlagen: Neueste Rechtsprechung, in BB 2000, 1149

Hirsch, Hans Joachim:

- Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht in Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 304
- Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen der materiellen Strafrechtspraxis, in ZStW 102 (1990), 534

Hohendorf, Andreas: Die Zuständigkeit für Entscheidungen nach § 111 k StPO im Ermittlungsverfahren, in NSTZ 1986, 498

Honsell, Heinrich (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio 1999

Horn, Eckhard: Systematischer Leitsatzkommentar zum Sanktionenrecht, Neuwied und Kriftel 2000

Hoyer, Andreas: Die Rechtsnatur des Verfalls angesichts des neuen Verfallsrechtes, in GA 1993, 406

Hübschmann, Hepp, Spitaler: Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 10. Auflage, Köln 1995

Isensee, Josef und Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechtes, Band IV, Freiheitsrechte, Heidelberg 1989

Jakobs, Günter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin, New York 1991

Jarass, Hans D.: Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung? in NJW 2000, 2841

Jarass, Hans D. und Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Auflage, München 2000

Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, München 1999

Jescheck, Hans-Hinrich und Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechtes, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996

Joecks, Wolfgang: Studienkommentar StGB, 2. Auflage, München 2000

Julius, Karl-Peter:

- Die Zuständigkeit im Verfahren nach § 111 k StPO, in DRiZ 1984, 192
- Einziehung, Verfall und Art. 14 GG, in ZStW 109 (1997), 58

Kaiser, Günther: Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, in Festschrift für Herbert Tröndle, Berlin, New York 1989, S. 685 ff.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, Herausgeber: Pfeiffer, Gerd, 4. Auflage, München 1999

Kaser, Max:

- Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. 2. Auflage, München 1971
- Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch. 13. Auflage, München 1983.

Katholnigg, Oskar:

- Die Neuregelungen beim Verfall, in JR 1994, 353
- Anmerkung zu BGHSt 40, 371, in JR 1995, 297

Kilchling, Michael und Kaiser, Günther: Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, Freiburg 1997

Klein, Franz (Mitbegr.): Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, 7. Auflage, München 2000

Kleinknecht, Meyer-Goßner: Strafprozeßordnung, erläutert von Meyer-Goßner, Lutz, 45. Auflage, München 2001

Kleinmann, Werner und Berg, Werner: Änderungen des Kartellrechts durch das "Gesetz zur Bekämpfung der Korruption" vom 13.8.1997 in BB 1998, 277

Klos, Joachim: Die Beschlagnahme von Geld durch die Steuerfahndung, in wistra 1987, 121

K M R: Kommentar zur Strafprozeßordnung, Herausgeber: Heintschel-Heinegg, Bernd und Stöckel, Heinz, Loseblattsammlung, Neuwied und Kriftel

Knaut, Heinrich: Die wichtigsten grundlegenden Preisgesetze sowie die Preisstrafrechts – Verordnung, Stuttgart 1946

Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand, Paris, Santa Clara, Singapur, Tokio 1997

Köhler, Michael und Beck, Wolfgang: Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen, in JZ 1991, 797

Kramer, Bernhard: Grundbegriffe des Strafverfahrensrechtes, Ermittlung und Verfahren, 4. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1999

Krekeler, Wilhelm, Tiedemann, Klaus, Ulsenheimer, Klaus und Weinmann, Günther: Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Loseblattsammlung, Heidelberg

Krey, Volker und Dierlamm, Alfred: Gewinnabschöpfung und Geldwäsche – Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorschriften des Entwurfes eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität, in JR 1992, 353

Kühl, Kristian: Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln, Berlin, Bonn, München 1983

Kühne, Hans-Heiner: Strafprozeßrecht: Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1999

Küttner, Wolfdieter: Personalhandbuch 1999, 6. Auflage, München 1999

Lackner, Karl und Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Auflage, München 1999

Lampe, Ernst-Joachim: Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB), in JZ 1994, 123

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin Göttingen, Heidelberg 1991

Larenz, Carl und Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994

Lee, Jae-Sang: Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz in Deutschland und in Korea: strafrechtliche und strafprozeßrechtliche Regelungen, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1996

Leipziger Kommentar, Herausgeber: Jähnke, Burkhard, Laufhütte, Wilhelm und Odersky, Walter, 11. Auflage, Berlin, New York 2000

Löffler, Joachim: Die Herausgabe von beschlagnahmten oder sichergestellten Sachen im Strafverfahren, in NJW 1991, 1705

Löwe – Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Herausgeber: Rieß, Peter, 24. Auflage, Berlin, New York 1988

Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich und Starck, Christian: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 1999

Maunz, Theodor und Dürig, Günter: Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand Oktober 1999

Maurach, Reinhart und Zipf, Heinz: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1992

Maurach, Reinhart; Gössel, Heinz und Zipf, Heinz: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg 1989

Mayer, Ulrich: Kein Verfall von Schmiergeldern, in NJW 1983, 1300

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1999

Meurer, Dieter: Anmerkung zu LG – Berlin, NSTZ 1991,437, in NSTZ 1991,438

Meyer, J: Anmerkung zu BGHSt 36, 251 in JR 1990, 208

Meyer, Jürgen und Hetzer, Wolfgang: Neue Gesetze gegen die Organisierte Kriminalität in NJW 1998, 1017

Meyer, Karlheinz: Grenzen der Unschuldsvermutung, in Festschrift für Herbert Tröndle, Berlin, New York 1989, S. 61 ff.

Möhrenschläger, Manfred: Das OrgKG – eine Übersicht nach amtlicher Materialien, in wistra 1992, 281

Müller-Dietz, Heinz: Sozialstaatsprinzip und Strafverfahren in Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag, Berlin, New York 1982

Müller-Gugenberger, Christian und Bieneck, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, München, Köln 2000

v. Münch, Ingo und Kunig, Philip: Grundgesetz – Kommentar, 5. Auflage, München 2000

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herausgeber: Rebmann, Kurt, Säcker, Franz Jürgen und Rixecker, Roland, 4. Auflage (Bd. 1, 2, 7), München 2001

Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Herausgeber: Lüke, Gerhard und Wax, Peter, 2. Auflage, München 2000

Naucke, Wolfgang: Strafrecht, eine Einführung, 9. Auflage, Neuwied und Kriftel 2000

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Gesamtedaktion: Neumann, Ulfried und Schild, Wolfgang, 1. Auflage, Baden-Baden 1995

Ostendorf, Heribert: Organisierte Kriminalität – eine Herausforderung für die Justiz, in JZ 1991, 62

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München 2001

Perron, Walter: Vermögensstrafe und erweiterter Verfall, in JZ 1993, 918

Peters, Karl: Strafprozeß; ein Lehrbuch, 4. Auflage, Heidelberg 1985

Pfeiffer, Gerd: Strafprozeßordnung, 2. Auflage, München 1999

Pieroth, Bodo und Schlink, Bernhard: Grundrechte – Staatsrecht II, 16. Auflage, Heidelberg 2000

Prölls, Erich R., Martin, Anton: Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 26. Auflage, München 1998

Ranft, Otfried: Strafprozeßrecht, systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis, 2. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1995

Rengier, R.: Anmerkung zu BGHSt 33, 37 in JR 1985, 249

Richter, Hans: Anmerkung zu OLG Stuttgart, wistra 1990, 165, in wistra 1991, 167

Rieß, Peter: Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, München 1984

Roxin, Claus:

- Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Auflage, München 1997
- Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1997

Rüping, Hinrich: Das Strafverfahren, 3. Auflage, München 1997

Sachs, Michael: Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1999

Sarstedt, Werner und Hamm, Rainer: Die Revision in Strafsachen, 6. Auflage, Berlin, New York 1998

Schaefer, Hans-Christian: Die Neufassung der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren, in NJW 1977, 21

Schäfer, Helmut: Die Rückgabe beschlagnahmter Beweismittel nach Rechtskraft des Urteils, in wistra 1984, 136

Schaub, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Auflage, München 2000

Schlüchter, Ellen:

- Das Strafverfahren, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1983
- Kernwissen Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Thüngersheim 1999

Schmehl, Martin und Vollmer, Walter: Die Assessorklausur im Strafprozeß, 6. Auflage, München 2000

Schmidt, Karsten: Handelsrecht, 5. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1999

Schmitt, Rudolf: Aktivierung des "Verfalls"!, in Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 295 ff.

Scholz, Rupert: Erweiterung des Adhäsionsverfahrens – rechtliche Forderung oder rechtspolitischer Irrweg in JZ 1972, 725

Schönke, Adolf und Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2001

Schoreit, Armin: Bekämpfung der organisierten Kriminalität und anderer neuer Formen von Straftaten aus der Sicht der Polizei und der Staatsanwaltschaft (Strafverfolgung), in StV 1991, 535

Schultehinrichs, Friedrich: Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, Mainz 1991

Spickhoff, Andreas: Bankenhaftung bei fehlgeschlagenen Immobilienerwerber – Treuhandmodellen, in BB 1999, 165

Staudinger, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1999, 13. Bearbeitung

Stein, Friedrich und Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Auflage, München 1996

Stratenwerth, Günter: Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2000

Stree, Walter:

- Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960
- In dubio pro reo, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 5, Tübingen 1962

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Gesamtedaktion: Rudolphi, Hans-Joachim, Neuwied, Kriftel, Berlin 1994

Sytematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Gesamtedaktion: Rudolphi, Hans-Joachim, Neuwied, Kriffel, Berlin 1986

Tränkmann: Die Einziehung des Mehrerlöses, in Deutsche Justiz 1941, 1141

Tröndle, Herbert und Fischer, Thomas (Hrsg.): Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, München 2001

Volk, Klaus: Strafprozeßrecht, München 1999

Weiland, Bernd: Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, 2. Auflage, München 1996

Weßlau, Edda: Neue Methoden der Gewinnabschöpfung ? – Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, in: StV 1991, 226

Wessels, Johannes und Beulke, Werner: Strafrecht, allgemeiner Teil, 30. Auflage, Heidelberg 2000

Wolters, Gereon: Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift, Baden-Baden 1995

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung, 22. Auflage, Köln 2001

