

Die neue Einziehung gem. §§ 73ff. StGB aus Opfersicht - Steine statt Brot?

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2020. "Die neue Einziehung gem. §§ 73ff. StGB aus Opfersicht - Steine statt Brot?" *Neue Kriminalpolitik (NK)* 32 (2): 154–70.
<https://doi.org/10.5771/0934-9200-2020-2-154>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Johannes Kaspar

Die neue Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB aus Opfersicht – Steine statt Brot?

Abstract

Das am 1.7.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung brachte weitreichende Änderungen, darunter einen vollkommen neuen Umgang mit Ersatzansprüchen von Geschädigten. Nach alter Rechtslage war eine Einziehung bekanntlich ausgeschlossen, wenn solche Ansprüche bestanden. Nun eröffnet das neue Recht eine umfassende Möglichkeit (und in weiten Teilen sogar die Pflicht), auch in diesen Fällen das durch die Tat Erlangte oder entsprechenden Wertersatz einzuziehen. Die Ansprüche von Geschädigten werden im anschließenden Vollstreckungsverfahren befriedigt. Der Staat greift mit seinen umfassenden Zwangsmitteln erst einmal rigoros und großflächig zu und verteilt dann kostenlos an die Geschädigten – das klingt nach einer großartigen Serviceleistung. Und tatsächlich beruft sich der Gesetzgeber in den Materialien auf den Aspekt der effektiveren Opferentschädigung. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das neue Recht mit seinem extrem ausgedehnten Anwendungsbereich ganz pauschal (und unabhängig von Opferinteressen) vermeintliche „Abschöpfungslücken“ schließen soll und damit letztlich auch handfeste fiskalische Interessen bedient. Gegen einige Bestandteile der Neuregelung bestehen verfassungsrechtliche Bedenken. Aus Opfersicht bringt sie neben gewissen Verbesserungen auch manche Nachteile mit sich, u.a. eine drohende zeitliche Verzögerung oder gar Vereitelung der Befriedigung der Ansprüche. Ein denkbarer positiver Nebeneffekt der Reform ist immerhin eine Belebung der Wiedergutmachungsvorschrift in § 46a StGB, die bislang vor allem im Wirtschaftsstrafrecht ein Schattendasein führt. Die weitere Entwicklung der Praxis der Einziehung sollte möglichst empirisch erforscht werden.

Schlagwörter: Einziehung; Bruttonprinzip; Opferentschädigung; Täter-Opfer-Ausgleich

The new law on the recovery of assets (§§ 73 ff. StGB) from the victim's perspective

Abstract

On July 1st 2017, new regulations on the recovery of assets brought about huge changes, not least a completely new approach to victim compensation. In former times, con-

fiscation was (as a rule) excluded if there existed claims by individual victims against the offender. That has been changed: Now, in a first step, the state can (and in many cases has to) confiscate assets; in the next step, they are distributed to victims in the course of the execution of the sentence. At first glance, that sounds quite convenient for victims, and the legislator does indeed emphasize this aspect of the new law – somehow distracting from the fact that the new law allows for vast confiscation independent of the existence or interest of individual victims. The new law even contains some possible disadvantages for them, including the danger of delaying or in some cases even impeding victim compensation. A possible positive side effect of the new law is that in order to avoid confiscation orders, offenders might have a new incentive to be open for victim-offender-mediation or compensation according to § 46a StGB, which has played almost no role in cases of economic crime so far. Further developments in practice should be evaluated by empirical research.

Keywords: Recovery of assets; confiscation; gross principle; victim compensation

A. Wesentliche Elemente der Neuregelung und Hauptkritikpunkte

Mit dem am 1.7.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung¹ wurde das Recht der Einziehung grundlegend neugestaltet. In Anlehnung an den international gebräuchlichen Begriff der „confiscation“ ist nunmehr nur noch einheitlich von der „Einziehung“ die Rede. Neben dieser zunächst rein terminologischen Änderung² wurde aber auch der Anwendungsbereich der Einziehung auf verschiedenen Ebenen massiv erweitert.³ Bisher bestehende Begrenzungsmechanismen sind weggefallen, neue Einziehungsvarianten wurden etabliert. Die Praxisrelevanz der §§ 73 ff. StGB wird weiter zunehmen, so dass manche schon eine „dritte Spur“ des Sanktionensystems erkennen.⁴ Im Folgenden sollen zunächst (in der gebotenen Kürze) einige wichtige nicht-opferbezogene Elemente der Neuregelung dargestellt werden, bevor im Anschluss auf den Aspekt der Opferentschädigung vertieft eingegangen wird.

Das Bruttoprinzip bei der Bestimmung des Gegenstands bzw. Umfangs der Einziehung wurde nur leicht modifiziert.⁵ Zwar ist nun in § 73d Abs. 1 S. 1 StGB geregelt, dass Aufwendungen des von der Einziehung Betroffenen bei der Bestimmung des durch die Tat Erlangten abgezogen werden können, was zunächst eher nach Nettoprinzip klingt. Das wird aber durch die Regelung im Anschluss wieder relativiert, wo-

1 BGBl. 2017 I, S. 872.

2 Nach Korte wistra 2018, 1 soll sie auch inhaltliche Bedeutung haben und ausdrücken, dass die betroffenen Gegenstände jetzt für die Befriedigung von Ersatzansprüchen zur Verfügung stehen.

3 Schäuble/Pananis NStZ 2019, 65, 68 sprechen von einer „nicht unerheblichen Verschärfung zulasten der Einziehungsadressaten“; s. auch Rettke NZWiSt 2019, 338, 342; Heuchemer NZWiSt 2019, 209; Meinecke StV 2019, 69, 70.

4 Bittmann NZWist 2016, 131; Saliger ZStW 2017, 995, 996.

5 Rönnau/Begemeier GA 2017, 1, 4 sprechen von einem „normativ eingeschränkten Bruttoprinzip“.

nach nicht abzugsfähig ist, was „für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung“ aufgewendet oder eingesetzt wurde, es sei denn, es handelte sich dabei um „Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat“ (§ 73d Abs. 1 S. 2 StGB). Das Bemühen des Gesetzgebers, mehr Rechtssicherheit zu schaffen, ist anzuerkennen, nachdem sich zum alten Recht eine disparate Rechtsprechung der verschiedenen BGH-Senate entwickelt hatte.⁶ Allerdings enthält auch das neue Recht keine ganz trennscharfen Begriffe, so dass weiterhin schwierige Auslegungsprobleme zu erwarten sind⁷ und sich in der aktuellen Rechtsprechung auch bereits abzeichnen.⁸

Der festgefahrene Streit um die Rechtsnatur der Einziehung⁹ ist durch die Neuregelung nicht obsolet geworden, sondern wird weiter schwelen. Abgesehen von der gesetzlichen Einordnung in die Verlegenheitskategorie der „Maßnahme“ in § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB bleibt weiterhin fraglich, ob die Einziehung nicht doch (entgegen der Annahme des Gesetzgebers) in ihrer konkreten Ausgestaltung zumindest strafähnlichen Charakter hat.¹⁰ Das zentrale Argument dafür liegt schon seit langem auf dem Tisch: Der Teil der Einziehung, der über die Abschöpfung des durch die Tat erzielten Gewinns hinausgeht, ist ein im Einzelfall belastendes bis existenzvernichtendes zusätzliches Übel, das dem Täter aus Anlass der Straftat auferlegt wird, so dass zumindest eine Strafähnlichkeit naheliegt.

Das Argument, wonach die Einziehung bloßen „kondiktionsähnlichen Charakter“¹¹ im Sinne des Bereicherungsrechts habe, hilft bei dieser Frage nicht weiter. Denn im Rahmen des Bruttoprinzips wird ja gerade mehr als die reine „Bereicherung“ abgeschöpft;¹² und ob die zivilrechtliche Wertung des § 817 S. 2 BGB, wie der Gesetzgeber meint,¹³ hier überhaupt herangezogen werden kann und dann auch geeignet ist, dem „Abschöpfungsüberschuss“ den punitiven Charakter zu nehmen, ist sehr fraglich – und zwar nicht nur, weil es sich beim horizontalen Ausgleich zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten im Zivilrecht um eine andere Konstellation als im Verhältnis des Staates zum Straftäter geht, sondern auch, weil der Ausschluss der Kondiktion in § 817 S. 2 BGB seinerseits u.a. mit punitiven, neuerdings eher generalpräventiven Argumenten erklärt wird.¹⁴ Da die Generalprävention ein weithin anerkannter Strafzweck ist,

6 S. nur SSW-StGB-Heine § 73 Rn. 17; Trüg NJW 2017, 1913, 1914.

7 S. nur Gebauer ZRP 2016, 102, 103; Rübenstahl NZWiSt 2018, 255 f.; Bittmann NZWiSt 2019, 445; Andorfer/Rimpf NZWiSt 2019, 54, 57 f.

8 Vgl. die Nachweise bei Rönnau/Begemeier NStZ 2020, 1.

9 S. dazu nur Saliger ZStW 2017, 995, 1004 ff.

10 So die wohl h.M. in der Literatur, s. aus jüngerer Zeit etwa Gebauer ZRP 2016, 102 f.; Heuchemer NZWiSt 2019, 209, 210; Habetha NJW 2019, 1642, 1643 m.w.N. sowie auf der Grundlage des neuen Rechts (und anhand des Maßstabs von Art. 7 EMRK) auch LG Kaiserslautern StV 2018, 333 f. dazu Saliger/Schörner StV 2018, 388; a. A. OLG Köln StraFo 2018, 204; OLG München wistra 2018, 518 f. sowie die Rechtsprechung des BGH, s. nur BGH NStZ 2018, 400 m. Anm. Müller-Metz.

11 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004 – 2 BvR 564/95 = NJW 2004, 2073.

12 Vgl. nur Sch/Sch-Eser/Schuster, Vorbemerkungen zu §§ 73 ff. StGB Rn. 16.

13 Kritisch etwa Saliger ZStW 2017, 995, 1006; Becker/Heuer NZWiSt 2019, 411, 416; Börner StraFo 2020, 89, 93.

14 Vgl. nur MüKo-BGB-Schwab, § 817 Rn. 10 m.w.N.

lässt sich aus dieser Regelung also kein zwingendes Argument gegen einen pönalen Charakter der Einziehung ableiten.

Damit wird auch deutlich, dass das klassische Argument, wonach es bei der Einziehung um andere Ziele als um Schuldausgleich gehe, so dass schon deshalb keine Strafe vorliege, schwach ist und durch permanente Wiederholung nicht besser wird. Denn Strafen dienen nach heute ganz h.M. eben mehreren Zwecken, darunter auch der Prävention. Nach dem BVerfG soll durch die Einziehung das „Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts“ geschützt werden und zugleich ein Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Straftaten vermieden werden¹⁵ – das ist nichts anderes als der Strafzweck der (positiven wie negativen) Generalprävention.¹⁶ Üblicherweise wird dann auf der Suche nach einem Spezifikum der Strafe damit argumentiert, dass nur sie ein sozialetisches Unwerturteil enthalte bzw. nur sie dem Schuldausgleich diene – und all dies sei bei der Einziehung eben nicht der Fall.¹⁷ Das Problem mit dieser Argumentation ist evident: Wenn es der Gesetzgeber in der Hand hat, den Strafcharakter einer Maßnahme durch schlichte Vergabe der genannten vagen und wertausfüllungsbedürftigen Etiketten wie das Licht einer Lampe an- oder auszuknippen, könnte er nach Belieben über die Geltung von schützenden Prinzipien wie bspw. Art. 103 Abs. 2 GG disponieren.¹⁸ Man kennt diese Diskussion von der Sicherungsverwahrung,¹⁹ und auf die Einziehung lässt sich dieser Punkt *cum grano salis* übertragen.

Die Neuregelung hat daran nichts geändert, im Gegenteil lassen sich nun sogar neue Argumente für einen zumindest strafähnlichen Charakter finden: Die Einziehung soll nach der Rechtsprechung²⁰ und der Konzeption des Gesetzes auch in den Fällen möglich sein, in denen zivilrechtliche (und damit auch bereicherungsrechtliche) Ansprüche verjährt sind (in den Fällen des § 76a StGB sogar unabhängig von der strafrechtlichen Verjährung, solange 30 Jahre nicht abgelaufen sind, s. § 76b StGB). In diesen Fällen wird der Übelcharakter der Einziehung, der über eine schlichte Abschöpfung der Täterbereicherung hinausgeht, besonders deutlich.²¹ Gleiches gilt für die Kombination aus „modifiziertem“ Bruttoprinzip (das in vielen Fällen weiterhin den Abzug von Aufwendungen verbieten wird) und massiver Ausweitung des Anwendungsbereichs, die im Ergebnis zu einer Intensivierung der Eingriffstiefe führt – was als ergänzendes Kriterium bei der Bestimmung der Rechtsnatur richtigerweise heranzuziehen ist.²²

Relevant ist die Bewertung der Rechtsnatur gerade auch bei den besonders umstrittenen Sonderformen der erweiterten und der selbständigen Einziehung. Die (nach neu-

15 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004 – 2 BvR 564/95 = NJW 2004, 2073.

16 S. auch *Schäuble/Pananis* NStZ 2019, 65; *Sch/Sch-Eser/Schuster*, Vorbemerkungen zu §§ 73 ff. Rn. 16.

17 Das BVerfG NJW 2004, 2073, 2074 argumentiert etwa mit der (hier fehlenden) Zielsetzung, dem Täter ein Fehlverhalten vorzuwerfen und ihm deshalb „vergeltend ein Übel“ aufzuerlegen.

18 Ähnlich *Becker/Heuer* NZWiSt 2019, 411, 415.

19 Vgl. nur *Kaspar/Höffler* ZStW 2012, 87 sowie *Kaspar* ZStW 2015, 654.

20 OLG München 20.7.2018 – 5 OLG 15 Ss 96/18.

21 So *Wengenroth* wistra 2018, 521, 522.

22 S. nur *Saliger* ZStW 2017, 995, 1006; *Becker/Heuer* NZWiSt 2019, 411, 416 f.

em Recht im wahrsten Sinne des Wortes) „erweiterte“ Einziehung gem. § 73a StGB (früher: § 73d StGB) betrifft Vermögenswerte, die nach der Überzeugung des Richters aus einer anderen Straftat als der abgeurteilten stammen. Bislang galt hier eine Beschränkung auf bestimmte Katalogtaten, was verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG zumindest abmilderte. Diese Beschränkung ist nun weggefallen, so dass bei jeder Straftat eine erweiterte Einziehung möglich wird – eine Ausweitung, die deutlich über das hinausgeht, was zur Anpassung an die Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/42/EU nötig gewesen wäre.²³ Mit dem Einbezug sämtlicher Straftaten sind nun viele individuelle Tatgeschädigte betroffen, deren Anspruchsdurchsetzung im Rahmen der erweiterten Einziehung zumindest gefährdet erscheint²⁴ – denn eine genaue Ermittlung der Tatumstände und damit auch der konkreten Geschädigten wird in der Regel nicht erfolgen. Damit laufen auch entsprechende Mitteilungspflichten (vgl. §§ 459i, 111i StPO) ins Leere, und die Geschädigten werden vom Einziehungsvorgang im Zweifel dauerhaft nicht erfahren. Einige Autoren gehen mit guten Gründen davon aus, dass der Gesetzgeber auf diese Weise nicht, wie er es selbst formuliert, den Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen „ausgeschöpft“,²⁵ sondern ihn in Bezug auf Art. 14 Abs. 1 GG ausgeschöpft hat.²⁶

Ein besonders umstrittenes Element der Reform, das den Willen des Gesetzgebers zur massiven Erleichterung und Ausweitung der Einziehung deutlich macht, ist die sog. selbstständige Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB, die u.a. an die US-amerikanische non-conviction-based confiscation angelehnt ist.²⁷ Hier soll in einem selbstständigen Verfahren (§§ 435 ff. StPO) unabhängig von einem gesicherten Nachweis einer deliktischen Herkunft des Vermögenswertes und auch ohne sonstige Verurteilung eine Einziehung möglich sein. Es genügt, wenn sich der Richter eine Überzeugung von einer deliktischen Herkunft gebildet hat, wobei er sich dabei gem. § 437 StPO u.a. auf ein „grobes Missverhältnis zwischen dem Wert des Gegenstandes und den rechtmäßigen Einkünften des Betroffenen“ stützen kann. Die Frage bleibt allerdings auch hier, wie eine solche Überzeugung entstehen soll, wenn die konkrete deliktische Herkunft letztlich offen bleibt und jedenfalls faktisch der bloße „Anschein“ der Bemakelung ausschlaggebend ist.²⁸ Zwar wird der Anwendungsbereich durch einen Katalog von

23 S. nur *Meißner* KriPoz 2017, 237, 242; *Trüg* NJW 2017, 1913, 1914; *Schilling/Corsten/Hübner* StraFo 2017, 305, 308.

24 Vgl. *Saliger* ZStW 2017, 995, 1021. S. auch BVerfG NJW 2004, 2073, 2078 f., wo – noch in Bezug auf die alte Rechtslage – vor einer möglichen Beeinträchtigung von Verletzteninteressen gewarnt wird.

25 So *Korte* wistra 2018, 1, 8 mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung.

26 Verfassungsrechtliche Bedenken bei *Rönnau/Begemeier* NZWiSt 2016, 260, 264 sowie *Saliger* ZStW 2017, 995, 1019. Dagegen *Korte* wistra 2018, 1, 6.

27 BR-Drs. 418/16, S. 80. Zum europäischen Vergleich s. *Rui/Sieber* Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, 2016.

28 Vgl. *Trüg* NJW 2017, 1913, 1016 der von einer „Verdachtssanktion“ spricht. S. auch *Meißner* KriPoz 2017, 237, 242; *Pelz* NZWiSt 2018, 251, 254. Umfassende Kritik bei *Schilling/Hübner* StV 2018, 49.

Straftaten beschränkt²⁹ – zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass durch die Aufnahme der Geldwäsche gem. § 261 StGB ein Einfallstor für den Einbezug einer ganzen Reihe von Eigentums- und Vermögensdelikten eröffnet wurde.³⁰ Auch ergibt sich aus den Ausführungen zum Begriff des „Herrührens“ gem. § 261 StGB in der Gesetzesbegründung (wo auf die Theorie der Totalkontamination Bezug genommen wird), dass auf diese Weise offenbar auch Gegenstände eingezogen werden sollen, die nur zu einem Teil mit Mitteln deliktischer Herkunft erworben wurden. Damit würden dann über das modifizierte Bruttonprinzip hinaus auch legal erworbene Vermögensbestandteile an den Staat fallen.³¹ Das würde die Eingriffsintensität weiter erhöhen, was sich sowohl auf die Bestimmung der Rechtsnatur³² als auch auf die Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG³³ auswirkt.

Bei Annahme eines strafähnlichen Charakters der verschiedenen Formen der Einziehung steht auch eine Verletzung des Rückwirkungsverbots gem. Art. 103 Abs. 2 GG im Raum,³⁴ denn das neue Recht der Einziehung (inklusive seiner verschiedenen Verschärfungen und Ausweitungen) soll gem. § 316h StGB abweichend von § 2 Abs. 5 StGB auch bei Straftaten angeordnet werden können, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begangen wurden.³⁵ Das BVerfG hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2004 dem erweiterten Verfall (nach damaliger Rechtslage) den Strafcharakter abgesprochen,³⁶ und man wird abwarten müssen, ob die neue Rechtslage dem Gericht Anlass zu einer neuen Bewertung geben wird. Nach den Erfahrungen mit der Rechtsprechung zur Natur der Sicherungsverwahrung ist das eher nicht zu erwarten. Immerhin sieht der 3. Senat des BGH bei bereits verjährten Taten eine allgemeine Rückwirkungsproblematik gem. Art. 20 Abs. 3 GG.³⁷ Es wird mit Spannung zu erwarten sein, wie sich das BVerfG dazu positioniert.

29 Nach BGH NStZ 2020, 149 (m. Anm. *Bittmann*) muss bereits zum Zeitpunkt der Sicherstellung ein Verdacht wegen einer Katalogtat bestanden haben und die Sicherstellung deswegen erfolgt sein.

30 *Trüg* NJW 2017, 1913, 1916.

31 Dazu (kritisch) *Rönnau/Begemeier* JZ 2018, 443 ff. Für eine verfassungskonforme restriktive Auslegung SSW-StGB-Heine § 73 Rn. 15.

32 *Rönnau/Begemeier* JZ 2018, 443, 448; *Becker/Heuer* NZWiSt 2019, 411, 416 f.

33 Verfassungsrechtliche Bedenken u.a. *Gebauer* ZRP 2016, 101, 104; *Saliger* ZStW 2017, 995, 1032; *Rönnau/Begemeier* JZ 2018, 443, 447; *Höft* HRRS 2018, 196 ff.

34 S. dazu *Hennecke* NZWiSt 2018, 121.

35 Ausgenommen sind nur Fälle, in denen vor Inkrafttreten der Norm am 1.7.2017 bereits über die Anordnung der Einziehung entschieden wurde.

36 BVerfG NJW 2004, 2073.

37 BGH Vorlagebeschluss. v. 7.3.2019, 3 StR 192/18 = NZWiSt 2019, 303. Instruktiv zu den unterschiedlichen Maßstäben von Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG *Werndl* 2018.

B. Einziehung und Opferentschädigung

I. Die Opferentschädigung nach altem Recht

Nach alter Rechtslage wurde die Konkurrenz von staatlicher Einziehung und Ersatzansprüchen des Geschädigten durch die pauschale Regelung in § 73 Abs. 1 S. 2 StGB auf klare, aber auch rigide Weise gelöst. Danach war der (damals noch sog.) Verfall bei bestehenden Schadensersatzansprüchen stets ausgeschlossen – eine Regelung, die nach einem geflügelten Wort als „Totengräber“ des (damals noch so bezeichneten) Verfalls³⁸ bezeichnet wurde.³⁹ Die Strafjustiz konnte Vermögenswerte für die Geschädigten lediglich im Rahmen der sog. „Rückgewinnungshilfe“⁴⁰ vorläufig sichern. Für die Durchsetzung der Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg mussten die Opfer selbst sorgen,⁴¹ und daneben mussten sie in einem gesonderten strafprozessualen Verfahren die Zulassung der Zwangsvollstreckung beantragen. Dabei galt ein Prioritätsprinzip, also die vorrangige Befriedigung des Geschädigten, der als erster aktiv wurde – ein unbefriedigender Zustand, der oft als „Windhundrennen“⁴² bezeichnet wurde. Alles in allem, so resümiert der Gesetzgeber in seiner Begründung der neuen Regelung, sei die Opferentschädigung nach alter Rechtslage mit „besonderen tatsächlichen und rechtlichen Problemen“ behaftet gewesen; viele Geschädigte hätten „Kosten und Aufwand für dieses komplizierte und mit unsicheren Erfolgsaussichten behaftete Verfahren“ gescheut.⁴³

II. Die neue Rechtslage

Dem wollte man mit der Neuregelung entgegenwirken. Der Staat soll nun proaktiv kriminell erlangte Vermögenswerte einziehen, ganz unabhängig von der Frage, ob Ersatzansprüche von geschädigten Personen bestehen. Die Neuregelung der Opferentschädigung durch Streichung von § 73 Abs. 1 S. 2 StGB wird als „Kernstück des Reformvorhabens“⁴⁴ gepriesen. Das Regelungsmodell der Rückgewinnungshilfe werde nun ebenso hinfällig wie die „komplizierte Vorschrift“ in Bezug auf den staatlichen Auffangrechtserwerb.

Bereits im Ermittlungsverfahren können Vermögenswerte gem. § 111b StPO durch Beschlagnahme bzw. gem. § 111e StPO durch Vermögensarrest gesichert werden,⁴⁵ wobei ein einfacher Anfangsverdacht genügt. Bei Vorliegen dringender Gründe „sol-

38 *Trüg* NJW 2017, 1913, 1914 m.w.N. Die Bezeichnung geht soweit ersichtlich auf *Eberbach* NStZ 1987, 486, 491 zurück.

39 Für die Abschaffung von § 73 Abs. 1 S. 2 StGB plädierte u.a. *Baretto da Rosa* ZRP 2012, 39.

40 Dazu *Bittmann* NStZ 2015, 1.

41 *Trüg* NJW 2017, 1913, 1914.

42 *Meißner* KriPoz 2017, 237, 240; *Trüg* NJW 2017, 1913, 1918.

43 BT-Drs. 18/9525, 1.

44 BR-Drucks. 418/16, S. 51.

45 *Köhler* NStZ 2017, 497, 501.

len“ die genannten sichernden Maßnahmen sogar erfolgen. Im Unterschied zur früheren Rechtslage muss ein besonderes Sicherungsbedürfnis nicht mehr eigens dargelegt werden.⁴⁶

Die Einziehungsentscheidung durch das Gericht erfolgt dann in der Mehrzahl der Fälle⁴⁷ zwingend, also ohne jedes Ermessen.⁴⁸ Mögliche Ansprüche von Geschädigten werden sodann erst im zweiten Schritt, d.h. im Rahmen des Strafvollstreckungsverfahrens befriedigt.⁴⁹ Davon profitieren kann allerdings nur der Kreis der „Verletzten“ im Sinne der §§ 73 ff. StGB. Nach der Gesetzesbegründung ist Verletzter nur derjenige, dem nach den Feststellungen des Urteils aus der Tat ein Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist.⁵⁰ Der Entschädigungsanspruch ist mit anderen Worten „die Kehrseite des Erlangten“⁵¹, womit andere Anspruchsinhalte wie Schmerzensgeld oder Ersatz sonstiger Schäden ausgeschlossen sind. Die Bezugnahme auf den Urteilsinhalt bedeutet zudem, dass Verletzte von nicht abgeurteilten Taten (z.B. solchen, die gem. §§ 154, 154a StPO eingestellt wurden) nicht einbezogen sind.

Geht es um einen aus der Tat erlangten Gegenstand, wird dieser im Urteil eingezogen und später gem. § 459h Abs. 1 StPO an den Geschädigten herausgegeben, ggf. unter Rückübertragung des Eigentums. Ist die Einziehung eines Gegenstands nicht möglich, wird vom Gericht gem. § 73c StGB die Einziehung von Vermögen in Höhe des Werts des Gegenstands angeordnet. Nach der Rechtskraft der Entscheidung werden die eingezogenen Vermögensgegenstände verwertet und der Verletzte aus dem Erlös befriedigt, § 459h Abs. 2 StPO. Reicht der Erlös nicht aus, um sämtliche Schadenersatzansprüche von mehreren Tatopfern zu befriedigen (sog. „Mangelfall“), erfolgt eine anteilige Entschädigung im Rahmen eines von der Staatsanwaltschaft zu beantragenden Insolvenzverfahrens (§ 111i Abs. 2 StPO).

Geschädigte müssen gem. §§ 459j Abs. 1, 459k StPO ihre Ansprüche innerhalb von sechs Monaten nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung anmelden. Üblicherweise erfolgt die Befriedigung der Opferansprüche also erst nach Rechtskraft der Einziehungsanordnung; nur die Herausgabe von Gegenständen an den Geschädigten kann in einfach gelagerten Fällen gem. § 111n Abs. 2, 4 StPO bereits im Ermittlungsverfahren erfolgen.⁵² Um die Geschädigten in die Lage zu versetzen, diese Frist einzuhalten, wurden Mitteilungs- und Hinweispflichten in § 459i StPO verankert. Die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde (bzw. der funktionell zuständige Rechtspfleger)

⁴⁶ Kritisch *Meißner* KriPoz 2017, 237, 242.

⁴⁷ Ausnahmen sind die Einziehung von Surrogaten (§ 73 Abs. 3 StGB), die (hier nicht behandelte) Einziehung von Tatprodukten etc. gem. §§ 74 ff. StGB sowie die selbständige Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB, die als „Soll-Vorschrift“ ausgestaltet ist.

⁴⁸ *Rettke* NZWiSt 2019, 281.

⁴⁹ BT-Drs. 18/9525, 2; BR-Drucksache 418/16, S. 2.

⁵⁰ *Köhler/Burkhard* NStZ 2017, 665, 679.

⁵¹ *Köhler/Burkhard* NStZ 2017, 665, 679.

⁵² Dabei hindert die erfolgte oder auch nur mögliche Beschlagnahme einer Sache richtigerweise nicht die Herausgabe unter den Voraussetzungen von § 111n Abs. 2 StPO, s. *Bittmann* NStZ 2019, 447, 450 gegen OLG Rostock, Beschl. v. 9.4.2018 – 18 Qs 32/18 (3).

muss dem Geschädigten eine Mitteilung über den Eintritt der Rechtskraft einer Einziehungsanordnung unverzüglich zustellen. Bei unverhältnismäßigem Aufwand kann die Mitteilung auch durch eine Bekanntmachung im Bundesanzeiger oder eine Veröffentlichung in sonstiger geeigneter Weise erfolgen, § 459i Abs. 1 S. 2 2. Hs. i.V.m. § 111i Abs. 4 StPO. Gerade in Großverfahren mit vielen Geschädigten wird man eher diesen Weg der Bekanntmachung wählen.⁵³ Bei Fristversäumnis kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden (§§ 459j Abs. 4, 459k Abs. 4 StPO).

III. Kritische Bewertung

Jetzt ist also alles anders. Aber ist es deswegen besser, wie in den Materialien vielfach betont wird?⁵⁴ Oder stimmt es, dass den Tatopfern nur „Steine statt Brot“ gegeben wurden?⁵⁵ Die Bewertung fällt ambivalent aus. Man muss anerkennen, dass der Gesetzgeber auf eine erneute rein punktuelle Reform einzelner Aspekte verzichtet hat. Anstatt gesetzgeberische Flickschusterei zu betreiben, hat er ein ganz neues System der Opferentschädigung entworfen, das zunächst durch seine Einfachheit besticht. Der Staat zieht ein und entschädigt dann in Eigenregie das Opfer im Rahmen der Strafvollstreckung. Damit erspart er den Geschädigten jedenfalls bei den erfassten Ansprüchen die Kosten und Mühen einer eigenen zivilrechtlichen Geltendmachung.⁵⁶ Genügt die eingezogene Vermögensmasse nicht zur Befriedigung aller Opferansprüche, liegt also ein sog. „Mangelfall“ vor, wird im Rahmen des dann anstehenden Insolvenzverfahrens eine gerechte und gleiche Verteilung der Masse unter allen Gläubigern gesichert; die Zufälligkeiten des früher herrschenden Prioritätsprinzips werden so vermieden. Zwar muss der Geschädigte innerhalb von sechs Monaten seine Ansprüche anmelden, aber die Einhaltung dieser Frist wird durch ausdrücklich geregelte Mitteilungspflichten abgesichert; zudem gibt es die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeter Fristversäumnis.

Als weiterer positiver Aspekt kommt die frühzeitige Sicherung von Vermögenswerten durch Beschlagnahme gem. § 111b StPO oder Vermögensarrest gem. § 111h StPO in Betracht. Die auf diese Weise gesicherten Vermögenswerte sind zwar grundsätzlich „insolvenzfest“⁵⁷ – allerdings mit einer wichtigen Ausnahme: Im Rahmen der Wertersatzeinziehung erlöschen gem. § 111i Abs. 1 S. 1 StPO die staatlichen Sicherungsrechte mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn Ansprüche von individuell Geschädigten existieren. Die entsprechenden Vermögenswerte gehen dann in die Insolvenzmasse über. Es gilt der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, und zwar im Verhältnis zu allen Gläubigern des Täters, nicht nur zu den anderen Tatopfern.⁵⁸ Aufgrund der Tat-

53 Bielefeld/Handel wistra 2019, 9, 10.

54 Zum verbesserten „Opferschutz“ als Ziel der Reform s. bereits Referenten-Entwurf, S. 54 ff.

55 Dierlamm StV 8/2016, I.

56 Positive Bewertung auch bei Trüg NJW 2017, 1913, 1918 sowie Bittmann u.a. 2020, Rn. 2044.

57 Genauer Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665, 677.

58 Kritisch etwa SSW-StGB-Heine § 73 Rn. 28.

sache, dass die Einziehung von Wertersatz in der Praxis die deutlich häufigere Form der Einziehung ist, bedeutet dies eine sehr relevante Einschränkung des Opferschutzes. Es fällt auf, dass hier eine andere Regelung getroffen wurde als bei Delikten gegen die Allgemeinheit, wo weiterhin der Vorrang der staatlichen Anspruchsbefriedigung gegenüber sonstigen Ansprüchen von Dritten gilt.⁵⁹

Den unbestreitbaren Vorteilen im Vergleich zur früheren Rechtslage stehen weitere Nachteile und Probleme des neuen Rechts gegenüber. Es wird vielfach befürchtet, dass sich die Opferentschädigung nun sehr in die Länge ziehen wird⁶⁰ – denn im Regelfall erfordert sie den Eintritt der Rechtskraft sowie die weitere Wartezeit, die sich aus der Sechs-Monats-Frist und dem daran anschließenden Tätigwerden der Vollstreckungsbehörde ergibt, für das keine klaren Verfahrensvorschriften und Fristen gelten.⁶¹ Gerade in Großverfahren aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts wird es oft Jahre dauern, bis eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung vorliegen wird. Das Problem der zeitlichen Verzögerung wird noch dadurch verschärft, dass den Gerichten die Möglichkeit offensteht, die Einziehungsentscheidung von der Hauptsache abzutrennen und erst in einem Nachverfahren zu erledigen.⁶² Die entsprechenden Vorschriften der §§ 422, 423 StPO könnten sich nach Rhode zu einem neuen „Totengräber“ der Einziehung entwickeln, nunmehr eben in prozessualer Gestalt.⁶³

In manchen Konstellationen könnte sogar der Eintritt der zivilrechtlichen Verjährung drohen, wenn sich Verfahren zu sehr in die Länge ziehen.⁶⁴ Dann könnten sich viele Geschädigte doch gezwungen sehen, ihre Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen,⁶⁵ was gerade nicht der Intention des Gesetzgebers entspräche, die Opferentschädigung zu vereinfachen und zu erleichtern. Dabei ist zu beachten, dass mit zivilrechtlichen Titeln nicht in sichergestellte Vermögenswerte vollstreckt werden kann, s. § 111h Abs. 2 StPO.⁶⁶ Das ist auch deswegen praktisch relevant, weil der frühe Zugriff des Staates auf die Vermögenswerte des Täters per Beschlagnahme oder Vermögensarrest in Zukunft noch häufiger erfolgen wird. Dadurch werde, so viele Kritiker, dem Opfer die „Haftungsmasse“ genommen; stattdessen werde es auf ein „aus Praktikersicht völlig ungeeignetes Erstattungs- und Verteilungsverfahren in der Straf-

59 Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665, 677; s. auch das Fallbeispiel bei Bittmann NZWiSt 2016, 131, 137.

60 Vgl. nur Rhode wistra 2018, 102, 104; Reh 2018, 256; Dierlamm StV 8/2016, I. Dagegen Korte wistra 2018, 1, 2, nach dem auch nach alter Rechtslage die Erlangung eines zivilrechtlichen Titels in komplexen Fällen zeitaufwändig war.

61 Zu Recht kritisch Bittmann u.a., Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 2020, Rn. 1940.

62 Köllner/Mück NZI 2017, 593, 597.

63 Rhode wistra 2018, 102, 103.

64 Köllner/Mück NZI 2017, 593, 597; Reh 2018, 256.

65 Rhode wistra 2018, 102, 103; Bittmann KriPoz 2017, 120, 130. Eine solche parallele Geltendmachung bleibt trotz erfolgter Einziehung möglich, so (klarstellend) Trüg NJW 2017, 1913, 1915. Problematisch ist eher die Frage der Vollstreckung aus Titeln, die auf diesem Wege erlangt wurden, s. dazu sogleich im Text.

66 Vgl. nur Nicola WM 2017, 2141, 2144.

vollstreckung verwiesen“.⁶⁷ Es wird auch vielfach befürchtet, dass die für die Entschädigung nunmehr zuständige Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde sowie (erst recht) die funktionell zuständigen Rechtspfleger mit diesen zusätzlichen Aufgaben massiv überlastet werden,⁶⁸ so dass auch deshalb Verzögerungen drohen.

Trotz der Mitteilungspflichten in §§ 111l und § 459i StPO ist nicht gewährleistet, dass die Geschädigten zuverlässig von den staatlichen Maßnahmen erfahren. Denn die v.a. in Großverfahren regelmäßig zu erwartende Bekanntgabe im Bundesanzeiger dürfte jedenfalls an den nicht anwaltlich vertretenen Geschädigten in vielen Fällen vorbeigehen.⁶⁹ Umso mehr sollte in diesen Fällen, um den Opferinteressen möglichst umfassend Rechnung zu tragen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand großzügig gewährt werden. Andernfalls droht ein Rechtsverlust durch Enteignung, wenn das Eigentum gem. § 75 Abs. 1 S. 2 StGB im Wege des sog. „kleinen Auffangrechtserwerbs“⁷⁰ an den Staat fällt. Zwar hat der Gesetzgeber auch für den Fall der Fristversäumung die Möglichkeit vorgesehen, mit einem vollstreckbaren Endurteil oder einem sonstigen Vollstreckungstitel die Rückübertragung oder Herausgabe zu erlangen, § 459j Abs. 5 StPO.⁷¹ Offen bleibt aber, ob ein durchsetzbarer Herausgabeanspruch des Geschädigten überhaupt noch besteht und tituliert werden kann, wenn das parallele zivilrechtliche Vorgehen erst nach dem erfolgten Eigentumsübergang gem. § 75 Abs. 1 S. 2 StGB an den Staat erfolgt. Auch eine ungerechtfertigte Bereicherung des Staates liegt in einem solchen Fall nicht vor, da § 75 Abs. 1 S. 2 StGB ja einen „rechtlichen Grund“ für den Eigentumserwerb des Staates enthält. Hier droht also zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes eine dauerhafte Enteignungswirkung. Allein eine (auch verschuldete) Fristversäumung sollte aber kein Grund sein, dem Tatopfer das Eigentum dauerhaft zu entziehen. Regressansprüche gegenüber dem (im Zweifel mittellosen) Täter sind dafür kein adäquater Ersatz.

Hinzu kommt die Tatsache, dass die Opferentschädigung auf bestimmte Personen und Ansprüche beschränkt bleibt. Denn nach dem oben erwähnten „dynamischen Verletztenbegriff“⁷², der auf die Feststellungen des Urteils abhebt, können einzelne Personen ihren entsprechenden Status als berechtigter Anspruchsteller im Laufe des Verfahrens verlieren, z.B. dann, wenn die sie betreffenden Taten gem. §§ 154, 154a StPO eingestellt werden. Gerade in Massenverfahren dürfte das relevant werden,⁷³ und dann sind die Betroffenen doch auf die reguläre Geltendmachung im Zivilrechtsweg angewiesen. Immerhin wird diese Härte dadurch abgemildert, dass es den Betroffenen bei fehlender Zahlungsfähigkeit des Täters freisteht, einen Insolvenzantrag gem. § 14 InsO

67 S. Köllner/Mück NZI 2017, 593, 597, die eine „Destabilisierung der Verletztenstellung“ befürchten.

68 Vgl. nur NK-WSS-Lindemann, § 73 StGB Rn. 24.

69 Bielefeld/Handel wistra 2019, 9, 10.

70 BT-Drs. 18/9525, 71.

71 S. dazu BT-Drs. 18/9525, 96.

72 Köllner/Mück NZI 2017, 593, 597; Bielefeld/Handel wistra 2019, 9, 11.

73 Vgl. Köhler/Burkhard NSTz 2017, 665, 679.

zu stellen.⁷⁴ In diesem Fall erlöschen wie oben erwähnt staatliche Sicherungsrechte, so dass im Rahmen des dann anstehenden Insolvenzverfahrens alle Gläubiger gleichbehandelt werden. Weiterhin sind von vornherein solche Ansprüche nicht erfasst, die nicht spiegelbildlich dem durch die Tat „Erlangten“ entsprechen, z.B. Schmerzensgeldansprüche oder Schadensersatzforderungen wegen beschädigten Eigentums nach einem Einbruchsdiebstahl.⁷⁵ In all diesen Fällen müssen die Geschädigten nach wie vor den Zivilrechtsweg beschreiten (wenn sie nicht ihr Glück im praktisch leider nach wie vor wenig Erfolg versprechenden Adhäsionsverfahren suchen)⁷⁶.

Insgesamt fällt die Bilanz also gemischt aus. Ob sich das neue Opferentschädigungsrecht in der Praxis bewährt oder eher, wie vielfach befürchtet, zu unzumutbaren Verzögerungen führt, die dann doch ein paralleles zivilrechtliches Vorgehen der Tatopfer nötig machen, ist im Moment noch offen. Empirische Studien zur Anwendungspraxis fehlen soweit ersichtlich. Hier sollte die empirische Sanktionsforschung dringend Ergebnisse liefern, um auch in diesem zunehmend wichtigen Bereich der staatlichen Sanktionierung evidenzbasiert vorzugehen und die rechtlichen Vorschriften ggf. nachzujustieren.

IV. „Formlose Einziehung“ und Opferentschädigung

Ein weiteres praktisch relevantes Problem ist das Verhältnis der „formlosen“ Vermögensabschöpfung zur Opferentschädigung. Vielfach wurde in der Vergangenheit der zwar gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte, aber von der obergerichtlichen Rechtsprechung für zulässig befundene Weg einer informellen Vermögensabschöpfung gewählt.⁷⁷ Dabei verzichtet der Angeklagte ausdrücklich auf seine denkbaren Ansprüche auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes; umgekehrt erfolgt sodann keine förmliche Einziehungsanordnung. Nach neuer Rechtslage hat das für den Geschädigten den Nachteil, dass der Gegenstand dann nicht vom System der Opferentschädigung erfasst wird, das trotz der oben erwähnten Probleme zumindest ein geregeltes Verfahren der Anspruchsbefriedigung vorsieht.⁷⁸ Der Geschädigte muss dann auf eigene Faust zivilrechtlich vorgehen und überhaupt erst einmal Kenntnis vom Verbleib des Gegenstands im staatlichen Gewahrsam erlangen – die Mitteilungspflichten der §§ 111f, 459i StPO greifen hier ja gerade nicht.

Der BGH⁷⁹ hat sich in mehreren Entscheidungen mit der Frage auseinandergesetzt, ob die bisherige formlose Abschöpfung nach neuer Rechtslage überhaupt noch zuläs-

74 BT-Drs. 18/9525, 48 ff.

75 *Trüg* NJW 2017, 1913, 1918. Kritisch zum Nichteinbezug von Schmerzensgeldansprüchen *Reh* 2018, 258 f.

76 Vgl. nur *Bielefeld/Handel* wistra 2019, 9, 12.

77 Vgl. nur NK-WSS-Lindemann, Vorbemerkungen §§ 73 ff. Rn. 18; *Brauch* NSTz 2013, 530; s. dazu auch umfassend (kritisch) *Ordner* 2016.

78 Vgl. *Hansen* NZWiSt 2019, 354 f.

79 BGHSt 63, 314 = NJW 2018, 2278; s. dazu die Anmerkungen von *Rönnau/Begemeier* JR 2019, 463 sowie *Hansen* NZWiSt 2019, 353. S. zuvor schon BGH, Urt. v. 10.4.2018, 5 StR

sig ist. Im Schrifttum wird das teilweise bestritten, u.a. mit Hinweis auf den nunmehr zwingenden Charakter der Einziehungsanordnung, von der nur in den geregelten Fällen ausnahmsweise abgesehen werden könne.⁸⁰ Der BGH folgt dem nicht: Das Gericht sei zwar durch den erklärten Verzicht nicht an einer formellen Einziehung gehindert, könne darauf aber zugunsten einer formlosen Vorgehensweise verzichten; der Vorgang (samt der Bestimmung der Eigentumsverhältnisse) sei dann anhand der zivilrechtlichen Vorschriften zu bestimmen.⁸¹ Die Ausführungen des BGH⁸² sind auch deswegen interessant, weil sie das Pathos, mit dem in der Gesetzesbegründung die Belange der Opfer betont werden, doch recht deutlich relativieren. Der BGH führt dazu zutreffend aus, dass dieser „Opferschutz“ nur dann zum Tragen komme, wenn eine Einziehung gerichtlich angeordnet werde. Wenn der Gesetzgeber eine Einschränkung oder einen Ausschluss der Praxis der formlosen Vorgehensweise zum Schutz der Opfer gewollt hätte, so der BGH, hätte es nahegelegen, dies ausdrücklich zu regeln. Das sei aber nicht geschehen, und daraus könne man schließen, dass „die Verbesserung des Opferschutzes aus Sicht des Gesetzgebers gegenüber der Vereinfachung der Vermögensabschöpfung im Erkenntnisverfahren keinen unbedingten Vorrang erhalten sollte.“ Auch die formlose Vermögensabschöpfung trage zum Anliegen des Gesetzgebers bei, dass „Straftäter deliktisch erlangte Vermögenswerte nicht dauerhaft behalten dürfen“. Deshalb sei es nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber sie „ungeachtet der mit dem neuen Modell der Opferentschädigung verbundenen Vorteile für den Geschädigten“ beibehalten habe. Damit wird die auch hier vertretene These bekräftigt, wonach der Hauptzweck der Reform gerade nicht die Belange der Opfer sind, sondern ein unkomplizierter und umfassender staatlicher Zugriff auf Vermögenswerte mit deliktischer Herkunft.

Der BGH betont immerhin, dass es mit „Rücksicht auf die Besserstellung der Geschädigten durch das neue Opferentschädigungsmodell (...) im Einzelfall sogar sachgerecht sein [könne], es nicht bei einer formlosen Vermögensabschöpfung zu belassen.“⁸³ Man wird das stärker formulieren müssen: Wo bereits früher gegen eine informelle Vorgehensweise rechtsstaatliche Bedenken gegen eine „formlose“ Vermögensabschöpfung unter den Bedingungen eines mit hoheitlichem Zwang verbundenen staatlichen Strafverfahrens existierten, gilt dies nach neuer Rechtslage umso mehr,⁸⁴ weil damit nun zusätzlich noch die Interessen der Tatgeschädigten beeinträchtigt werden. Die von manchen befürwortete (analoge) Anwendung von § 459h StPO⁸⁵ bzw. von §§ 111n, 111o StPO⁸⁶ ist nur eine Notlösung. Noch besser wäre der Weg, den das AG München

611/17; BGH, Beschl. v. 12.9.2018, 5 StR 400/18; BGH, Beschl. v. 11.12.2018 – 5 StR 198/18 = NZWiSt 2019, 309 m. Anm. *Hieramente*.

80 S. nur *Gerlach/Manzke* StraFo 2018, 101, 102; *Schuster* NZWiSt 2018, 510, 511 f.

81 S. vor allem BGH, Beschl. v. 11.12.2018 – 5 StR 198/18 (m. Nachweisen zu abweichenden Ansichten).

82 Zum Folgenden s. BGHSt 63, 314 ff.

83 BGHSt 63, 314; Für eine restriktive Handhabung sprechen sich auch *Bittmann* u.a. 2020 Rn. 1991 aus.

84 Kritisch auch *Köhler* NSTz 2017, 497, 501; BeckOK-StPO-*Temming* § 421 Rn. 10.

85 KK-*Appl.*, § 459 h Rn. 4.

86 BeckOK-StPO-*Coen*, § 459h Rn. 17.

in einer Entscheidung aus dem Jahre 2017 beschränkt hat.⁸⁷ Danach sei die Einziehung „grundsätzlich im Urteil anzuordnen (...), da ansonsten die Gefahr bestehen könnte, dass dem Geschädigten seine Rechte aus dem Herausgabeverfahren abgeschnitten würden.“

C. *Auswirkungen auf Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung gem. § 46a StGB*

Ein bislang wenig thematisierter opferbezogener Aspekt der neuen Einziehung ist die Frage der Auswirkungen auf freiwillige Wiedergutmachungsbemühungen des Täters gem. § 46a StGB. Bislang fristen der Täter-Opfer-Ausgleich gem. § 46a Nr. 1 StGB und die Schadenswiedergutmachung gem. § 46a Nr. 2 StGB⁸⁸ gerade im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts⁸⁹ ein Schattendasein. In Bezug auf § 46a Nr. 1 StGB ist das gut verständlich, da ein „kommunikativer Prozess“ zwischen Täter und Opfer zur „Konfliktlösung“ bei vielen Formen der Eigentums- und Vermögensdelinquenz wenig passend erscheint, nicht zuletzt dann, wenn juristische Personen geschädigt wurden. Anders ist die Situation bei § 46a Nr. 2 StGB, der auf materiellen Ausgleich gerade auch bei Vermögens- und Eigentumsdelinquenz zugeschnitten ist. Die Norm ist unproblematisch auch dann anwendbar, wenn juristische Personen geschädigt wurden.⁹⁰ Nur die im Wirtschaftsstrafrecht nicht seltenen abstrakten Gefährdungsdelikte zum Schutz kollektiver Rechtsgüter scheiden auch hier von vornherein aus.

Die Neuregelung der §§ 73 ff. StGB könnte in diesem Bereich zu einer Belebung führen. Denn sie hat, wie gesehen, zu einer deutlichen Ausweitung und Verschärfung der Einziehung geführt. Umso attraktiver ist es jetzt für den Täter, die förmliche Einziehungsanordnung tunlichst zu vermeiden. Hier kommt die Regelung des § 73e Abs. 1 StGB ins Spiel. Danach ist eine Einziehung ausgeschlossen, „soweit der Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist, erloschen ist.“ Erlischt der Anspruch erst nach der Einziehung, wird ihre Vollstreckung unzulässig (§ 459g Abs. 4 StPO). Eine doppelte Inanspruchnahme des von der Einziehung Betroffenen soll damit vermieden werden.⁹¹ Dabei tritt ein „Erlöschen“ im Sinne der Vorschrift nicht nur bei Erfüllung gem. § 362 BGB ein, sondern auch bei einem Erlass seitens des Anspruchsinhabers gem. § 397 BGB. Mangels anderslautender Regelungen muss auch ein vollständiger Verzicht des Geschädigten auf seine Ansprüche zur Unzulässigkeit der Einziehung führen.⁹²

87 AG München (Strafrichter), Urt. v. 10.10.2017 – 814 Ds 261 Js 160705/17; zust. Meyer-Goßner/Schmitt-Köhler, StPO, § 459h Rn. 1.

88 Näher zu beiden Wiedergutmachungsvarianten Kaspar 2004, 97 ff.; Kaspar/Weiler/Schlickum 2014, 19 ff.

89 Dazu aus jüngerer Zeit umfassend Reh 2018.

90 Kaspar/Weiler/Schlickum 2014, 31.

91 Köhler/Burkhard NSZ 2017, 665, 673.

92 Meißner NZWiSt 2018, 239, 244.

Der Gesetzgeber hat die Neuregelung bewusst „vergleichsfreundlich“ ausgestaltet, um einen zusätzlichen, d.h. über § 46a StGB hinausgehenden Anreiz für freiwillige Wiedergutmachungsbemühungen des Täters zu schaffen.⁹³ § 73e StGB ergänzt nun § 46a StGB in dem Sinne, dass aus Sicht des Täters je nach Konstellation nur einer der beiden Vorteile oder beide gemeinsam in Betracht kommen. Voraussetzungen und Reichweite beider Normen sind unterschiedlich. § 46a Nr. 2 StGB setzt kein Erlöschen der zivilrechtlichen Forderung voraus; für die im Ermessen des Gerichts stehende Strafrahmengmilderung bzw. das Absehen von Strafe genügt eine „überwiegende“ Entschädigung des Verletzten. Zudem sind alle auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche erfasst, darunter auch Schmerzensgeldansprüche.⁹⁴ Hier reicht die Wiedergutmachungsnorm also weiter als § 73e StGB. Umgekehrt ist bei vollständigem Verzicht des Geschädigten auf seine Forderungen zwar § 73e StGB anwendbar, aber § 46a Nr. 2 StGB nicht erfüllt, da dann keine „erheblichen persönlichen Leistungen“ bzw. ein „erheblicher persönlicher Verzicht“ des Täters vorliegen werden. Schließlich wird es aber auch Fälle geben, in denen der Täter die (ggf. per Vergleich reduzierten) Opferansprüche erfüllt und dabei die erwähnten besonderen personalen Elemente verwirklicht hat, z.B. durch Mehrarbeiten in der Freizeit oder eine Einschränkung der Lebensführung. Hier bleibt ihm die Einziehung erspart, und zugleich kann er von den Rechtsfolgen des § 46a StGB profitieren. Es bleibt abzuwarten, ob sich hier ein neuer Trend zu Wiedergutmachungsbemühungen entwickeln wird. Auf ein Problem wurde in der Literatur schon hingewiesen: Der „extensive Zugriff des Staates auf das Vermögen des Beschuldigten“ könnte Wiedergutmachungsbemühungen in vielen Fällen vereiteln⁹⁵ – denn anders als beim klassischen Täter-Opfer-Ausgleich geht es eben bei § 46a Nr. 2 StGB zwingend auch um materielle Ersatzleistungen, so dass ein gewisses Vermögen beim Täter noch vorhanden sein muss.⁹⁶

D. Schluss

Die Neuregelung der Einziehung hat bereits jetzt zu einer neuen Dimension der Vermögensabschöpfung geführt, was ihre Anwendungshäufigkeit und die erzielten Summen angeht. „Straftaten dürfen sich nicht lohnen“⁹⁷ wird im Zusammenhang mit der Einziehung oft betont. Das gilt aber nur für den Täter und nicht für den Fiskus, der auf diese Weise, man darf es ruhig erwähnen, nicht unerhebliche zusätzliche Einnahmen generiert. Das ist nicht der Hauptzweck des Gesetzes, wird aber als willkommener Nebeneffekt gerne in Kauf genommen; die Rede ist von „erheblichen Mehreinnah-

93 BT-Dr. 18/9525, S. 69; s. auch OLG München wistra 2018, 518, 520; Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665, 673.

94 Reh 2018, 134.

95 Köllner/Mück NZI 2017, 593, 594 f.

96 Das ist ein generelles Problem der Anwendung von § 46a StGB in Wirtschaftsstrafverfahren mit hohen Schadenssummen, s. Reh 2018, 221.

97 Bielefeld/Handel wistra 2019, 9; Köhler NStZ 2017, 497, 498; Meinecke StV 2019, 69.

men“, die durch die umfassende Vermögensabschöpfung zu erwarten seien.⁹⁸ Die von manchen beklagte „Fiskalisierung des Strafverfahrens“⁹⁹ erhält anhand dieser Entwicklung zusätzliche Substanz.¹⁰⁰

Das Verhältnis der staatlich organisierten Einziehung zu den Interessen der Geschädigten ist, wie gezeigt wurde, nicht ohne Spannungen. An manchen Stellen, etwa bei der „Insolvenzfestigkeit“ von gesicherten Vermögenswerten, reicht der Schutz von Tatopfern weniger weit als der Schutz staatlicher Ansprüche. Dass das neue Recht einen klaren „Vorrang“ der Opferinteressen gegenüber den staatlichen Interessen enthält,¹⁰¹ kann man ebenso bezweifeln wie die Annahme des Gesetzgebers, dass unter dem Strich eine substantielle Verbesserung der Opferposition erzielt werden konnte.¹⁰² Insbesondere bleibt abzuwarten, ob sich das von vielen prognostizierte Problem der Verzögerung der Opferentschädigung verwirklicht. Auch steht zu befürchten, dass die vom BGH nach wie vor akzeptierte formlose Vermögensabschöpfung den vom Gesetzgeber anvisierten Opferschutz konterkariert. Eine empirische Untersuchung der Einziehungspraxis erscheint auch vor diesem Hintergrund dringend geboten.

Literatur

Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert (2020) Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (zitiert: *Bittmann* u.a. 2020)

Hannich (Hrsg.) (2019) Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. (zitiert: *KK-Bearbeiter*)

Kaspar/Weiler/Schlickum (2014) Der Täter-Opfer-Ausgleich

Kaspar (2004) Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht

Leitner/Rosenau (Hrsg.) (2017) Nomos-Kommentar Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (zitiert *NK-WSS-Bearbeiter*)

Lemke/Julius/Krehl/Kurth/Rautenberg/Temming (1999) Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl. (zitiert: *HK-Bearbeiter*)

Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.) (2019) Strafprozessordnung, 62. Aufl.

Säcker u.a. (Hrsg.) (2017) Münchener Kommentar BGB, Band 6, 7. Aufl. (zitiert: *Müko-BGB-Bearbeiter*)

98 Korte wistra 2018, 1, 12. BT-Drs. 18/9525, 4, s. auch Köllner/Mück NZI 2017, 593.

99 Frick, Die Fiskalisierung des Strafverfahrens, 2012. S. bereits *Strate* StV 2006, 368 ff.

100 Saliger ZStW 2017, 995, 1033. Ähnliche Bedenken bei Börner StraFo 2020, 89, 90.

101 So Bittmann NZWiSt 2016, 131, 136.

102 Kritisch u.a. HK-Pollähne, Vor §§ 459 ff. Rn. 5; SSW-StPO-Heine § 73 Rn. 30.

Ordner (2016) Wider die Informalisierung des Verfalls

Reb (2018) Die Wiedergutmachung im Wirtschaftsstrafverfahren

Rui/Sieber (2016) Non-Conviction-Based Confiscation in Europe

Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.) (2020) Strafprozessordnung, 4. Aufl. (zitiert: SSW-StPO-Bearbeiter)

Dies. (2019) Strafgesetzbuch, 4. Aufl. (zitiert: SSW-StGB-Bearbeiter)

Von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) (2020) Beck Onlinekommentar Strafgesetzbuch, 45. Edition (zitiert: BeckOK-StGB-Bearbeiter)

Werndl (2018) Zweispurigkeit und Vertrauensschutz

Kontakt

Prof. Dr. Johannes Kaspar

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht

Universität Augsburg

Universitätsstraße 24

86159 Augsburg

johannes.kaspar@jura.uni-augsburg.de