

## B u c h r e z e n s i o n

**Aleksandar Zivanic**, Das zivil- und bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), Zugleich ein Beitrag zur Fremdrechtsanwendung im Vermögensabschöpfungsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, 270 S., € 79,90.

Die von *Wörner* an der Universität Konstanz betreute Dissertation von *Zivanic* führt den Leser zu den Grundlagen der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Die strafrechtliche Vermögensabschöpfung ist vom Gesetzgeber mit seinem Reformwerk von 2017 grundlegend umgestaltet worden und steht infolge der kürzlich abgeschlossenen Tätigkeiten der Bund-Länder-Arbeitsgruppe<sup>1</sup> sowie der kürzlich in Kraft getretenen neuen EU-Richtlinie 2024/1260 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. April 2024 über die Abschöpfung und Einziehung von Vermögenswerten womöglich vor weiteren massiven Erweiterungen und Schärfungen im Detail.

Umso bedeutsamer ist eine Dissertation in diesem Bereich, die sich nicht nur der straf-, verfassungs- und europarechtlichen Grundlagen vergewissert, sondern auch und vor allem die zivilrechtlichen Verbindungslinien der Vermögensabschöpfung beleuchtet. Denn die Vermögensabschöpfung stellt eine quasi-konditionelle Maßnahme nach dem Vorbild des Bereicherungsrechts dar.<sup>2</sup> Wer aber nunmehr ein seitenstarkes Werk erwartet, der wird vom handlichen Umfang der Arbeit von gerade einmal rund 240 Seiten zunächst überrascht. Dies tut, wie sogleich noch darzulegen sein wird, dem Grundlagencharakter sowie der Qualität der Abhandlung keinen Abbruch, da *Zivanic* eine auf die wesentlichen Aspekte kondensierte, auf ausschweifende und ausschmückende Ausführungen verzichtende und zugleich sehr lehrreiche Bearbeitung gelingt.

Im ersten von drei Teilen widmet sich die Bearbeitung den vorerwähnten systematischen Grundlagen der Vermögensabschöpfung (S. 22–86). *Zivanic* beginnt mit der Darlegung der grundlegenden Streitigkeit nach dem Rechtscharakter der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung: Strafe oder strafähnliche Maßnahme (S. 24). Geschickt leitet *Zivanic* durch die sich – auch nach der vorerwähnten Entscheidung des BVerfG – unvereinbar gegenüberstehenden Auffassungen und geht intensiv der Frage nach, ob sich die strafrechtliche Vermögensabschöpfung tatsächlich bereicherungsrechtlich erklären lässt (S. 28 ff.). Mit überzeugenden Ausführungen führt *Zivanic* die strafrechtlichen Abschöpfungstatbestände (§§ 73, 73b StGB) auf ihre bereicherungsrechtlichen Vorbilder der Eingriffskonditionen nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 822 BGB zurück. Einzig bei der Dritteinziehung beim

Pflichtteilsberechtigten nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 StGB vermag *Zivanic* keine überzeugende Parallele zu § 822 BGB zu erkennen, da sich der Pflichtteilsanspruch nur auf Zahlung einer Geldsumme richte, sodass lediglich eine Abschöpfung nach § 73b Abs. 2 StGB in Betracht komme (S. 42). Wenn *Zivanic* zuvor allerdings bei einem Vermächtnis (vom *Verf.* auf S. 41, 3. Abs. allerdings zu Unrecht in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. a StGB anstatt in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 2 StGB verortet) aufgrund der Tatsache, dass es sich um eine unentgeltliche Zuwendung handle (S. 41 f.), eine Parallele zu § 822 BGB sieht, verlieren seine Ausführungen zu § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 StGB hinsichtlich des Pflichtteilsberechtigten an Gewicht, denn auch der Pflichtteil ist eine für den Berechtigten unentgeltliche Zuwendung. Der Gesetzgeber wollte hier allgemein mit § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB Abschöpfungslücken schließen,<sup>3</sup> die im Erbfall nach altem Recht eintreten konnten. Warum hier der Pflichtteil alleine aufgrund der Tatsache, dass es sich um einen Zahlungsanspruch handelt und dessen Zufluss ggf. erst mit § 73b Abs. 2 StGB abgeschöpft werden kann, anders behandelt werden sollte, erschließt sich kaum. Denn auch § 822 BGB kennt Fälle mit Bezug zum Pflichtteilsrecht (vgl. § 2329 Abs. 1 BGB). Im Anschluss unterzieht *Zivanic* die Einziehungsvorschriften einer Untersuchung am verfassungsrechtlichen Maßstab von Art. 14 Abs. 1 GG (S. 58 ff.) sowie Art. 17 GrCh (S. 71 ff.).

Im zweiten (Haupt-)Teil der Arbeit (S. 87–208) legt *Zivanic* seine bereicherungsrechtlich fundierte Auslegung der Einziehungsvorschriften vor, die im Grunde eine Kommentierung der praktisch relevantesten Einziehungsthemen/-vorschriften darstellen. Im Rahmen dieser Besprechung können daher nur Einzelaspekte herausgegriffen werden: *Zivanic* beginnt mit der Einziehung bei Tatbeteiligten und stößt bei der Frage des transitorischen Besitzes auf Unterschiede zwischen seinem bereicherungsrechtlich fundierten Verständnis und der von der Rechtsprechung praktizierten (strafrechtsautonomen) Lösung (S. 95 f. sowie S. 126). Denn nach seiner Lösung erlangt der Besitzdiener nur den Tatlohn und nicht den darüberhinausgehenden gesamten Tatertrag. Demgegenüber betont die Rechtsprechung die zentrale Bedeutung des Abholers für das Gelingen der Tat und insbesondere die zeitliche Komponente sowie die daraus resultierenden Einwirkungsmöglichkeiten des Abholers ungeachtet etwaiger Weisungen.<sup>4</sup> Bei der Frage der ersparten Aufwendungen vermag *Zivanics* Lösung mangels Differenzierung nicht voll zu überzeugen: Erlangt ist bei der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO durch Nichterklärung von Einkünften nicht eine Befreiung von einer Verbindlichkeit (S. 98), sondern erspart ist die daraus resultierende Steuerlast. Denn der Steuerschuldner wird nicht durch Nichterklärung von seiner Steuerlast befreit. In anderen Fällen der Steuerhinterziehung (wie etwa bei Cum-/Ex-Straftaten oder Umsatzsteuerhinterziehung) geht es

<sup>1</sup> Vgl. die Pressemitteilung der federführenden Generalstaatsanwaltschaft Bremen v. 6.6.2024, abrufbar unter <https://www.senatspressestelle.bremen.de/pressemitteilungen/justizminister-konferenz-fuer-bessere-vermoegensabschoepfung-448646> (22.11.2024).

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 1 BvL 8/19 = NJW 2021, 1222 (1224 f.).

<sup>3</sup> Vgl. *Korte*, NZWiSt 2018, 231 (234).

<sup>4</sup> Siehe noch kürzlich BGH, Urt. v. 29.6.2023 – 3 StR 343/22 = NStZ-RR 2023, 315 f.; einschränkend bei der Wertbestimmung jüngst BGH, Urt. v. 19.7.2023 – 2 StR 369/22 = NZWiSt 2023, 469 (470).

überhaupt nicht um die Ersparung von Aufwendungen, sondern um einen „Griff in die Kasse“, sodass dort die erstattete Kapitalertragsteuer bzw. die ausgezahlte Vorsteuer erlangt ist. Reichlich pauschal (und zu wenig begründet) erscheinen die kurzen Ausführungen zur Vermögensabschöpfung bei Umweltstraftaten, wenn dort das erlangte Etwas in der Nutzung eines fremden Rechtsguts zu sehen sein soll (S. 98).

Bei der Abgrenzung von § 73 Abs. 1 StGB einerseits und § 73c StGB andererseits ist der zivilrechtsakzessorischen Sichtweise von *Zivanic* zuzustimmen, dass es nicht auf eine Entreichungslösung ankommen kann, sondern alleine, ob das ursprüngliche Erlangte nicht mehr der faktischen Verfügungsgewalt des Täters unterliegt (S. 111 f.). Mit dieser Maßgabe lassen sich die praktisch häufigen Bargeldfälle lösen (S. 114 f.). Die vorgeschlagene Hinzuziehung eines Sachverständigen (vgl. S. 125 a.E.) dürfte hingegen nur in besonderen Fällen in Betracht kommen, wenn der (objektive) Marktwert weder geschätzt (§ 73d Abs. 2 StGB) noch anhand des Tageskurses (z.B. für Gold) ohne Weiteres bestimmt werden kann.<sup>5</sup>

Mit der Frage der gesamtschuldnerischen Einziehung spricht *Zivanic* ein sehr praxisrelevantes Problemfeld an (S. 126 ff.), will sie unter Rückgriff auf §§ 830, 840 BGB aber nur für Taten mit individualschützendem Charakter anordnen (S. 128). Dass das praktisch Schwierigkeiten insbesondere bei Betäubungsmittel- oder Waffendelikten mit sich bringt, erkennt *Zivanic* selbst (S. 128 f.), weiß diese Schwächen aber im Grunde nicht zu kompensieren (S. 129).

Bei der Einziehung bei Drittbegünstigten legt *Zivanic* zunächst überblicksartig die Grundlagen dar (S. 133 f.), bevor ein ganzer Strauß von Einzelproblemen zur Sprache kommt, die hier nur punktuell aufgegriffen werden können. Zu Recht spricht sich *Zivanic* gegen eine an § 14 StGB orientierte Auslegung von § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB aus (S. 137–139), weil es nur auf ein Handeln im Interesse des Dritten ankommt. Weitergehende Einschränkungen ergeben sich, wie *Zivanic* überzeugend ausführt, weder aus der Historie des Gesetzgebungsverfahrens noch aus sonstigen systematischen Erwägungen (S. 137 f.). Im Anschluss diskutiert *Zivanic* die interessante Frage der Rechtsnachfolge im Rahmen von Einziehungsentscheidungen, was insofern aufschlussreich ist, als eine vergleichbar explizite Regelung, wie in § 30 Abs. 2a OWiG fehlt, der im Kontext der Verbandsgeldbuße ein Vorgehen in bestimmten Fällen der Rechtsnachfolge erlaubt. Auch die Rechtsprechung hat im Kontext von § 73b Abs. 1 Nr. 2 StGB ein Vorgehen gegen den Rechtsnachfolger gestattet.<sup>6</sup> Hier wäre eine weitergehende Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 73b Abs. 1 Nr.2 StGB und § 30 Abs. 2a OWiG wünschenswert gewesen, denn die Staatsanwaltschaft muss sich überlegen, wonach sie vorgeht, was entsprechende Folgen für die Sicherungsmöglichkeiten hat (vgl. § 30 Abs. 6 OWiG versus § 111e StPO) und auch hinsichtlich des Um-

fangs der Abschöpfung beträchtliche Unterschiede nach sich zieht.

Nachfolgend diskutiert *Zivanic* die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 73b Abs. 1 Nr.1 StGB und § 73 Abs. 1 StGB. Anerkannt ist, dass ein Vorgehen nach § 73 Abs. 1 StGB möglich ist, wenn die Gesellschaft als formeller Mantel genutzt wird bzw. wenn die Gesellschaft den Tatertrag zeitnah an den Tatbeteiligten durchleitet. Fraglich ist, ob die Einziehung nach § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB beim Drittbegünstigten auch dann von einer Einziehung beim Tatbeteiligten gem. § 73 Abs. 1 StGB durchbrochen wird, wenn die Weiterleitung an einen Tatbeteiligten nicht zeitnah erfolgt, sondern zu einem späteren Zeitpunkt. *Zivanic* lehnt die Rechtsprechung des BGH<sup>7</sup>, die die Einziehung auch bei späterer Weiterleitung gestattet, insbesondere unter Hinweis auf das Verschleifungsverbot ab (S. 140 ff., 144).

In diesem Kontext wäre es noch interessant gewesen, die Frage zu erörtern, ob nach § 73b Abs. 1 Nr.1 StGB nicht nur solche Vermögenswerte, die „durch die Tat“ erlangt worden sind, sondern auch solche Fälle erfasst werden, wo Vermögen „für die Tat“ erlangt worden ist<sup>8</sup>.

Interessante Ausführungen hält das Kapitel zur Begrenzung und zum Ausschluss des Einziehungsumfangs bereit (S. 166 ff.), wo *Zivanic* zunächst im Wege europarechtskonformer Auslegung eine Erweiterung des § 73d Abs. 1 StGB auf Fälle der Originaleinziehung erwägt. Wie dieser Aufwendungsabzug im Fall der Dritteinziehung gem. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a StGB genau vollzogen und methodisch im Vollstreckungsverfahren angebunden werden soll, wird lediglich angedeutet (vgl. S. 168 mit Fn. 542). Hier wären weitere Ausführungen wünschenswert gewesen. Ein gesondertes Zivilverfahren (vgl. den Verweis auf S. 168 in Fn. 542), erscheint hingegen wenig praktikabel und gäbe dem gutgläubigen Drittbegünstigten Steine statt Brot. Weitere Ausführungen betreffen den Begriff der Aufwendungen sowie der Tat i.S.v. § 73d StGB (S. 168 ff.) und Fragen des Ausschlusses der Einziehung gem. § 73e StGB (S. 181 ff.).

Den Schluss der Ausführungen im 2. Teil bilden Sonderfälle der Einziehung gem. §§ 73a, 76a StGB sowie der formlosen Einziehung (S. 190 ff.). Mit seinen Ausführungen zur Einziehungsfähigkeit von Nutzungen und Surrogaten i.R.v. § 73a StGB stellt sich *Zivanic* gegen die Rechtsprechung des BGH, wonach mangels Verweises auf § 73 Abs. 3 StGB n.F.<sup>9</sup> keine Surrogatseinziehung mehr über § 73a StGB möglich ist. Auch eine Einziehung des Werts des Surrogats ist über § 73a StGB nicht möglich<sup>10</sup>. Als Alternative ist nach der Rechtsprechung eine erweiterte Einziehung *des Wertes* des ursprünglich Erlangten über §§ 73a Abs. 1, 73c Abs. 1 StGB

<sup>5</sup> Dazu kürzlich BGH, Urt. v. 19.7.2023 – 2 StR 369/22 = NZWiSt 2023, 469 (470 f.).

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19 = BeckRS 2021, 27055.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 28.11.2019 – 3 StR 294/19 = wistra 2020, 197.

<sup>8</sup> Dafür überzeugend *Bekritsky*, NStZ 2022, 207 ff.; jüngst auch BGH, Urt. v. 18.9.2024 – 1 StR 197/24, Rn. 18 ff., 21 (juris).

<sup>9</sup> Anders noch § 73d Abs. 1 S. 3 StGB a.F.; BGH, Beschl. v. 23.3.2022 – 6 StR 611/21 = NStZ 2022, 662 (663 Rn. 12).

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 10.8.2023 – 3 StR 412/22, Rn. 33.

möglich.<sup>11</sup> Ob diese Rechtsprechung richtlinienkonform ist, woran *Zivanic* Zweifel hat (S. 193), ist bislang noch zu wenig diskutiert worden. Die sodann diskutierte formlose Einziehung birgt in der Tat zahllose zivilrechtliche Fragestellungen, wie *Zivanic* mit Recht ausführt (S. 199 f.). Sie sollte praktisch auf einfache Fälle beschränkt sein, nicht zuletzt deshalb, weil das derzeitige Recht eine Vollstreckung einer solchen Einziehung durch den Dezernenten und nicht durch den Rechtspfleger gebietet, der nur für die Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen berufen ist. Insofern hätte die deklaratorische Einziehungsanordnung, die der *Verf.* erwägt, durchaus seine Berechtigung (S. 205), da in diesen Fällen auf die Expertise des Rechtspflegers bei der Vollstreckung zurückgegriffen werden könnte (§ 31 Abs. 1 RPfLG).

Im dritten (Schluss-)Teil der Arbeit (S. 209–242) greift *Zivanic* seinen gleich zu Beginn der Arbeit (S. 19) in den Fokus gerückten Aspekt der grenzüberschreitenden Vermögensabschöpfung sowie der möglichen Fremdrechtsanwendung im Strafrecht auf. Hier handelt *Zivanic* mit der Erörterung der internationalen Zuständigkeit deutscher Strafgerichte zunächst einen Prüfungspunkt ab, auf den auch kürzlich der BGH im Zusammenhang von § 73a StGB hingewiesen hatte: Fehlt für die erweiterte Einziehung ein Anknüpfungspunkt i.R.d. §§ 3 ff. StGB (z.B. über § 6 Nr. 5 StGB bei BtM-Geschäften oder über § 6 Nr. 8 StGB bei Subventionsbetrug im Zusammenhang z.B. von EU-Subventionen), so kommt eine Einziehung nach § 73a StGB nicht in Betracht.<sup>12</sup> Zu diesem zutreffenden Ergebnis kommt *Zivanic* am Beispiel einer Entscheidung des KG in einem Geldwäschefall (vgl. § 6 Nr. 9 StGB) ebenfalls. Hier wäre aus Ermittlersicht wünschenswert gewesen, die praktischen Folgen noch stärker aufzugreifen: Denn diese Sichtweise der Dinge erfordert auch von der Staatsanwaltschaft bereits im Ermittlungsverfahren etwa bei der Beantragung eines Vermögensarrestes die Fokussierung und Abklärung inländischer Anknüpfungspunkte oder die Kontaktierung ausländischer Verbindungsstellen – etwa im Wege des polizeilichen Informationsaustauschs –, um ggf. eine Vermögensabschöpfung im Wege der Rechtshilfe zu ermöglichen. Praktisch sehr lehrreich sind die nachfolgenden Ausführungen zur mehrfachen Einziehung im In- und Ausland (S. 215 ff.). Während der EuGH kürzlich im Rahmen des internationalen Verbandsgeldbußenrechts am Beispiel der Bebußung einer italienischen Tochter der VW-AG auf die Geltung des Grundsatzes von *ne bis in idem* hingewiesen hatte,<sup>13</sup> muss *Zivanic* für die Vermögensabschöpfung nach §§ 73 ff. StGB aufgrund der Tatsache, dass es sich hierbei nicht um eine Strafe handelt, andere Wege beschreiten. Nach Ablehnung von Art. 54 SDÜ kommt er folgerichtig zur Erörterung von § 73e StGB, um eine Doppelabschöpfung zu vermeiden, die nach altem Recht auf der Grundlage der Härteklausel von § 73c StGB a.F. ausgeschlossen war. Hier wäre noch ergänzend auf einen etwaigen Ausschluss der Vollstreckung nach § 459g Abs. 5 StPO n.F. hinzuweisen gewesen.

Sodann diskutiert *Zivanic* knapp mögliche zivilrechtliche Fremdrechtsanwendungsfälle anhand der Tatbestandsmerkmale der §§ 73 ff. StGB (S. 231 ff.). Aus der StPO wäre hier noch an grenzüberschreitende insolvenzrechtliche Aspekte des § 111i StPO i.V.m. EulnsVO, etwa wenn der Beschuldigte zur Zeit des Insolvenzantrags seinen allgemeinen Gerichtsstand im Ausland hat, zu denken gewesen.

Die vorgenannten Kritikpunkte sollen nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich um eine vorzügliche Grundlagenarbeit handelt, die zugleich wesentliche praktische Aspekte aufgreift. Insofern ist es wunderbar zu wissen, wie einer kürzlich erschienenen Veröffentlichung von *Zivanic* zu entnehmen ist<sup>14</sup>, dass dieser nunmehr bei der Justiz tätig ist.

*OSTA Dr. Christoph Weinbrenner, Frankfurt a.M.\**

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 10.8.2023 – 3 StR 412/22, Rn. 33.

<sup>12</sup> So kürzlich BGH, Urt. v. 22.3.2023 – 1 StR 335/22 = NJW 2023, 2956.

<sup>13</sup> EuGH, Urt. v. 14.9.2023 – C-27/22 = NStZ-RR 2024, 31.

<sup>14</sup> Anm. von *Zivanic/Brand*, NJW 2024, 1204 zu BGH, Beschl. v. 23.5.2023 – GSS 1/23 = NJW 2024, 1202.

\* Der *Autor* ist Dezernent bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main. Der Beitrag ist nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst.