

## EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

RiLG Dr. Sebastian Eberz, Lübeck

### Die Einziehung von Taterträgen gemäß §§ 73 ff. StPO in Weiterleitungsfällen

#### A. Ziel des Beitrags

Der Einziehung von Taterträgen gemäß der §§ 73 – 73e StGB (nachstehend: Einziehung)<sup>1</sup> kommt insbesondere in der auf Vermögensdelikte ausgerichteten wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis eine besondere Bedeutung zu – sei es bereits im Ermittlungsverfahren im Rahmen der Anordnung eines Vermögensarrestes gemäß § 111e Abs. 1 StPO oder im Hauptverfahren im Rahmen der materiell-rechtlichen Anordnung der

Einziehung im Urteil. Die Einziehung ist – im Gegensatz zur fakultativen Einziehung gemäß § 74 ff. StGB – zwingend anzuordnen. Möglich ist jedoch das Absehen der Anordnung gemäß § 421 StPO. Trotz der – scheinbar – übersichtlichen Gesetzessystematik der die Einziehung regelnden §§ 73 ff. StGB ist die Identifizierung der im konkreten Fall für die Einziehung einschlägigen Einziehungsvorschriften nicht immer einfach. Dies gilt insbesondere dann, wenn das gemäß § 73 StGB „Erlangte“ (beweglichen Sachen, Grundstücke, dingliche und obligatorische Rechte, Nutzungen und Surrogate sowie ersparte Aufwendungen<sup>2</sup>) nach Begehung der Straftat transferiert wurde und nun beim Empfänger eingezogen werden soll („Weiterleitungsfälle“).

Der Beitrag richtet sich insbesondere an Rechtsanwender, die sich erst seit kurzem mit dem (im Jahr 2017 reformierten)

<sup>1</sup> Die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten gemäß § 74 ff. StGB sowie die selbständige Einziehung gemäß § 76a StGB sollen hier nicht behandelt werden.

<sup>2</sup> Fischer, 69. Aufl. 2022, § 73 StGB Rn. 17.

Einziehungsrecht beschäftigen. Er soll unter Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rechtsprechung einen praxisgerechten Umgang mit den Einziehungsvorschriften ermöglichen und bei der Identifizierung der im konkreten Fall einschlägigen Einziehungsvorschriften, insbesondere der einschlägigen Rechtsgrundlage, helfen.

Die Vielzahl der sich im Rahmen der §§ 73 ff. StGB – insbesondere bei der Einziehung in Mehrpersonenverhältnissen – stellenden Detailprobleme sollen daher hier nicht beleuchtet werden. Weiterhin soll auf kommentarmäßige, einzelne Tatbestandsvoraussetzungen erläuternde Ausführungen verzichtet werden.

## B. Aufbau der Einziehungsvorschriften

Für den sicheren Umgang mit den Einziehungsvorschriften ist ein (Grund-) Verständnis des Aufbaus der §§ 73 ff. StGB notwendig. Hierzu ist es sinnvoll, zunächst die §§ 73 ff. StGB nach den in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen zu ordnen. Diese differenzieren nach dem jeweiligen von der Einziehung Betroffenen – dem Tatbeteiligten (§ 73 StGB bzw. § 73c StGB) und einem tatunbeteiligten Dritten (§ 73b Abs. 1 StGB bzw. § 73c StGB).

### I. Einziehung beim Tatbeteiligten

Soll das Erlangte bei einem (mutmaßlichen)<sup>3</sup> Täter oder Teilnehmer einer Straftat, durch (Alt. 1) oder für (Alt. 2) die dieser den einzuziehenden Vermögensgegenstand erlangt<sup>4</sup>

hat, (nachstehend: Tatbeteiligter) eingezogen werden, richtet sich die Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB. Die körperliche Einziehung des Erlangten ist vorrangig. Für den Fall jedoch, dass der (körperliche) Vermögensgegenstand nicht eingezogen werden kann, wird gemäß § 73c S. 1 StGB der Wert des Erlangten eingezogen. Die Ermittlung des Umfangs bzw. des Wertes des Erlangten folgt aus § 73d StGB. Gemäß § 73e Abs. 1 StGB ist die Einziehung ausgeschlossen, soweit der aus der das Erlangte hervorbringenden Straftat folgende Rückgewährungs- und/oder Ersatzanspruch des Verletzten, insbesondere durch Erfüllung, erloschen ist.

### II. Einziehung beim Dritten

Soll das Erlangte dagegen bei einem anderen, der (mutmaßlich) nicht Täter oder Teilnehmer derjenigen Straftat ist, die den einzuziehenden Vermögensgegenstand gemäß § 73 Abs. 1 StGB hervorgebracht hat, (nachstehend: Dritter) eingezogen werden, richtet sich die Einziehung nach §§ 73b, 73 Abs. 1 StGB. Die Ermittlung des Umfangs bzw. des Wertes des Erlangten folgt aus § 73d StGB. Wie bei der Einziehung beim Tatbeteiligten kann diese beim Dritten gemäß § 73e Abs. 1 StGB ausgeschlossen sein. Zudem ist die Einziehung gemäß § 73e Abs. 2 StGB beim entreicherten, gutgläubigen Dritten ausgeschlossen.

### III. Überblick

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über die nach den in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen geordneten Einziehungsvorschriften geben:

	Tatbeteiligter	Dritter
<b>Rechtsgrundlage</b>	§ 73 Abs. 1 StGB / § 73a StGB <sup>5</sup>	§§ 73b, 73 Abs. 1 StGB
<b>Unmöglichkeit der Einziehung des Erlangten</b>	§ 73c StGB	§§ 73b Abs. 2, 73c StGB
<b>Umfang-/Wertbestimmung des Erlangten</b>	§ 73d StGB	§ 73d StGB
<b>Ausschluss der Einziehung</b>	§ 73e Abs. 1 StGB („erloschen“)	§ 73e Abs. 1 StGB („erloschen“) § 73e Abs. 2 StGB („entreichert“)

<sup>3</sup> Soll zur Sicherung der späteren Einziehung im Ermittlungsverfahren ein Vermögensarrest gemäß § 111e StPO angeordnet werden, muss ein auf Tatsachen begründeter Verdacht der Tatbeteiligung des vom Vermögensarrest Betroffenen vorliegen.

<sup>4</sup> Vgl. zum Begriff des „Erlangens“ MüKo/Joecks/Meißner, 4. Aufl. 2020, § 73 StGB Rn. 24 ff.

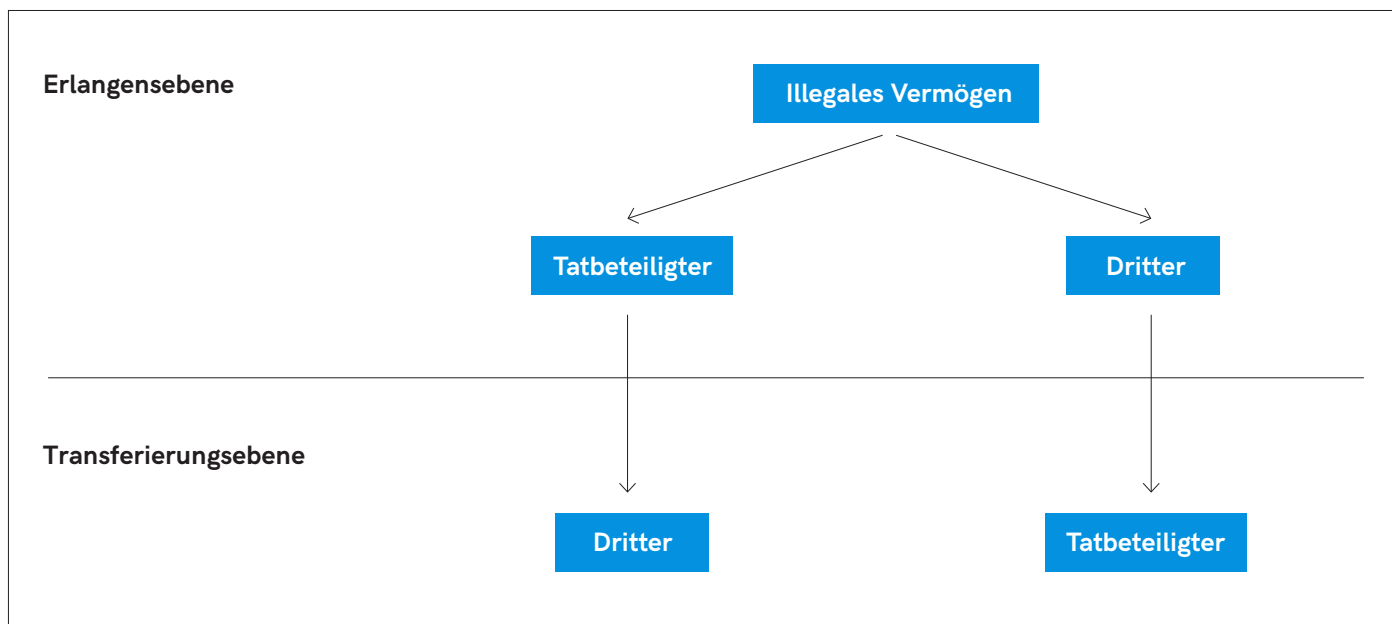
<sup>5</sup> Für den Fall, dass der Tatbeteiligte eine rechtswidrige Tat begangen hat und ein Vermögensgegenstand eingezogen werden soll, für den nicht festgestellt werden kann, ob dieser rechtmäßig erworben wurde, bietet § 73a StGB eine – im Verhältnis zu § 73 StGB subsidiäre – selbständige Rechtsgrundlage. Auf detaillierte Ausführungen soll in diesem Beitrag verzichtet werden.

## C. Identifizierung der einschlägigen Einziehungsvorschriften

In der Praxis bestehen oft Unsicherheiten über die im konkreten Fall einschlägigen Einziehungsvorschriften, insbesondere über die konkret einschlägige Rechtsgrundlage. Dies hat vielfach zur Folge, dass für den Einzelfall wichtige Probleme

nicht erkannt oder in falschen Zusammenhängen aufgeworfen werden. Die Unsicherheiten bestehen insbesondere dann, wenn das Erlangte nach Begehung der Straftat transferiert wurde und nun beim Empfänger eingezogen werden soll.

Folgende Übersicht soll den „Lauf illegalen Vermögens“ veranschaulichen:<sup>6</sup>



Zur korrekten Einordnung der anwendbaren Einziehungsvorschriften ist es hilfreich, die konkreten Einziehungsfälle der „Erlangensebene“ oder der „Transferierungsebene“ zuzuordnen.

Auf der „Erlangensebene“ erlangt der Tatbeteiligte unmittelbar durch oder für eine Straftat gemäß § 73 Abs. 1 StGB oder ein Dritter unmittelbar durch eine Straftat gemäß §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB (nachstehend jeweils: aufgrund einer Straftat) einen Vermögensgegenstand. Auf der „Transferierungsebene“ wurde der auf der „Erlangensebene“ entstandene illegale Vermögensgegenstand auf einen Dritten oder den Tatbeteiligten transferiert.

### I. „Erlangensebene“

Auf der „Erlangensebene“ soll das Erlangte bei demjenigen eingezogen werden, der diesen Vermögensgegenstand aufgrund einer Straftat erlangt hat. In solchen Fällen richten sich die einschlägigen Einziehungsvorschriften danach, ob der Tatbeteiligte oder ein Dritter das Erlangte aufgrund der Straftat erlangt hat.

Hat der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand aufgrund einer Straftat erlangt, ist § 73 Abs. 1 StGB anwendbar. Dies ist auch in sog. Vermögensverschmelzungsfällen der Fall, bei denen die Vermögen des Tatbeteiligten (z.B. eines [faktischen] Geschäftsführers) und eines den Vermögensgegen-

stand erlangenden Vordermanns als Dritten (z.B. einer GmbH) nur formal, tatsächlich jedoch nicht getrennt, sondern vielmehr verschmolzen sind („Vermögensverschmelzung“).<sup>7</sup> Von einer solchen Vermögensverschmelzung ist dann auszugehen, wenn die Gesellschaft nur als formaler Mantel besteht oder die Gesellschaft die Erträge aus den Taten – auf Veranlassung des Tatbeteiligten – stets zeitnah an diesen weiterleitet. Da in diesen Fällen nur eine einzige Vermögensmasse besteht, liegt in Wahrheit keine Weiterleitung des Vermögensgegenstands auf die Transferierungsebene vor. Vielmehr handelt es sich um eine Einziehung gegen den Tatbeteiligten auf der Erlangensebene.

Hat dagegen ein Dritter, mit eigenem, vom Tatbeteiligten getrennten Vermögen, den Vermögensgegenstand aufgrund einer Straftat erlangt, ist §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB anwendbar.

<sup>6</sup> Die folgende Übersicht ist vereinfacht dargestellt, um das Prinzip zu veranschaulichen. Selbstverständlich sind auch weitere Konstellationen denkbar – etwa, dass der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand an einen anderen Tatbeteiligten bzw. der Dritte den Vermögensgegenstand an einen anderen Dritten transferiert.

<sup>7</sup> Hierzu etwa BGH vom 28.11.2019 – 3 StR 294/19, der von einer „faktischen Verschmelzung der Vermögensmassen“ spricht.

## II. „Transferierungsebene“

Auf der „Transferierungsebene“ soll das Erlangte bei demjenigen eingezogen werden, auf den der aufgrund einer Straftat von einem anderen auf der „Erlangensebene“ erlangte Vermögensgegenstand transferiert wurde.

In diesen Fällen kommt es für die Identifizierung der einschlägigen Einziehungsvorschriften darauf an, ob das Erlangte auf einen Dritten oder den Tatbeteiligten transferiert wurde.

### 1. Dritter als Empfänger

Hat ein Dritter den Vermögensgegenstand erhalten, kommt sowohl eine Anwendbarkeit des § 73 Abs. 1 StGB als auch der §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3, Abs. 2, 73 Abs. 1 StGB in Betracht. Welche dieser Rechtsgrundlagen im konkreten Fall anwendbar ist, richtet sich danach, ob der Dritte mit dem Erhalt des Vermögensgegenstands eine rechtswidrige Tat, etwa ein (Anschluss-) Delikt, verwirklicht und den Vermögensgegenstand aufgrund dieser Straftat erhalten hat.<sup>8</sup> In Betracht kommen etwa Untreue, Begünstigung und Geldwäsche.

Ist dies der Fall, handelt es sich in Wahrheit um einen Fall der „Erlangensebene“. Denn zwar wurde der Vermögensgegenstand transferiert. Jedoch hat ihn der empfangende Dritte unmittelbar aufgrund des mit der Transferierung verwirklichten (Anschluss-) Delikts erlangt. Mithin ist gewissermaßen eine neue „Erlangensebene“ entstanden, auf der der Empfänger nun Tatbeteiligter des (Anschluss-) Delikts ist. Daher ist in diesen Fällen § 73 Abs. 1 StGB anwendbar.<sup>9</sup> Daneben kommt jedoch auch eine Anwendung der §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2b, Abs. 2, 73 Abs. 1 StGB in Betracht, da sich die Anwendungsbereiche des § 73 Abs. 1 StGB und des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2b, Abs. 2 StGB überschneiden können.<sup>10</sup> Auf das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Vorschriften soll in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen werden.<sup>11</sup>

Hat der Dritte mit der Transferierung des Vermögensgegenstands auf ihn kein (Anschluss-) Delikt verwirklicht, richtet sich die Einziehung ausschließlich nach §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3, Abs. 2<sup>12</sup>, 73 Abs. 1 StGB.

### 2. Tatbeteiligter als Empfänger

Hat der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand erhalten, ist ebenfalls möglich, dass in Wahrheit ein Fall der „Erlangensebene“ vorliegt. Dies ist der Fall, wenn er mit Erhalt des Vermögensgegenstands ein (Anschluss-) Delikt verwirklicht und den Vermögensgegenstand aufgrund dieser Straftat erhalten hat. In diesem Fall wäre auch hier § 73 Abs. 1 StGB einschlägig.

Daneben bliebe die Einziehung aufgrund anderer Einziehungsgründe möglich. Problematisch ist jedoch, wenn der Tatbeteiligte den an ihn transferierten Vermögensgegenstand nicht aufgrund eines (Anschluss-) Delikts erhalten hat. Denn legte man § 73 Abs. 1 StGB eng aus, wäre dieser in diesem Fall nicht einschlägig, da der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand aufgrund des der Transferierung zugrundeliegenden Rechtsgrunds und nicht aufgrund der Straftat erlangt hat. Zudem sind auch die §§ 73b, 73 Abs. 1 StGB nicht

einschlägig, da der Tatbeteiligte und gerade nicht ein Dritter den Vermögensgegenstand erhalten hat. Da keine der in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen einschlägig ist, könnte der Vermögensgegenstand auf der „Transferierungsebene“ zwar bei einem Dritten,<sup>13</sup> jedoch nicht beim Tatbeteiligten eingezogen werden.

Dieses Ergebnis erscheint ungerecht. Warum soll der Tatbeteiligte das Erlangte behalten dürfen, der tatunbeteiligte Dritte jedoch nicht? Zudem wäre dieses Ergebnis kriminalpolitisch nicht gewollt. Denn Tatbeteiligte könnten eine Einziehung des Erlangten dadurch verhindern, indem sie bei der Generierung von illegalen Vermögensgegenständen auf der „Erlangensebene“ einen Dritten (z.B. eine Gesellschaft) zur Erlangung der Vermögensgegenstände dazwischenschalten und anschließend für eine Transferierung dieser Vermögensgegenstände an sich selbst sorgen.

Freilich käme in solchen Fällen gemäß § 73 Abs. 1 StGB eine Einziehung der Vermögensgegenstände beim auf der „Erlangensebene“ erlangenden Vordermann (also z.B. der Gesellschaft) in Betracht.<sup>14</sup> Indes ginge die Einziehung in vielen Fällen ins Leere, da der Vordermann regelmäßig nicht mehr auffindbar oder vermögenslos ist.

Vor diesem Hintergrund sind sich die Rechtsprechung<sup>15</sup> und Literatur<sup>16</sup> – mittlerweile<sup>17</sup> – überwiegend einig, dass auf der „Transferierungsebene“ eine Einziehung des Erlangten grundsätzlich auch gegen den Tatbeteiligten möglich sein muss. Voraussetzung ist lediglich eine „weit zu fassende Kausalität“.<sup>18</sup> Die Einziehung muss sich in diesen Fällen nach § 73 Abs. 1 StGB richten, da der Tatbeteiligte und nicht ein Dritter den Vermögensgegenstand erhalten hat.

Zunächst kommt nach Auffassung der Rechtsprechung auf der „Transferierungsebene“ gegen den Tatbeteiligten vorrangig eine Einziehung gemäß § 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB („durch die Tat“) in Betracht.<sup>19</sup> Danach soll der Tatbeteiligte den illegalen Vermögensgegenstand auf der „Transferierungsebene“

<sup>8</sup> So auch BGH vom 15.1.2020 – 1 StR 529/19 Rn. 18.

<sup>9</sup> So auch BT-Drs. 18/9525, S. 66.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 66; MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl. 2020, § 73b StGB Rn. 17.

<sup>11</sup> Hierzu etwa Dölling/Duttge/Rössner/Arthur Hartmann, 5. Aufl. 2022, § 261 StGB Rn. 53.

<sup>12</sup> Das viel diskutierte Problem des „Bereicherungszusammenhangs“ betrifft Fälle des § 73b Abs. 2 StGB; vgl. hierzu BGH vom 1.7.2021 – 3 StR 518/19 Rn. 140.

<sup>13</sup> S.o. unter C.II.1.

<sup>14</sup> BGH vom 28.11.2019 – 3 StR 294/19 Rn. 21.

<sup>15</sup> BGH vom 25.1.2022 – 6 StR 426/21; BGH vom 29.10.2021 – 5 StR 443/19; BGH vom 28.7.2021 – 1 StR 506/20 und 1 StR 519/20; BGH vom 20.5.2020 – 2 StR 472/19; BGH vom 28.11.2019 – 3 StR 294/19.

<sup>16</sup> Vgl. etwa Bittmann/Tschakert wistra 2020, 217, 219; Rettke wistra 2020, 433, 440.

<sup>17</sup> Der 1. Senat des BGH hatte dies zeitweilig anders entschieden; vgl. hierzu BGH vom 15.1.2020 – 1 StR 529/19.

<sup>18</sup> So BGH vom 28.7.2021 – 1 StR 506/20 Rn. 26.

<sup>19</sup> Vgl. BGH vom 29.10.2021 – 5 StR 443/19 Rn. 85.

unmittelbar aufgrund einer – und damit „durch“ eine – Straftat erlangt haben, wenn der illegale Vermögensgegenstand nach Erlangung durch einen Dritten (z.B. eine Gesellschaft) auf der „Erlangensebene“ rechtsgrundlos auf den Tatbeteiligten weitergeleitet wurde („nachträgliche rechtsgrundlose Vermögensverschiebung“).

Darüber hinaus kommt nachrangig eine Einziehung in Betracht, wenn der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand als Gegenleistung „für“ die Begehung der diesen Vermögensgegenstand auf der „Erlangensebene“ generierenden Straftat erlangt hat (§ 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Dies dürfte jedoch selten der Fall sein. Denn regelmäßig wird der Vermögensgegen-

stand nicht als Gegenleistung für die begangene Straftat an den Tatbeteiligten transferiert bzw. wird mit der Transferierung der – in der Regel schwer zu widerlegende – Anschein erweckt, die Transferierung beruhe auf einem anderen Rechtsgrund (etwa als Lohnzahlung aufgrund eines Geschäftsführerdienstvertrags).

### III. Übersicht

Die folgende Übersicht zeigt, dass die für eine Einziehung in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen (§ 73 Abs. 1 StGB und §§ 73b, 73 Abs. 1 StGB)<sup>20</sup> sowohl auf der „Erlangens-“ als auch auf der „Transferierungsebene“ anwendbar sind<sup>21</sup>:

	Tatbeteiligter	Dritter
<b>Erlangensebene</b>	§ 73 Abs. 1 StGB (auch bei „Vermögensverschmelzung“)	§§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB
<b>Transferierungsebene</b>	§ 73 Abs. 1 StGB (bei [Anschluss-] Delikt)  § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB („für die ursprüngliche Tat“)  § 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB, wenn „nachträgliche rechtsgrundlose Vermögensverschiebung“	§§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3, S. 2, Abs. 2, 73 Abs. 1 StGB

### D. Beispielsfall

Anhand des folgenden, in der Praxis häufig vorkommenden einfachen Beispielsfalls soll die vorstehende Vorgehensweise verdeutlicht werden:

*T ist (eingetragener oder faktischer) Geschäftsführer und Alleingesellschafter der T-GmbH. Neben regulär zur Sozialversicherung angemeldeter Arbeitnehmer beschäftigt die T-GmbH auf Veranlassung des T auch nicht zur Sozialversicherung angemeldete Arbeitnehmer (sog. Schwarzarbeiter), um insoweit die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen zu ersparen (strafbar gemäß § 266a StGB). T veranlasst nach Ablauf der Zeiträume, für die die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen erspart wurde, die Überweisung ungewöhnlich hoher Bonuszahlungen vom Geschäftskonto der T-GmbH auf sein Privatkonto.*

Durch die von T begangene Straftat gemäß § 266a StGB hat die T-GmbH die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen erspart. Diese illegal ersparten Aufwendungen sind ein illegaler Vermögensgegenstand, der grundsätzlich der Einziehung unterliegt. Da die körperliche Einziehung ersparter Aufwendungen nicht möglich ist, ist gemäß § 73c StGB der Wert der illegal ersparten Aufwendungen einzuziehen.

Auf der „Erlangensebene“ hat die T-GmbH diesen Vermögensgegenstand erlangt, da sie als Arbeitgeber zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet gewesen wäre. Die T-GmbH ist als juristische Person unbeteiligte Dritte der Straftat gemäß § 266a StGB.

Der Nachweis einer Verschmelzung der Vermögen der T-GmbH und des T mit der Folge, dass der T den Vermögensgegenstand erlangt hätte, („Vermögensverschmelzung“) dürfte im Beispielsfall nicht gelingen. Denn die T-GmbH beschäftigt sowohl Schwarzarbeiter als auch regulär zur Sozialversicherung gemeldete Arbeitnehmer. Dies spricht gegen den Umstand, dass es sich bei der T-GmbH lediglich um einen formalen Mantel ohne eigene Vermögenssphäre handelt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die T-GmbH aufgrund ihres teilweise rechtmäßigen Geschäftsbetriebs eine eigene,

<sup>20</sup> Wie oben bereits angemerkt, sollen die Sonder-Rechtsgrundlagen in den §§ 73a, 76a StGB zugunsten der Übersichtlichkeit außer Betracht bleiben.

<sup>21</sup> Auf der „Transferierungsebene“ spielen mithin nicht nur die in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 StGB ausdrücklich geregelten Weiterleitungsfälle eine Rolle.



von der Vermögenssphäre des T zu unterscheidende Vermögensmasse besitzt. Auf die Frage, ob die Bonuszahlungen jeweils sogleich nach der Ersparung der für den jeweiligen Zeitraum abzugebenden Sozialversicherungsbeiträgen an den T erfolgt sind, kommt es dann regelmäßig nicht mehr an. Der Täter T hat als Geschäftsführer der T-GmbH für diese gehandelt. Eine Einziehung auf der „Erlangensebene“ richtete sich daher nach §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1, 73c StGB gegen die T-GmbH. Indes ginge die Einziehung gegen die T-GmbH – nach kriminalistischer Erfahrung – voraussichtlich ins Leere, da im Zeitpunkt der Einziehungsentscheidung die Einziehung gegen die T-GmbH – gemäß des von T gefassten Plans – regelmäßig nicht mehr realisierbar wäre.

Daher sollen nun – auf der „Transferierungsebene“ – die auf das Privatkonto des T geleisteten Zahlungen der T-GmbH bei T eingezogen werden. Der T könnte sich mit dem Erhalt dieser Zahlungen strafbar gemacht haben und die Zahlungen durch oder für diese Straftat erhalten haben. In diesem Fall könnten die Zahlungen gemäß § 73 Abs. 1 StGB eingezogen werden.

In Betracht kommen etwa Untreue, Begünstigung oder Geldwäsche. Indes ist unklar, unter welchen Umständen in diesen Fällen solche Strafbarkeiten bestehen.<sup>22</sup> Daher soll im Folgenden davon ausgegangen werden, dass solche Strafbarkeiten im Beispielsfall nicht bestehen.

Weiterhin könnten die Zahlungen an T gemäß § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB eingezogen werden, wenn T diese Zahlungen als Gegenleistung für die Begehung von Straftaten gemäß § 266a StGB erhalten hätte. Hierfür spricht im Beispielsfall der Umstand, dass es sich um ungewöhnlich hohe, erheblich über die bisher regelmäßig geleisteten Vergütungszahlungen hinausgehende Zahlungen an T handelt. Dies ist eine Frage der Beweisaufnahme bzw. des Tatverdachts. Maßgeblich sind alle Umstände des Einzelfalls.

Für den Fall, dass die T-GmbH diese Zahlungen nicht als Gegenleistung für die Begehung von Taten nach § 266a StGB

geleistet hat, käme nach der Rechtsprechung des BGH eine Einziehung gemäß § 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB in Betracht. Hierzu müssten nachträglich rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen auf den T vorliegen.

Die Zahlungen an den T waren nachträglich, da die T-GmbH diese nach der Ersparung der für den jeweiligen Zeitraum abzugebenden Sozialversicherungsbeiträge geleistet hat. Entscheidend ist daher, ob die T-GmbH die Zahlungen rechtsgrundlos an den T geleistet hat. Wie bei der Prüfung, ob die T-GmbH diese Zahlungen als Gegenleistung im Sinne des § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB an den T geleistet hat, handelt es sich um eine Frage der Beweisaufnahme bzw. des Tatverdachts. Maßgeblich sind auch hier alle Umstände des Einzelfalls.

## E. Leitfaden

Für einen sicheren Umgang mit den Einziehungsvorschriften, insbesondere die Anwendung der korrekten Rechtsgrundlage im Einzelfall, müssen die tatsächlichen Feststellungen umfassend ermittelt werden. Zudem sollte sich der Rechtsanwender die folgenden Fragen beantworten:

- Welcher konkrete Vermögensgegenstand soll eingezogen werden?
- Liegt ein Einziehungsfall auf der „Erlangensebene“ oder der „Transferierungsebene“ vor?
- Hat ein Tatbeteiligter oder ein Dritter den einzuziehenden Vermögensgegenstand erlangt bzw. erhalten?

Anhand der o.a. Übersicht (unter C.III.) kann sodann die einschlägige Rechtsgrundlage ermittelt werden.

<sup>22</sup> Ebenso Bittmann, NStZ 2020, 404, 406 (Anm. zu BGH vom 15.1.2020 – 1 StR 529/19).