

Art. 73 Verwendung zu Gunsten des Geschädigten

6. Verwendung zu Gunsten des Geschädigten.

¹ Erleidet jemand durch ein Verbrechen oder ein Vergehen einen Schaden, der nicht durch eine Versicherung gedeckt ist, und ist anzunehmen, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine Genugtuung nicht leisten wird, so spricht das Gericht dem Geschädigten auf dessen Verlangen bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung, die gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt worden sind, zu:

- a. die vom Verurteilten bezahlte Geldstrafe oder Busse;
- b. eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte oder deren Verwertungserlös unter Abzug der Verwertungskosten;
- c. Ersatzforderungen;
- d. den Betrag der Friedensbürgschaft.

² Das Gericht kann die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten jedoch nur anordnen, wenn der Geschädigte den entsprechenden Teil seiner Forderung an den Staat abtritt.

³ Die Kantone sehen für den Fall, dass die Zusprechung nicht schon im Strafurteil möglich ist, ein einfaches und rasches Verfahren vor.

Art. 73 Allocation au lésé

6. Allocation au lésé.

¹ Si un crime ou un délit a causé à une personne un dommage qui n'est couvert par aucune assurance et s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral, le juge alloue au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts ou de la réparation morale fixés par un jugement ou par une transaction:

- a. le montant de la peine pécuniaire ou de l'amende payées par le condamné ;
- b. les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais ;
- c. les créances compensatrices ;
- d. le montant du cautionnement préventif.

² Le juge ne peut ordonner cette mesure que si le lésé cède à l'Etat une part correspondante de sa créance.

³ Les cantons instituent une procédure simple et rapide pour le cas où il n'est pas possible d'ordonner cette allocation dans le jugement pénal.

Art. 73 Assegnamenti al danneggiato

6. Assegnamenti al danneggiato

¹ Se, in seguito a un crimine o a un delitto, alcuno patisce un danno non coperto da un'assicurazione e si deve presumere che il danno o il torto morale non saranno risarciti dall'autore, il giudice assegna al danneggiato, a sua richiesta, fino all'importo del risarcimento o dell'indennità per torto morale stabiliti giudizialmente o mediante transazione:

- a. la pena pecuniaria o la multa pagata dal condannato;
- b. gli oggetti e i beni confiscati o il ricavo della loro realizzazione, dedotte le spese;
- c. le pretese di risarcimento;
- d. l'importo della cauzione preventiva prestata.

² Il giudice può tuttavia ordinare questi assegnamenti soltanto se il danneggiato cede allo Stato la relativa quota del suo credito.

³ I Cantoni prevedono una procedura semplice e rapida per il caso in cui gli assegnamenti non fossero possibili già nella sentenza penale.

Materialien zu Vor Art. 69–73 StGB

Botschaft vom 20. Oktober 2010 zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, BBl 2010, 8447 ff. (zit. Botschaft, BBl 2010)

Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221 ff. (zit. Botschaft, BBl 2006b)

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 1085 ff. (zit. Botschaft, BBl 2006a)

Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II, 1979 ff. (zit. Botschaft, BBl 1999 II)

Botschaft vom 30. Juni 1993 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), BBl 1993 III, 277 ff. (zit. Botschaft, BBl 1993 III)

Botschaft vom 25. April 1990 zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) und zu einem Bundesbeschluss über das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, BBl 1990 II, 961 ff. (zit. Botschaft, BBl 1990 II)

Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, ausgearbeitet von Hans Schultz, Bern 1985 (zit. Bericht VE-StGB/1985 bzw. VE-StGB/1985)

Botschaft vom 21. April 1971 des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht, BBl 1971 I, 993 ff. (zit. Botschaft, BBl 1971 I)

Botschaft vom 23. Juli 1918 des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch, BBl 1918 IV, 1 ff. (zit. Botschaft, BBl 1918 IV)

Vorlage der Redaktionskommission von 1912, abgedruckt in: Schweizerisches Strafgesetzbuch - Code pénal suisse, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September-Oktober 1912, Procès-verbal de la deuxième commission d'experts, Volume II, Septembre-Octobre 1912, Luzern 1913, S. 3 ff. (zit. Vorlage-StGB/1913)

- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bd. 2, September–Oktober 1912, Luzern 1913 (zit. Protokoll-II/1913)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bd. 1, April 1912, Luzern 1912 (zit. Protokoll-I/1912)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartements, neu gefasst von Carl Stooss, Februar 1908, Bern 1908 (zit. VE-StGB/1908)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896 (zit. VE-StGB/1896)
- Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (Erste Lesung), Bern 1896 (zit. Verhandlungen-I/1896)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates von Carl Stooss, Basel/Genf 1894 (zit. VE-StGB/1894)
- Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, im Auftrage des Bundesrates von Carl Stooss, September 1893, Basel/Genf 1893 (zit. Motive VE-StGB/1893)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates, ausgearbeitet von Carl Stooss, 1893, Basel/Genf 1893 (zit. VE-StGB/1893)

Literatur zu Vor Art. 69–73 StGB

- BAUMANN E., Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1907
- BOMMER F., Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006
- BRAUCH P., Die aussergerichtliche Einziehung von Vermögenswerten im Strafverfahren, NStZ 2013, 503 ff.
- CAVALLO A., Die Sicherheitsleistung nach Art. 238 ff. StPO, Ersatzmassnahme bei Fluchtgefahr der beschuldigten Person, Diss. Zürich 2013
- DAPHINOFF M., Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich 2012
- EHRENZELLER B./SCHINDLER B./SCHWEIZER R./VALLENDER K. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. SGK BV³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- EXNER F., Für den Verletzten!, ZStrR 43/1929, 19 ff.
- GALEAZZI C., Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich 2016
- GRÜTER E., Zur Lehre von der Einziehung mit besonderer Rücksicht auf schweizerisches Strafrecht, Diss. Göttingen 1895
- HÄBERLING W., Waffenhandel, Erwerb, Besitz und Tragen von Waffen aus der Sicht des Nebenstrafrechts insbesondere im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1989, Zürich 1990
- HÄFELIN U./MÜLLER G./UHLMANN F., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HAFTER E., Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit. Hafter, AT²)
- DERS., Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, Zweiter Beitrag, ZStrR 1914, 4 ff. (HAFTER, ZStrR 1914)
- DERS., Die Schadensdeckung durch den Verbrecher. Sollen dazu auch die Geldstrafen und der Verdienstanteil des Sträflings Verwendung finden können?, ZStrR 1911, 353 ff. (HAFTER, ZStrR 1911)
- HEIERLI C., Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, unter Berücksichtigung der Instrumente des Einziehungsrechts, Diss. Zürich 2012
- HEIMGARTNER S., Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen, unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Habil. Zürich 2010, Zürich/Basel/Genf 2011, 85 ff.
- HOEFLIGER A., Die Schadensdeckung durch den Rechtsbrecher : eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Zürich/Winterthur 1932

- HONSELL H. (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KUKO OR–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- HONSELL H./VOGT N./WIEGAND W. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I⁶–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- HUNKELER D. (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- IQBAL Y., *SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?*, Diss. Zürich 2005
- KOSTKIEWICZ J./WALDER H., *SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 18. Aufl., 2012 (zit. KOSTKIEWICZ/WALDER, OFK SchKG¹⁸, Art. ... N ...)
- KUHN A./JEANNERET Y. (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, 2011 Basel (zit. CR CPP–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- LEUPOLD M., *Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 Entstehung – Grundzüge – Besonderheiten*, BJM 2008, 233 ff.
- LOGOZ P., *Commentaire du Code Pénale Suisse, Partie Générale (Art. 1 à 110)*, Neuchâtel 1939 (zit. LOGOZ [1939], Art. ... N ...)
- NIGGLI M./HEER M./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014, (zit. BSK StPO²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NIGGLI M./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, Art. 1–110 StGB, *Jugendstrafgesetz*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DIES., *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- PAVLIDIS G., *Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse*, Diss. Genf, Genf 2012
- PIOTET D., *Les effets civils de la confiscation pénale*, Berne 1995
- RIKLIN F., *StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, OFK StPO², Art. ... N ...)
- SCHMID N., *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar*, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID, StPO PK², Art. ... N ...)
- DERS., (Hrsg.), *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, 2. Aufl., Zürich 2007 (zit. Schmid EOVG²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DERS., (Hrsg.), *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, Zürich 2002 (zit. Schmid EOVG¹–BEARBEITER, Art. ... N ...);
- DERS., *Verfahrensfragen bei der Verwendung von Bussen*, in: FS Guido von Castelberg, *Rechtsschutz*, Zürich 1997, 223 ff. (zit. SCHMID, FS Castelberg);
- SCHÖDLER S., *Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren*, Diss. Luzern, Zürich 2012
- SCHOLL M., *Werkzeug Beschlagnahme: Beispiele aus der Praxis*, in: Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts (Hrsg.), *info-special, Sonderausgabe des infointerne «Beschlagnahme und Einziehung»*, Bern 2005, 15 ff.
- SCHULTZ H., *Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StrGB rev. Artikel 58 ff.*, ZBJV 1978, 305 ff. (zit. SCHULTZ, ZBJV 1978)
- SCHWARZENEGGER C./HUG M./JOSITSCH D., *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007
- SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK ZPO²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- STAEHELIN A./BAUER T./STAEHELIN D. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK SchKG²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- STRATENWERTH G., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen*, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH, AT II²)
- THOMMEN M., *Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*, Habil. Luzern 2013, Bern 2013
- THORMANN P./VON OVERBECK A., *Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1–110, Zürich 1940 (zit. THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. ... N ...)

- THURNEYSEN E., Zum Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 1893, 369 ff.
- TRECHSEL S./PIETH M. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. StGB PK²-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- WALDMANN B./BESLER E./EPINEY A. (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- WEISSENBERGER P., Reformpaket «Via sicura», wichtigste Neuerungen und Anwendungsprobleme, in: Schaffhauser R. (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2012, Bern 2012
- ZEHNTNER D., Bundesgericht, Kassationshof, 12.9.1997, i.S. F. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, BGE 123 IV 145, Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 1998, 354 ff.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1	
II.	Entstehungsgeschichte	6	
	A.	Vorentwürfe von 1893 und 1894	6
	B.	Vorentwurf von 1896	8
	C.	Entwurf vom 23. Juli 1918	11
	D.	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937	12
	E.	Revision 22. März 1974 – Verwaltungsstrafrecht	14
	F.	Revision 4. Oktober 1991 – Opferhilfegesetz	15
	G.	Revision vom 18. März 1994 – Kriminelle Organisation	17
	H.	Revision 13. Dezember 2002 – StGB AT	18
III.	Normzweck	19	
IV.	Rechtsnatur	20	
V.	Verwendung zu Gunsten des Geschädigten (Art. 73 Absatz 1)	21	
	A.	Geschädigte («Erleidet jemand ...»)	21
	1.	(Un)mittelbar Geschädigte (Art. 115 StPO)	22
	2.	Privatklägerschaft (Art. 118 StPO)	26
	3.	Mehrere Geschädigte	28
	B.	Zuwendungsvoraussetzungen	31
	1.	Deliktikonnex («durch ein Verbrechen oder ein Vergehen»)	32
	2.	Schaden («einen Schaden...»)	38
	3.	Versicherungsdeckung («...nicht durch eine Versicherung gedeckt ist»)	41
	4.	Leistungsprognose («...ist anzunehmen, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine Genugtuung nicht leisten wird»)	44
	5.	Antrag («auf dessen Verlangen»)	47
	6.	Höhe («...bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung») ⁵⁷	
	7.	Vollstreckungstitel («gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt»)	60
	8.	Chronologie («festgesetzt worden sind»)	66
	9.	Verjährung/Verwirkung	68
	10.	Abtretung (Absatz 2)	71
	C.	Zuständigkeit («das Gericht»)	79
	1.	Örtliche Zuständigkeit	80
	2.	Sachliche Zuständigkeit	83
	D.	Entscheid («spricht... zu»)	88

1.	Strafurteil	90
2.	Strafbefehl	91
3.	Einstellungsverfügung	93
4.	Selbständige Einziehungsverfügung	94
5.	Nachverfahren	95
E.	Zugunsten des Geschädigten zu verwendende Vermögenswerte	96
1.	Vom Verurteilten bezahlte Geldstrafe oder Busse (lit. a)	98
2.	Eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte oder deren Verwertungserlös (lit. b)	102
3.	Ersatzforderungen (lit. c)	108
4.	Betrag der Friedensbürgschaft (lit. d)	109
F.	Rechtsfolge	111
VI.	Abtretung (Art. 73 Absatz 2)	115
VII.	Einfaches und rasches Verfahren (Art. 73 Absatz 3)	116

I. Einleitung

- 1 Art. 73 Abs. 1 StGB bestimmt unter dem Titel «*Verwendung zu Gunsten des Geschädigten*», dass demjenigen, der durch ein Verbrechen oder ein Vergehen einen Schaden erleidet, auf Verlangen verschiedene dem Staat zugeflossene Mittel zugesprochen werden können.
- 2 Wodurch unterscheidet sich diese Norm von anderen Bestimmungen zur Kompensation für Verletzte? Nach der Strafprozessordnung kann eine Person, welche durch eine Straftat geschädigt wurde, sich am Strafverfahren als Partei beteiligen, indem sie ihre Ersatz- und/oder Genugtuungsansprüche adhäsionsweise geltend macht (Art. 118 Abs. 1 i.V.m. Art. 119 Abs. 2 lit. b; Art. 122 Abs. 1 StPO). Die Adhäsionsklage ist für den Geschädigten mit diversen Vorteilen wie beispielsweise die weitgehende Befreiung von der zivilprozessualen Behauptungs-, Substanziierungs- und Beweisführungslast verbunden.¹ Sie ist indes nicht das einzige dem Geschädigten vom Gesetz zur Verfügung gestellte Mittel zur Befriedigung seiner finanziellen Interessen. Zum einen sieht Art. 70 Abs. 1 in fine StGB als «*Alternative zur Adhäsionsklage*»² vor, dass dem Geschädigten Vermögenswerte auszuhandigen sind, die durch eine Straftat erlangt worden sind. Nach Art. 73 StGB können dem Geschädigten zwecks Schadensdeckung Mittel zugesprochen werden, welche dem Staat als Folge der Straftat zugeflossen sind. Art. 70 Abs. 1 in fine und Art. 73 StGB wirken sich beide zugunsten des Geschädigten aus. Eine Zuwendung nach Art. 73 StGB kann allerdings nur dann erfolgen, wenn der Geschädigte nicht bereits vollständig nach Art. 70 Abs. 1 in fine StGB befriedigt wurde.

¹ BSK StPO²-DOLGE, Art. 122 N 39.

² BOMMER (2006), 68 f.

Art. 73 StGB ist als Mittel der Schadensdeckung gedacht.³ Bereits Carl Stooss 3
wies darauf hin, dass der durch eine Straftat Geschädigte trotz Gutheissung seiner
Schadenersatzklage oftmals leer ausgeht, da beim Täter entsprechende Mittel nicht
(mehr) vorhanden sind.⁴ Folglich nahm er bereits in seinen ersten Vorentwurf zum
Schweizerischen Strafgesetzbuch eine dem heutigen Art. 73 StGB ähnliche Be-
stimmung auf (Art. 29 VE-StGB/1893). Auch wenn später Nationalrat Seiler in
Bezug auf diese Bestimmung die Güte des Staates hervorhob,⁵ verbarg sich dahinter
vor allem auch die kriminalpolitische Absicht der Verbrechensbekämpfung.
Die Aussicht, tatsächlich entschädigt zu werden, sollte den Geschädigten motivie-
ren, die Straftat anzuzeigen und bei der Deliktserklärung behilflich zu sein.⁶

Bis heute blieb die praktische Bedeutung dieser Bestimmung – trotz Belebungs- 4
versuchen – gering. Dies ist vor allem auf Art. 70 Abs. 1 in fine StGB zurückzu-
führen, wonach dem Geschädigten Vermögenswerte zur Wiederherstellung des
rechtmässigen Zustandes «ohne Umweg über die Einziehung»⁷ auszuhändigen
sind.⁸

Bei Art. 70 Abs. 1 i.f. StGB steht im Gegensatz zu Art. 73 StGB der Schutz des 5
Verurteilten vor einer Doppelbelastung im Vordergrund. I.S.e. negativen Einzie-
hungsvoraussetzung schützt sie den Verurteilten davor, dass er sich nach erfolgrei-
cher Einziehung zusätzlich mit zivilrechtlichen Ansprüchen des Geschädigten kon-
frontiert sieht.⁹ Indes beschränkt sich der Kreis der nach Art. 73 StGB dem
Geschädigten zuwendbaren Mittel nicht auf eingezogene Gegenstände und Ver-
mögenswerte sondern erstreckt sich auch auf Geldstrafen, Bussen, Ersatzforderun-
gen und Beträge aus Friedensbürgschaften. Daher ist es richtig, dass sich die Be-
stimmung über die Verwendung zugunsten des Geschädigten (Art. 73 StGB)
systematisch nicht unter den Titel «5. Einziehung» (Art. 69–72 StGB) einreicht.
Art. 73 StGB hat somit den Charakter einer Massnahme, die sich, anders als
Art. 70 StGB, nicht direkt gegen den Rechtsbrecher richtet, sondern dem Staat eine
fürsorgliche, soziale Pflicht zum Schutz des Geschädigten auferlegt.¹⁰

³ BOMMER (2006), 111; BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 73 N 2; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 8; BGer Urteil 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008, E. 5.1.

⁴ Motive VE-StGB/1893, 66.

⁵ StenBull NR 1928, 961.

⁶ Verhandlungen-I/1896, 229; HAFTER, ZStrR 1911, 369; Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

⁷ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 N 66; s.a. BGer Urteil 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008, E. 3.3.

⁸ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 1; BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 73 N 2; BOMMER (2006), 129.

⁹ BOMMER (2006), 78 m.w.H.; BOMMER spricht in diesem Zusammenhang auch von einer «Massnahme zur Verhinderung unerwünschter Nebeneffekte der Abschöpfung» a. a. O., 111.

¹⁰ HAFTER, AT², 422.

II. Entstehungsgeschichte

A. Vorentwürfe von 1893 und 1894

- 6 Die Möglichkeit, Adhäsionsklage zu erheben, war im Zeitpunkt der Ausarbeitung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in den kantonalen Strafprozessordnungen bereits bekannt.¹¹ Der Schutz des Geschädigten sollte sich aber nicht auf die Geltendmachung seiner Schadenersatzansprüche im Rahmen des Strafverfahrens beschränken, denn die Gutheissung seiner Ansprüche sicherte ihm noch nicht deren tatsächliche Bezahlung.¹² I.S.e. «*zugunsten des Geschädigten wirkende[n] Vollzugsbestimmung*»¹³ enthielten daher schon die ersten zwei Vorentwürfe von CARL STOOSS eine Bestimmung, wonach der Richter dem Geschädigten Vermögenswerte auf Anrechnung des vom Täter geschuldeten Schadenersatzes zusprechen konnte.¹⁴ Damit wollte er die tatsächliche Deckung von Schadenersatzansprüchen aus Straftaten absichern und das Vertrauen in die staatliche Strafrechtspflege fördern.¹⁵ Wie erwähnt stand hinter dieser Norm aber auch die kriminalpolitische Absicht, den Geschädigten für die Aufklärung der Straftat zu gewinnen.¹⁶ Für rege Diskussionen im weiteren Gesetzgebungsverfahren sorgte der letztlich fallengelassene Vorschlag, dem Geschädigten auch den Arbeitsverdienst, das sog. *Peculium*, von zu Freiheitsstrafen verurteilten Tätern ganz oder teilweise zukommen zu lassen.¹⁷
- 7 Ohne dass dies eindeutig aus den Materialien hervorgeht, ist anzunehmen, dass nach dem Vorschlag von CARL STOOSS ein Verurteilter mit *einer* Zahlung in zweifacher Hinsicht – zum einen gegenüber dem Staat und zum anderen gegenüber dem Geschädigten – Erfüllung leisten konnte.¹⁸ CARL STOOSS schrieb dazu:¹⁹ «*Es gehört ja nicht zum Wesen der Vermögensstrafe, dass der Staat durch die Vermögensverminderung des Verurteilten bereichert werde; vielmehr bezweckt die Geldstrafe lediglich dem Schuldigen durch diese Minderung ein Strafleiden zuzufügen. Daher steht es dem Gesetzgeber frei, über diese Werte zweckentsprechend zu verfügen. Wenn der Richter den Ertrag der Geldstrafe oder den Erlös aus konfiszierten Sachen dem Geschädigten auf Rechnung seiner Entschädigung zusprechen darf, so wird dadurch nicht selten ein Ausgleich des durch Verbrechen entstandene-*

¹¹ Vgl. HAFTER, ZStrR 1911, 356; LOGOZ (1939), Art. 60 N 1; BSK StPO²-DOLGE, Art. 122 N 1; s.a. THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 60 N 1.

¹² Vgl. LOGOZ (1939), Art. 60 N 1; HAFTER, AT², 421 Fn. 1. Motive VE-StGB/1893, 66.

¹³ HAFTER, AT², 421.

¹⁴ Vgl. Art. 29 VE-StGB/1893 und Art. 28 VE-StGB/1894; beide abgedruckt im Anhang •.

¹⁵ Motive VE-StGB/1893, 68.

¹⁶ HAFTER, ZStrR 1911, 369; Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

¹⁷ Eingehend HAFTER, ZStrR 1911, 353 ff.; BOMMER (2006), 110 Fn. 390.

¹⁸ Hierfür spricht das Votum Hafter, Protokoll-I/1912, 297 f.; im Widerspruch dazu HAFTER, ZStrR 1911, 367; s.a. HOEFLIGER (1932), 62.

¹⁹ Motive VE-StGB/1893, 67.

nen Schadens da hergestellt werden, wo der Geschädigte sonst nichts erhalten hätte.» Dagegen wurde eingewendet, dass wenn die Strafbehörde «einen Teil der Geldstrafe dem Verletzten zukommen lässt, so zerstört sie ihr eignes Urteil, entlastet willkürlich den Beurteilten von einem Teil seiner Schuld und ermuntert den Verletzten, die Mühe der Eintreibung auf den Staat abzuwälzen».²⁰ Wie noch zu zeigen sein wird, setzte sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Ansicht durch, dass der nur zu einer Zahlung fähige Verurteilte gegenüber dem zu beiden Zahlungen fähigen Verurteilten nicht bevorteilt werden darf.²¹ Der im Vorentwurf enthaltene Passus «auf Rechnung der Entschädigung» macht deutlich, dass sich die Schadenersatzforderung des Geschädigten um den zugesprochenen Betrag reduzieren soll. Im Übrigen wurde der Vorschlag, dem Anspruch des Opfers auf Schadenersatz einen Vorrang einzuräumen, jedoch mehrheitlich gelobt.²²

B. Vorentwurf von 1896

Die Beratungen der ersten Expertenkommission mündeten in einer deutlich erweiterten und detaillierteren Entschädigungsbestimmung.²³ 8

Präzisierend hob Art. 31 VE-StGB 1896 den Konnex zwischen der Straftat und dem Schaden hervor,²⁴ und hielt fest, dass die Entschädigung vom Gericht festzusetzen, sowie dass die Zuerkennung im Strafurteil festzuhalten ist. Der Kreis der zuzusprechenden Werte blieb unverändert; vor allem konnte sich die Möglichkeit der Zusprechung eines Teils des Verdienstanteils (*Peculium*) trotz einiger kritischer Stimmen *noch* halten.²⁵ 9

Neu war der Zusatz, dass eine Zusprechung nur erfolgen konnte, wenn der Schadenersatz vom Schädiger voraussichtlich nicht erhältlich war. Diese Ergänzung sollte von dauerhafter Natur bleiben. Noch heute ist die Zusprechung nach Art. 73 Abs. 1 StGB von der Annahme abhängig, «(...)dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine Genugtuung nicht leisten wird, (...)». 10

C. Entwurf vom 23. Juli 1918

11

²⁰ THURNEYSEN (1893), 383; z.R. krit. zu diesem «schwer nachvollziehbaren» Einwand BOMMER (2006), 110 Fn. 389.

²¹ Zur Kritik siehe Ausführungen bei HOEFLIGER (1932), 62.

²² GRÜTER (1895), 25 m.w.N.

²³ Art. 31 VE-StGB/1896.

²⁴ HAFTER bezeichnete den Konnex als «selbstverständliche Voraussetzung» (HAFTER, ZStrR 1911, 370).

²⁵ Verhandlungen-I/1896, 227 ff.

Im bundesrätlichen Entwurf von 1918 trug die Entschädigungsbestimmung neu die seither bis auf den Plural unverändert gebliebene Marginalie «*Verwendungen zugunsten des Geschädigten*».²⁶ Auf Antrag von OTTO LANG²⁷ wurden die Voraussetzungen für die Zusprechung im Rahmen der zweiten Expertenkommission insoweit verschärft, als der Geschädigte durch die Straftat neu erheblich geschädigt worden und dadurch in Not geraten sein musste.²⁸ Damit wurde der Anwendungsbereich dieser Bestimmung noch weiter eingeschränkt.²⁹ Neu konnten auch dem Staat verfallene Geschenke sowie die Friedensbürgschaft³⁰ dem Geschädigten zugewendet werden. Die umstrittene Zusprechung des Verdiensteils wurde indes gestrichen.³¹ Dies wurde damit begründet, dass das *Peculium* für den Verurteilten und seine Angehörigen notwendig sei. Zudem würden die Erträge häufig für die Schadensdeckung nicht ausreichen.³² Ein Teil der Lehre bedauerte die Streichung.³³ Daneben erfuhr die Bestimmung redaktionelle Änderungen: «Verbrechen» wurde durch «Vergehen» ersetzt. Diese redaktionelle Änderung wurde notwendig, weil die aus dem französischen *code pénal* von 1791 stammende und bis heute gängige Deliktstrias «Verbrechen – Vergehen – Übertretungen» (einstweilen) nicht in den Entwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch übernommen wurde.³⁴ Im Laufe der parlamentarischen Beratung wurde die Trias dann wieder eingeführt. Anstatt der «Ertrag der Geldstrafe» konnte der Richter «die Busse, die der Verurteilte zahlt», zusprechen. Schliesslich wurde die explizite Erwähnung fallengelassen, dass die Zusprechung im Strafurteil erfolgt. Der Bestimmung wurde von ERNST HAFTER schon damals, wie sich im Nachhinein erwiesen hat zu Recht, eine geringe praktische Bedeutung prophezeit. Umso grösser sei indes ihre moralische Bedeutung: «*Die Schadensdeckung durch den Verbrecher ist ein vorzügliches Mittel zur Beruhigung des durch ein Verbrechen Geschädigten.*»³⁵

D. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937

- 12 Über die grundsätzliche Berechtigung dieser Bestimmung wurde im Parlament nicht mehr debattiert.³⁶ In den Beratungen der nationalrätlichen Kommission erfuhr sie indes noch Änderungen: Neu konnten die massgebenden Schadenersatz-

²⁶ BOMMER (2006), 109 f. Fn. 388; vgl. erstmals in Art. 47^{bis} Vorlage-StGB/1913, 3 ff.

²⁷ Protokoll-I/1912, 297 f., 300.

²⁸ Vgl. bereits Art. 47^{bis} Vorlage-StGB/1913, 3 ff., 17.

²⁹ Daran ist wiederum zu erkennen, dass die Bestimmung nicht eine *bedingungslose* Besserstellung des Geschädigten bezweckte, dazu BOMMER (2006), 111 f. Fn. 394.

³⁰ Zur Friedensbürgschaft s.a. HOEFLIGER (1932), 84.

³¹ Vgl. schon Verhandlungen-I/1896, 227 ff.; HOEFLIGER (1932), 84.

³² Protokoll-I/1912, 295 ff.; Protokoll-II/1913, 107 ff.; s.a. HOEFLIGER (1932), 74.

³³ HOEFLIGER (1932), 73 f., 80.

³⁴ Vgl. Botschaft, BB1 1918 IV, 7 f.

³⁵ HAFTER, ZStrR 1914, 4 ff., 22.

³⁶ StenBull NR 1928, 961; BOMMER (2006), 110 Fn. 389.

ansprüche auch *vergleichsweise* festgesetzt werden. Neu war auch, dass die Zuwendung je nach Art des Vermögenswertes an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft wurde. Die Zusprennung von Einziehungsgegenständen, verfallenen Geschenken und der Friedensbürgschaft setzte bloss einen Schaden voraus, welcher vom Schädiger voraussichtlich nicht ersetzt wurde (Absatz 1). Nur noch für die Zusprennung der Busse wurde darüber hinaus verlangt, dass die Schädigung erheblich und der Geschädigte dadurch in Not geraten war (Absatz 2). Dem Staat fiel also der Verzicht auf den Bussenertrag schwerer als der Verzicht auf andere ihm anfallende Werte.³⁷ Vor diesem Hintergrund wirkt die Aussage von Nationalrat Seiler deplatziert, wonach diese Bestimmungen «*dem guten Herzen des Staates alle Ehre machen*».³⁸

Die Zuwendung wurde ferner von einem Verlangen des Geschädigten³⁹ sowie davon abhängig gemacht, dass er den entsprechenden Teil seiner Forderung an den Staat abtritt (Abs. 3).⁴⁰ Mit Letzterem wurde der Kritik begegnet, dass sich der Verurteilte mit der Bezahlung der Busse «*mit einem Schlag von zwei Verpflichtungen*», nämlich der Bussenschuld und der Schadenersatzpflicht, befreien konnte.⁴¹ Neu trat der Staat in die Ersatzansprüche ein, womit der Verurteilte weiterhin auch mit Ersatzverpflichtung belastet blieb. Der Vorteil lag darin, dass das Erfüllungsrisiko für diesen Anspruch vom Geschädigten auf den Staat überging.

E. Revision 22. März 1974 – Verwaltungsstrafrecht

Mit der Verabschiedung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 wurden auch die Einziehungsbestimmungen stark ausgebaut. Wesentlichste Änderung war die Einführung der Vermögenseinziehung.⁴² Diese Erweiterung der Einziehungsmöglichkeiten machten auch eine Anpassung von Art. 60 StGB in der Fassung von 1937 notwendig. Neu konnten dem Geschädigten auch eingezogene Vermögenswerte oder deren Verwertungserlös zugesprochen werden.⁴³ Ferner wurde die Marginalie in den besser verständlichen Singular (Verwendung zugunsten des Geschädigten) gefasst.⁴⁴

³⁷ HAFTER, ZStrR 1911, 423.

³⁸ NR Seiler, StenBull NR 1928, 961.

³⁹ Krit. EXNER (1929), 43, 33.

⁴⁰ Vgl. NR Seiler, StenBull NR 1928, 961 und NR Logoz, StenBull NR 1928, 963; BAUMANN E., StenBull SR 1931, 330.

⁴¹ HAFTER, ZStrR 1911, 366; ferner HOEFLIGER (1932), 62 f.; LOGOZ (1939), Art. 60 N 2 f.

⁴² Botschaft, BBl 1971 I, 1007.

⁴³ Vgl. Art. 60 StGB/1974.

⁴⁴ BOMMER (2006), 109 f., Fn. 388.

F. Revision 4. Oktober 1991 – Opferhilfegesetz

- 15 Eine weitere und auch grundlegendere Veränderung der Bestimmung brachte die Einführung des Opferhilfegesetzes.⁴⁵ Die *Verwendung zugunsten des Geschädigten* (Art. 60 StGB/1937 und Art. 60 StGB/1974) hatte in der Praxis keine grosse Bedeutung erlangt.⁴⁶ Im Entwurf zum Opferhilfegesetz unterbreitete der Bundesrat deshalb drei Verbesserungsvorschläge. Die Entschädigungsfrage sollte nicht länger im *Ermessen* des Richters liegen. Damit wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche die Zusprechung an den Geschädigten bei gegebenen Voraussetzungen für zwingend erklärte, zum Gesetz erhoben.⁴⁷ Die Zusprechung von *Bussen* sollte weniger restriktiv gehandhabt werden und nicht mehr davon abhängig sein, dass der Betroffene durch die Straftat *erheblich* geschädigt und dadurch *in Not* geraten ist.⁴⁸ Neu eingefügt wurde indessen die Einschränkung, dass der Geschädigte nur Anspruch auf Zusprechung hatte, falls sein Schaden nicht durch eine Versicherung gedeckt war.⁴⁹ Weiter sollten die Kantone für die nicht in Strafurteilen erfolgende selbständige Zusprechung ein einfaches und rasches Verfahren vorsehen.⁵⁰
- 16 Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen wurden – in einer redaktionell leicht modifizierten Form – vom Parlament diskussionslos angenommen.⁵¹ Die redaktionelle Änderung bestand darin, dass in Absatz 2 die Wiederholung des Antragserfordernisses («[...] wenn der Geschädigte es verlangt [...]») gestrichen wurde. Der revidierte Art. 60 StGB trat auf den 1. Januar 1993 in Kraft.

G. Revision vom 18. März 1994 – Kriminelle Organisation

- 17 Die Gesetzgebungsprojekte zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens umfassten auch die Totalrevision des Einziehungsrechts.⁵² Art. 60 StGB erfuhr im Rahmen dieser Revision nur marginale Anpassungen. Weil der Verfall (Art. 59 StGB/1974) in die Vermögenseinziehung integriert wurde,⁵³ gab es auch keine «dem Staat verfallene Zuwendungen» (Art. 60 Abs. 1 lit. b StGB/1991) mehr, die dem Geschädigten hätten zugesprochen werden können.

⁴⁵ Botschaft, BBl 1990 II, 975.

⁴⁶ Botschaft, BBl 1990 II, 996.

⁴⁷ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung galt dies bereits vor der Revision von Art. 60 StGB im Zuge des Erlasses des Opferhilfegesetzes (BGE 117 IV 107, E. 2c).

⁴⁸ Bericht VE-StGB/1985, 267.

⁴⁹ Hierzu findet sich keine Begründung in der Botschaft, vgl. Botschaft, BBl 1990 II, 996.

⁵⁰ Botschaft, BBl 1990 II, 996; vgl. Botschaft, BBl 1990 II, 1014.

⁵¹ AmtlBull NR 1991, 24; AmtlBull SR 1991, 589.

⁵² Weitergehend THOMMEN, Art. 69 StGB N 162 ff.

⁵³ Botschaft, BBl 1993 III, 305.

H. Revision 13. Dezember 2002 – StGB AT

Im Rahmen der Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches wurde die Geschädigtenbestimmung leicht angepasst. Als Folge des neuen Sanktionensystems sollten dem Geschädigten neu nicht nur Bussen, sondern auch die vom Verurteilten bezahlte Geldstrafe zugesprochen werden können. Davon erhoffte man sich eine Belebung dieses Instituts, weil nicht mehr nur die für Übertretungen zu entrichtenden Bussen, sondern mit der Geldstrafe auch die Hauptsanktion für Verbrechen und Vergehen für die Geschädigten nutzbar gemacht werden konnte.⁵⁴ Ferner wurde «der Richter» durch «das Gericht» ersetzt.⁵⁵ Art. 73 des Entwurfs des Bundesrates wurde vom Ständerat diskussionslos angenommen.⁵⁶ Erst die nationalrätliche Kommission ergänzte Absatz 1, indem neu explizit die Genugtuung genannt wurde.⁵⁷ Damit wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung gesetzlich verankert. Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 12. September 1997 festgehalten: «Eine dieser Zielsetzungen, den Opfern von Straftaten die Geltendmachung von Zivilansprüchen gegen den Täter im Strafverfahren zu erleichtern und damit letztlich deren Durchsetzung ohne grossen Aufwand zu ermöglichen, würde unterlaufen, wollte man die Begriffe des «Schadens» bzw. «Schadenersatzes» im Sinne von Art. 60 StGB eng auslegen und darunter nur Vermögensschäden und nicht auch immaterielle Unbill subsumieren. Eine solche einschränkende Auslegung wäre mit dem gesetzgeberischen Willen nicht in Einklang zu bringen. Schliesslich würde eine unterschiedliche Behandlung von Genugtuung und Schadenersatz bei Art. 60 StGB, nicht aber im Rahmen des OHG (Art. 5-10), zu unauf lösbaren Wertungswidersprüchen führen.»⁵⁸ Der Ständerat stimmte dieser Ergänzung zu.⁵⁹

III. Normzweck

CARL STOOSS hatte vor allem den Geschädigten und dessen Wohl im Auge, als er die Bestimmung über die Verwendung zugunsten des Geschädigten in den ersten Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch aufnahm.⁶⁰ Schon damals erkannte man, dass dem Geschädigten mehr daran lag, schadlos gehalten zu werden als den Beschuldigten verurteilt zu sehen.⁶¹ In die gleiche Richtung argumentierte auch FRANZ EXNER, in dem er sagte: «Eine Pflicht des Staates ist es, für die Wiedergutmachung des Verbrechensschadens besorgt zu sein, denn wenn es dem

⁵⁴ BOMMER (2006), 115; SCHMID, FS Castelberg, 224.

⁵⁵ Botschaft, BBl 1999 II, 2109, sowie Art. 73 Abs. 1 lit. a E-StGB/1998, Botschaft, BBl 1999 II, 2323 f.

⁵⁶ AmtlBull SR 1999, 1129.

⁵⁷ AmtlBull NR 2001, 585 f.

⁵⁸ BGE 123 IV 145, E. 4.d/bb.

⁵⁹ AmtlBull SR 2001, 512.

⁶⁰ Motive VE-StGB/1893, 68.

⁶¹ LOGOZ (1939), Art. 60 N 1.

*Staat nicht gelingt, den Steuerzahler vor Diebstahl, Körperverletzung und Raub zu schützen, so ist es doch wohl seine Pflicht, alles, was an ihm liegt, zu tun, ja auch finanzielle Opfer zu bringen, dass der einmal zur Tatsache gewordene Verbrechensschaden wieder gutgemacht werde».*⁶² Bald wurde aber mit dieser Bestimmung auch die kriminalpolitische Absicht verbunden, den Geschädigten zur Deliktsaufklärung zu gewinnen, indem er Strafanzeige einreicht und bei der Sachverhaltsaufklärung sachdienliche Hinweise macht.⁶³ Wenn diese Zweckbestimmung heute nicht länger im Vordergrund steht, so liegt dies nach FELIX BOMMER daran, dass die Anwendbarkeit von Art. 73 StGB nie an die Voraussetzung geknüpft wurde, dass der Geschädigte tatsächlich bei der Aufklärung der Straftat behilflich ist.⁶⁴ Heute erschöpft sich der Zweck von Art. 73 StGB weitgehend in der Schadensdeckung auf Seiten des Geschädigten.⁶⁵ Die Bestimmung verfolge den Zweck *«de faciliter le rétablissement de la victime de l'infraction dans la Situation patrimoniale qui était la sienne avant l'acte illicite».*⁶⁶ Der Staat soll nicht von den Strafzahlungen des Täters profitieren, während der Geschädigte leer ausgeht.⁶⁷ Insoweit geht es auch um einen Täter-Opfer-Ausgleich.⁶⁸ Das Ziel der Schadloshaltung werde dadurch erreicht, dass der Staat auf die ihm zustehenden Ansprüche (Geldstrafen, Bussen etc.) verzichte.⁶⁹ Genau genommen verzichtet der Staat aber nicht auf diese Ansprüche. Vielmehr setzt er die Bussen- und Geldstrafenforderungen durch und spricht die eingetriebenen Beträge dem Geschädigten gegen Abtretung der Schadenersatzansprüche zu. Weil es dem Gericht bei erfüllten Voraussetzungen nicht freisteht, dem Geschädigten die Zusprechung zu verweigern, stellt Art. 73 StGB eine Ausnahme zum Recht der Kantone dar, über die Erträge der verhängten Bussen, Geldstrafen und Einziehungen frei zu verfügen (vgl. Art. 374 Abs. 1 und 3 StGB).⁷⁰

IV. Rechtsnatur

- 20 Durch Art. 73 StGB fliessen Vermögenswerte zur Deckung von Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüchen zum Geschädigten. Die Bestimmung stellt keine Alternative zur Adhäsionsklage dar, sondern setzt vielmehr voraus, dass über die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche bereits (ordentlich oder adhäsionsweise) entschieden ist.⁷¹ Gegen Abtretung dieser Ansprüche an den Staat erhält der

⁶² EXNER (1929), 30.

⁶³ StenBull NR 1928, 961; Botschaft, BBl 1918 IV, 1, 23; HAFTER, ZStrR 1911, 369; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 60 N 1.

⁶⁴ BOMMER (2006), 111 f.

⁶⁵ PAVLIDIS (2012), 236; BGer Urteil 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008, E. 5.1.

⁶⁶ PIOTET (1995), N 448.

⁶⁷ BGE 117 IV 107, E. 2b; STRATENWERTH, AT IP², § 13 N 83.

⁶⁸ BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 2.

⁶⁹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 8 m.w.H.

⁷⁰ BOMMER (2006), 109.

⁷¹ BOMMER (2006), 277; GALEAZZI (2016), 68.

Geschädigte einen «materiell-rechtlichen, auf öffentlichem Recht des Bundes basierenden Anspruch gegen den Staat»⁷² auf Zusprechung eingezogener Gegenstände und Vermögenswerte oder auf Bussen und Geldstrafen etc. Sind die Voraussetzungen nach Art. 73 Abs. 1 StGB gegeben, muss das Gericht dem Geschädigten die Vermögenswerte zusprechen.⁷³ Art. 73 StGB schafft insofern ein Vollstreckungsprivileg zugunsten von Deliktgeschädigten.⁷⁴ Sie müssen ihre deliktischen Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen gegen den möglicherweise insolventen Täter nicht auf dem Weg der Zwangsvollstreckung nach Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz eintreiben, sondern können sich über Art. 73 StGB befriedigen lassen.⁷⁵ «Es handelt sich um eine zugunsten des Geschädigten wirkende Vollzugsbestimmung».⁷⁶ Der Umstand, dass es sich um ein Vollstreckungsprivileg für den Geschädigten handelt, könnte zur Annahme verleiten, dass der Anspruch gegen den Staat weder abtretbar noch pfändbar sei.⁷⁷ Nach überzeugender Ansicht handelt es sich jedoch nicht um einen (höchst)persönlichen nicht abtretbaren Anspruch, weil die Entschädigungsmöglichkeiten des Geschädigten gerade mit Blick auf die Ratio der Norm nicht über Gebühr eingeschränkt werden sollten.⁷⁸ Konsequenterweise steht auch den Erben des Geschädigten die Vollstreckung nach Art. 73 StGB offen.⁷⁹

V. Verwendung zu Gunsten des Geschädigten (Art. 73 Absatz 1)

A. Geschädigte («Erleidet jemand [...]»)

21

⁷² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 9; s.a. BGE 118 Ib 263, E. 3 = Praxis 82 Nr. 215, E. 3; ähnlich BGE 104 IV 68, E. 3d.

⁷³ Seit BGE 117 IV 107, Regeste; BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 1; PIOTET (1995), N 120; BGer Urteil 1B_168/2009 vom 14. Oktober 2009, E. 2.2; BGer Urteil 1B_212/2007 vom 12. März 2008, E. 1.4 m.w.H.

⁷⁴ Gemeint ist hier nicht, dass die Geschädigten privilegierte Gläubiger im Sinne des Schuldbetreibungsrechts sind (vgl. dazu etwa BSK SchKG²-LORANDI, Art. 219 N 42 ff.), sondern dass ihnen zur Befriedigung ihrer Forderungen Ansprüche auf staatliches «Sondervermögen» (Bussgelder, Konfiskanda etc.) zustehen; dazu auch BOMMER (2006), 123.

⁷⁵ GALEAZZI (2016), 68; BOMMER (2006), 277.

⁷⁶ HAFTER, AT², 421.

⁷⁷ So Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 9.

⁷⁸ PIOTET (1995), N 125; zu den Zessionsverboten aus der Natur des Rechtsverhältnisses KUKO OR-LARDELLI, Art. 164 N 23.

⁷⁹ So auch Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 9.

Wie sich aus der Marginalie ergibt, geht es in Art. 73 StGB um die Verwendung (von Vermögenswerten) zugunsten des *Geschädigten*. Einen Anspruch auf Zurechnung von Vermögenswerten nach Art. 73 StGB hat, wer durch ein Verbrechen oder ein Vergehen einen *Schaden* erleidet. Hierbei kann es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handeln.⁸⁰ Sofern sie wie Private geschädigt worden sind (z.B. durch einen Einbruchdiebstahl), kommen gemäss CHRISTIAN HEIERLI auch öffentlich-rechtliche Körperschaften als mögliche Geschädigte in Frage.⁸¹

1. (Un)mittelbar Geschädigte (Art. 115 StPO)

- 22 Die Definition des Geschädigten in Art. 73 StGB unterscheidet sich von jener in Art. 115 StPO, wonach als Geschädigter gilt, wer durch eine Straftat in seinen Rechten *unmittelbar* verletzt worden ist. Mit dieser Einschränkung auf *unmittelbare* Geschädigte sollen in der Strafprozessordnung insbesondere Rechtsnachfolger und Reflexgeschädigte von den Geschädigtenprivilegien ausgeschlossen werden.⁸² Nach verbreiteter Ansicht ist der Geschädigtenbegriff von Art. 73 StGB deshalb weiter gefasst als derjenige der Strafprozessordnung. Er umfasse nicht nur das durch die Straftat unmittelbar in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität qualifiziert geschädigte Opfer (Art. 116 StPO) und den Verletzten, der Träger des durch die Straftat beeinträchtigten Rechtsguts ist, sondern jede natürliche oder juristische Person (inkl. deren Rechtsnachfolger), der *zivilrechtlich ein Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung zusteht, selbst wenn er sich nicht am Strafverfahren beteiligt hat.*⁸³
- 23 Nach FELIX BOMMER lege die französische Gesetzesfassung, welche durchgängig von «lésé» spricht, jedoch nahe, den Geschädigten mit dem (unmittelbar) Verletzten gleichzusetzen. Dafür spreche auch der Grundgedanke von Art. 73, den Geschädigten für die Deliktsaufklärung zu gewinnen, was man nur vom Verletzten einer Straftat, nicht jedoch von anderweitig Geschädigten erwarten könne.⁸⁴ NIKLAUS SCHMID schränkt den Kreis der zuspruchsberechtigten Personen ein, indem er einen *direkten* Konnex zwischen Anlassdelikt und Schädigung verlangt.⁸⁵ Auch er schliesst somit im Ergebnis Personen von Art. 73 StGB aus, die nicht unmittelbar vom Delikt geschädigt worden sind.⁸⁶

⁸⁰ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 16.

⁸¹ HEIERLI (2012), N 359; s.a. SCHOLL, Art. 70 StGB N 467 ff.

⁸² BSK StPO²-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 21a.

⁸³ StGB PK²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 73 N 3; gl.M. BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 5 und STRATENWERTH, AT II², § 13 N 81.

⁸⁴ BOMMER (2006), 114.

⁸⁵ Schmid EOVG²-SCHMID, Art 73 N 15; a.M. BOMMER (2006), 112.

⁸⁶ BOMMER (2006), 113 f.

Bereits Art. 57 E-StGB/1918 nahm in der Marginalie auf den «Geschädigten» Bezug,⁸⁷ ohne dass dieser Begriff definiert worden wäre.⁸⁸ Damals schien Einigkeit darüber zu herrschen, dass nach dieser Bestimmung zuspruchsberechtigt sei, wer durch eine Straftat einen Schaden erlitten hatte. Als Geschädigter i.S.d. Bestimmung galt indes nicht nur der unmittelbar durch die Straftat Geschädigte, sondern es konnten sich auch Dritte wie beispielsweise Angehörige des Getöteten auf diese Norm berufen.⁸⁹ Der heutige Gesetzestext verlangt keine unmittelbare Schädigung. Der Betroffene muss lediglich «*durch ein Verbrechen oder Vergehen einen Schaden*» erlitten haben. 24

Nach der überzeugenden Auffassung von FLORIAN BAUMANN ist dem Ausgleichsgedanken von Art. 73 StGB folgend auf den Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruch aus Art. 41 ff. OR abzustellen.⁹⁰ Auch wer bloss als Reflexgeschädigter oder als Nutzniesser einer haftpflichtrechtlichen Schutznorm⁹¹ einen deliktischen Anspruch aus Art. 41 ff. StGB geltend machen kann, ist somit Geschädigter im Sinne von Art. 73 StGB und kann deshalb die Deckung seines Ersatzanspruchs aus Geldstrafen, Bussen oder eingezogenen Vermögenswerten verlangen. In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Bank, die durch den betrügerischen Zugriff eines angestellten Vermögensverwalters auf Kundenvermögen *indirekt* geschädigt wurde, nach Art. 60 StGB (heute: Art. 73 StGB) anspruchsberechtigt ist. Zwar habe grundsätzlich allein der direkt Geschädigte, dem ein (deliktischer) Schadenersatzanspruch nach Art. 41 OR zusteht, einen Anspruch auf Zuwendung, ausnahmsweise aber auch der Reflexgeschädigte, etwa wenn der direkt Geschädigte vollständig befriedigt worden ist und keine besseren Ansprüche an den eingezogenen Vermögenswerten bestehen.⁹² 25

2. Privatküglerschaft (Art. 118 StPO)

Soweit die deliktsbetroffene Person Opfer (Art. 116 StPO) oder unmittelbar geschädigte Person (Art. 115 StPO) ist, *kann* sie sich als Privatküglerin konstituieren (Art. 118 StPO). Die Frage ist, ob sie sich auch als Privatküglerin konstituieren *muss*, um die Zusprechung nach Art. 73 StGB verlangen zu können. Soweit sie ihre Zivilansprüche im gleichen Strafverfahren geltend macht, konstituiert sie sich damit als Zivil- bzw. als Privatküglerin. Nach Art. 122 Abs. 1 StPO kann die geschädigte Person zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatküglerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen. Zivilklage erheben kann somit 26

⁸⁷ Vorne N 6 f.

⁸⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 14.

⁸⁹ HAFTER, ZStrR 1911, 371; LOGOZ (1939), Art. 60 N 3.

⁹⁰ BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 6 f.; s.a. PIOTET (1995), N 125 und Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 StGB N 14.

⁹¹ Vgl. dazu BGE 129 IV 322, E. 2.2.2.

⁹² BGer Urteil 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008, E. 5.3.

nur, wer sich als Privatkläger konstituiert hat.⁹³ Die geschädigte Person kann die Zusprechung nach Art. 73 StGB aber auch für den praktisch wohl sehr seltenen Fall verlangen, dass die Zivilansprüche bereits gerichtlich entschieden oder vergleichsweise anerkannt sind. Ferner steht der Anspruch auf Zusprechung nach Art. 73 StGB – wie soeben dargelegt (1.) – auch bloss *mittelbar* geschädigten Personen zu, die sich gar nicht als Privatklägerinnen konstituieren können.

- 27 Die Konstituierung als Privatklägerin ist somit keine zwingende Voraussetzung, um Ansprüche aus Art. 73 StGB zu erheben. Nach der Rechtsprechung kommen geschädigten Personen, die eine Zuweisung von Vermögenswerten verlangen, Partei- und Verfahrensrechte auch ohne Konstituierung direkt aus Art. 73 StGB zu.⁹⁴ Sie gelten als von Verfahrenshandlungen beschwerte Dritte i.S.v. Art. 105 Abs. 1 lit. f. StPO.⁹⁵

3. Mehrere Geschädigte

- 28 Gibt es *mehrere Geschädigte*, so muss jeder Geschädigte seinen Anspruch selber anmelden. Zur Schaffung klarer Verhältnisse kann das Gericht eine Frist zur Anmeldung der Ansprüche ansetzen.⁹⁶ Werden im Strafurteil Zivilforderungen gewisser Geschädigter entschieden, andere Geschädigte hingegen auf den Zivilweg verwiesen, dann muss das Gericht mit der Zusprechung der Vermögenswerte an erstere *nicht* zuwarten bis letztere einen rechtskräftigen Forderungstitel in den Händen halten.⁹⁷
- 29 Soweit Vermögenswerte in einem Nachverfahren zu verteilen sind, also beispielsweise eingetriebene Bussen und Geldstrafen, nachträglich eingezogene Vermögenswerte oder der Verwertungserlös aus einer Ersatzforderung im Nachgang zu einer strafrechtlichen Verurteilung bei der Strafbehörde eingehen, sind die Geschädigten darüber zu informieren (Art. 364 Abs. 4 StPO). Es ist ihnen Frist anzusetzen, damit sie einen Zuweisungsantrag einreichen können. Ein solches Vorgehen läuft auf das Bilden einer Pfändungsgruppe hinaus, weshalb in analoger Anwendung von Art. 110 SchKG eine Frist von 30 Tagen angemessen erscheint.⁹⁸

⁹³ GALEAZZI (2016), 54.

⁹⁴ BGer Urteil 1B_581/2012 vom 27. November 2012, E. 1; SCHMID, StPO PK², Art. 105 N 3.

⁹⁵ SCHMID, StPO PK², Art. 105 N 9.

⁹⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 76.

⁹⁷ BGer Urteil 6B_906/2010 vom 31. Januar 2011, E. 2.3.1.

⁹⁸ SCHOLL, Art. 70 StGB N 473 schlägt für die Zuweisung von Vermögenswerten nach Art. 70 Abs. 1 in fine StGB eine analoge Anwendung der dreimonatigen Strafantragsfrist vor. Wie auch immer man diese Frist ansetzt, ist es wichtig hervorzuheben, dass es sich hier um richterlich und staatswaltschaftlich angesetzte (und damit auch um erstreckbare) Fristen handelt. Im Gegensatz dazu stellen sowohl die 30-Tage-Frist von Art. 110 SchKG als auch die Dreimonatsfrist von Art. 31 StGB (nicht erstreckbare) gesetzliche Fristen dar.

Damit werden die harten Folgen einer reinen Spezialexécution etwas gemildert, indem nicht nur «*findigere und raschere*» Gläubiger profitieren.⁹⁹

Bei mehreren Geschädigten stellt sich sodann die Frage, in welchem Verhältnis die einzelnen Geschädigten zueinander stehen und wie Vermögenswerte bei einer allfälligen Unterdeckung zu verteilen sind. Nach der Rechtsprechung soll zwischen mehreren verletzten Personen keine *Solidarität* bestehen.¹⁰⁰ Dies ist wohl so zu verstehen, dass mehrere Ansprecher nach Art. 73 StGB nicht eine Gläubigersolidargemeinschaft im Sinne von Art. 150 OR bilden, mit der Folge, dass sich der Schuldner mit der Leistung gegenüber einem Gläubiger von den Verpflichtungen gegenüber den Übrigen befreien könnte.¹⁰¹ Es erscheint daher richtig, bei einer Vielzahl an Verletzten die eigezogenen Vermögenswerte proportional zu den Ansprüchen der Verletzten zu verteilen.¹⁰² Auch hier drängt sich eine Analogie zum Schuldbetreibungsrecht auf. Nach Art. 220 Abs. 1 SchKG haben die Gläubiger der nämlichen Klasse unter sich gleiches Recht. Das wird so interpretiert, dass Gläubigern proportional zur Höhe ihrer Forderungen zu befriedigen sind.¹⁰³ Gegenüber den übrigen Gläubigern des Täters sind die Geschädigten privilegiert. Art. 73 StGB etabliert für die Geschädigten – zumindest solange der Täter noch nicht im Konkurs steht – «*ein Sondervermögen mit exklusivem Befriedigungsanspruch*».¹⁰⁴

B. Zuwendungsvoraussetzungen

Die Zuwendung von Vermögenswerten an den Geschädigten ist nach Art. 73 Abs. 1 StGB von einer Reihe nachfolgend im Einzelnen zu betrachtender Voraussetzungen abhängig: Es müssen aus einem Delikt hervorgegangene (1.) Schaden- oder Genugtuungsansprüche (2.) vorliegen. Eine Ersatzleistung darf weder durch eine Versicherung erfolgen (3.) noch vom Täter zu erwarten sein (4.). Der Geschädigte muss ein Gesuch um Zusprechung stellen (5.). Im Umfang (6.) muss die Schadenersatz oder Genugtuungsleistung gerichtlich oder durch Vergleich (7.) festgesetzt worden sein (8.). Schliesslich darf der Zuwendungsanspruch noch nicht verjährt resp. verwirkt sein (9.). Die letzte Zuwendungsvoraussetzung ergibt sich aus Absatz 2 von Art. 73 StGB. Danach muss der Geschädigte seine Forderung an den Staat abtreten (10.).

⁹⁹ BSK SchKG²–JENT-SØRENSEN, Art. 110 N 1.

¹⁰⁰ BGE 122 IV 365, E. III.2b; BGer Urteil 6B_659/2012 vom 8. April 2013, E. 3.1.

¹⁰¹ Zur Solidarität unter Gläubigern im Allg. KUKO OR–JUNG, Art. 150 N 1.

¹⁰² Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 80; StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 73 N 3.

¹⁰³ KUKO SchKG²–STÖCKLI/POSSA, Art. 220 N 2.

¹⁰⁴ Eingehend BOMMER (2006), 123 *et passim*. Wie vorne N 20 bereits erwähnt, ist hier nicht gemeint, dass die Geschädigten privilegierte Gläubiger i.S.d. Schuldbetreibungsrechts sind (vgl. dazu etwa BSK SchKG²–LORANDI, Art. 219 N 42 ff.), sondern dass ihnen zur Befriedigung ihrer Forderungen Ansprüche auf staatliches «Sondervermögen» (Bussgelder, Konfiskanda etc.) zustehen.

1. Deliktstkonnex («*durch* ein Verbrechen oder ein Vergehen»)

- 32 Einen Anspruch auf Zusprechung von Vermögenswerte nach Art. 73 StGB hat, wer durch ein *Verbrechen oder ein Vergehen* einen Schaden erleidet. Die Norm gilt auch für Geschädigte von *Übertretungen* (Art. 104 StGB).¹⁰⁵ Das Opfer einer Tötlichkeit (Art. 126 StGB) kann sich seine Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen somit auch über Art. 73 StGB abgelten lassen, indem es die Übertretungsbusse zugesprochen erhält.
- 33 Die ältere Lehre forderte noch einen strafrechtlichen Schuldspruch als Zuwendungsvoraussetzung.¹⁰⁶ Aus dem Umstand, dass auch *eingezogene* Gegenstände und Vermögenswerte nach Art. 73 StGB zugesprochen werden können, ergibt sich jedoch mittelbar, dass die Anlasstat (wie bei der Einziehung) bloss tatbestandsmässig und rechtswidrig begangen worden sein muss.¹⁰⁷ Die Schuld muss nicht nachgewiesen werden. Auch eine aus anderen Gründen ausgebliebene Verurteilung (Tod, Unauffindbarkeit des Täters etc.) steht einer Zusprechung der Confiscanda nicht entgegen.¹⁰⁸ Steht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen fest, dass kein Schuldspruch ergehen wird, können die eingezogenen Vermögenswerte in einem selbstständigen Einziehungsverfahren (Art. 376 ff. StPO) zugesprochen werden (Art. 378 StPO).¹⁰⁹
- 34 Rechtsprechung und Lehre verlangen mehrheitlich, dass zwischen dem Anlassdelikt und dem Schaden ein *direkter* Zusammenhang bestehen müsse. Eine indirekte Schädigung genüge nicht.¹¹⁰ Dies gelte etwa für den düpierten Konkurrenten bei Bestechungsdelikten.¹¹¹ Begründet wird die Einschränkung auf unmittelbare Schädigungen damit, dass ansonsten zivilrechtliche Forderungen durch das Strafgesetzbuch privilegiert würden. Ferner lasse sich die Ratio der Norm, Hilfe bei der Deliktsaufklärung zu erhalten, nur in Bezug auf den unmittelbar Deliktsgeschädigten sinnvoll anwenden. Nur von diesem könne Mithilfe erwartet werden.¹¹²
- 35 Der Gesetzeswortlaut verlangt keine unmittelbare Schädigung. Auch mittelbare Schäden können «*durch*» ein Verbrechen oder Vergehen verursacht worden sein.¹¹³ Zu verlangen ist deshalb lediglich ein Kausalzusammenhang zwischen der Anlasstat und der Schädigung.¹¹⁴ So betrachtet wird der übergangene Konkurrent sehr wohl kausal *durch* das Bestechungsdelikt geschädigt. Nur weil der Schaden (z.B. entgangener Gewinn) beim Bestechungsdelikt schwierig zu beziffern

¹⁰⁵ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 23.

¹⁰⁶ HAFTER, ZstrR 1911, 372.

¹⁰⁷ Vgl. dazu THOMMEN, Art. 69 StGB N 89 ff.

¹⁰⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 25.

¹⁰⁹ HEIMGARTNER (2011), 332 f.

¹¹⁰ BGer Urteil 6B_344/2007 vom 1. Juli 2008, E. 5.2 m.H.a. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 15.

¹¹¹ Mit weiteren Beispielen Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 15.

¹¹² BOMMER (2006), 114.

¹¹³ Dies räumt auch BOMMER (2006), 114 ein.

¹¹⁴ Gl. M. BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 12.

ist, sollte dessen Ersatzfähigkeit nicht schon a priori über die fehlende Unmittelbarkeit ausgeschlossen werden.

Nicht erforderlich ist ein Konnex zwischen dem Anlassdelikt und dem «beschlag- 36
nahmen Vermögenswert».¹¹⁵ Dies ergibt sich nur schon daraus, dass auch einge-
zogene Vermögenswerte zugewiesen werden können (Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB).
Der Vermögensentziehung nach Art. 70 StGB unterliegen nicht nur die unmittel-
bar aus Delikt stammenden Vermögenswerte, sondern auch deren echte und un-
echte Surrogate.¹¹⁶ Letztere stehen zur Anlasstat nur noch in einem mittelbaren
Zusammenhang.

Nicht via Art. 73 StGB zugesprochen können aber Vermögenswerte, die keinen 37
Deliktikonnex aufweisen. So können Vermögenswerte, die nach Art. 268 StPO
zur Kostendeckung beschlagnahmt wurden, nicht zugesprochen werden.¹¹⁷ Diese
werden rein zur Sicherung und ohne Verknüpfung zu tatspezifischen Gesicht-
punkten beschlagnahmt, womit der Deliktikonnex regelmässig entfällt.¹¹⁸

2. Schaden («einen Schaden...»)

Einen Anspruch auf Zuweisung nach Art. 73 Abs. 1 StGB hat, wer durch ein Ver- 38
brechen oder Vergehen «einen Schaden» erlitten hat. Die Bestimmung dient der
Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüchen, die aus einer Straftat resultieren. Wird
ein Schaden durch eine Straftat zugefügt, führt dies in der Regel zu einem delikti-
schen Schadenersatzanspruches nach Art. 41 ff. OR.¹¹⁹ Die durch die Straftat be-
wirkte Vermögensverminderung kann über Art. 73 StGB ausgeglichen werden.¹²⁰
Dies schliesst beispielsweise Heilungskosten und Verdienstauffälle, die aus einer
Körperverletzung resultieren, mit ein.¹²¹ Ob ein Schaden vorliegt, entscheidet sich
allein nach zivilrechtlichen Vorgaben (Art. 41 ff. OR).¹²² Es kann sich dabei um
eine Vermehrung der Passiven (*damnum emergens*) oder um entgangenen Gewinn
(*lucrum cessans*) handeln.¹²³

Seit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ist gesetzlich fest- 39
gehalten, dass auch *Genugtuungsansprüche* nach Art. 73 StGB ausgeglichen wer-

¹¹⁵ So BGer Urteil 1B_581/2012 vom 27. November 2012, E. 2.5 mit allerdings nicht einschlägigem Verweis auf Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 15.

¹¹⁶ BGE 126 I 97, E. 3; BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 70/71 N 47.

¹¹⁷ CAVALLO (2013), 110.

¹¹⁸ BSK StPO²-BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 268 N 1.

¹¹⁹ BSK OR I⁶-KESSLER, Art. 41 N 35.

¹²⁰ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 21.

¹²¹ BOMMER (2006), 112.

¹²² BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 6.

¹²³ BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 7; einschränkend Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 21 und PIOTET (1995), N 123, 448.

den können. Das Bundesgericht hatte bereits 1997 entschieden, dass die Genugtuung ebenfalls einen ausgleichsfähigen Schaden darstellt.¹²⁴

- 40 Ansprüche aus *Vertrag* sind nur erfasst, sofern die Vertragsverletzung zugleich eine deliktsrechtliche Widerrechtlichkeit darstellt, was etwa der Fall sein kann bei ungetreuer Geschäftsbesorgung oder bei der Veruntreuung im Rahmen von Anstellungs- oder Auftragsverhältnissen.¹²⁵ Ob *bereicherungsrechtliche* Rückerstattungsansprüche unter Art. 73 StGB fallen, ist umstritten.¹²⁶ Gegen den Einbezug spricht, dass nicht jegliche privatrechtlichen Forderungen mit Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden sollen.¹²⁷ Dafür spricht der Gesetzestext: Auch Bereicherungsansprüche können «durch» Straftaten entstehen. Teilweise wird deshalb darauf abgestellt, ob die Bereicherungsansprüche «Reflex der strafbaren Handlung» sind.¹²⁸ Dies träfe etwa auf Rückerstattungsansprüche aus einer irrtümlichen Überweisung (Art. 141^{bis} StGB) zu.¹²⁹ Bei näherer Betrachtung liegen in diesen Fällen zugleich auch deliktische Haftungsansprüche vor, was bei *rein* bereicherungsrechtlichen Ansprüchen nicht zutrifft.

3. Versicherungsdeckung («[...]nicht durch eine Versicherung gedeckt ist»)

- 41 Art. 73 StGB sieht eine Verwendung zu Gunsten des Geschädigten nur vor, wenn der Schaden nicht durch eine Versicherung gedeckt ist. Diese Voraussetzung wurde mit dem Opferhilfegesetz vom 4. Oktober 1991 eingeführt. Falls eine Deckung besteht und der Versicherer seine Leistung erbringt, gehen die Ansprüche des Geschädigten in der Regel mittels Subrogation auf den Versicherer über (so z.B. nach Art. 72 VVG und Art. 72 ATSG). Der Versicherer kann jedoch keine Ansprüche nach Art. 73 StGB geltend machen, da die Vermögenswerte nur zu Gunsten des Geschädigten ausgerichtet werden können. Gesetzliche oder vertragliche Leistungspflichten hingegen gelten nicht als Schaden, die zur Anwendung von Art. 73 StGB führen könnten. Der Sinn dieser Bestimmung besteht darin, dem Geschädigten für seine Forderung ein Vollstreckungsprivileg einzuräumen. Ein entsprechendes Vorrangbedürfnis besteht bei Versicherungen nicht.¹³⁰ Andererseits besteht der Zweck von Art. 73 StGB mit Blick auf die Vermögenseinziehung (Art. 70 StGB) und die Ersatzforderung (Art. 71 StGB) primär darin, zu vermeiden, dass ein Vermögenswert, welcher einem Geschädigten weggenommen wurde, letztlich beim Staat bleibt und der Staat so (zulasten des Täters oder des Geschädigten) von der

¹²⁴ Vgl. zuvor bereits die Rechtsprechung BGE 123 IV 145, Regeste; hierzu die Bemerkungen von ZEHNTNER (1998), 356; BGE 123 IV 145 ff.; krit. BOMMER (2006), 112 m.w.H.

¹²⁵ PIOTET (1995), N 448.

¹²⁶ Dafür BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 73 N 9; ohne weitere Begründung dagegen PIOTET (1995), N 448.

¹²⁷ Ähnlich zu den indirekten Schäden BOMMER (2006), 114.

¹²⁸ So BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 73 N 9.

¹²⁹ Vgl. BSK StGB II³–NIGGLI, Art. 141^{bis} N 12.

¹³⁰ S.a. Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 27.

Straftat profitiert. Aus dieser Sichtweise leuchtet es ebenso wenig ein, dass der Staat zulasten der Versicherung von einer Straftat profitieren soll.¹³¹

Auf die Person des Versicherten kommt es grundsätzlich nicht an.¹³² Dies kommt 42
in der französischsprachigen Fassung mit «*aucune assurance*» zum Ausdruck. In Frage kommen so etwa die Unfall- oder Diebstahlsversicherung des *Geschädigten*, die Haftpflichtversicherung des *Täters*, aber auch die Haftpflichtversicherung eines *Dritten* (z.B. Halter eines Motorfahrzeugs).¹³³ Bei der Versicherung eines Dritten kann es sich auch um den Nationalen Garantiefonds nach Art. 76 SVG handeln. Auch auf die Art der Versicherung kommt es nicht an. Es kann sich um private Schaden- und Haftpflichtversicherungen handeln, aber auch um öffentlich-rechtliche Versicherungen (SUVA, Sozialversicherungen etc.). Die Versicherungsleistung muss indes auf Schadensausgleich gerichtet und der Regress auf den Schadensverursacher zugelassen sein (Anspruchskonkurrenz).¹³⁴ Bei teilweiser Versicherungsdeckung oder wenn der Geschädigte einen Selbstbehalt tragen muss, verringert sich sein Anspruch um den von der Versicherung geleisteten Betrag.¹³⁵ Nach überzeugender Ansicht stehen allfällige Ansprüche eines *Opfers* (Art. 19 ff. OHG) einer Zusprennung von Vermögenswerten nach Art. 73 StGB nicht entgegen. Die Opferhilfe ist auch der Geschädigtenzuwendung gegenüber subsidiär (Art. 4 OHG); ferner handelt es sich bei ihr nicht um eine Versicherung.¹³⁶

Für den Nachweis der fehlenden Versicherungsdeckung liess es das Obergericht 43
Zug genügen, dass die Antragsteller eine entsprechende Erklärung schriftlich abgegeben haben.¹³⁷

4. Leistungsprognose («...ist anzunehmen, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine Genugtuung nicht leisten wird»)

Die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten setzt nach Art. 73 StGB voraus, 44
dass anzunehmen ist, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine Genugtuung nicht leisten wird. Eine Zusprennung der Vermögenswerte ist selbstverständlich ausgeschlossen, wenn der Täter bereits vollen Schadenersatz bzw. Ge-

¹³¹ So überzeugend MARCEL SCHOLL, in seiner hier zu verdankenden Stellungnahme vom 13. März 2017, der die Voraussetzung der fehlenden Deckung durch eine Versicherung deshalb für eine Fehlkonstruktion hält, resp. fordert, bei der Verwendung zugunsten der Geschädigten zwischen Geldstrafen und Bussen einerseits sowie Einziehung und Ersatzforderung andererseits zu unterscheiden.

¹³² BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 13; BOMMER (2006), 118 f., Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73, N 27 ff.

¹³³ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 29.

¹³⁴ BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 13; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 29.

¹³⁵ Schmid EOVG²-SCHMID Art. 73 N 28.

¹³⁶ BOMMER (2006), 119 f.; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 42.

¹³⁷ OGer ZG, SO 2010 Nr. 10, E. 4.3.

nugtuung geleistet hat.¹³⁸ Ist dies nicht der Fall, ist mittels einer Prognose über die potentielle Schadensdeckung durch den Täter zu befinden. Dabei muss das Gericht mit einer Gesamtwürdigung aller Umstände den Zahlungswillen und die Zahlungsfähigkeit des Täters einschätzen.

- 45 Während früher noch die Meinung vertreten wurde, dass eine Zuwendung nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich ist, d.h. wenn der Richter überzeugt war, dass auch mittels Zwangsvollstreckung vom Täter keine Vermögenswerte erhältlich gemacht werden können,¹³⁹ geht man heute von tieferen Hürden aus. Eine Zusprechung von Vermögenswerten nach Art. 73 StGB sollte nur dann ausgeschlossen sein, wenn eine Schadensdeckung durch den Täter *«einigermassen gesichert scheint»*¹⁴⁰ oder bereits erfolgt ist.¹⁴¹ Mit anderen Worten sollte die Zusprechung nur ausbleiben, wenn der Täter subjektiv zahlungswillig *und* objektiv zahlungsfähig ist.¹⁴² Die Prognose über den Zahlungswillen des Täters ist insbesondere anhand des bisherigen Täterverhaltens im Verfahren (z.B. Fernbleiben von Verhandlungen, jegliches Bestreiten einer Verantwortlichkeit, insbesondere einer Schadenersatzpflicht), der wirtschaftlichen Lage des Täters (Einkommen und Vermögen) und seiner sonstigen Lebensverhältnisse zu stellen. Die Zahlungsfähigkeit ist hingegen an objektiven, tatsächlichen Kriterien zu bestimmen. So sind dem Geschädigten Vermögenswerte zuzusprechen, *«wenn objektiv wahrscheinlich ist, dass die Mittel des Schädigers zur Schadensdeckung nicht ausreichen»*.¹⁴³ Wenn der Täter grundsätzlich in der Lage ist, die Schuld zu begleichen, jedoch feststeht, dass er zahlungsunwillig ist, reicht dies nach hier vertretener Auffassung, um eine schlechte Leistungsprognose zu begründen.
- 46 De lege ferenda ist die Voraussetzung der voraussichtlich ausbleibenden Deckung zu streichen. Wenn es bei Art. 73 StGB zumindest auch darum gehen soll, Deliktsgeschädigte für die Aufklärung von Straftaten zu gewinnen, dann ist ihnen das Vollstreckungsprivileg unabhängig von der Solvenz und Zahlungswilligkeit des Täters einzuräumen. Der Umstand, dass mit der Vollstreckung ein *zusätzliches* Verfahren gegen den Täter anzuheben ist, stellt schon für sich genommen eine unnötige Belastung des Geschädigten dar.

5. Antrag («auf dessen Verlangen»)

- 47 Das Gericht spricht dem Geschädigten die Vermögenswerte nach Art. 73 Abs. 1 StGB nur *auf dessen Verlangen* zu. Diese Antragsvoraussetzung wurde erst durch

¹³⁸ BGE 117 IV 107, E. 2a; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 33; BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 14.

¹³⁹ HOEFLIGER (1932), 62; HAFTER, ZStrR 1911, 371 f.; LOGOZ (1939), Art. 60 N 4.

¹⁴⁰ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 34.

¹⁴¹ BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 14

¹⁴² Ähnlich BOMMER (2006), 119; Anders noch HAFTER, ZStrR 1911, 371 f..

¹⁴³ HAFTER, ZStrR 1911, 372.

das Parlament ins Gesetz eingefügt.¹⁴⁴ Sie wurde teilweise als verletztenunfreundlich gerügt. Wenn der Verletzte einmal Schadenersatz verlangt habe, dann müsse zumindest bei den Officialdelikten auch das «*Wiedergutmachungsverfahren einschliesslich Zwangsvollstreckung von Amtes wegen geführt werden*».¹⁴⁵ Wenn man für diese verletztenfreundliche Haltung auch Sympathien aufbringen mag, so ist das Antragerfordernis in einem System, das die Zwangsvollstreckung sprichwörtlich durch den Gläubiger betreiben lässt, dennoch folgerichtig. Genauso wenig, wie der Staat im Zivil- und Adhäsionsverfahren von sich aus tätig wird,¹⁴⁶ erfolgt die Vollstreckung von Amtes wegen. Der Entscheid, die Zivilforderung ordentlich in Zwangsvollstreckung zu setzen oder sich nach Art. 73 StGB befriedigen zu lassen, bleibt deshalb dem Geschädigten anheimgestellt.

Damit der Geschädigte diese Wahl gültig treffen kann, ist er über seine Optionen aufzuklären. Dies geschieht idealerweise durch seine Rechtsvertretung. Soweit diese es versäumt, ihren Klienten auf die Möglichkeiten nach Art. 73 StGB hinzuweisen oder wenn der Geschädigte rechtsunkundig ist, gebietet die Fürsorgepflicht den Strafbehörden, rechtsunkundige Parteien über ihre Rechte aufzuklären (Art. 107 Abs. 2 StPO).¹⁴⁷ Angesichts ihrer geringen praktischen Bedeutung ist bereits zweifelhaft, ob die Regelung von Art. 73 StGB unter Juristen genügende Bekanntheit hat. Laien sind deshalb in jedem Fall auf ihre Entschädigungsoptionen aufmerksam zu machen. 48

Selbst wenn die geschädigte Person und ihr Rechtsvertreter grundsätzlich um ihre Zuspruchsrechte nach Art. 73 StGB wissen, muss sichergestellt werden, dass sie von einer konkreten Antragsmöglichkeit auch erfahren. Eine solche Orientierungspflicht ist insbesondere angezeigt, wenn der Geschädigte und sein Vertreter keine Kenntnis von einem selbständigen Einziehungsverfahren haben oder nicht wissen, dass der bedingte Vollzug einer Geldstrafe in einem Nachverfahren widerrufen werden soll.¹⁴⁸ 49

Der informierte Geschädigte kann auch darauf *verzichten*, die Zusprechung nach Art. 73 StGB zu verlangen. MARCEL SCHOLL vertritt die Auffassung, dass wer auf die Stellung eines Antrags auf Zuweisung eines beschlagnahmten Vermögenswertes gestützt auf Art. 70 Abs. 1 i.f. StGB verzichte, damit i.d.R. auch gleichzeitig den Verzicht auf die Zuweisung von Vermögenswerten gestützt auf Art. 73 StGB ausspreche.¹⁴⁹ Es kann bereits – wie MARCEL SCHOLL in seinem Zauberei-Fall¹⁵⁰ selber einräumt – gute Gründe dafür geben, auf eine Zuweisung eines Vermö- 50

¹⁴⁴ Vgl. StenBull NR 1928, 961; StenBull SR 1931, 330.

¹⁴⁵ Krit. EXNER (1929), 33.

¹⁴⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 74.

¹⁴⁷ SCHMID, StPO PK², Art. 3 N 6; deutlich strenger die Rechtsprechung (BGer Urteil 6B_659/2012 vom 8. April 2013, E. 3.1), welche eine Fürsorgepflicht bei anwaltlich Vertretenen verneint; differenzierter BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 20; zur Fürsorgepflicht im Allg. etwa SCHMID, StPO PK², Art. 3 N 6.

¹⁴⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 75.

¹⁴⁹ Siehe dazu SCHOLL, Art. 70 StGB N 485.

¹⁵⁰ Siehe dazu SCHOLL, Art. 70 StGB N 481.

genswerts vorerst zu verzichten (z.B. hohe Lagerkosten, schwere Verkäuflichkeit etc.). Nur schon deshalb scheint es problematisch, das Schicksal der beiden Anträge miteinander zu verknüpfen. Daher stellt es auch kein *venire contra factum proprium* dar, später einen Antrag auf Zuweisung des Verwertungserlöses nach Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB zu stellen.¹⁵¹ Jedenfalls aber könnte ein Verzicht auf Zuweisung nach Art. 70 Abs. 1 i.f. StGB nur dann auch als Verzicht auf Zuweisung nach Art. 73 StGB interpretiert werden, wenn ihn der Verletzte sehenden Auges, also im vollen Bewusstsein sämtlicher Konsequenzen trifft, was sich gerade bei einem impliziten Verzicht kaum je wird nachweisen lassen.

- 51 Ein Verzicht kann die Gefahr einer *Doppelbelastung* des Täters schaffen: Wenn Vermögenswerte eingezogen werden, damit sich eine Straftat nicht lohnt (Art. 70 StGB), der von dieser Straftat betroffene Geschädigte aber darauf verzichtet, sich die konfiszierten Werte über Art. 73 StGB zuweisen zu lassen, kann man ihn gleichwohl nicht davon abhalten, auf dem Zivilweg gegen den Täter vorzugehen.¹⁵² Hier müssen dem Täter, der nachweisen kann, dass er die Ersatzansprüche des Geschädigten befriedigt hat, die eingezogenen Vermögenswerte im Nachhinein zurückerstattet werden.¹⁵³
- 52 Mangels *Formvorschriften* kann die Erklärung des Geschädigten entweder mündlich oder schriftlich zu Protokoll gegeben werden.¹⁵⁴ Anders hat aber das OGer ZG entschieden, welches von jedem Geschädigten einen schriftlichen Antrag forderte.¹⁵⁵ Dem kann nicht zugestimmt werden. Art. 73 Abs. 3 StGB sieht vor, dass die Kantone ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen haben. Das einfache und rasche Verfahren ist der Vorläufer des vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 ff. ZPO, welches insbesondere durch Mündlichkeit geprägt ist (vgl. Art. 244 Abs. 1 ZPO). Konsequenterweise ist auch der mündlich vorgebrachte Antrag des Geschädigten zuzulassen. Nach Art. 119 Abs. 1 StPO kann die geschädigte Person ihre Erklärung, sich als Privatklägerin beteiligen zu wollen, und als Zivilklägerin Adhäsionsansprüche zu erheben (Abs. 2 lit. b) ebenfalls schriftlich oder mündlich zu Protokoll erklären. Es drängt sich auf, diese Regelung auf den Antrag auf Zusprechung von Vermögenswerten nach Art. 73 StGB sinngemäss anzuwenden.
- 53 In Bezug auf den *Inhalt* des Antrags genügt es, wenn der Geschädigte sinngemäss verlangt, dass ihm der Betrag der Busse, Geldstrafe, der eingezogenen Vermögenswerte etc. zugesprochen werden sollen. Eine detaillierte Begründung oder Substantiierung ist nicht notwendig. Das OG ZG hat entschieden, dass die blosser Anmeldung einer Zivilforderung im Strafverfahren nicht genüge.¹⁵⁶ Sofern mit «Anmeldung einer Zivilforderung» die Geltendmachung der Zivilklage i.S.v. Art.

¹⁵¹ So aber SCHOLL, Art. 70 StGB N 485.

¹⁵² Vgl. BGE 117 IV 107, E. 2a.

¹⁵³ BGE 117 IV 107, E. 2b.

¹⁵⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 77.

¹⁵⁵ OG ZG, SO 2010 Nr. 10, E. 4.1.

¹⁵⁶ OGer ZG, SO 2010 Nr. 10, E. 4.1, allerdings mit nicht einschlägigem Verweis auf Schmid EOVG²-SCHMID (2007) Art. 73 N 74.

119 Abs. 2 lit. b StPO gemeint ist, ist es vertretbar, diese Anmeldung nicht auch als Antrag auf Zusprechung nach Art. 73 StGB entgegen zu nehmen. Erstere zielt auf die materiell-zivilrechtliche Entscheidung der Ansprüche, letztere auf deren Vollstreckung. Allerdings ist der Geschädigte auf diesen Unterschied hinzuweisen und ihm Gelegenheit einzuräumen, auch die Zusprechung zu verlangen. Auch hier liegt es nahe, die Konstituierungsvorschriften analog heranzuziehen. Nach Art. 118 Abs. 4 StPO hat die Staatsanwaltschaft die geschädigte Person, die von sich aus keine Erklärung abgegeben hat, auf die Konstituierungsmöglichkeit hinzuweisen. Die analoge Anwendung der Aufklärungspflicht drängt sich nur schon aufgrund der Ratio der Norm auf, den Geschädigten nicht leer ausgehen zu lassen.

Bei *mehreren Geschädigten* muss jeder seinen Anspruch selber anmelden. Das Gericht kann eine Frist zur Anmeldung der Ansprüche ansetzen.¹⁵⁷ Werden im Strafurteil Zivilforderungen gewisser Geschädigter entschieden, andere Geschädigte hingegen auf den Zivilweg verwiesen, dann muss das Gericht mit der Zusprechung der Vermögenswerte an erstere *nicht* zuwarten bis letztere einen rechtskräftigen Forderungstitel in den Händen halten.¹⁵⁸ 54

Zeitlich kann der Antrag auf Zusprechung der eingezogenen Vermögenswerte bereits im Vorverfahren, allenfalls gemeinsam mit einem Antrag auf Beschlagnahme und Einziehung geltend gemacht werden.¹⁵⁹ Teilweise wird dafür plädiert, den Antrag zu stellen, solange auch Zivilansprüche adhäsionsweise noch geltend gemacht werden können,¹⁶⁰ d.h. bis zum Ende des Vorverfahrens.¹⁶¹ Das Obergericht des Kantons Zürich stellte auf den letzten möglichen Zeitpunkt ab, in welchem die Zivilpartei noch Anträge stellen kann: «Die Geltendmachung der Adhäsionsansprüche im gerichtlichen Verfahren ist spätestens im Rahmen des dem Geschädigten zugewilligten Vortrages... vorzunehmen». Ausnahmen sollten für nachträgliche Zuweisungsentscheide gelten.¹⁶² 55

Weshalb der Antrag auf Zuweisung zusammen mit der Adhäsionsklage soll geltend gemacht werden müssen, leuchtet nicht ein. Die Zuweisung betrifft lediglich die Vollstreckung der Zivilforderungen. Wenn der Geschädigte will, dass die Zuweisung im gleichen Urteil angeordnet wird, in dem auch über die Adhäsionsansprüche entschieden wird, sollte er seinen Antrag bis zum Abschluss der Hauptverhandlung stellen, kann dies jedoch auch noch später, z.B. im Berufungsverfahren, tun. Im Übrigen steht es ihm jedoch jederzeit frei, die Zuweisung in einem selbständigen nachträglichen Verfahren zu beantragen.¹⁶³ Ob das 56

¹⁵⁷ Dazu vorne N 29.

¹⁵⁸ BGer Urteil 6B_906/2010 vom 31. Januar 2011, E. 2.3.1.

¹⁵⁹ BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 73 N 19.

¹⁶⁰ StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 73 N 3.

¹⁶¹ GALEAZZI (2016), 54.

¹⁶² OGer ZH, ZR 2007 Nr. 20, E. 3c; SCHÖDLER (2012), 16.

¹⁶³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 76; gleich *obiter dictum* auch OGer ZH, ZR 2007 Nr. 20, E. 3.1 i.f.

Begehren verwirkt werden kann, und falls ja innert welcher Frist resp. aufgrund welcher Rechtsmissbrauchstatbestände, ist umstritten.¹⁶⁴

6. Höhe («[...] bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung»)

- 57 Das Gericht spricht Vermögenswerte nach Art. 73 Abs. 1 StGB zu «bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung», die gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt worden sind. Seit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ist nunmehr gesetzlich festgehalten, dass sowohl Schadenersatz- als auch *Genugtuungsansprüche* nach Art. 73 StGB ausgeglichen werden können. Das Bundesgericht hatte bereits 1997 entschieden, dass auch Genugtuung einen ausgleichsfähigen Schaden darstellt.¹⁶⁵
- 58 Übersteigen die Vermögenswerte die Zivilforderungen, sind sie nach Art. 73 Abs. 1 StGB nur bis zur festgesetzten Höhe auszugleichen. Die Ratio der Norm besteht nicht darin, dass sich Geschädigte auf Kosten staatlicher Straf- und Einziehungsansprüche bereichern. Reichen die Vermögenswerte zur Deckung der Ansprüche eines Geschädigten nicht aus, kann er den Rest ordentlich in Vollstreckung setzen. Seine Forderung muss er nur im Umfang seiner Deckung an den Staat abtreten. Bei mehreren anspruchsberechtigten Geschädigten ist der Erlös proportional zu ihren Forderungen aufzuteilen.¹⁶⁶
- 59 Bei im Rahmen von Art. 90a SVG eingezogenen und verwerteten Motorfahrzeugen sollte ein Verwertungserlös zunächst der geschädigten Person ausgerichtet werden. Mit dem verbleibenden Erlös sind die Verwertungs- und Verfahrenskosten zu decken.¹⁶⁷ Nach dem Willen des Bundesrats sollen aus dem Verwertungserlös vorweg die Verwertungs- und Verfahrenskosten beglichen werden und erst dann der Geschädigte zum Zug kommen. Ein allfälliger Restbetrag soll sogar zugunsten von Opferhilfestellen verwendet werden können.¹⁶⁸

7. Vollstreckungstitel («gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt»)

- 60 Um Ansprüche nach Art. 73 StGB erheben zu können, müssen diese Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche «gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt»

¹⁶⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 91 ff.; a.A. PIOTET (1995) N 145 ff., welcher auf die Verjährung des zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs abstellt; BOMMER (2006), 119 Fn. 423; zur Verjährung/Verwirkung hinten N 68 ff.

¹⁶⁵ Vgl. zuvor bereits die Rechtsprechung BGE 123 IV 145, Regeste; hierzu die Bemerkungen von ZEHNTNER (1998), 356; BGE 123 IV 145; krit. BOMMER (2006), 112 m.w.H.

¹⁶⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 80; StGB PK²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 73 N 3.

¹⁶⁷ So z.R. WEISSENBERGER (2012), 426.

¹⁶⁸ Botschaft BBl 2010, 8513; vgl. dazu bei Art. 69 N 195.

worden sein.¹⁶⁹ Der Geschädigte muss somit einen vollstreckbaren Forderungstitel in den Händen halten.¹⁷⁰ Es braucht mit anderen Worten einen definitiven Rechtsöffnungstitel.¹⁷¹ Nach Art. 80 SchKG wird die definitive Rechtsöffnung unter anderem gewährt für vollstreckbare gerichtliche Entscheide aus dem In- und Ausland (Abs. 1)¹⁷² und für gerichtliche Vergleiche und gerichtliche Schuldanerkenntnisse (Abs. 2 Ziff. 1) sowie für vollstreckbare öffentliche Urkunden aus dem In- und Ausland (Abs. 2 Ziff. 1^{bis}).¹⁷³ Gemäss Art. 349 ZPO gilt die vollstreckbare Urkunde über eine *Geldleistung* als definitiver Rechtsöffnungstitel.

Als vollstreckbare gerichtliche Entscheide i.S.v. Art. 80 Abs. 1 SchKG kommen in erster Linie Urteile von Zivilgerichten sowie Adhäsionsurteile von Strafgerichten in Frage. Auch Urteile von Schiedsgerichten sollen in Frage kommen.¹⁷⁴ Als vollstreckbare Gerichtsentscheide gelten grundsätzlich auch Urteile aus Staatshaftungsprozessen, in welchen z.B. von der Polizei oder von Chirurgen des Kantonsospitals geschädigten Personen aus öffentlichem Haftungsrecht Schadenersatz und Genugtuung zugesprochen wird. Gleichwohl ist eine Zuweisung nach Art. 73 StGB in Staatshaftungsfällen kaum denkbar. In den meisten Kantonen und im Bund herrscht die sog. ausschliessliche Staatshaftung vor, d.h. der Staat tritt dem Geschädigten gegenüber an die Stelle des verantwortlichen Beamten.¹⁷⁵ Damit tritt de facto die gleiche Situation ein wie bei einer Versicherungsdeckung. Der Entschädigungsanspruch des Verletzten ist deshalb in aller Regel nicht gefährdet. Mit anderen Worten wird der Staat als Schuldner einer Versicherung gleichgestellt, was von der Solvenz her gerechtfertigt ist.

In all diesen Gerichtsverfahren können auch Vergleiche geschlossen resp. Klageanerkennungen abgegeben werden, welche bezüglich der Vollstreckbarkeit die gleiche Wirkung entfalten (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).¹⁷⁶ Auch die Anerkennung einer Forderung in einem *Adhäsionsverfahren* verschafft dem Geschädigten einen definitiven Rechtsöffnungstitel.¹⁷⁷ Das Gleiche muss auch für Vergleiche in einem Adhäsionsprozess gelten.¹⁷⁸

Von der beschuldigten Person *anerkannte* Zivilforderungen der Privatklägerschaft werden im *Strafbefehl* vorgemerkt (Art. 354 Abs. 2 StPO). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dies dem Geschädigten einen definitiven Rechtsöffnungstitel im

¹⁶⁹ BGer Urteil 6S.352/2002 vom 3. September 2003, E. 4.

¹⁷⁰ BGer Urteil 6B_906/2010 vom 31. Januar 2011, E. 2.3.2.

¹⁷¹ BOMMER (2006), 117; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 55.

¹⁷² Zu den gerichtlichen Entscheiden des Inlands: BSK SchKG²-STAEHELIN, Art. 80 N 3 ff.; für ausländische Urteile: BSK SchKG²-STAEHELIN, Art. 80 N 59 ff. sowie KOSTKIEWICZ/WALDER, OFK SchKG¹⁸-KOSTKIEWICZ/WALDER, Art. 80 N 18.

¹⁷³ Für Urkunden aus dem Ausland KOSTKIEWICZ/WALDER, OFK SchKG¹⁸-KOSTKIEWICZ/WALDER, Art. 80 N 29; zur öffentlichen Urkunde im Allg. BSK ZPO²-VISIONI-MEYER, Art. 347 N 4.

¹⁷⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 56.

¹⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2095.

¹⁷⁶ Zur Klageanerkennung BSK SchKG²-STAEHELIN, Art. 80 N 26.

¹⁷⁷ BGer Urteil 5A_527/2007 vom 17. Dezember 2007, E. 3; BSK SchKG²-STAEHELIN, Art. 80 N 28.

¹⁷⁸ Für das im Rahmen des Adhäsionsverfahrens erstrittene Urteil und den Vergleich BOMMER (2006), 117.

Sinne von Art. 80 SchKG verschaffen, sofern die Forderung betragsmässig anerkannt ist und die Einsprache gegen den Strafbefehl ausbleibt.¹⁷⁹ Obwohl der Strafbefehl lediglich vom Staatsanwalt erlassen wird, dürfte beim rechtskräftigen Strafbefehl der Sache nach eine gerichtliche Schuldanererkennung vorliegen, weil der Strafbefehl ohne gültige Einsprache zum rechtskräftigen Urteil wird (Art. 354 Abs. 3 StPO).¹⁸⁰ Verweigert der Beschuldigte die Anerkennung der Zivilforderung, muss sie selbst dann auf den Zivilweg verwiesen werden, wenn sie völlig liquide ist. Dies wird damit begründet, dass der Staatsanwaltschaft keine materielle Entscheidungskompetenz über Zivilklagen zukomme.¹⁸¹ Träfe dies zu, dann wäre allerdings nicht zu erklären, weshalb die Aufnahme von anerkannten Zivilforderungen in einem Strafbefehl zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel führen sollte. Der qualitative Unterschied zwischen privaten Schuldanererkennungen, die nur einen provisorischen Rechtsöffnungstitel darstellen, und solchen, die vor der Staatsanwaltschaft abgegeben wurden, kann ja nur darin liegen, dass bei letzteren mit der Staatsanwaltschaft eine staatliche Instanz involviert ist, die eine materielle Kontrolle absichern soll. Überdies entscheidet die Staatsanwaltschaft auch im Rahmen der direkten Herausgabe an den Verletzten (Art. 70 Abs. 1 in fine StGB) vorfrageweise materiell über den Zivilanspruch.¹⁸² Der wahre Grund, weshalb der Gesetzgeber den Staatsanwalt nicht verpflichten wollte, über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden, ist wohl ein prozessökonomischer: Staatsanwälte sollen sich auf die strafrechtliche Aburteilung konzentrieren können. Zu Recht wurde dagegen eingewendet, dass es bei liquiden Forderungen gerade nicht prozessökonomisch sei, sie auf den Zivilweg zu verweisen.¹⁸³ Hält man die Staatsanwälte für unfähig, Zivilforderungen materiell zu beurteilen, dürften auch anerkannte Zivilforderungen in Strafbefehlen nicht als definitive Rechtsöffnungstitel gelten. In Bezug auf die Zusprechung von Vermögenswerten nach Art. 73 StGB wären sie dann mit den sogleich zu behandelnden privaten Vergleichen gleichgestellt. Viel plausibler wäre es, die faktisch schon bestehende materielle Entscheidungskompetenz der Staatsanwälte auf alle zivilrechtlichen Fragen auszuweiten und sie auch über bestrittene Zivilforderungen entscheiden zu lassen. Dann wäre es auch in deutlich weitergehendem Ausmass als bisher möglich, Geschädigten in Strafbefehlen Vermögenswerte zuzuwenden.

- 64 *Gerichtliche Vergleiche* genügen als Grundlage für eine Zuweisung nach Art. 73 StGB, da sie einen definitiven Rechtsöffnungstitel schaffen.¹⁸⁴ Vergleiche vor der Staatsanwaltschaft nach Art. 316 StPO über Antragsdelikte (Abs. 1) oder zu Wiedergutmachungen (Abs. 2) werden protokolliert und unterzeichnet (Abs. 3) und sollen auch als definitive Rechtsöffnungstitel gelten.¹⁸⁵ Es soll sich hierbei eben-

¹⁷⁹ Bereits Botschaft, BBl 2006a, 1290 f.; für die h.L. GALEAZZI (2016), 105 m.w.H.

¹⁸⁰ Im Ergebnis gleich GALEAZZI (2016), 106 f.

¹⁸¹ DAPHINOFF (2012), 502.

¹⁸² So z.R. GALEAZZI (2016), 107.

¹⁸³ GALEAZZI (2016), 106.

¹⁸⁴ BSK SchKG²-STAEHELIN, Art. 80 N 21 m.w.H.

¹⁸⁵ BSK StPO²-RIEDO, Art. 316 N 15.

falls um einen gerichtlichen Vergleich im Sinne von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG handeln.¹⁸⁶ Zwar wirken auch Einstellungsverfügungen wie gerichtliche Freisprüche (Art. 320 Abs. 4 StPO), im Gegensatz zum Strafbefehl, in welchem die anerkannten Zivilforderungen vorgemerkt sind (Art. 354 Abs. 2 StPO), wird der Vergleich nach Art. 316 StPO nicht in die Einstellungsverfügung aufgenommen, sondern nur im Protokoll festgehalten (Abs. 3). Wie beim Strafbefehl ist die Erlassbehörde auch hier kein Gericht. Dies spricht dafür, den staatsanwaltschaftlichen Vergleich nach Art. 316 StPO eher als vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG einzustufen, welche allerdings nur einen definitiven Rechtsöffnungstitel schafft, wenn die Voraussetzungen nach Art. 347 ZPO, insbesondere die explizite Unterwerfungserklärung (lit. a), vorliegen.¹⁸⁷

Umstritten ist, ob sich die Zuweisung nach Art. 73 StGB nur auf vor Gericht abgeschlossene oder vom Gericht abgesegnete Vergleiche stützen kann oder ob auch *aussergerichtliche Vergleiche* als Grundlage dienen können.¹⁸⁸ Der Wortlaut von Art. 73 StGB («*gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt*») liesse auch aussergerichtliche Vergleiche zu. Probleme entstehen insbesondere dort, wo in einem Vergleich mehr entschädigt wird, als zivilrechtlich geschuldet wäre. FELIX BOMMER plädiert deshalb zu Recht dafür, nur gerichtliche Vergleiche gelten zu lassen. Der Staat könne nicht in einem Ausmass auf die ihm zustehenden Bussen und Geldstrafen etc. verzichten, das den entstandenen Schaden und die Genugtuung übersteige.¹⁸⁹ Hiergegen könnte man einwenden, dass der Staat ja nicht auf diese Beträge verzichte, sondern sie infolge der Abtretung (Art. 73 Abs. 2 StGB) – zumindest bei solventen Tätern – weiterhin einfordern kann. Setzt man für die Zusprechung nach Art. 73 StGB jedoch einen definitiven Rechtsöffnungstitel voraus, dann sind aussergerichtliche Vergleiche und Schuldanerkenntnisse zwischen dem Täter und dem Geschädigten bereits deshalb nicht erfasst, weil sie keinen definitiven Vollstreckungstitel schaffen.¹⁹⁰

8. Chronologie («festgesetzt worden sind»)

Nach dem Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 StGB setzt die Zusprechung voraus, dass die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche bereits gerichtlich oder durch Vergleich «*festgesetzt worden sind*». Die Formulierung in der Vergangenheitsform legt nahe, dass die Zivilansprüche zeitlich vor dem Zusprechungsentscheid getroffen worden sein müssen. Dies stellt für den praktisch wohl höchst seltenen Fall kein Problem dar, in welchem im Moment des zusprechenden Strafurteils bereits ein rechtskräftiger Zivilentscheid oder ein zivilgerichtlicher abgesegneter¹⁹¹ Ver-

¹⁸⁶ CR CPP-PERRIER, Art. 316 N 42; weniger bestimmt RIKLIN, OFK StPO², Art. 443 N 2.

¹⁸⁷ Im Detail BSK ZPO²-VISIONI-MEYER, Art. 347 N 5 ff.

¹⁸⁸ Offen gelassen bei BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 6.

¹⁸⁹ BOMMER (2006), 117 f.

¹⁹⁰ BSK SchKG²-STAEHELIN, Art. 80 N 23.

¹⁹¹ Zur Notwendigkeit eines gerichtlichen Vergleichs s. BOMMER (2006), 117 f. und vorne N 60 ff.

gleich vorliegt.¹⁹² Zeitliche Abstimmungsprobleme stellen sich ferner nicht, wenn die Zusprechung bezahlter Geldstrafen oder des Verwertungserlöses von Einziehungsgegenständen oder Ersatzforderungen in einem selbständigen Nachverfahren erfolgt, *nachdem* bereits über die Zivilforderungen entschieden wurde. Im idealtypischen Fall jedoch, dass die Zivilforderung des Geschädigten im Strafverfahren beurteilt werden sollen und dieser zugleich die Zusprechung der Vermögenswerte nach Art. 73 StGB beantragt, stellt sich das Problem, dass der Straf-, Zivil- und Zuweisungsentscheid *zeitgleich* im Sachurteil des Strafgerichts entschieden werden.

- 67 Diese *Simultaneität* lässt bei strenger Lektüre von Art. 73 Abs. 1 StGB («*festgesetzt worden sind*») eine Zusprechung eigentlich nicht zu. Gleichwohl ist mit Blick auf die Ratio der Norm, den Geschädigten nach Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zu verhelfen, sowie angesichts des vom Gesetzgeber formulierten Ziels, über Art. 73 StGB möglichst viele Geschädigte für die Deliktserklärung zu gewinnen, die Zusprechung auch dann zuzulassen, wenn die Zivilforderungen adhäsionsweise im gleichen Strafurteil entschieden werden.¹⁹³ Zum gleichen Ergebnis führt auch eine historische Betrachtung. Die Möglichkeit der Adhäsionsklage war im Zeitpunkt der Ausarbeitung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in den kantonalen Strafprozessordnungen bereits bekannt.¹⁹⁴ Der Schutz des Geschädigten sollte sich im Strafgesetzbuch aber nicht auf die Geltendmachung seiner Schadenersatzansprüche im Rahmen des Strafverfahrens beschränken, denn die Gutheissung seiner Ansprüche sicherte ihm noch nicht deren tatsächliche Bezahlung.¹⁹⁵ Vielmehr sollte im Strafgesetzbuch eine «*zugunsten des Geschädigten wirkende[n] Vollzugsbestimmung*»¹⁹⁶ eingefügt werden, welche es erlaubte, dem Geschädigten nicht nur Schadenersatz zuzusprechen, sondern ihm diesen im Strafurteil auch gleich auszurichten. Deshalb enthielten schon die ersten zwei Vorentwürfe von CARL STOOSS eine Bestimmung, wonach der Richter dem Geschädigten Vermögenswerte auf Anrechnung des vom Täter geschuldeten Schadenersatzes zusprechen konnte.¹⁹⁷ Idealtypischerweise sollte diese Zusprechung im Adhäsionsurteil erfolgen.¹⁹⁸ CARL STOOSS wollte damit die tatsächliche Deckung der Schadenersatzansprüche aus Straftaten und das Vertrauen in die staatliche Strafrechtspflege fördern.¹⁹⁹

¹⁹² BOMMER (2006), 117, insbesondere auch Fn. 416.

¹⁹³ Im Ergebnis gleich Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 56\$.

¹⁹⁴ Vgl. HAFTER, ZStrR 1911, 356; LOGOZ (1939), Art. 60 N 1; BSK StPO²-DOLGE, Art. 122 N 1; s.a. THORMANN/VON OVERBECK, Art. 60 N 1.

¹⁹⁵ Vgl. LOGOZ (1939), Art. 60 N 1; HAFTER, AT², 421 Fn. 1; Motive VE-StGB/1893, 66,

¹⁹⁶ HAFTER, AT², 421.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 29 VE-StGB/1893 und Art. 28 VE-StGB/1894; beide abgedruckt im Anhang •.

¹⁹⁸ HAFTER, 1911, 369.

¹⁹⁹ Motive VE-StGB/1893, 68.

9. Verjährung/Verwirkung

Vermögenswerte nach Art. 73 StGB können dem Verletzten nur zugewendet werden, sofern der Zuwendungsanspruch noch nicht verjährt ist. Zur Klarstellung: Es geht hier nicht um die Verjährung der (abzutretenden) Zivilforderung. Diese unterliegt den normalen zivilrechtlichen *Verjährungsfristen*.²⁰⁰ 68

Die Verjährung des Zuwendungsanspruchs ist gesetzlich nicht geregelt. Aus dem Fehlen einer Verjährungsregelung kann nach einhelliger Meinung nicht gefolgert werden, dass der Zuwendungsanspruch unverjährbar sei.²⁰¹ NIKLAUS SCHMID schlägt eine analoge Anwendung der Verjährungsfrist von Art. 70 Abs. 4 StGB vor, wonach die Ansprüche Verletzter und Dritter an eingezogenen Vermögenswerten *fünf Jahre* nach der amtlichen Bekanntmachung erlöschen. Diese Bestimmung sucht eine Angleichung der Verjährungsregeln an (u.a.) Art. 934 Abs. 1 ZGB, wonach der Besitzer eine abhanden gekommene bewegliche Sache während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern kann. Zur Begründung führt er an, dass die beiden Bestimmungen (Art. 70 Abs. 4 StGB und Art. 73 StGB) insofern vergleichbar seien, als es um *die Ansprüche des Geschädigten dem z.B. einziehenden Staate gegenüber* gehe. Dabei wird jedoch übersehen, dass Art. 70 Abs. 4 StGB die Herausgabeansprüche von unbeteiligten Drittberechtigten sowie in Bezug auf den Verletzten die Aushändigung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betrifft, während der Geschädigte in Art. 73 StGB aus staatlichem *«Sondervermögen»*²⁰² schadlos gehalten wird. 69

Überzeugender ist deshalb der Ansatz, zumindest in Bezug auf die Frist die Regelung des Opferhilfegesetzes analog beizuziehen.²⁰³ Gemäss Art. 25 Abs. 1 des Opferhilfegesetzes vom 23. März 2007 müssen das Opfer und seine Angehörigen das Gesuch um Entschädigung und Genugtuung innert fünf Jahren einreichen; andernfalls verirken die Ansprüche.²⁰⁴ Damit steht aber auch fest, dass es sich um eine *Verwirkungsfrist* handelt.²⁰⁵ Wird die Zusprechung nicht innert Fünfjahresfrist geltend gemacht, dann geht dieser Anspruch unter. Einzig, was den Beginn der Frist anbelangt, sollte nicht wie in Art. 25 Abs. 1 OHG auf die (Kenntnis der) Straftat abgestellt werden, sondern auf den Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für die Zusprechung nach Art. 73 StGB erfüllt sind.²⁰⁶ 70

²⁰⁰ Dazu sogleich hinten N 68 ff.

²⁰¹ PIOTET (1995), N 145.

²⁰² BOMMER (2006), 123.

²⁰³ So andeutungsweise bereits PIOTET (1995), N 146. Wohl weil Art. 16 Abs. 3 des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991 noch eine Verwirkungsfrist von lediglich zwei Jahren vorsah, schlug PIOTET (1995), N 149 dann aber wenig überzeugend vor, dass der Zuweisungsanspruch des Geschädigten nach der zivilrechtlichen *Verjährungsregelung* von Art. 60 Abs. 2 OR der *Verwirkung* (*peremption*) unterliegen soll.

²⁰⁴ Art. 16 Abs. 3 des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991 sah noch eine Verwirkungsfrist von lediglich zwei Jahren vor.

²⁰⁵ So auch BOMMER (2006), 119 Fn. 423.

²⁰⁶ Im Ergebnis gleich Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 92.

10. Abtretung (Absatz 2)

- 71 Die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten kann nur angeordnet werden, wenn der Geschädigte den entsprechenden Teil seiner Forderung an den Staat abtritt (Art. 73 Abs. 2 StGB).
- 72 Diese Abtretungsvoraussetzung war im bundesrätlichen Entwurf von 1918 noch nicht vorgesehen. Sie wurde erst vom Parlament eingefügt.²⁰⁷ Damit wurde der Kritik begegnet, dass sich der Verurteilte mit der Bezahlung der Busse «*mit einem Schlag von zwei Verpflichtungen*», nämlich der Bussenschuld *und* der Schadenersatzpflicht, befreien konnte.²⁰⁸ Nach der beschlossenen Regelung trat der Staat in die Ersatzansprüche ein, womit der Verurteilte weiterhin auch mit der Ersatzverpflichtung belastet blieb.²⁰⁹ Der Vorteil dieser Lösung liegt darin, dass das Erfüllungsrisiko für diesen Anspruch vom Geschädigten auf den Staat übergeht. Weiter wird mit der Abtretung auch verhindert, dass sich der Geschädigte für seine Forderung zweimal bezahlt machen kann, indem er sich die Vermögenswerte zusprechen lässt *und* den Ersatzanspruch durchsetzt.²¹⁰
- 73 Die Abtretungsvoraussetzung nach Absatz 2 erfordert zunächst, dass eine Forderung besteht, welche abgetreten werden kann. Über den Anspruch muss bereits rechtskräftig gerichtlich oder durch Vergleich entschieden worden sein.²¹¹ Die Formulierung im Präsens («abtritt») legt nahe, dass der Geschädigte seine Forderung nicht bereits *vor* der Zuweisungsentscheidung abgetreten haben muss. NIKLAUS SCHMID jedoch fordert, dass der Geschädigte vor dem Zuweisungsentscheid eine *bedingungslose Abtretungserklärung* abgibt. Dies sei notwendig, weil eine Zusprechung unter der Bedingung, dass eine spätere Abtretung erfolge, gegenüber dem Geschädigten nicht durchsetzbar sei.²¹² Überzeugend ist, dass das Gericht keine bedingte Zusprechung vornehmen sollte; nicht hingegen, dass der Geschädigte vorab eine bedingungslose Erklärung abzugeben hat. Es ist nicht einzusehen, weshalb er sich seiner Forderung unbedingt entäussern sollte, auf die Gefahr hin, dass ihm die Vermögenswerte nicht zugesprochen werden. Auch soll die Ersatzforderung ja nur insoweit zediert werden als auch tatsächlich Vermögenswerte zugesprochen werden. Der Deckungsgrad ist aber gerade bei eingezogenen Gegenständen, die zuerst verwertet werden müssen, im Vornherein noch unbekannt. Unter Umständen braucht es deshalb nur eine Teilzession.²¹³ Das Gleiche gilt, wenn die Vermögenswerte anteilmässig auf mehrere Geschädigte zu verteilen sind und jeder einen Ausfall zu tragen hat. Dass Forderungen nur im Umfang des tatsächlich möglichen Ausgleichs zu zedieren sind, ist die Kehrseite der Ein-

²⁰⁷ Vgl. StenBull NR 1928, 963; StenBull SR 1931, 330.

²⁰⁸ HAFTER, ZStrR 1911, 366; ferner HOEFLIGER (1932), 62 f.; LOGOZ (1939), Art. 60 N 2 ff.; BOMMER (2006), 120.

²⁰⁹ BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 17.

²¹⁰ BOMMER (2006), 120 f.

²¹¹ Siehe vorne N 60 ff.

²¹² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 63.

²¹³ Zu deren Zulässigkeit BSK OR I⁶-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 11 m.w.H.

schränkung, dass Vermögenswerte nur «bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung» zugesprochen werden. Beides folgt ohne weiteres aus dem Grundgedanken der Norm. Dem Geschädigten soll über ein Vollstreckungsprivileg soweit wie möglich zum Ausgleich verholfen werden. Der Staat soll sich nicht auf dem Buckel der Geschädigten bereichern,²¹⁴ andererseits soll sich aber auch der Geschädigte nicht an diesem Ausgleich bereichern.²¹⁵

Aus praktischen Gründen muss der Geschädigte seine Forderung deshalb zwar vor der Zuspruchsentscheidung, jedoch nicht bedingungslos abtreten. Vielmehr kann er sie abtreten unter der Bedingung und im Umfang einer späteren Zusprechung.²¹⁶ De lege ferenda sollte die Abtretungsvoraussetzung gestrichen und angeordnet werden, dass die Forderung des Verletzten, wenn ihm die Vermögenswerte nach Art. 73 StGB zugesprochen werden, ex lege an den Staat übergehen.²¹⁷ 74

Was die *Form* anbelangt, so hat die Abtretung im Zivilrecht schriftlich zu erfolgen (Art. 165 Abs. 1 OR). Mangels gesetzlicher Anordnung muss im Strafverfahren jedoch eine *mündliche Erklärung* zu Protokoll im Untersuchungs- oder Gerichtsverfahren ausreichen.²¹⁸ 75

Die Abtretung kann dort zu einer *Doppelbelastung* des Täters führen, wo dem Geschädigten Vermögenswerte zugesprochen werden sollen, die ihm ohnehin zustehen.²¹⁹ Ertrogene Vermögenswerte werden – soweit sie dem Verletzten nicht unmittelbar herausgegeben werden (Art. 70 Abs. 1 i.f. StGB) – eingezogen. Der Grundgedanke ist hier, dass sich Straftaten für den Täter nicht lohnen sollen. Gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB können diese eingezogenen Vermögenswerte dem Geschädigten zur Deckung seiner Schadenersatzforderung zugesprochen werden. Das Gleiche gilt nach lit. c für den Erlös von Ersatzforderungen. Im Gegenzug hat der Geschädigte seine Forderung an den Staat zu zedieren (Art. 73 Abs. 2 StGB). Wenn der Staat die zedierete Forderung in der Folge eintreibt, hat sich die Straftat für den Täter sozusagen doppelt nicht gelohnt: Die zum Ausgleich des Unrechts bei ihm eingezogenen und dem Geschädigten zugesprochenen Vermögenswerte würden dann qua zedierter Schadenersatzforderung ein zweites Mal bei ihm abgeschöpft.²²⁰ 76

²¹⁴ BOMMER (2006), 120; BGE 122 IV 365 ff.; BGE 117 IV 107, E. 2b; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 83.

²¹⁵ StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 73 N 6.

²¹⁶ Zur Zulässigkeit bedingter Zessionen: BGE 84 II 355, E. 1; BGer Urteil 4A_96/2007 vom 26. Juni 2007, E. 3.5; ferner KUKO OR–LARDELLI, Art. 164 N 24.

²¹⁷ BOMMER (2006), 121.

²¹⁸ Im Ergebnis gleicher Meinung Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 64.

²¹⁹ So z.R. BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 73 N 18; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 60.

²²⁰ BGE 117 IV 107, E. 2a; BOMMER (2006), 121. A.A. Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 60, der davon ausgeht, dass die Gefahr einer Doppelzahlung in diesen Fällen a priori ausgeschlossen sei, weil sich «bei einer Schadloshaltung über Art. 73 StGB die Schadenersatzforderung des Geschädigten unmittelbar, um den fraglichen Betrag reduziert». Das ist wohl so zu verstehen, dass die Ersatzforderung untergehen soll, weil sie der Staat in diesen Fällen stellvertretend für den Täter begleicht. Diese Lösung lässt sich mit dem Konzept von Art. 73 StGB, dass Zusprechung und Ab-

- 77 Es wird deshalb vorgeschlagen, in diesen Fällen keine Abtretung zu verlangen.²²¹ Richtig ist der Einwand, dass in diesen Fällen eine Doppelbelastung des Täters droht. Fraglich ist jedoch, ob dieser Doppelbelastung dadurch begegnet werden sollte, dass man nicht länger auf der Abtretung der Geschädigtenforderung beharrt. Was sollte einen Geschädigten, dem Vermögenswerte zugesprochen wurden, eine Abtretung jedoch erspart blieb, davon abhalten, seine zivilgerichtlich festgesetzte und deshalb einen definitiven Rechtsöffnungstitel bildende Schadenersatzforderung einzutreiben? Vorzugswürdig und mit dem Wortlaut von Art. 73 Abs. 2 StGB in Einklang zu bringen, wäre es vielmehr, wenn der Staat in diesen Fällen vom Geschädigten weiterhin eine Abtretung der Forderung verlangt, dann aber darauf verzichtet, diese geltend zu machen. Letzteres kann er ja auch, wenn beim Täter offensichtlich nichts mehr zu holen ist. Erst recht sollte der Staat dann auf eine Geltendmachung der abgetretenen Forderung verzichten können, wenn der Geschädigte bereits schadlos gehalten wurde und sich die Straftat deshalb für den Täter nicht gelohnt hat.
- 78 Die abgetretene Forderung unterliegt den normalen zivilrechtlichen *Verjährungsfristen*. Bei deliktischen Forderungen beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr ab Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person (Art. 60 Abs. 1 OR). Soweit das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, gilt diese (Abs. 2 a.a.O.). In den Vorentwürfen ging man noch davon aus, dass der Staat seine Ansprüche im Gefolge einer Zusprechung an den Geschädigten mittels eines nicht verjährbaren Regressrechts hätte geltend machen können (Art. 39 VE-StGB/1908).²²² Mit Einführung der Abtretungsvoraussetzung (Art. 73 Abs. 2 StGB) ist nunmehr aber unbestritten, dass die Verjährung untrennbar mit der abgetretenen Forderung verbunden ist. Ist die Verjährungsfrist abgelaufen, steht dem Schuldner die Verjährungseinrede nach Art. 169 Abs. 1 OR²²³ auch gegenüber dem Staat zur Verfügung.

C. Zuständigkeit («das Gericht»)

- 79 Nach dem Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 StGB spricht *das Gericht* dem Geschädigten die Vermögenswerte zu. Zunächst ist zu untersuchen, welches Gericht örtlich zuständig ist (1.). Anschliessend ist zu prüfen, ob allenfalls auch die Staatsanwaltschaft sachlich befugt sein könnte, dem Geschädigten etwas zuzusprechen (2.).

tretung Zug um Zug erfolgen, nicht in Einklang bringen. Die Forderung des Geschädigten durch die Zusprechung nur stellvertretend getilgt werden, wenn der Geschädigte zu diesem Zeitpunkt noch Gläubiger wäre, was er aber infolge Zession nicht mehr ist.

²²¹ BSK StGB I³-BAUMANN F, Art. 73 N 18; ähnlich BOMMER (2006), 121.

²²² So HAFTER, ZStrR 1911, 385.

²²³ BSK OR I⁶-GIRSBERGER, Art. 169 N 5.

1. Örtliche Zuständigkeit

Erfolgt der Entscheid über die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten zusammen mit dem Strafurteil, liegt der Gerichtsstand am Ort der Hauptsache.²²⁴ Es gilt somit in der Regel der Gerichtsstand am Ort, an dem die Tat verübt wurde (Art. 31 Abs. 1 Satz 1 StPO). Im Übrigen gelten die allgemeinen Gerichtsstandsregeln (Art. 31 ff. StPO).²²⁵ Die Zuweisung nach Art. 73 StGB kann auch im Rahmen einer *selbständigen* Einziehung erfolgen. Nach Art. 378 StPO ist im selbständigen Einziehungsverfahren auch über die Anträge der geschädigten Person auf Verwendung der eingezogenen Gegenstände und Vermögenswerte zu entscheiden. In diesem Fall stellt der selbständige Einziehungsentscheid die Hauptsache dar, nach der sich die Zuständigkeit für den Zuweisungsentscheid zu richten hat.²²⁶ Selbständige Einziehungen sind an dem Ort durchzuführen, an dem sich die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte befinden (Art. 37 StPO). Bei *unechten* selbständigen Einziehungsanordnungen im Nachgang zu einem Strafurteil²²⁷ ist das ursprünglich urteilende Gericht auch für die nachträgliche Einziehung und Zuspprechung nach Art. 73 StGB zuständig (Art. 363 StPO).

Denkbar ist auch, dass der Zuspprechungsentscheid weder akzessorisch zu einem Sachurteil noch akzessorisch zu einer selbständigen Einziehungsverfahren getroffen wird, sondern seinerseits selbständig erfolgt. Dies kann z.B. eintreten, wenn sich der Geschädigte erst im Nachhinein meldet. In diesem Fall handelt es sich in der Sache um einen selbständigen nachträglichen Entscheid, bei dem sich der Gerichtsstand ebenfalls nach Art. 363 StPO richtet.

Für die der Zuspprechung nach Art. 73 StGB zugrundeliegenden Zivilforderungen ergibt sich der Gerichtsstand aus Art. 36 ZPO. Danach ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Werden die der Zuspprechung nach Art. 73 StGB zugrundeliegenden Zivilforderungen *adhäsionsweise* im Strafverfahren beurteilt, ist das in der Hauptsache zuständige Strafgericht auch für die Adhäsionsansprüche örtlich zuständig (Art. 39 ZPO und Art. 124 StPO).

2. Sachliche Zuständigkeit

Nach dem Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 StGB ist das «*Gericht*» zuständig, dem Geschädigten etwas zuzusprechen. Welches Gericht diesen Entscheid treffen kann,

²²⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 69.

²²⁵ Im Detail BSK StPO²-BARTETZKO, Art. 31 und Art. 32 *passim* sowie BSK StPO²-MOSEK/SCHLAPBACH, Art. 33 ff. *passim*.

²²⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 69; zur selbständigen Einziehung siehe vorne bei Art. 69 N 4.

²²⁷ Zum Begriff vgl. bei Art. 69 N 12.

richtet sich nach den kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzen²²⁸ und bei Strafsachen in Bundeszuständigkeit nach dem Strafbehördenorganisationsgesetz.²²⁹

- 84 Über den Gesetzeswortlaut hinaus ist neben dem Gericht auch die Staatsanwaltschaft befugt, über die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten zu entscheiden.²³⁰ Sie kann für den wohl eher seltenen Fall, dass die Zivilforderungen zu diesem Zeitpunkt bereits gerichtlich durch Vergleich oder Urteil entschieden sind, eine Zuweisung nach Art. 73 StGB im Strafbefehl anordnen (Art. 352 Abs. 2 StPO). Das Gleiche gilt für die Verfahrenseinstellung. Stellt die Staatsanwaltschaft ein Verfahren ein, kann sie die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten anordnen (Art. 320 Abs. 2 StPO) und sie gegebenenfalls dem Geschädigten entweder gemäss Art. 70 Abs. 1 in fine oder nach Art. 73 Abs. 1 StGB zusprechen.²³¹ Schliesslich kann die Staatsanwaltschaft auch im selbständigen Einziehungsverfahren die Verwendung zugunsten der geschädigten Person anordnen (Art. 378 StPO).
- 85 Auf den ersten Blick mag es erstaunen, dass die Staatsanwaltschaft berechtigt sein soll, über die Zuwendung zugunsten des Geschädigten nach Art. 73 StGB zu entscheiden. Denn ihr wird klar die Kompetenz abgesprochen, über strittige Zivilforderungen zu entscheiden.²³² Art. 73 StGB ist jedoch lediglich als Vollstreckungsnorm zu verstehen. Der Staatsanwaltschaft wird nicht das Recht eingeräumt, materiell über den Bestand von Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen zu entscheiden, sondern nur, bereits rechtskräftig bestätigte Forderungen zu vollstrecken.²³³
- 86 Dieser Vollstreckungsentscheid dürfte als zivilrechtliche Angelegenheit i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK einzustufen sein,²³⁴ da es um die effektive Durchsetzung der Schadenersatz- oder Genugtuungsforderung des Geschädigten geht. Damit steht aber auch fest, dass Anspruch auf eine Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht in öffentlicher Verhandlung besteht. Dieser Anspruch ist auf den ersten Blick verletzt, wenn der Zuspruchsentscheid durch die von der Exekutive nicht unabhängige Staatsanwaltschaft im bloss parteiöffentlichen Untersuchungsverfahren gefällt wird. Soweit aber Strafbefehle, Einstellungsverfügungen und selbständige Einziehungsentscheide gerichtlicher Überprüfung zugeführt werden können, geht

²²⁸ Für den Kanton Zürich vgl. etwa § 22 GOG (Zuständigkeit des Bezirksgerichts als Kollegialgericht) und § 27 Abs. 1 GOG (Zuständigkeit des Einzelrichters des Bezirksgerichts).

²²⁹ Art. 35 und Art. 36 StBOG.

²³⁰ Anderer Ansicht noch BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 20 sowie die frühere Lehre HAFTER, AT², 423.

²³¹ RIKLIN, OFK StPO², Art. 320 N 2; BSK StPO²-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10.

²³² Im Strafbefehlsverfahren sind strittige Zivilforderungen zwingend auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 353 Abs. 2 StPO), ähnlich bei der Einstellung (Art. 320 Abs. 3 StPO); BSK StPO²-DOLGE, Art. 126 N 8.

²³³ GALEAZZI (2016), 68BOMMER (2006), 277; HAFTER, AT², 421.

²³⁴ Str., die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf Zwangsvollstreckungsverfahren mit eingehender Begründung überzeugend bejahend IQBAL (2005), 23 ff. m.w.H.; vgl. EGMR-Urteil i.S. Estima Jorge gg. Portugal (24550/94) vom 21. April 1998, Ziff. 35.

man davon aus, dass der konventionsrechtliche Anspruch auf gerichtliche Beurteilung nicht verletzt ist.²³⁵ Dogmatisch wird das Absehen von einer Einsprache und damit von gerichtlicher Beurteilung als Verzicht auf die Konventionsrechte interpretiert.²³⁶

Der Beschuldigte hat grundsätzlich Anspruch auf gerichtliche Beurteilung. Er kann Einsprache gegen den Strafbefehl (Art. 354 Abs. 1 lit. a StPO) oder den selbständigen Einziehungsentscheid (Art. 377 Abs. 4 StPO) erheben. Ferner kann er die gerichtliche Überprüfung einer Einstellungsverfügung verlangen (Art. 322 Abs. 2 StPO). Fraglich ist jedoch, ob er durch den Entscheid über die Verwendung zugunsten des Geschädigten überhaupt beschwert ist. Wie der Staat mit eingezogenen Gegenständen und Vermögenswerten oder mit bezahlten Geldstrafen und Bussen verfährt, berührt keine rechtlich geschützten Interessen des Geschädigten. Hier genügt es wohl, dass sich der Beschuldigte gegen die dem Entscheid nach Art. 73 StGB zugrundeliegende Sanktion (Einziehung, Geldstrafe etc.) zur Wehr setzen kann. Anders sieht es für den Geschädigten aus. Ob er die eingezogenen Vermögenswerte zugesprochen erhält oder auf seiner allenfalls illiquiden Forderung gegen den Beschuldigten sitzen bleibt, berührt sehr wohl seine rechtlich geschützten Vermögensinteressen. Hier stellt sich jedoch das Problem, dass der Geschädigte nach dem Gesetzeswortlaut und dem Willen des Gesetzgebers nicht zur Einsprache gegen Strafbefehle legitimiert sein soll (Art. 354 Abs. 1 StPO).²³⁷ Zu Recht hat das Bundesgericht unterdessen jedoch entschieden, dass zumindest die Privatklägerschaft zur Einsprache legitimiert sein soll.²³⁸ Geschädigte Personen werden sich deshalb wohl als Privatkläger konstituieren müssen, wenn sie eine gerichtliche Beurteilung ihres Zusp rechungsrechts verlangen wollen.

87

D. Entscheid («spricht [...] zu»)

Gemäss Art. 73 Abs. 1 StGB «*spricht*» das Gericht dem Geschädigten Vermögenswerte zu. Damit bringt der Gesetzeswortlaut zum Ausdruck, dass die Vermögenswerte bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen *zwingend* zuzusprechen sind.²³⁹ Der Geschädigte hat einen Rechtsanspruch auf Zusp rechung.²⁴⁰ Seit der Einführung des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991 liegt die Entschädigungs-

88

²³⁵ So für den Einziehungsentscheid im Strafbefehl Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 87; SCHÖDLER (2012), 30 ff.; zur EMRK-Konformität von Strafbefehlsverfahren im Allg. THOMMEN (2013), 37 ff.

²³⁶ THOMMEN (2013), 116 ff.

²³⁷ AmtlBull SR 2006, 1050; AmtlBull NR 2007, 1024; LEUPOLD, BJM 2008, 248; THOMMEN (2013), 110 f.

²³⁸ BGE 139 IV 102, E. 5.

²³⁹ BGer Urteil 1B_168/2009 vom 14. Oktober 2009, E. 2.2; BGer Urteil 1B_212/2007 vom 12. März 2008, E. 1.4 m.H.

²⁴⁰ BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 73 N 5.

frage nicht länger im Ermessen des Richters. Damit wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche die Zusprechung an den Geschädigten bei gegebenen Voraussetzungen für zwingend erklärte, zum Gesetz erhoben.²⁴¹

- 89 Dass nicht nur das Gericht, sondern auch die Staatsanwaltschaft berechtigt ist, über die Zusprechung zu entscheiden, wurde bereits dargelegt.²⁴² Das Zusprechungsverfahren wird von der Official- und Instruktionsmaxime beherrscht. Die zusprechende Behörde prüft die vom Geschädigten geltend gemachten Ansprüche und die entsprechenden Voraussetzungen daher von Amtes wegen.²⁴³ Soweit der Geschädigte, etwa in einem Adhäsionsverfahren, nicht ohnehin als Privatkläger konstituiert ist, kommt ihm im Zusprechungsverfahren nach Art. 73 StGB die Rolle eines Verfahrensbeitrags zu und ist ihm daher das rechtliche Gehör zu gewährleisten.²⁴⁴

1. Strafurteil

- 90 Der idealtypische Fall ist, dass die Zuwendung zugunsten des Geschädigten im Strafurteil erfolgt. Erlässt ein Strafgericht ein Urteil und sind die Ansprüche des Geschädigten bereits durch (zivil)gerichtlichen Vergleich oder Urteil rechtskräftig bestimmt, so ordnet das Strafgericht die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten im Sachurteil an.²⁴⁵ Dass über Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche im Moment des Strafurteils zivilgerichtlich bereits rechtskräftig entschieden ist, dürfe praktisch relativ selten vorkommen. Häufiger wird über die Zivilansprüche adhäsionsweise im Strafprozess entschieden. Fraglich ist, ob das Gericht den Zusprechungsentscheid auch im Adhäsionsverfahren treffen kann. Gemäss Art. 73 Abs. 1 StGB spricht das Gericht dem Geschädigten Vermögenswerte nämlich im Umfang zu, in dem die Zivilansprüche *«gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt worden sind»*. Die Vergangenheitsform deutet darauf hin, dass im Zeitpunkt der Zusprechung über die Zivilforderungen bereits entschieden worden sein muss. Werden die Zivilansprüche adhäsionsweise im Strafverfahren beurteilt, fallen die Straf-, Zivil- und Zusprechungsentscheide zeitlich indes zusammen. Gleichwohl ist mit Blick auf die Ratio der Norm, den Geschädigten nach Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zu verhelfen, sowie angesichts des vom Gesetzgeber formulierten Ziels, über Art. 73 StGB möglichst viele Geschädigte für die Deliktsaufklärung zu gewinnen, die Zusprechung auch dann zuzulassen, wenn die Zivilforderungen adhäsionsweise im gleichen Strafurteil entschieden wurden.²⁴⁶

²⁴¹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung galt dies bereits vor der Revision von Art. 60 StGB im Zuge des Erlasses des Opferhilfegesetzes (BGE 117 IV 107, E. 2c).

²⁴² Vgl. vorne N 83 ff.

²⁴³ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 79; BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 73 N 20.

²⁴⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 79.

²⁴⁵ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 69.

²⁴⁶ Im Ergebnis gleich Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 56; zum Ganzen auch vorne N 28 ff.

2. Strafbefehl

Eine Zusprechung von Vermögenswerten an den Geschädigten kann auch im Strafbefehl erfolgen (Art. 352 Abs. 2 StPO).²⁴⁷ Denkbar ist dies vor allem dann, wenn die Zivilforderungen im Moment des Strafbefehlserlasses bereits durch gerichtlichen Vergleich geregelt oder von einem Zivilgericht entschieden worden sind.²⁴⁸ Möglich ist auch, dass der Beschuldigte die Forderung des Geschädigten anerkennt und dies im Strafbefehl vorgemerkt wird.²⁴⁹ Auch in diesem Fall können dem Geschädigten Vermögenswerte nach Art. 73 StGB zugewiesen werden, da der Geschädigte insoweit über einen definitiven Rechtsöffnungstitel verfügt.²⁵⁰ In einem Strafbefehl anerkannte Zivilforderungen werden somit zivilgerichtlichen Urteilen gleichgestellt. Im Gegensatz zum Strafgericht kann die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren jedoch nicht adhäsionsweise über bestrittene Zivilforderungen entscheiden.²⁵¹ Anerkennt der Beschuldigte die Forderung nicht, kann im Strafbefehl auch keine Zusprechung nach Art. 73 StGB vorgenommen werden. Diese Regelung leuchtet insbesondere bei liquiden Zivilforderungen nicht ein.²⁵²

Da im Zeitpunkt der Ausstellung eines Strafbefehls allfällige Geldstrafen oder Bussen noch nicht bezahlt und Ersatzforderungen noch nicht eingetrieben sind, kommt faktisch lediglich die Herausgabe bereits eingezogener Gegenstände und Vermögenswerte bzw. deren Verwertungserlös unter Abzug der Verwertungskosten in Betracht.

3. Einstellungsverfügung

Stellt die Staatsanwaltschaft ein Verfahren ein, kann sie durch die Straftat erlangte Vermögenswerte entweder direkt an die Geschädigten herausgeben (Art. 70 Abs. 1 in fine StGB) oder die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten anordnen (Art. 320 Abs. 2 StPO) und diese bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen dem Geschädigten nach Art. 73 Abs. 1 StGB zusprechen.²⁵³ Ebenso wenig wie die Einziehung setzt auch der Zusprechungsentscheid nach Art. 73 StGB eine strafrechtliche Verurteilung voraus. Es reicht die Unrechtsfeststellung. Das Confiscandum muss lediglich einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Tat entstammen.²⁵⁴ Mangels Verurteilung ist es selbstverständlich nicht möglich, in der

²⁴⁷ A.A. BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 73 N 20 sowie die frühere Lehre HAFTER, AT², 423.

²⁴⁸ GALEAZZI (2016), 97.

²⁴⁹ GALEAZZI (2016), 104 f.

²⁵⁰ Botschaft, BBl 2006a, 1290 f.; für die h.L. GALEAZZI (2016), 105 m.w.H.

²⁵¹ Im Strafbefehlsverfahren sind strittige Zivilforderungen zwingend auf den Zivilweg zu verweisen (Art. 353 Abs. 2 StPO), ähnlich bei der Einstellung (Art. 320 Abs. 3 StPO); BSK StPO²–DOLGE, Art. 126 N 8.

²⁵² GALEAZZI (2016), 106; zur Kritik im Allg. vgl. vorne N 60 ff.

²⁵³ RIKLIN, OFK StPO², Art. 320 N 2; BSK StPO²–GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10.

²⁵⁴ In Bezug auf die Einziehung BGer Urteil 6S.68/2004 vom 9. August 2005, E. 5.1, m.H.a. BGE 117 IV 233 ff.

Einstellungsverfügung, mit der eine Einziehung verbunden ist, Bussen und Geldstrafen zuzusprechen.

4. Selbständige Einziehungsverfügung

- 94 Eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte können der geschädigten Person auch in einem selbständigen Einziehungsentscheid zugesprochen werden. Ein selbständiges Einziehungsverfahren wird durchgeführt, wenn ausserhalb eines Strafverfahrens über die Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten zu entscheiden ist (Art. 376 StPO). Gemäss Art. 377 StPO ordnet die Staatsanwaltschaft die Einziehung in einem Einziehungsbefehl an (Abs. 2), der wie ein Strafbefehl gerichtlicher Beurteilung zugeführt werden kann (Abs. 4). Im selbständigen Einziehungsentscheid entscheidet die Staatsanwaltschaft oder das Gericht auch über die Anträge der geschädigten Person auf Verwendung der eingezogenen Gegenstände und Vermögenswerte (Art. 378 StPO).

5. Nachverfahren

- 95 Oft können eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte im Strafurteil noch nicht zugesprochen werden, sei es weil kein Antrag der geschädigten Person vorliegt oder weil über die Zivilforderungen noch nicht entschieden wurde. Bussen und Geldstrafen können im Strafurteil naturgemäss noch nicht zugesprochen werden, weil sie zunächst rechtskräftig und vom Verurteilten bezahlt werden müssen. Das Gleiche gilt für Ersatzforderungen. Auch diese müssen erst vom Verurteilten bezahlt oder bei ihm eingetrieben werden. In all diesen Fällen sind die Voraussetzungen nach Art. 73 StGB in einem einfachen und raschen Nachverfahren (Abs. 3) zu prüfen und die Zuspreehung hat in einem selbständigen nachträglichen Entscheid (Art. 363 StPO) zu erfolgen.

E. Zugunsten des Geschädigten zu verwendende Vermögenswerte

- 96 Art. 73 Abs. 1 StGB zählt in lit. a–d diejenigen Vermögenswerte auf, welche dem Geschädigten bei gegebenen Voraussetzungen zuzuwenden sind. Die Formulierung der Bestimmung macht deutlich, dass die Liste der zuzusprechenden Vermögenswerte *abschliessend*²⁵⁵ sein soll. Der Verdienst des Strafgefangenen fällt nicht darunter. Während dieses sog. *Peculium* nach den frühen Vorentwürfen zum Strafgesetzbuch noch der Zuweisung unterliegen sollte,²⁵⁶ wurde es von der gros-

²⁵⁵ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 35.

²⁵⁶ Zuletzt noch Art. 39 Abs. 2 VE-StGB/1908.

sen Expertenkommission als Zuweisungssubstrat gestrichen.²⁵⁷ Es liegt ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor, die Liste kann insofern nicht ergänzt werden.

Dies gilt wohl nicht für Fluchtkautionen. Kraft expliziter Anordnung in Art. 240 Abs. 4 StPO kann eine verfallene *Sicherheitsleistung* in sinngemässer Anwendung von Art. 73 StGB zur Deckung der Ansprüche der Geschädigten und, wenn ein Überschuss bleibt, zur Deckung der Geldstrafen, Bussen und der Verfahrenskosten verwendet werden. Zu Recht wird deshalb gefordert, dass Art. 73 Abs. 1 StGB de lege ferenda um die Sicherheitsleistung als zusätzliches Zuweisungssubstrat zu ergänzen ist.²⁵⁸ Vermögenswerte, die im Hinblick auf eine Einziehung beschlagnahmt (Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO), in der Folge jedoch nicht konfisziert wurden, können selbstredend nicht für eine Zuweisung nach Art. 73 StGB herangezogen werden. Diese Gegenstände und Vermögenswerte sind der berechtigten Person auszuhändigen (Art. 267 Abs. 1 StPO). Fraglich ist, ob Vermögenswerte, die zur *Kostendeckung* beschlagnahmt wurden (Art. 268 StPO), zugunsten der Geschädigten verwendet werden dürfen. Dagegen spricht, dass dafür eine gesetzliche Grundlage fehlt. Weder Art. 73 Abs. 1 StGB noch Art. 268 StPO sehen vor, dass zur Kostendeckung beschlagnahmte Vermögenswerte dem Geschädigten zugewiesen werden können. Mittelbar ist eine Verwendung zugunsten des Geschädigten gleichwohl möglich. Zur Kostendeckung beschlagnahmte Vermögenswerte können nach erfolgter Zwangsvollstreckung (Art. 442 Abs. 1 StPO) nämlich herangezogen werden, um Bussen und Geldstrafen zu begleichen (Art. 268 Abs. 1 lit. b StPO).²⁵⁹ Bezahlte Bussen und Geldstrafen sind mögliche Zuweisungssubstrate (Art. 73 Abs. lit. a StGB). Für die Zuweisung an den Geschädigten kann es insofern keine Rolle spielen, ob die monetären Sanktionen vom Täter *nach* der Verurteilung beglichen wurden oder *bei* der Verurteilung²⁶⁰ qua Verrechnung mit den zur Kostendeckung beschlagnahmten Vermögenswerten erhältlich gemacht wurden.²⁶¹

97

1. Vom Verurteilten bezahlte Geldstrafe oder Busse (lit. a)

Als erstes Zuweisungssubstrat sieht Art. 73 Abs. 1 StGB die vom Verurteilten bezahlten Geldstrafen oder Bussen (lit. a) vor. Hintergedanke dieser Bestimmung ist, dass ein Verurteilter, dessen finanzielle Mittel nur dazu ausreichen, entweder die monetäre Sanktion oder die Schadenersatzforderung zu begleichen, sich in aller

98

²⁵⁷ Vgl. schon Verhandlungen-I/1896, 227 ff.; HOEFLIGER (1932), 84. Eingehend HAFTER, ZStrR 1911, 353 ff.; BOMMER (2006), 110 Fn. 390.

²⁵⁸ CAVALLO (2013), 121 f. BSK StPO²-HÄRRI, Art. 240 N 7.

²⁵⁹ BSK StPO²-BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 268 N 6.

²⁶⁰ Diese Zuweisung im Endentscheid gemäss Art. 267 Abs. 3 StPO kann im Sachurteil oder im Strafbefehl erfolgen; vgl. im Allg. BSK StPO²-BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 267 N 1

²⁶¹ Zum Ganzen unter altem Recht Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 35.

Regel für erstere entscheiden wird, weil er damit die drohende Ersatzfreiheitsstrafe abwenden kann (Art. 36 Abs. 1 StGB; Art. 106 Abs. 2 StGB).²⁶² Ohne die Zuweisungsmöglichkeit nach lit. a würden die Geschädigten in diesen Fällen leer ausgehen.

- 99 Zugewiesen werden nach eindeutigem Wortlaut die «bezahlten» Geldstrafen und somit nicht die Geldstrafenforderung.²⁶³ Eine Zession dieser Forderung würde dem Geschädigten auch nichts bringen, weil sonst lediglich seine illiquide Zivilforderung durch eine ebenso illiquide Geldstrafenforderung substituiert würde.
- 100 *Geldstrafen* sind seit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches die Hauptstrafen im Bereich der leichten und mittleren Kriminalität (Art. 34 ff. StGB).²⁶⁴ Im Jahr 2015 wurden über 85% aller Sanktionen als Geldstrafen ausgesprochen.²⁶⁵ Bei der Einführung bestand die Hoffnung, dass die Geldstrafenerträge zu einer Belegung der Zuweisung an den Geschädigten führen würden.²⁶⁶ Die Hoffnung hat sich – soweit ersichtlich – nicht erfüllt. Die Zuweisung von Geldstrafen kommt in der Praxis selten vor. Dies liegt wohl daran, dass gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. a StGB nur «bezahlte» Geldstrafen zugewiesen werden können. Unbedingte Geldstrafen müssen zuerst eingetrieben werden (Art. 442 Abs. 1 StPO). Die Zuweisung setzt somit voraus, dass die Verurteilten in der Lage sind, ihre Geldstrafenschuld zu begleichen.²⁶⁷ 80% aller Geldstrafen werden jedoch bedingt ausgesprochen.²⁶⁸ Hier entsteht die Zahlungspflicht erst, wenn der bedingte Vollzug der Geldstrafe infolge einer Rückfalltat widerrufen wird (Art. 46 StGB). Die widerrufenen Geldstrafenforderung muss in der Folge bezahlt oder zwangsweise eingetrieben werden. Ferner stellt sich das praktische Problem, wie die Geschädigten davon erfahren, dass die Geldstrafen beglichen wurden. Liegen die Gelder zur Begleichung der Sanktion nicht bereits im Urteilszeitpunkt vor, können die Geschädigten die Zuweisung bezahlter Geldstrafen erst in einem Nachverfahren verlangen.²⁶⁹
- 101 *Bussen* sind die einzige Sanktion für Übertretungen (Art. 103 StGB). Sie sind zudem die Hauptsanktion im Bereich der Unternehmensstrafbarkeit (Art. 102 StGB). Ferner werden Bussen in der Praxis oft als Verbindungsstrafen zu bedingten Geld-

²⁶² BOMMER (2006), 115; BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 73 N 15.

²⁶³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 47.

²⁶⁴ BGE 134 IV 97, Regeste; BSK StGB I³–DOLGE, Art. 34 N 122.

²⁶⁵ Gemäss dem Bundesamt für Statistik wurden im Jahr 2015 insgesamt 108'523 Verurteilungen für Verbrechen und Vergehen ausgesprochen, darin war die Geldstrafe in 93'041 Fällen die Hauptstrafe (vgl. «Sanktionen und Untersuchungshaft», Bundesamt für Statistik, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/sanktionen-untersuchungshaft.html> [besucht am 3.2.2017]).

²⁶⁶ BOMMER (2006), 115 m.w.H.; BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 73 N 15.

²⁶⁷ BOMMER (2006), 115; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 47 Fn. 172.

²⁶⁸ Gemäss dem Bundesamt für Statistik wurden von den 93'041 im Jahr 2015 ausgesprochenen Geldstrafen 76'197 zur Bewährung ausgesetzt (vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/sanktionen-untersuchungshaft.html> [besucht am 3.2.2017]).

²⁶⁹ BGer Urteil 6S.203/2004 vom 15. Juni 2006, E. 4.1; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 70.

strafen ausgefällt (Art. 42 Abs. 4 StGB).²⁷⁰ Bussen werden immer unbedingt ausgefällt (Art. 105 Abs. 1 StGB).²⁷¹ Damit stellt sich bei der Zuweisung zumindest die Widerrufsproblematik nicht. Jedoch können auch Bussen erst zugesprochen werden, wenn sie *bezahlt* resp. eingetrieben (Art. 442 Abs. 1 StPO) sind. Im Übrigen muss der Geschädigte, soweit er davon erfährt, dass die Bussen beglichen wurden, auch hier ein Nachverfahren anstreben. Die Einschränkung, dass Bussen dem Geschädigten nur zugewiesen werden dürfen, wenn dieser durch die Straftat erheblich geschädigt wurde und dadurch in Not geraten war (vgl. Art. 60 Abs. 2 StGB/1937), wurde bei der Einführung des Opferhilfegesetzes aufgehoben.²⁷²

2. Eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte oder deren Verwertungserlös (lit. b)

Als weiteres Zuweisungssubstrat können dem Geschädigten eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte oder deren Verwertungserlös unter Abzug der Verwertungskosten zugesprochen werden (Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB). Handelt es sich um einen aus Art. 90a SVG stammenden Verwertungserlös, ist dieser nach WEISSENBERGER vorab zur Deckung der Schadenersatz- bzw. Genugtuungsforderung der geschädigten Person, und erst nachrangig zur Deckung der Verwertungskosten und der Kosten des gesamten Strafverfahrens (Art. 442 StPO) zu verwenden. Dies ergebe sich entweder direkt (vgl. Art. 102 Abs. 1 SVG) oder analog aus Art. 73 StGB.²⁷³ Dem kann im Ergebnis zugestimmt werden, da die Einziehungsnorm von Art. 90a SVG unter anderem mit Blick auf Geschädigtenbelange eingeführt wurde und sich der Staat deshalb gerade auch hier nicht auf dem Buckel von Geschädigten für seine Verfahrenskosten soll bezahlt machen können. Allerdings kann der Verwertungserlös auch unter dem regulären Regime von Art. 73 StGB nicht einfach unbesehen den Geschädigten zugesprochen werden. Vielmehr müssen sämtliche Zuwendungsvoraussetzungen (Antrag, Vollstreckungstitel etc.) vorliegen.

Eingezogene Gegenstände könnten zunächst aus einer *Sicherungseinziehung* nach Art. 69 StGB stammen. Zu denken ist etwa an bei der Straftat verwendete oder zur ihr bestimmte Motorfahrzeuge. Die Gefährlichkeit steht einer Zuweisung an den Geschädigten nicht entgegen,²⁷⁴ weil die Einziehungsgegenstände in aller Regel nur in den Händen des Täters eine Gefahr darstellen.²⁷⁵ Anderes gilt allenfalls bei illegalen Deliktsprodukten (z.B. Betäubungsmittel) oder verbotenen Deliktinstrumenten (z.B. verbotene Waffen), die in den Händen jeder Person eine Gefahr

²⁷⁰ BSK StGB I³-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 107.

²⁷¹ BSK StGB I³-HEIMGARTNER, Art. 105 N 1.

²⁷² Eingeführt durch das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), vom 4. Oktober 1991 (AS 1992, 2465, Inkrafttreten: 1. Januar 1993); dazu Bericht VE-StGB/1985, 267; Botschaft, BBl 1990 II, 996.

²⁷³ WEISSENBERGER (2012), 426.

²⁷⁴ A.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 49.

²⁷⁵ Vgl. THOMMEN, Art. 69 StGB N 303.

darstellen. Hingegen könnten die Eigentumsrechte des Täters einer Zuweisung entgegenstehen. Soweit ersichtlich ist bisher gerichtlich noch nicht geklärt, wie sich die Verwendung sicherungseingezogener Gegenstände zu den Eigentumsrechten des Täters verhält. Grundsätzlich sind zur Sicherung eingezogene Gegenstände zu verwerten und der (Netto-)Verwertungserlös dem Betroffenen herauszugeben.²⁷⁶ Eine entschädigungslose Enteignung²⁷⁷ ist insoweit ausgeschlossen. Auch Bussen und Geldstrafen sowie Vermögenseinziehungen (Art. 70 StGB) und Ersatzforderungen (Art. 71 StGB) stellen Eingriffe in die Eigentumsrechte des Täters dar. Die monetäre Beeinträchtigung ist hier aber vom Zweck der Sanktion getragen. Bussen und Geldstrafen sind monetäre Übelzufügungen repressiver Natur, die Vermögenseinziehungen und Ersatzforderungen sollen das Prinzip umsetzen, dass sich Delinquenz nicht lohnen darf. Der Zweck der Sicherungseinzziehung wird jedoch bereits erfüllt, indem man den Gegenstand entzieht. Eine darüber hinausgehende monetäre Repression widerspricht dem Grundgedanken von Art. 69 StGB. Obwohl der Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB die Zuweisung von zur Sicherung eingezogener Gegenstände zulässt, legt die teleologische Interpretation indes nahe, darauf zu verzichten. In der Praxis wird dies so gelöst, dass verwertbare Sicherungskonfiskanda schon gar nicht erst eingezogen werden, sondern diese direkt verwertet und der Erlös der berechtigten Person herausgegeben wird. So stellt sich die Frage der Verwendung eines *eingezogenen* Gegenstands zugunsten des Geschädigten (Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB) gar nicht.²⁷⁸ Dass eine Verwertung als Ersatzmassnahme *zur* Einziehung zulässig ist, ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz.²⁷⁹ Entgegen einem älteren Gerichtsscheid können Bussen und Geldstrafen auch nicht direkt mit dem Verwertungserlös beglichen werden.²⁸⁰ Diese sind vielmehr ordentlich in Vollstreckung zu setzen (Art. 442 Abs. 1 StPO). Deshalb können die Geschädigten auch nicht mittelbar aus verwerteten Sicherungskonfiskanda befriedigt werden.

- 104 Eingezogene *Gegenstände* können aber auch aus einer *Vermögens-* resp. *Ausgleichseinzziehung* (Art. 70 StGB) stammen, z.B. ertrogene Bargeldbeträge oder gestohlene Uhren, soweit diese nicht vorab dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgehändigt werden können (Art. 70 Abs. 1 in fine StGB).²⁸¹ Die *physische* Zuweisung eines Deliktsgegenstandes dürfte eine seltene Ausnahme bilden.²⁸² Dies kann daran liegen, dass der Geschädigte keinerlei Interesse am Confiscandum hat.²⁸³ Soweit nicht Bargeld eingezogen wurde, dürfte der Wert des Einziehungsgegenstandes selten exakt festzustellen sein. Denkbar wäre

²⁷⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 76; Botschaft 1993, 306; zum Ganzen vgl. THOMMEN, Art. 69 StGB N 304 ff.

²⁷⁷ STRATENWERTH, AT IP², § 13 N 65.

²⁷⁸ Diesen Hinweis verdanke ich MARCEL SCHOLL (Stellungnahme vom 13. März 2017).

²⁷⁹ Für die Ersatzmassnahmen *zur* Sicherungseinzziehung vgl. Kommentar vorne Art. 69 N 323 *passim*.

²⁸⁰ So für die Bussen bereits OG BE, ZBJV 81/1945, S. 140.

²⁸¹ STRATENWERTH, AT IP², § 13 N 104 und N 116; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 10.

²⁸² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 36.

²⁸³ So für die Sicherungseinzziehung BOMMER (2006), 116.

allenfalls noch die physische Zuweisung von Edelmetallen oder Wertpapieren mit einfach bestimmbar Kurswerten. Für alle anderen körperlichen Vermögenswerte (teure Fahrzeuge, Kunst, Liegenschaften etc.) scheidet eine Zusprechung nur schon daran, dass der exakte Wert nicht bestimmbar ist. So kann nicht abgesichert werden, dass die Vermögenswerte nur «bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung» zugesprochen werden. In diesen Fällen bleibt nichts anderes übrig, als den Einziehungsgegenstand zu verwerten und dem Geschädigten den Erlös herauszugeben.²⁸⁴

Der Zuweisung unterliegen auch eingezogene *Vermögenswerte*. Nach Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen. Hier geht es um die Einziehung unkörperlicher Vermögenswerte, insbesondere Forderungen.²⁸⁵ Sofern es um die Einziehung von Bankguthaben geht, wird die Bank angewiesen, das Guthaben des Verurteilten der Inkassostelle des Gerichts zu überweisen, welche den auszugleichenden Betrag dann an den Geschädigten weiterleitet. Werden Miteigentumsanteile eingezogen, sind diese zu verwerten und der Erlös dem Geschädigten zuzuweisen.

Soweit *Surrogate* eingezogen wurden, können auch diese nach Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB als eingezogene Gegenstände oder Vermögenswerte dem Geschädigten zugesprochen werden.

Wird der eingezogene Gegenstand verwertet, ist dem Geschädigten der «*Verwertungserlös unter Abzug der Verwertungskosten*» (Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB) zuzuweisen. Es gilt somit das Nettoprinzip. Vom Verwertungserlös abzuziehen sind insbesondere die Kosten der Schätzung und/oder der Versteigerung, nicht aber die allgemeinen Verfahrenskosten.²⁸⁶ Die Kosten der Lagerung von Gegenständen, die mit Blick auf eine Einziehung beschlagnahmt wurden, gehören zu den nicht abzugsfähigen Verfahrenskosten.²⁸⁷

3. Ersatzforderungen (lit. c)

Nach Art. 73 Abs. 1 lit. c StGB sind Ersatzforderungen zuzusprechen. Entgegen dem Wortlaut tritt der Staat dabei nicht die Ersatzforderung an den Geschädigten ab. Vielmehr hat der Staat die Ersatzforderung einzutreiben und dem Geschädigten den Verwertungserlös auszurichten.²⁸⁸ Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Geschädigte dem Staat seine illiquide Zivilforderung abtritt und im Gegenzug hierfür eine gleichermassen illiquide Ersatzforderung erhält. Damit steht aber auch fest, dass der Erlös aus Ersatzforderungen erst in einem Nachverfahren zugesp-

²⁸⁴ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 82.

²⁸⁵ Zahlreiche weitere Beispiele bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70-72 N 17.

²⁸⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 52.

²⁸⁷ S.a. SCHOLL, Art. 70 StGB N 611 Fn. 1078.

²⁸⁸ BOMMER (2006), 116; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 53.

chen werden kann.²⁸⁹ Denn solange der Staat seine Forderung nicht eingetrieben hat, ist nicht bekannt, ob er dem Geschädigten überhaupt etwas zuweisen kann.

4. Betrag der Friedensbürgschaft (lit. d)

- 109 Zugesprochen werden kann schliesslich auch noch der «*Betrag der Friedensbürgschaft*» (Art. 73 Abs. 1 lit. d StGB). Besteht die Gefahr, dass jemand ein Verbrechen oder Vergehen ausführen wird, mit dem er gedroht hat, oder legt jemand, der wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens verurteilt wird, die bestimmte Absicht an den Tag, die Tat zu wiederholen, so kann ihm das Gericht auf Antrag des Bedrohten das Versprechen abnehmen, die Tat nicht auszuführen, und ihn anhalten, angemessene Sicherheit dafür zu leisten (Art. 66 Abs. 1 StGB). Begeht er das Verbrechen oder das Vergehen innerhalb von zwei Jahren, nachdem er die Sicherheit geleistet hat, so verfällt die Sicherheit dem Staate. Andernfalls wird sie zurückgegeben (Abs. 3).
- 110 Entgegen dem zu weiten Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 lit. d StGB («Betrag der Friedensbürgschaft») kann nicht bereits die Sicherheitsleistung (Art. 66 Abs. 1 StGB), sondern nur die *verfallene* Friedensbürgschaft (Art. 66 Abs. 3 StGB) dem Geschädigten zugewiesen werden.²⁹⁰

F. Rechtsfolge

- 111 Sind die Zuwendungsvoraussetzungen gegeben, *muss* das Gericht respektive die Staatsanwaltschaft, dem Geschädigten die Vermögenswerte zusprechen. Der Geschädigte hat unter gegebenen Voraussetzungen Rechtsanspruch auf Zusprechung der Vermögenswerte.²⁹¹ Verlangen mehrere Geschädigte eine Zuweisung nach Art. 73 StGB, so sind die Vermögenswerte proportional zu ihren Ansprüchen zuteilen.²⁹²
- 112 Welche zivilrechtlichen Konsequenzen gehen mit dem Zuweisungsentscheid einher? In den allermeisten Fällen der Zusprechung nach Art. 73 StGB liegen die Vermögenswerte in Form von Buchgeld bei der Behörde oder auf einer Bank. Dies gilt etwa für bezahlte Bussen und Geldstrafen sowie für die Verwertungserlöse eingezogener Vermögenswerte und Ersatzforderungen. Hier ist den Geschädigten der zugesprochene Betrag zu überweisen. Das Gerichtsinkasso ist entsprechend anzuweisen. Wenn die eingezogenen Vermögenswerte auf einem Bankkonto lie-

²⁸⁹ Implizit wohl auch BGer Urteil 6S.203/2004 vom 15. Juni 2006, E. 4.1.

²⁹⁰ BOMMER (2006), 117 Fn. 415; noch weiter diff. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 54.

²⁹¹ BGer Urteil 1B_168/2009 vom 14. Oktober 2009, E. 2.2; BGer Urteil 1B_212/2007 vom 12. März 2008, E. 1.4; m.H.; anders früher noch HAFTER, ZStrR 1911, 373.

²⁹² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 80; StGB PK²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 73 N 3; zum Verfahren bei mehreren Geschädigten eingehend vorne N 28 ff.

gen, kann auch die Bank direkt angewiesen werden, an den Geschädigten zu überweisen.

Weniger eindeutig sind die Folgen des Zuweisungsentscheids für den (praktisch seltenen) Fall, dass eigezogene Vermögenswerte dem Geschädigten *physisch* ausgehändigt werden sollen. Der wohl noch häufigste Fall betrifft beschlagnahmtes und eingezogenes, aber nicht vermischtes Bargeld. Denkbar wäre allenfalls noch die physische Zuweisung von Edelmetallen oder Wertpapieren mit einfach bestimmbaren Kurswerten. Andere körperliche Vermögenswerte, wie teure Fahrzeuge, Kunst oder Liegenschaften etc. sollten mangels exakter Bestimmbarkeit ihres Wertes bereits nicht nach Art. 73 StGB physisch zugesprochen werden. Hat das Gericht oder die Staatsanwaltschaft eine physische Zuweisung dennoch verfügt, stellt sich auch hier die Frage, wie diese abzuwickeln ist. 113

Wird ein Vermögenswert durch den Staat beschlagnahmt, erwirbt dieser Verfügungsmacht über den Vermögenswert. Wird der Vermögenswert eingezogen, begründet der Staat – nach hier vertretener Auffassung – Eigentum am Einziehungsobjekt.²⁹³ Nach neueren Lehrmeinungen soll der Staat mit der Einziehung jedoch bloss die *Verfügungsmacht* über die Sache erhalten.²⁹⁴ Die einziehungsbetroffene Person bleibe Eigentümerin.²⁹⁵ Es finde kein zivilrechtlicher Eigentumsübergang an den Staat statt, was sich nur schon daraus ergebe, dass eine Rückgabe an den Täter oder Dritte sowie eine Verwendung zugunsten Geschädigter möglich sei.²⁹⁶ Auch das Bundesgericht geht unterdessen²⁹⁷ davon aus, dass die Einziehung nur dazu führt, dass der Staat Verfügungsmacht über die betroffenen Gegenstände erlange.²⁹⁸ Richtigerweise führt die Einziehung jedoch zu einem Eigentumsübergang an den Staat. Es handelt sich insoweit um eine *formelle* Enteignung.²⁹⁹ Entgegen der jüngeren Lehre spricht die Möglichkeit, eingezogene Gegenstände oder deren Verwertungserlös an Geschädigte herauszugeben (Art. 73 StGB), nicht gegen einen Eigentumsübergang, sondern gerade dafür, dass der Staat bei der Einziehung zunächst Eigentümer des konfiszierten Gegenstands werden muss. Wie sonst soll er dem Geschädigten das unbelastete Eigentum am konfiszierten Gegenstand verschaffen können?³⁰⁰ Der Staat kann einem Geschädigten nur dann das Eigentum an einer eingezogenen Sache (z.B. Auto oder konfiszierte Liegenschaft) verschaf- 114

²⁹³ Eingehend dazu THOMMEN, Art. 69 StGB N 126 ff.

²⁹⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 66; SCHULTZ, ZBJV 1978, 328; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 206; widersprüchlich STRATENWERTH, AT II², § 13 N 75, dann aber § 13 N 65.

²⁹⁵ PIOTET (1995), N 75.

²⁹⁶ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 66 m.H.a. BGE 123 IV 70 ff., der sich jedoch zum zivilrechtlichen Eigentumsübergang nicht äussert.

²⁹⁷ Noch offengelassen in BGE 112 IV 74, E. 3c.

²⁹⁸ BGE 123 IV 55, E. 3a; im gleichen Sinne BGE 132 IV 5, E. 3.4.5.

²⁹⁹ Zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2359; wie hier BSK BV–WALDMANN, Art. 26 N 87; a.A. wohl BGE 135 I 209, E. 3.3.1 und BGE 118 Ia 305, E. 6b, dazu SGK BV³–BIAGGINI, Art. 26 N 32.

³⁰⁰ Zum Eigentumsübergang mit dem Zusprechungsentscheid vgl. Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 73 N 80.

fen, wenn er selber vorher Eigentümer geworden ist. Der Zuweisungsentscheid stellt somit den Rechtsgrund (causa) und die tatsächliche Aushändigung die Übertragung (traditio) dar, welche zusammen zum Eigentumsübergang an den Geschädigten führen.³⁰¹ Auch Grundstücke gehen infolge der Einziehung an den Staat über. Das Grundbuch ist im Einziehungsentscheid deshalb anzuweisen, den Staat als Eigentümer einzutragen. Danach kann er die Liegenschaft verwerten und den Verwertungserlös unter den Zusprechungsgläubigern verteilen. Sollte die Liegenschaft selbst ausnahmsweise nach Art. 73 StGB zugesprochen werden, müsste wiederum das Grundbuch entsprechend angewiesen werden, den Ansprecher als Eigentümer einzutragen.

VI. Abtretung (Art. 73 Absatz 2)

- 115 Die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten kann nur angeordnet werden, wenn der Geschädigte den entsprechenden Teil seiner Forderung an den Staat abtritt (Art. 73 Abs. 2 StGB). Systematisch ist die Abtretungsvoraussetzung zwar in einem separaten Absatz geregelt, in der Sache handelt es sich jedoch um eine weitere Zuwendungsvoraussetzung, die zu denjenigen nach Absatz 1 (Schaden, Deliktskonnex, fehlende Versicherungsdeckung, schlechte Leistungsprognose, Antrag, Vollstreckungstitel etc.) hinzutritt. Die Regelung in einem separaten Absatz lässt sich historisch damit erklären, dass die Abtretungsvoraussetzung erst vom Parlament in das Gesetz eingefügt wurde.³⁰²

Nach vorliegend vertretener Auffassung muss der Geschädigte seine Ersatzforderung im Hinblick auf den Zusprechungsentscheid an den Staat abtreten. Diese Zession muss nicht bedingungslos erfolgen, vielmehr kann er seine Forderung abtreten unter der Bedingung und im Umfang der späteren Zusprechung. Es kann insoweit auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden.³⁰³

VII. Einfaches und rasches Verfahren (Art. 73 Absatz 3)

- 116 Art. 73 Abs. 3 StGB schreibt vor, dass die Kantone ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen haben, falls die Zusprechung nicht schon (akzessorisch) im Strafurteil möglich ist. Die zuzusprechenden Vermögenswerte liegen jedoch im Haupturteilszeitpunkt oftmals noch nicht vor. Bussen, Geldstrafen und Ersatzforderungen müssen zuerst bezahlt oder eingetrieben, eingezogene Gegenstände verwertet werden. Es kann auch sein, dass deliktsverstrickte Gegenstände erst später entdeckt werden und deshalb nachträglich selbständig einzuziehen sind. Schliess-

³⁰¹ Vgl. auch Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 80.

³⁰² Vgl. StenBull NR 1928, 963; StenBull SR 1931, 330.

³⁰³ Vgl. vorne N 71 ff.

lich sind die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche der Geschädigten zum Zeitpunkt des Hauptsachenurteils oft noch nicht *«gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt»*, es fehlt den Geschädigten mithin noch ein definitiver Rechtsöffnungstitel. In all diesen Fällen kann die Zuweisung nur in einem Nachverfahren verlangt werden.

Abzugrenzen ist das (Nach-)Verfahren nach Art. 73 Abs. 3 StGB daher von jenem Verfahren, bei welchem bereits im Strafurteil akzessorisch über die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten entschieden werden kann. Weiter ist das Verfahren nach Art. 73 Abs. 3 StGB auch von selbständigen Einziehungsverfahren gemäss Art. 376 ff. StPO zu unterscheiden. In diesen selbständigen Einziehungsverfahren ist (ebenfalls akzessorisch) über eine allfällige Verwendung zu Gunsten des Geschädigten zu entscheiden (Art. 378 StPO). Das einfache und rasche Verfahren nach Art. 73 Abs. 3 StGB kommt somit nur dann zur Anwendung, wenn über die Strafsache und die Einziehung bereits entschieden wurde und nachträglich ein Gesuch auf Verwendung zu Gunsten des Geschädigten gestellt wird. Es handelt sich somit um ein sowohl vom Strafverfahren als auch vom Einziehungsverfahren losgelöstes, selbständiges Verfahren, welches darauf zielt, dem Geschädigten Befriedigung für seine Ersatzforderung zu verschaffen. 117

Eine andere Frage ist, nach welchen Regeln sich das Verfahren richtet. Dafür schreibt Art. 73 Abs. 3 StGB vor, dass die Kantone ein einfaches und rasches Verfahren vorsehen. Die Norm wurde mit dem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) im Jahr 1993 eingeführt³⁰⁴ und richtet sich gemäss Wortlaut an den kantonalen Gesetzgeber. Solche einfachen und raschen Verfahren wurden durch verschiedene Bestimmungen des materiellen Bundesrechts vorgeschrieben. So kam das einfache und rasche Verfahren beispielsweise für Unterhalts- und Unterstützungssachen nach dem Zivilgesetzbuch³⁰⁵ oder für Miet- und Pachtstreitigkeiten nach dem Obligationenrecht³⁰⁶ zur Anwendung. Die kantonalen Zivilprozessordnungen sahen deshalb die Durchführung von eben solchen *«einfachen und raschen Verfahren»* vor.³⁰⁷ 118

Mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 wurden die Bestimmungen des materiellen Bundesrechts, die die Durchführung eines einfachen und raschen Verfahrens vorsahen, weitgehend aufgehoben. An die Stelle des einfachen und raschen Verfahren trat das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO).³⁰⁸ Dieses zeichnet sich insbesondere durch vereinfachte Formalien, vorherrschende Mündlichkeit und verstärkte Mitwirkung des Gerichts aus. 119

³⁰⁴ Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), vom 4. Oktober 1991 (AS 1992, 2465, Inkrafttreten: 1. Januar 1993).

³⁰⁵ Vgl. Art. 329 Abs. 3 und 280 Abs. 1 aZGB in der Fassung gemäss Ziff. I 1 und 2 des BG vom 25. Juni 1976 (AS 1977, 237, 264).

³⁰⁶ Vgl. Art. 274d und 301 aOR (wohl) in der Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 15. Dez. 1989, (AS 1990, 802, 834; BBl 1985 I, 1389).

³⁰⁷ So z.B. § 53 Zivilprozessordnung/ZH vom 13. Juni 1976; Art. 299 Zivilprozessordnung/BE vom 7. Juli 1918.

³⁰⁸ Botschaft, BBl 2006b, 7346.

Wohl versehentlich blieb aber Art. 73 Abs. 3 StGB unverändert bestehen. Vieles spricht deshalb dafür, das dem Straf- resp. selbständigen Einziehungsverfahren nachgehende, selbständige Zusprechungsverfahren sinngemäss nach den Regeln des vereinfachten Verfahrens gemäss Art. 243 ff. ZPO durchzuführen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein *Gericht* oder die *Staatsanwaltschaft* über die Vollstreckung zu befinden hat.

- 120 Die Norm richtet sich allein an den Gesetzgeber. Verfahrensbetroffene können daraus keine Ansprüche auf ein besonderes Verfahren oder auf eine adhäsionsweise Beurteilung der Zivilforderung im Strafverfahren ableiten.³⁰⁹

³⁰⁹ BGer Urteil 6B_405/2008 vom 12. Dezember 2008, E. 1.3.4; BGer Urteil 6B_906/2010 vom 31. Januar 2011, E. 2.3.3.