

Aufsatz StR

Prof. Dr. Michael Lindemann und Wiss. Mit. Jakob Ordner

Die Bestimmung des Verfallsgegenstandes bei Wirtschaftsdelikten

Michael Lindemann: Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Wirtschaftsrecht und Umweltstrafrecht an der Universität Augsburg.

Jakob Ordner: Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur von Prof. Dr. Lindemann, Universität Augsburg.

Während die Erörterung von Fragen des Allgemeinen und des Besonderen Teils mit wirtschaftsstrafrechtlichem Einschlag in der strafrechtlichen Schwerpunktbereichsausbildung mittlerweile einigen Raum einnimmt, führt die Auseinandersetzung mit den in Wirtschaftsstrafverfahren bedeutsamen Rechtsfolgen nach wie vor ein Schattendasein. Der Beitrag stellt die besonders praxisrelevanten Maßnahmen der Vermögensabschöpfung vor und setzt sich insbesondere mit der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zuletzt kontrovers behandelten Frage der Bestimmung des Verfallsgegenstandes i. S. d. § 73 I 1 StGB auseinander.

I. Einleitung

Die Maßnahmen des Verfalls (§ 73 StGB) und des Verfalls von Wertersatz (§ 73a StGB) sowie die vorausgehenden prozessualen Sicherungsmaßnahmen gemäß § 111 bff. StPO haben zuletzt vor allem in Verfahren wegen Wirtschaftsdelikten einen erheblichen Bedeutungsgewinn erfahren¹. Ein wesentlicher Grund für diese Entwicklung dürfte im Ausbau der Finanzermittlungen zu sehen sein, der von einer Strategie der Spezialisierung und organisatorischen Verselbstständigung der zuständigen Dienststellen bei den Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften sowie von einem verbesserten Aus- und Fortbildungsangebot für die mit entsprechenden Maßnahmen befassten Richter, Staatsanwälte und Polizeibeamte flankiert wurde². Insofern wird nicht ohne

Berechtigung von der Eröffnung einer »zweite(n) obligatorischen Ermittlungsdimension in allen Ermittlungsverfahren mit Vermögensrelevanz« gesprochen, die zu den herkömmlichen Bemühungen um einen justizförmigen Tatnachweis hinzugetreten ist³. Ein weiterer Grund für die gestiegene praktische Relevanz der Verfallsvorschriften ist in verschiedenen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Erleichterung der Vermögensabschöpfung zu sehen. So wurde im Jahr 1992 das sogenannte Bruttoprinzip in § 73 I 1 StGB verankert, das eine Berücksichtigung von Beschaffungskosten und sonstigen im Deliktzusammenhang getätigten gewinnmindernden Aufwendungen bei der Berechnung des für verfallen zu erklärenden Vermögensvorteils versperrt⁴. Darüber hinaus wurden mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998 die Anforderungen an den für die Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen nach § 111 bff. StPO nachzuweisenden Verdachtsgrad abgesenkt⁵; während es in der Vergangenheit dringender Gründe für die Annahme bedurfte, dass die Voraussetzungen für den Verfall vorliegen, verlangt das Gesetz nunmehr nur noch einen einfachen Anfangsverdacht im Sinne des § 152 II StPO⁶. Schließlich erfolgte durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz im Jahr 2002⁷ die Einführung des § 24c III 1 Nr. 2 KWG, welcher den Strafverfolgungsbehörden eine Abfrage der für die Einleitung von Abschöpfungsmaßnahmen benötigten

¹ Eingehend dazu bereits *Lindemann* Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts, 2012, 389 ff.; vgl. des Weiteren etwa *Strate* StV 2006, 368 ff.; *Wehnert/Mosiek* StV 2005, 568 ff.

² Vgl. die Schilderungen bei *Bangert* Kriminalistik 2001, 652; *Park* StraFo 2002, 73 (74); *Wabnitz/Janovsky/Podolsky* Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl 2007, 26. Kapitel Rn 3 ff.

³ In diesem Sinne *Podolsky* aaO (FN 2), 26. Kapitel Rn 2; weitere Nachweise bei *Reichling* Der staatliche Zugriff auf Bankkundendaten im Strafverfahren, 2010, 68.

⁴ Ausführlich dazu *Büttner* Ermittlung illegaler Vermögensvorteile, 2005, 87 ff.

⁵ Zur berechtigten Kritik vgl. *Rönnau* Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rn 87 ff.

⁶ Eines dringenden Tatverdachts bedarf es nach einer weiteren, zum 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Gesetzesänderung zwingend erst nach einem Jahr (vgl. § 111 b III 3 StPO idF des Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006, BGBl. I, 2350).

⁷ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Vierte Finanzmarktförderungsgesetz) vom 21. Juni 2002, BGBl. I, 2010.

Kontostammdaten ohne richterliche oder staatsanwalt-schaftliche Anordnung ermöglicht⁸.

Die Einführung des Bruttoprinzips wirkt sich naturge-mäß bereits auf den Umfang der im Ermittlungsverfahren anzuordnenden vorläufigen Maßnahmen aus; dienen die-se doch der Sicherstellung späterer Verfallsansprüche durch Beschlagnahme (§ 111b I StPO) bzw. dinglichen Ar-rest (§ 111b II StPO). Konsequenz der skizzierten formell- und materiell-rechtlichen Änderungen ist daher eine mas-sive Ausweitung des staatlichen Zugriffs auf Vermögens-werte im Ermittlungsverfahren. Dies gilt umso mehr, als das Bruttoprinzip nach herrschender Meinung auch auf gutgläubige Drittbegünstigte im Sinne des § 73 III StGB anwendbar ist⁹, was in der Praxis dazu führt, dass sich die Anordnung des strafprozessualen dinglichen Arrests im-mer häufiger auch auf das Vermögen juristischer Personen erstreckt¹⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat die mit der Anordnung von Maßnahmen zur Sicherstellung von Ver-mögenswerten verbundenen Belastungen wie folgt um-schrieben:

»Der dingliche Arrest zur Sicherung des Verfalls von Vermögens-teilen und dessen Vollziehung durch Pfändungsmaßnahmen fügt dem Betroffenen einen erheblichen Nachteil zu. Für die Zeit der Aufrechterhaltung der Maßnahme ist seine wirtschaftliche Handlungsfreiheit gravierend beeinträchtigt. Mittelbare Beein-trächtigungen, etwa im Beruf, oder bei der Kreditwürdigkeit, sind auch nach einer eventuellen Aufhebung der Maßnahme und einer strafrechtlichen Entschädigung (...) irreparabel.«¹¹

Die skizzierten Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinflussen regelmäßig auch die Be-reitschaft der Betroffenen, einer konsensbedingten Abkür-zung des Verfahrens im Sinne der §§ 153a, 257c StPO zu-zustimmen¹². Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Problematik, die vielen derartigen Absprachen unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten innewohnt¹³, kommt

⁸ Zum Einsatz der Kontenabfragemöglichkeit nach § 24c III 1 Nr 2 KWG als Instrument der Finanzermittlungen vgl *Reichling* aaO (FN 3), 66ff; für eine verfassungsrechtliche Würdigung der Regelung *ders.*, 101ff sowie *Glück* § 24c KWG und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung 2005, 153ff.

⁹ Grundlegend BGHSt 47, 369 (374f); weitere Nachweise bei *Fischer* StGB, 60. Aufl 2013, § 73 Rn 29.

¹⁰ Zur Verfallsanordnung gegen »tatunbeteiligte« Unternehmen *Hofmann* wistra 2008, 401ff.

¹¹ So wortgleich BVerfG NJW 2004, 2443 (2444); NJW 2006, 1048; siehe auch *Backes* StV 2006, 712 (717); *Greeve* NJW 2007, 14 (15); *Hamm* FS für Klausur Volk, 2009, 193 (200); *Theile* StV 2009, 161.

¹² Siehe dazu *Backes* FS Winfried Hassemer, 2010, 985ff.

¹³ Zur verbreiteten Missachtung der gesetzlichen Vorgaben für Ver-ständigungen nach § 257c StPO vgl BVerfG NJW 2013, 1058 (1069f);

der Aufgabe, den Gegenstand einer (möglichen) Anord-nung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz so präzise wie möglich zu bestimmen, herausgehobene Be-deutung zu. Bevor im Folgenden die zu dieser Frage in der jüngeren Vergangenheit ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung einer kritischen Würdigung unterzogen wird, sollen jedoch zunächst die selbst in der strafrecht-lichen Schwerpunktereichsausbildung zumeist lediglich am Rande erörterten Voraussetzungen der Verfallsanord-nung (§ 73 ff. StGB) und der Anordnung von Maßnahmen zur Sicherstellung von Vermögenswerten im Ermittlungs-verfahren (§§ 111bff. StPO) eingehender vorgestellt wer-den.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Der Verfall im System strafrechtlicher Rechtsfolgen

Das Sanktionssystem des deutschen Strafrechts ist zwei-spurig angelegt: Auf der einen Seite sieht das Gesetz die Ahndung schuldhaft verwirklichten Unrechts mit Krimi-nalstrafe (§§ 38 ff. StGB) vor; als Hauptstrafen sind Geld-strafe (§ 40 StGB) und Freiheitsstrafe (§ 38 StGB) vorgese-hen. Auf der anderen Seite dienen die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 62ff. StGB) dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten¹⁴. Im Wirtschafts-strafrecht ist in diesem Zusammenhang allerdings ledig-lich das Berufsverbot gemäß § 70 StGB von einer gewissen praktischen Bedeutung¹⁵. Gleichsam zwischen diesen bei-den Eingriffsdimensionen ist nach der gesetzgeberischen Konzeption der Verfall gemäß § 73 StGB positioniert. Bei ihm soll es sich nach dem Willen des Gesetzgebers um eine Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charak-ter handeln, welche der Abschöpfung deliktisch erlangter Vermögensvorteile dient. Nachdem aufgrund der Erset-zung des Nettoprinzips durch das Bruttoprinzip der Zugriff auf den Gesamterlös ohne Berücksichtigung gewinn-mindernder Aufwendungen zulässig ist, wird zwar in der Literatur verbreitet die Auffassung vertreten, der Verfall

Altenhain/Dietmeier/May, Die Praxis der Absprachen in Strafverfah-ren, 2013. Ausführlich zur Problematik auch schon *Lindemann*, aaO (FN 1), 461ff.

¹⁴ Vgl *Frister* Strafrecht AT, 6. Aufl 2013, Rn 6/22; ausführlich *Radtke* MK-StGB, 2. Aufl 2012, Vor §§ 38 ff Rn 69 ff; *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Villmow* StGB, 4. Aufl 2013, Vor §§ 38 ff Rn 5ff.

¹⁵ Vgl *Heinz* Wirtschaftskriminalität, in: *Korff* (Hrsg) Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd 4, 1999, 671 (695); *Wittig* Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl 2011, § 8 Rn 1.

habe nunmehr zumindest strafähnlichen Charakter angenommen, soweit er über die legitimierte Netto-Gewinn-Abschöpfung hinausgehe¹⁶; die höchstrichterliche Rechtsprechung ist dieser Argumentation jedoch nicht gefolgt¹⁷.

2. Voraussetzungen und verfassungsrechtliche Problematik der Verfallsanordnung

Gemäß § 73 I 1 StGB setzt die Anordnung des Verfalls voraus, dass eine rechtswidrige Tat begangen worden ist und der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt hat. Während nach der ersten Variante diejenigen Vermögenswerte abgeschöpft werden sollen, die dem Täter als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden (etwa der für die Begehung eines Auftragsmordes gezahlte »Killerlohn«¹⁸), zielt die zweite Variante nach einer gebräuchlichen Definition auf die Entziehung solcher Vermögenswerte ab, die dem Täter *unmittelbar* aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen¹⁹. Letzteres soll zu bejahen sein, wenn der Tatbeteiligte die faktische (Mit-)Verfügungsgewalt über den Gegenstand erlangt hat²⁰. Bei der Bestimmung des Umfangs der Verfallsanordnung ist – wie bereits erwähnt – das sogenannte Bruttoprinzip zugrunde zu legen, das eine Berücksichtigung im Zusammenhang mit der Tatbegehung stehender gewinnmindernder Aufwendungen ausschließt. In der Li-

teratur wird in diesem Zusammenhang mit dem Hinweis auf den strafähnlichen Charakter, der dem Verfall bei einer Anwendung des Bruttoprinzips zukomme, über den Wortlaut des § 73 I StGB hinaus schuldhaftes Verhalten des Täters gefordert²¹.

Verschiedene Vorschriften führen sodann teilweise zu einer Extension, teilweise jedoch auch zu einer Restriktion des Anwendungsbereichs der § 73ff. StGB: So ermöglicht § 73 III StGB die Ausdehnung des Verfalls auf Fälle, in denen der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und dadurch dieser etwas erlangt hat. Die Rechtsprechung²² verlangt in diesem Zusammenhang neben einem Handeln im Interesse des Dritten das Vorliegen eines Bereicherungszusammenhanges, der gegeben sein soll, wenn der Täter den in Rede stehenden Vorteil als Organ oder sonstiges Mitglied einer Organisation erlangt hat (sog. Vertretungsfall²³), oder wenn die Zuwendung des Vorteils zur Vermeidung eines Gläubigerzugriffs bzw. zur Verschleierung der Tat erfolgte (sog. Verschiebungsfall²⁴). Eine besondere Härte gewinnt diese Vorschrift dadurch, dass die Verfallsanordnung nach herrschender Meinung keine Bösgläubigkeit des Drittbegünstigten voraussetzt²⁵. Eine weitere Extension ergibt sich aus der Regelung des § 73a I 1 StGB, welche den Verfall von Wertersatz ermöglicht, soweit der Verfall wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grund nicht möglich ist²⁶. Dieser Norm kommt in der Praxis des Wirtschaftsstrafverfahrens herausgehobene Bedeutung zu²⁷.

16 Vgl etwa Schönke/Schröder/*Eser* StGB, 28. Aufl 2010, Vor § 73 Rn 19; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl 2011, § 73 Rn 4b; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Saliger* § 73 Rn 13f; *Rönnau* aaO (FN 5), Rn 189ff.

17 BVerfG NJW 2004, 2073 (2074); BGHSt 47, 369 (370 ff); BGH NJW 2002, 2257 (2258). Aus dem Gebot völkerrechtsfreundlicher Auslegung (eingehend BVerfGE 128, 326 [366] ff; dazu *Payandeh/Sauer JURA* 2012, 289 ff) könnte sich allerdings eine Verpflichtung ergeben, die bisherige Rechtsprechungslinie noch einmal zu überdenken – hat doch der EGMR in seinen Entscheidungen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung hervorgehoben, dass es bei der Beurteilung des Charakters einer staatlichen Maßnahme sub specie Art. 7 EMRK nicht ausschließlich auf deren Bezeichnung durch den Gesetzgeber, sondern auch auf deren faktische Ausgestaltung und Wirkung ankommt (vgl nur EGMR NJW 2010, 2495 [2497 ff]). Weiterführend hierzu *Gehrmann* wistra 2010, 346 (347).

18 *Joecks* MK-StGB, 2. Aufl 2012, § 73 Rn 42; ein weiteres Beispiel ist die Belohnung für die Mitwirkung am Absatz gefälschter Kunstwerke, vgl BGH NJW 2012, 2051.

19 Vgl BGHSt 47, 260 (268); 50, 299 (309); 52, 227 (246); BGH NStZ-RR 2003, 10 (11); NStZ-RR 2009, 94. Vor allem auf das Unmittelbarkeits-erfordernis wird im weiteren Gang der Darstellung noch zurückzukommen sein; näher dazu unter III.

20 BGH NJW 2011, 624 (625); *Fischer* aaO (FN 9), § 73 Rn 13; *Joecks* MK-StGB, 2. Aufl 2012, § 73 Rn 23.

21 Siehe dazu nur *Wittig* aaO (FN 16), § 9 Rn 10 m. w. N.

22 Grundlegend BGHSt 45, 235 (244 ff); zust LK/*Schmidt*, 12. Aufl 2011, § 73 Rn 63; krit Schönke/Schröder/*Eser* § 73 Rn 37a; *Fischer* § 73 Rn 37; *Rönnau* aaO (FN 5), Rn 284 ff.

23 Exemplarisch der unter III besprochene Fall 2; vgl BGHSt 47, 369 (377).

24 Für einen Beispielsfall siehe BGH NStZ-RR 2008, 107 – Lottogewinne. Lediglich in den sogenannten Erfüllungsfällen, in denen der Täter einem gutgläubigen Dritten Vermögenswerte zuwendet, um eine nicht mit der Tat im Zusammenhang stehende Forderung zu begleichen, soll eine Verfallsanordnung nach § 73 III StGB ausscheiden; vgl. BGHSt 45, 235 (247); *Joecks* MK-StGB, 2. Aufl 2012, § 73 Rn 74.

25 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Saliger* § 73 Rn 34. Einer etwaigen Gutgläubigkeit des Dritten ist nach der Rechtsprechung allenfalls im Rahmen der Härteklausele des § 73c StGB Rechnung zu tragen; vgl BGHSt 47, 369 (376).

26 Undurchführbarkeit des Verfalls wegen der Beschaffenheit des Erlangten (Var. 1) liegt beispielsweise vor, wenn der Empfänger durch unterlassene Umweltschutzinvestitionen Aufwendungen erspart (AG Köln NStZ 1988, 274); Undurchführbarkeit des Verfalls aus einem anderen Grund (Var. 2) etwa beim Verbrauch des erlangten Bestechungslohns (BGH NJW 1985, 752 [753]).

27 *Wittig* aaO (FN 15), § 9 Rn 28 unter Bezugnahme auf *Podolsky* aaO (FN 2), 26. Kapitel Rn 40.

Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Verfallsvorschriften ermöglicht zunächst § 73c I StGB, nach dem die Anordnung des Verfalls unterbleibt, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Vorschrift nach Auffassung der Rechtsprechung eng auszulegen ist und insbesondere keine Korrektur des Bruttoprinzips ermöglichen soll²⁸. Als »Totengräber des Verfalls«²⁹ wurde lange § 73 I 2 StGB angesehen, der die Anordnung des Verfalls bei konkurrierenden Ansprüchen Verletzter ausschließt. Da die Anwendung der Norm nach herrschender Meinung lediglich voraussetzt, dass entsprechende Ansprüche bestehen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Verletzte bekannt ist, er den Täter oder Teilnehmer tatsächlich in Anspruch nimmt oder hiermit zumindest noch zu rechnen ist³⁰, erweist sich § 73 I 2 StGB in der Praxis tatsächlich als eine erhebliche Hürde für die Anwendung des Verfalls bei Delikten mit individualisierbaren Opfern³¹. Die Bestimmung des konkurrierenden Verletztenanspruches kann allerdings gerade bei Wirtschaftsdelikten Schwierigkeiten bereiten, wie der folgende Beispielfall verdeutlicht:

Fall 1 (nach BGH NSTZ 2003, 423): Der Universitätskanzler und Amtsträger K nimmt im Zuge der Auftragsvergabe des Mensaumbaus vom Auftragnehmer A Bestechungsgelder in Höhe von 20.000 Euro entgegen. W schlägt diesen Betrag auf seine Werklohnforderung auf.

In diesem Fall ist fraglich, ob ein Anspruch der Universität den Verfall ausschließt. Als Verletzter im Sinne des § 73 I 2

²⁸ BGHSt 52, 227 (252); siehe auch BGH NSTZ 1995, 495; NSTZ 2006, 570; NSTZ-RR 2009, 234 f; zusammenfassend LK/Schmidt § 73c Rn 6 ff.

²⁹ In diesem Sinne Eberbach NSTZ 1987, 486 (491); ihm folgend Lammer Widmaier Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 19 Rn 26. Für eine Abschaffung des § 73 I 2 StGB Barreto da Rosa ZRP 2012, 39.

³⁰ BGH NSTZ 2001, 257 f; NSTZ 2006, 621; NSTZ-RR 2006, 138; Fischer, § 73 Rn 18; aA Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 26: Durchsetzbarkeit des Anspruches, für die es zumindest der Bestimmbarkeit des Verletzten bedürfe.

³¹ Nach der Rechtsprechung (BGH NSTZ-RR 2004, 54; NSTZ 2006, 621 [623]) kommt eine Verfallsanordnung allerdings (wieder) in Betracht, wenn der Geschädigte auf die Ersatzforderung verzichtet. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Vorschrift des § 73 I 2 StGB lediglich dazu dient, eine doppelte Inanspruchnahme des Täters zu vermeiden, und keine Dispositionsbefugnis des Geschädigten über das im Sinne von § 73 I 1 StGB erlangte »Etwas« begründen soll. Nach BGH NSTZ 2011, 83 (86) kommt daher auch in Fällen, in denen der Geschädigte aufgrund eines Vergleichs auf einen Teil seiner Ansprüche verzichtet, eine Verfallsanordnung hinsichtlich des den Vergleichsbetrag übersteigenden Wertes des Erlangten in Betracht. Wie Rübentahl HRRS 2010, 505 (512) zu Recht hervorgehoben hat, dürfte dies die Chancen auf einen (potentiell Rechtsfrieden stiftenden) Vergleichsschluss nicht gerade steigern.

StGB ist jedoch nur derjenige anzusehen, dessen individuelle Interessen durch das vom Täter übertretene Strafgesetz geschützt werden sollen³². Demgemäß kann die Anwendung des § 73 I 2 StGB nicht auf die Verwirklichung des Tatbestandes der Bestechlichkeit (§ 332 StGB) gestützt werden, der dem Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes dient und mithin ein Rechtsgut der Allgemeinheit schützt³³. Die Annahme der »Kick-Back-Zahlung« durch K begründet allerdings nach herrschender Auffassung eine Pflichtverletzung und einen Vermögensnachteil i.S.d. § 266 I StGB³⁴, was zur Folge hat, dass der Universität als Anstellungskörperschaft ein Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe gegen K zusteht. Im Übrigen kann auch der Steuereinkünfteanspruchsinhaber i.S.d. § 73 I 2 StGB sein, wenn der erklärungsspflichtige Bestechungslohn – was regelmäßig der Fall sein wird – nicht versteuert wurde; in diesem Fall gehen Ansprüche des Steuereinkünfteanspruchsinhabers des Justizfiskus in Höhe der hinterzogenen Steuern vor³⁵. Der Gesetzgeber hat im Übrigen zwischenzeitlich auf das mit dem Begriff der »Totengräberfunktion« umschriebene Dilemma reagiert und in § 111i V StPO die Möglichkeit eines Auffangrechtserwerbes des Staates in Fällen geschaffen, in denen eine Geltendmachung von Ansprüchen durch die Verletzten über einen längeren Zeitraum unterbleibt³⁶.

³² Vgl BGH NJW 1989, 2139; NJW 2001, 693.

³³ Wenngleich es bei einer Verletzung von Strafnormen, die in erster Linie dem Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit dienen, regelmäßig an einem materiell Geschädigten im Sinne des § 73 I 2 StGB fehlt, ist dennoch darauf zu achten, dass auch in diesen Fällen verfallsrechtlich relevante Ersatzansprüche Dritter entstehen können (so BGH NJW 2013, 950 für Umweltstraftaten).

³⁴ Nach herrschender Auffassung kommt eine Untreuestrafbarkeit in Fällen sogenannter »Kick-Back-Zahlungen« in Betracht, wenn der Auftragnehmer seiner Werklohnkalkulation den Bestechungslohn aufschlägt und Leistung und Gegenleistung einander infolge dieses Aufschlags nicht mehr entsprechen. Selbst wenn ein ausgewogenes Synallagma besteht, können eine Pflichtverletzung und ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB vorliegen, wenn der Auftragnehmer bereit gewesen wäre den Auftrag auch schmiergeldbereinigt zu erbringen; der strafrechtliche Vorwurf gegenüber dem Treupflichtigen knüpft dann daran an, dass er es unterlassen hat, ein für den Treugeber günstigeres Ergebnis zu realisieren. Die Rechtsprechung (BGHSt 49, 317 [332f]; 50, 299 [314]; BGH NJW 2006, 2864 [2867]; NJW 2009, 3248 [3251]) arbeitet hier mit einer fragwürdigen, einer Beweislastumkehr gleichkommenden Mindestschadens-Konstruktion; dazu zu Recht krit Bernsmann GA 2007, 219 (233ff.); Beulke, in: FS für Ulrich Eisenberg, 2009, 245 (259ff.); Dierlamm MK-StGB § 266 StGB Rn 231f; Rönnau ZStW 119 (2007), 887 (919f).

³⁵ BGH NSTZ 2003, 423; 2013, 403; NSTZ-RR 2004, 242 (244); Fischer § 73 Rn 22; Wittig aaO (FN 16), § 9 Rn 21.

³⁶ Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung vom 24. Oktober 2006, BGBl. I, 2350. Krit Rönnau ZRP 2004, 191 (192ff: Einführung eines »verkappten Nachtrags-

Die § 111 b ff. StPO ermöglichen schließlich bereits im Ermittlungsverfahren die Anordnung vorläufiger Maßnahmen zur Sicherung eines späteren Verfalls. Während §§ 111 b I, 111 c StPO eine Beschlagnahme von Vermögensgegenständen bei Gründen für die Annahme ermöglichen, dass die Voraussetzungen des Verfalls vorliegen, sehen §§ 111 b II, 111 d StPO die Anordnung des dinglichen Arrests mit Blick auf einen möglichen späteren Verfall von Wertersatz vor³⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen die bei der Anordnung entsprechender Maßnahmen zu berücksichtigenden, aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG und den Justizgrundrechten erwachsenden Vorgaben näher konkretisiert³⁸. Neben einer Pflicht zur sorgfältigen Sachverhaltserforschung und Abwägung der im Einzelfall konfligierenden Interessen³⁹ ist dem von einer Sicherstellungsmaßnahme Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren⁴⁰; darüber hinaus steigen die von Verfassung wegen zu beachtenden Anforderungen mit der zunehmenden Dauer der Maßnahme⁴¹. So verdienstvoll diese Bemühungen des Gerichts um eine Präzisierung der verfassungsrechtlichen Leitlinien sind, ist jedoch in Rechnung zu stellen, dass die Aussagen naturgemäß auf einem erheblichen Abstraktionsniveau formuliert sind und regelmäßig der Konkretisierung mit Blick auf den zur Entscheidung stehenden Einzelfall bedürfen⁴². Hier ergibt sich in der Praxis regelmäßig Raum für Diskussionen, bei denen Staatsanwaltschaften und Gerichte kraft Amtes häufig am längeren Hebel sitzen werden. Selbst wenn es auf einen Rechtbehelf des Betroffenen hin im weiteren Gang des Verfahrens zu einer vollständigen oder auch nur teilweisen Freigabe vorläufig sichergestellter Vermögenswerte kommt, sind die bis zu diesem Zeitpunkt entstanden wirtschaftlichen Schäden regelmäßig irreparabel. Die gestiegene quantitative Bedeutung prozessualer Sicherungsmaßnahmen in der Rechtswirklichkeit lässt sich im Übrigen auch den verschiedenen von den Landespolizei-

behörden periodisch veröffentlichten Jahresberichten und Lagebildern zu Finanzermittlungen entnehmen⁴³.

Die Voraussetzungen einer Verfallsanordnung gemäß § 73 I StGB gestalten sich nach den vorstehenden Ausführungen wie folgt:

- I. Rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 I Nr. 5 StGB
- II. Erlangtes »Etwas« im Sinne des § 73 I 1 StGB
- III. Tauglicher Adressat des Verfalls
 1. Täter/Teilnehmer (§ 73 I StGB)
 2. »Anderer« (unter den Voraussetzungen des § 73 III StGB)
- IV. Umfang des Verfalls
 1. Bruttoprinzip, § 73 I 1 StGB
 2. Verfall des Wertersatzes, § 73 a StGB
- V. Kein Ausschluss des Verfalls gemäß § 73 I 2 StGB
- VI. Rechtsfolge: zwingende Anordnung des Verfalls
Ausnahme: unbillige Härte § 73 c I StGB

III. Die Bestimmung des Verfallsgegenstandes bei Wirtschaftsdelikten

Die mit der Anwendung des Bruttoprinzips verbundenen Härten belegt sehr gut der nachfolgend wiedergegebene

Fall 2 (nach BGHSt 47, 369): A war Geschäftsführer der Papierfabrik X GmbH. In den Jahren 1992 bis 1995 veranlasste er die Lieferung von Tabakpapier an eine Firma in Serbien. Dies verstieß gegen ein auf einen Beschluss des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen zurückgehendes Embargo. Die Lieferungen führten zu Einnahmen der X GmbH in Höhe von 8,7 Mio. DM. Das Landgericht verurteilte A wegen Verbrechen nach dem Außenwirtschaftsgesetz (§ 34 Abs. 4 AWG, § 69 lit. h Abs. 1 Nr. 2 AWV a. F.) und ordnete gegen die X GmbH den Verfall von Wertersatz in Höhe von 8,7 Mio. DM an.

Das erlangte »Etwas« i. S. d. § 73 I 1 StGB lag nach Ansicht des 1. Strafsenates des Bundesgerichtshofs in den gesamten Einnahmen aus den verfahrensgegenständlichen Embargoverstößen in Höhe von 8,7 Mio. DM⁴⁴. Die Papierfabrik sei Drittbegünstigte gemäß § 73 III StGB, und das Bruttoprinzip verbiete den Abzug der zur Durchführung

verfalls« durch die »prozessuale Hintertür«; zurückhaltender Herzog/Mülhausen/Herzog, Geldwäschegesetz 2010, § 24 Rn 44.

³⁷ Eine ausführliche Kommentierung der gesetzlichen Voraussetzungen findet sich bei Rönnau aaO (FN 5), Rn 85 ff.

³⁸ Siehe dazu im Einzelnen BVerfG StV 2004, 209; NJW 2004, 2443; NJW 2005, 3630; MedR 2006, 54; NJW 2006, 1048; NSTZ 2006, 639; ausführlich Lindemann aaO (FN 1), 416 ff.

³⁹ Vgl BVerfG NJW 2005, 3630; NSTZ 2006, 639 (640); siehe dazu auch Theile StV 2009, 161 (166: »prozedurale Garantie auf faire Verfahrensführung«).

⁴⁰ Vgl BVerfG NJW 2004, 2443f; NJW 2006, 1048f; dazu auch Borggräfe/Schütt StraFo 2006, 133 (134ff); Kempf/Schilling Vermögensabschöpfung, 2007, Rn 299ff, 383 ff.

⁴¹ Vgl BVerfG MedR 2006, 54 (57).

⁴² In diesem Sinne auch schon Lindemann aaO (FN 1), 429.

⁴³ Das Lagebild Finanzermittlungen für Nordrhein-Westfalen ist im Internet abrufbar unter <http://www.polizei-nrw.de>; eine entsprechende Aufstellung für Baden-Württemberg findet sich unter <http://www.lka-bw.de>.

⁴⁴ BGHSt 47, 369 (370). Zur Bedeutung der Vermögensabschöpfung im Bereich des Außenwirtschaftsstrafrechts vgl Wabnitz/Janovsky/Harder Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl 2007, 21. Kapitel Rn 54.

der Geschäfte getätigten Aufwendungen. Es sei legitim, den Gesamtumsatz für verfallen zu erklären, da es sich nicht um einen Zugriff auf wohl erworbenes, sondern auf bemakeltes Vermögen handele. Ausdrücklich hob der *Senat* hervor, dass die Umgestaltung des Verfallsrechts durch die Einführung des Bruttoprinzips in § 73 StGB keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne⁴⁵. Zum einen werde der Umfang des Verfalls durch die Härtevorschrift des § 73c StGB angemessen begrenzt, zum anderen handele es sich bei dem Verfall nicht um eine Strafe oder um eine strafähnliche Maßnahme, sondern um eine dem Anwendungsbereich des Schuldprinzips entzogene Maßnahme eigener Art. Durch die den Dritten treffende Härte des Verfalls solle u. a. bewirkt werden, dass dieser – namentlich, wenn es sich um ein hierarchisch organisiertes Unternehmen handele – Kontrollmechanismen zur Verhinderung solcher Straftaten errichte und auf deren Einhaltung achte⁴⁶.

Größere Schwierigkeiten warf die Bestimmung des Verfallsgegenstandes in einer im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Aufarbeitung des Kölner Müllskandals stehenden Entscheidung des 5. *Strafsenats* auf.

Fall 3 (nach BGHSt 50, 299): A war Geschäftsführer des Bauunternehmens X GmbH. Als das Entsorgungsunternehmen Y GmbH den Auftrag für die Errichtung einer Müllverbrennungsanlage ausschrieb, stellte A dem Geschäftsführer B der Y GmbH 3% des Auftragsvolumens als Schmiergeld für den Fall einer Auftragsvergabe an die X GmbH in Aussicht. B manipulierte die Ausschreibung entsprechend, so dass die X GmbH als günstigster Bieter den Zuschlag erhielt. In dem vereinbarten Festpreis von 792 Mio. DM war ein Schmiergeld in Höhe von 24 Mio. DM enthalten. Da in der Folgezeit verschiedene Gewährleistungsarbeiten erforderlich wurden, rechnete die X GmbH das Projekt mit einem Verlust in Höhe von 688.000 DM ab.

Nach Ansicht des 5. *Strafsenats* hatte das Landgericht im Ergebnis zu Recht davon abgesehen, gegenüber der X GmbH als Drittbegünstigter den Verfall von Wertersatz (§§ 73 III, 73a StGB) anzuordnen: Zum einen stünden der Verfallsanordnung Schadensersatzansprüche der Y GmbH gemäß § 73 I 2 StGB entgegen, zum anderen begründe die Entreichung der inzwischen in Vermögensverfall geratenen X GmbH eine unbillige Härte i. S. d. § 73c I 2 StGB. Der *Senat* nutzte gleichwohl die Gelegenheit, ausführlich darzulegen, dass das Landgericht zuvor das »Erlangte« i. S. d.

⁴⁵ BGHSt 47, 369 (372ff) in Auseinandersetzung mit der oben (FN 16) wiedergegebenen Kritik des Schrifttums; ähnlich zuvor bereits BGH NJW 1995, 2235f. Dem *Senat* im Ergebnis zustimmend *Best* JR 2003, 337ff; krit *Hohn* wistra 2003, 321 (235ff).

⁴⁶ BGHSt 47, 369 (374); ebenso BGHSt 51, 65 (67); BGH NSStZ-RR 2004, 214 (215); NJW 2012, 1159 (1161).

§§ 73 I 1, 73a S 1 StGB nicht hinreichend genau bestimmt habe. Die als Bezugstat für eine Verfallsanordnung in Betracht kommende rechtswidrige Tat i. S. d. § 11 I Nr. 5 StGB sah der *Senat* in der durch A verwirklichten Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 II StGB⁴⁷. Auf den ersten Blick hätte es nahe gelegen, das aus der Tat »Erlangte« unter der Geltung des Bruttoprinzips in dem Gesamtvolumen des korruptiv erlangten Auftrages in Höhe von 792 Mio. DM zu sehen⁴⁸. Der 5. *Strafsenat* ging jedoch einen anderen Weg, indem er als Verfallsgegenstand den wirtschaftlichen Wert des Auftrages beim Vertragsschluss ansah. Dieser umfasse den kalkulierten Gewinn und etwaige weitere, gegebenenfalls nach § 73b StGB zu schätzende wirtschaftliche Vorteile⁴⁹. Zur Begründung führte der *Senat* aus, die Bestimmung des Verfallsgegenstandes sei der Anwendung des Bruttoprinzips zwingend vorgeschaltet. Das von ihm gefundene Ergebnis resultiere aus einer konsequenten Anwendung des bei der Verfallsanordnung zugrunde zu legenden Unmittelbarkeitserfordernisses. Hinzu komme, dass in Fällen der vorliegend zu beurteilenden Art lediglich die Art und Weise der Auftragserrlangung strafrechtlich bemakelt sei, nicht hingegen, dass der Auftrag ausgeführt werde⁵⁰. Zu den mittelbaren Vorteilen, die im Einzelfall zusätzlich zu dem kalkulierten Gewinn bei der Berechnung des Verfallsgegenstandes zu berücksichtigen seien, seien beispielsweise die konkrete Chance auf den Abschluss von Wartungsverträgen oder Folgegeschäften, eine Steigerung des »good will« des Unternehmens durch die Errichtung eines Prestigeobjekts, die Vermeidung von Verlusten durch Auslastung bestehender Kapazitäten oder die Verbesserung der Marktposition durch das Ausschalten von Mitbewerbern zu zählen⁵¹.

⁴⁷ BGHSt 50, 299 (303ff). Dass A nicht wegen Bestechung gemäß § 334 StGB verurteilt worden sei, sei nicht rechtsfehlerhaft, da es sich bei dem Auftrag gebenden Unternehmen nicht um eine »sonstige Stelle« i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB gehandelt habe; dies sei bei einem privatrechtlich organisierten Unternehmen der Daseinsvorsorge zu verneinen, wenn ein Privater an ihm in einem Umfang beteiligt sei, der ihm eine Mitbestimmung unternehmerischer Entscheidungen durch Nutzung einer Sperrminorität ermögliche. Eingehend dazu *Radtke* NSStZ 2007, 57ff.

⁴⁸ So zuvor OLG Köln, Beschluss vom 8. August 2003 – 2 Ws 433/03 –, Juris; OLG Thüringen wistra 2005, 114 (115).

⁴⁹ BGHSt 50, 299 (309) im Anschluss an *Sedemund* DB 2003, 323 (325ff); zustimmend *Saliger* NJW 2006, 3377 (3381); siehe auch noch BGH NSStZ-RR 2006, 338; *Wehnert/Mosiek* StV 2005, 568 (574f) sowie den Vorlagebeschluss des 3. *Strafsenats* zur Frage, ob der Vertragsarzt bei der Verordnung von Hilfsmitteln als Amtsträger iSd § 11 I Nr 2c StGB handelt (NSStZ 2012, 35 [37]).

⁵⁰ BGHSt 50, 299 (310f).

⁵¹ BGHSt 50, 299 (311).

Wenngleich die Bemühungen des 5. *Strafsenats* um eine restriktive Anwendung der Verfallsvorschriften grundsätzlich Zustimmung verdienen, hätte es bei einer konsequenten Verfolgung des von ihm eingeschlagenen Weges nahe gelegen, eine weitere mögliche Bezugsgröße der Verfallsanordnung ins Auge zu fassen: Betrachtet man die Normstruktur des § 299 StGB, so fällt ins Auge, dass unmittelbar durch eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr lediglich die Zusage des Bestochenen im Rahmen der Unrechtsvereinbarung erlangt wird, deren Vollzug vom Tatbestand gerade nicht vorausgesetzt wird⁵². Auf der Linie einer konsequenten Anwendung des vom *Senat* selbst angeführten Unmittelbarkeitserfordernisses läge es demgemäß nahe als durch ein Korruptionsdelikt erlangtes »Etwas« lediglich die Chance auf Auftragserteilung anzusehen. Zwar wird man konzedieren müssen, dass der Wert dieser Chance nur schwer zu bestimmen ist; insofern räumt jedoch § 73b StGB die Möglichkeit einer Schätzung ein, für deren Durchführung der Rechtsanwender sich überdies an dem gezahlten Bestechungsgeld zu orientieren vermag, dessen Höhe – in Ermangelung sonstiger preisbildender Faktoren – am ehesten den Wert der zugesagten Manipulation der Auftragsvergabe abbilden dürfte⁵³.

Der 5. *Strafsenat* hat die von ihm vertretene Linie in einer späteren Entscheidung⁵⁴ bekräftigt, welche einen Fall von verbotenem Insiderhandel gemäß § 38 I Nr. 1 i. V. m. § 14 I Nr. 1 WpHG a. F. durch Verkauf von aus Aktienoptionen stammenden Aktien durch AG-Vorstände vor der Veröffentlichung einer Ad-hoc-Mitteilung über den rückläufigen Umsatz und gesunkenen Gewinn des Unternehmens betraf. Ähnlich wie in seiner Entscheidung zum Kölner Müllskandal stellte der *Senat* in diesem Zusammenhang auf den auf dem Ausnutzen der Insiderinformation beruhenden Sondervorteil und nicht auf den aus den Wertpapierverkäufen erzielten Umsatz in Höhe von 700.000 Euro ab⁵⁵. Zur Begründung nahm er erneut auf das bei der Anwendung der Verfallsvorschriften zu beachtende Unmittelbarkeitserfordernis Bezug und führte ergänzend aus, die Bestimmung des dem Verfall unterlie-

genden Vorteils richte sich danach, was letztlich strafbewehrt sei. Soweit das Geschäft – wie etwa bei Embargoverstößen und Rauschgiftgeschäften – an sich verboten sei, könne der gesamte hieraus erlöste Wert dem Verfall unterliegen; sei dagegen – wie hier – strafrechtlich nur die Art und Weise bemakelt, in der das Geschäft ausgeführt werde, sei nur der hierauf entfallende Sondervorteil erlangt i. S. d. § 73 I 1 StGB. Dieser liege hier in der Verschonung von demjenigen Wertverlust, den uninformierte Marktteilnehmer infolge der verspäteten Veröffentlichung der aktienkursrelevanten negativen Tatsache erlitten; die Höhe des danach für verfallen zu erklärenden Betrages sei nach § 73b StGB zu schätzen⁵⁶.

In eine geradezu entgegengesetzte Richtung weist eine Entscheidung des 1. *Strafsenates* zur Verfallsanordnung bei strafbarer Werbung gemäß § 16 I UWG⁵⁷.

Fall 4 (nach BGHSt 52, 227): A veranlasste und organisierte für im Versandhandel tätige Unternehmen der I-Holding den Versand standardisierter Werbesendungen (sogenannte Mailings), die unzutreffende Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen enthielten, und steigerte so den Warenabsatz. Aus den auf diese Weise generierten Umsätzen überwiesen die Unternehmen der ebenfalls zur I-Holding gehörenden X GmbH 32 Mio. Euro.

Das Landgericht hatte A wegen strafbarer Werbung gemäß § 16 I UWG verurteilt, von einer Anordnung des Verfalls von Wertersatz gemäß § 73a StGB jedoch wegen der Weiterleitung der Taterlöse an die Muttergesellschaft abgesehen (§ 73c I 2 StGB). Der 1. *Strafsenat* beanstandete die zugrunde liegende Argumentation des Tatgerichts und nahm ausführlich zur Frage der Bestimmung des Verfallsgegenstandes Stellung. Statt – wie es nach den Entscheidungen des 5. *Strafsenats* nahegelegen hätte – den »kalkulierten Gewinn« aus den Vertragsschlüssen für verfallen zu erklären, sah der *Senat* das erlangte »Etwas« i. S. d. § 73 I 1 StGB vorliegend allerdings in dem Gesamtbetrag der von den Kunden geleisteten Zahlungen in Höhe von 32 Mio. Euro⁵⁸. In seiner Begründung akzentuierte der *Senat* die Bedeutung des Bruttoprinzips, welche der Berücksichtigung von Gegenleistungen oder sonstigen Aufwendungen entgegenstehe. Dies gelte auch für den Drittbegünstigten i. S. d. § 73 III StGB, zumal dann, wenn er Nutznießer

52 Zur Einordnung des § 299 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt vgl nur Fischer § 299 Rn 2b.

53 In diesem Sinne auch Hohn wistra 2006, 321 (324f); siehe zum Ganzen auch schon Lindemann, aaO (FN 1), 427.

54 BGH NJW 2010, 882 mit Besprechung durch Gehrman wistra 2010, 346f; Vogel JZ 2010, 370 ff.

55 BGH NJW 2010, 882 (884) im Anschluss ua an Kudlich/Noltensmeier wistra 2007, 121 (123); ebenso Hohn wistra 2003, 321, (323); Pananis MK-StGB, 1. Aufl 2010, § 28 WpHG Rn 235; aA LG Augsburg NStZ 2005, 109 (111); Vogel JZ 2010, 370 (372); krit auch Park/Hilgen-dorf, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl 2013, § 38 WpHG Rn 282.

56 BGH NJW 2010, 882 (884).

57 Für eine Einführung in diesen in der strafrechtlichen Schwerpunktereichsausbildung durchaus bedeutsamen Tatbestand vgl Claus JURA 2009, 439ff (aus Anlass der hier wiedergegebenen Entscheidung BGHSt 52, 227); Hellmann/Beckemper Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl 2013, Rn 443ff; Wittig aaO (FN 15), § 33 Rn 4ff.

58 BGHSt 52, 227 (247) mit zustimmender Besprechung durch Lohse JR 2009, 188ff.

der Tat sei. Aus den Taten erlangt worden seien nicht nur die Vertragsschlüsse, sondern auch die von den Kunden in Erfüllung der Kaufverträge geleisteten Zahlungen; insofern bestehe kein sachlicher Grund, zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zu differenzieren. Die Rechtsprechung des 5. *Strafsenats* zur Bestimmung des Verfallsgegenstandes bei Korruptionsdelikten stehe dem schon deshalb nicht entgegen, weil die Durchführung der Kaufverträge vorliegend strafrechtlich bemakelt gewesen sei, so dass auch hinsichtlich der Kaufpreiszahlungen eine Unmittelbarkeitsbeziehung vorliege⁵⁹. Der Abfluss der Taterlöse an die Muttergesellschaft berechtige im Übrigen nicht zur Anwendung der Härteklausel des § 73 c I StGB⁶⁰.

Der 1. *Strafsenat* tendiert damit zu einer deutlich großzügigeren Anwendung der Verfallsvorschriften im Wirtschaftsleben. In konstruktiver Hinsicht ist zu der von ihm vertretenden Lösung anzumerken, dass eine konsequente Anwendung des Unmittelbarkeitserfordernisses in Anbetracht der Normstruktur des § 16 I UWG – bei dem es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt⁶¹ – dazu hätte führen müssen, den durch die Mailings erzielten Wettbewerbsvorteil als durch die Tat erlangt anzusehen. Diese im Übrigen auch von der Vorinstanz⁶² eingenommene Position verwarf der *Senat* jedoch mit dem Argument, bei dem durch den Versand der Werbesendungen erlangten Wettbewerbsvorteil handele es sich nicht um einen tauglichen Anknüpfungspunkt für den Verfall, da ihm kein eigenständiger Marktwert zukomme⁶³. Darüber hinaus verwirkliche sich erst in den Vertragsschlüssen selbst die abstrakte Gefahr für die Dispositionsfreiheit der Verbraucher und die Marktaussichten von Mitbewerbern, deren Schutz die strafbare Werbung bezwecke⁶⁴. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass *unmittelbar* durch die Tathandlung im Sinne des § 16 I UWG eben lediglich die Chance auf den Abschluss gewinnbringender Verträge, nicht jedoch bereits der Abschluss der Verträge als solcher erlangt wird⁶⁵.

Eine weitere Facette hat zuletzt der 3. *Strafsenat* der Diskussion um die Bestimmung des Verfallsgegenstandes

hinzugefügt⁶⁶. Der Entscheidung aus dem Jahr 2012 lag ein Fall zugrunde, in dem die Geschäftsführerin einer auf den Im- und Export von Jagd- und Sportwaffen spezialisierten GmbH die Ausfuhr entsprechender Waffen im Wert von insgesamt 1,1 Mio. Euro veranlasst hatte, ohne zuvor die erforderliche außenwirtschaftsrechtliche Genehmigung einzuholen. Die Besonderheit des Falles – auch im Vergleich zur weiter oben referierten, vom 1. *Strafsenat* zu beurteilenden Konstellation⁶⁷ – lag darin, dass die erforderliche Genehmigung auf einen entsprechenden Antrag der Geschäftsführerin hin erteilt worden wäre. Gleichwohl wurde durch die genehmigungslose Ausfuhr eine Fahrlässigkeitstat gemäß § 34 I 1 Nr. 1, VII AWG verwirklicht. Das Landgericht hatte Wertersatzverfall gemäß § 73 a StGB in Höhe von 200.000 Euro angeordnet und dies damit begründet, dass zwar grundsätzlich der gesamte Verkaufserlös als erlangt i.S.d. § 73 I 1 StGB anzusehen, die Genehmigungsfähigkeit der Ausfuhr jedoch im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 73 c I 1 StGB dahingehend zu berücksichtigen sei, dass der Verfallsbetrag auf 200.000 Euro zu mindern sei⁶⁸.

Der 3. *Strafsenat* beanstandete diese Argumentation⁶⁹. Zur Begründung führte er aus, der Wortlaut des § 73 I 1 StGB erfasse nur solche Vorteile, welche der Tattteilnehmer oder Dritte nach dem Schutzzweck der Strafnorm nicht erlangen und behalten dürfen solle, weil sie von der Rechtsordnung – einschließlich der verletzten Strafvorschrift – als Ergebnis einer rechtswidrigen Vermögensverschiebung bewertet würden. Dies ergebe sich auch aus dem Sinn und Zweck der Verfallsregelung, der eben nicht darin liege, dem Betroffenen ein Strafübel aufzuerlegen, sondern lediglich auf die Abschöpfung des unrechtmäßig aus der Tat Erlangten abziele. Die Bestimmung des Verfallsgegenstandes richte sich vor diesem Hintergrund danach, was strafbewehrt sei. Vorliegend sei zu berücksichtigen, dass die Rechtsordnung nicht den Abschluss bzw. die Erfüllung des Vertrages an sich bemakelt, sondern allein die Umgehung der Kontrollbefugnis der Behörde beanstandete. Das Bruttoprinzip stehe dem nicht entgegen, da die Frage nach dem Erlangten der Anwendung dieses Prinzips vorgängig sei⁷⁰. Die gefundene Lösung sei im Übrigen

⁵⁹ Vgl BGHSt 52, 227 (247 ff).

⁶⁰ Vgl BGHSt 52, 227 (252 ff).

⁶¹ Köhler/Bornkamm/*Bornkamm* UWG, 31. Aufl 2013, §16 UWG Rn 4; Fezer/*Rengier* UWG, 2. Aufl 2010, § 16 Rn 32.

⁶² LG Mannheim, Urteil vom 14. Juni 2006, 22 KLS 605 Js 27831/04.

⁶³ Mit *Schlösser* NSTz 2011, 121 (131) ist insofern zu konzidieren, dass Probleme bei der konkreten Bezifferung der in Rede stehenden Chance dazu führen können, dass von einer Verfallsanordnung in Fällen des § 16 I UWG abzusehen ist. Die Möglichkeit der Rückgewinnungshilfe (§ 111b V StPO) hinsichtlich später betrügerisch (§ 263 I StGB) erlangter Verkaufserlöse bliebe hiervon allerdings unberührt.

⁶⁴ BGHSt 52, 227 (247).

⁶⁵ Vgl auch *Lindemann* aaO (FN 1), 428.

⁶⁶ BGHSt 57, 79 mit zustimmender Besprechung durch *Wagner* NSTz 2012, 381f.

⁶⁷ Vgl den in Anlehnung an BGHSt 47, 369 gebildeten Fall 2.

⁶⁸ LG Hamburg, Urteil vom 8. Juni 2011–618 KLS 2/11 –, *Juris* Rn 196.

⁶⁹ BGHSt 57, 79 (81 ff) mit Besprechungen durch *Rönnau/Krezer* NZWiSt 2012, 147 ff; *Wagner* NSTz 2012, 381f.

⁷⁰ Ähnlich LG Münster StV 2012, 157: Aus dem ungenehmigten, aber genehmigungsfähigen Betrieb einer Biogasanlage – strafbar als unerlaubtes Betreiben von Anlagen iSd § 327 StGB – seien lediglich die ersparten Aufwendungen für die erforderliche Genehmigung und die

auch der durch das Landgericht vertretenen Anwendung des § 73c StGB vorzuziehen, da sie eine gleichmäßigere Rechtsanwendung als die Billigkeitsvorschrift gewährleisten.

Lediglich am Rande sei eine weitere Entscheidung des 1. Strafsenates erwähnt, welche die von diesem vertretene extensive Auslegung der Verfallsvorschriften verdeutlicht⁷¹. Die Entscheidung erging im sogenannten *Falk*-Verfahren, in dessen Zentrum die strafrechtliche Beurteilung der Manipulation von Umsatz- und Ertragszahlen eines Internetunternehmens zum Zwecke der Erzielung eines höheren Kaufpreises stand. Nachdem die Feststellung der Vorinstanz, dass angesichts der Volatilität der gehandelten Unternehmensanteile ein Betrugsschaden nicht feststellbar sei und demgemäß lediglich ein versuchter Betrug gemäß § 263 I, 22, 23 I StGB vorliege⁷², in Rechtskraft erwachsen war, hatte sich der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Rahmen des Revisionsverfahrens mit der Frage auseinander zu setzen, ob auch aus einem versuchten Betrug »etwas« i.S.d. § 73 I 1 StGB erlangt werden kann. Der Senat bejahte diese Frage und sah das Gesamtvolumen der finanziellen Transaktion in Höhe von 762 Mio. Euro als Verfallsgegenstand an⁷³. Rechtswidrige Tat i.S.v. § 11 I Nr. 5 StGB könne auch ein versuchter Betrug sein. Die Verfallsanordnung setze nicht voraus, dass der Täter einen Vermögensvorteil erlangt habe, sondern knüpfe lediglich an den Zufluss von Vermögenswerten während des Tatablaufs an. Die rechtliche Missbilligung treffe vorliegend auch die Erfüllung des Vertrages. Ein Fall der Divergenz zur Rechtsprechung des 5. Strafsenates, der gemäß § 132 II GVG zur Vorlage der Rechtsfrage an den Großen Senat für Strafsachen zwingen würde⁷⁴, liege nicht vor; denn anders als in den vom 5. Strafsenat entschiedenen Fällen seien vorliegend die Vermögensbestandteile des Beschwerdeführers, über deren Wert getäuscht worden sein solle und die unmittelbar zum Erwerb der Aktien eingesetzt worden seien, selbst Gegenstand der mutmaß-

lichen Tathandlung gewesen. Bei Anwendung des Bruttoprinzips unterliege mithin das Erlangte in seiner Gesamtheit dem Verfall. Den Ausführungen des Senates ist kritisch entgegenzuhalten, dass sich beim versuchten Delikt kein Anknüpfungspunkt für die Feststellung eines (rechtlich missbilligten) Transfers von Vermögenswerten im objektiven Tatbestand findet. Hierzu bedürfte es vielmehr des für den vollendeten Betrug charakteristischen durchlaufenden ursächlichen Zusammenhangs⁷⁵ zwischen Täuschungshandlung, Irrtum und schädigender Vermögensverfügung, von dessen Vorliegen sich die Tatsacheninstanz gerade nicht zu überzeugen vermocht hatte. Nicht nur im umgangssprachlichen Sinn, sondern auch bei normativer Betrachtung hat, wer einen Betrug lediglich versucht, (unmittelbar) aus seiner Tat nichts »erlangt«⁷⁶.

IV. Schlussbetrachtung

Abschließend ist zu konstatieren, dass sich in der Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofes zum Teil deutliche Divergenzen in der Auslegung der Verfallsvorschriften und insbesondere in der Bestimmung des Verfallsgegenstandes finden⁷⁷. Dabei wird man die Restriktionstendenzen, durch welche sich die Judikate einiger Senate auszeichnen, durchaus als Ausdruck eines gewissen, durch die mit der Anwendung des Bruttoprinzips verbundenen Härten begründeten (berechtigten) Unbehagens werten können. Auffällig ist, dass zur Begründung der für geboten erachteten Einschränkungen des Anwendungsbereichs der §§ 73 ff. StGB in der Sache auf die ursprünglich zur Begründung des Schuldspruches entwickelten Instrumente der Zurechnungsdogmatik rekuriert wird: Neben dem wiederholt in Bezug genommenen Unmittelbarkeitsanfordernis⁷⁸ werden mit dem Begriff der Bemakelung auch die aus der Lehre von der objektiven Zurechnung bekannten Aspekte des Schutzzweckzusammenhangs⁷⁹ in die Argumentation eingeführt⁸⁰. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Suche nach einer dogmatisch konsistenten Lösung hier eher tastend verläuft und begrüßenswerte

Durchführung des dafür vorgesehenen Verfahrens iSv § 73 I 1 StGB erlangt. Ebenso OLG Koblenz ZfSch 2007, 108; abweichend OLG Celle wistra 2011, 476; ausführlich zum Verfall beim Handeln ohne behördliche Genehmigung Pelz FS Imme Roxin, 2012, 181 ff.

⁷¹ BGH NStZ 2011, 83; Besprechungen durch Rübenthal HRRS 2010, 505 ff.; Burghart wistra 2011, 241 ff.

⁷² In Tateinheit hierzu standen die Vorwürfe der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 I AktG und der Beihilfe zur unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss (§ 331 I Nr. 1 HGB), denen im Hinblick auf die Verfallsanordnung keine Bedeutung zukam.

⁷³ BGH NStZ 2011, 83 (85).

⁷⁴ Zu den Voraussetzungen der sog Divergenzvorlage vgl Hannich KK-StPO, 6. Aufl 2008, § 132 GVG Rn 3 ff.

⁷⁵ Siehe dazu nur Rengier Strafrecht BT I, 15. Aufl 2013, § 13 Rn 1.

⁷⁶ Ausführlich zum Vorstehenden Lindemann, aaO (FN 1), 425 ff.; siehe auch Rübenthal HRRS 2010, 505 (508).

⁷⁷ So auch Kudlich/Lepper ZWH 2012, 441 (446); Schlösser NStZ 2011, 121; Wittig aaO (FN 15), § 9 Rn 16.

⁷⁸ Siehe dazu die grundlegende Definition des »aus der Tat Erlangten« iSd § 73 I 1 Var 2 StGB (Nachw in FN 19).

⁷⁹ Vgl dazu nur Frister aaO (FN 14), Rn 10/20 ff.; Wessels/Beulke Strafrecht AT, 42. Aufl 2012, Rn 182, 674.

⁸⁰ Ebenso Kudlich/Lepper ZWH 2012, 441 (445); Rönau/Krezer NZWiSt 2012, 147 (149).

Schritte des 3. und des 5. *Strafsenates* in diese Richtung durch gegenläufige Entscheidungen des 1. *Strafsenates* kontrastiert werden, wäre eine Befassung des Großen Senates für Strafsachen zur Klärung der bestehenden Divergenzen grundsätzlich wünschenswert. Dass sich insbesondere der 1. *Strafsenat* in der Vergangenheit bemüht gezeigt hat, die bestehenden Brüche und Inkonsistenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung argumentativ zu kaschieren, ist vor diesem Hintergrund bedauerlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Orientierung an folgenden Leitlinien wünschenswert erschiene: Zunächst ist mit dem 3. und dem 5. *Strafsenat* auf den Vorrang der Bestimmung des Verfallsgegenstandes vor der Anwendung des Bruttoprinzips hinzuweisen. Das Bestreben, in diesem Zusammenhang zu einer möglichst klaren dogmatischen Struktur zu gelangen, findet im Übrigen eine Parallele in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen bei der Untreue (§ 266 StGB)⁸¹. Mit einer konsequenten Trennung der beiden vorerwähnten Prüfungsschritte wäre die Basis für eine Übertragung zur rechnungsdogmatischer Instrumente auf den Bereich der Rechtsfolgenbestimmung geschaffen. Sodann wäre für eine konsequente Ausrichtung der Prüfung des Unmittelbarkeitszusammenhanges an der Tatbestandsstruktur der durch die jeweilige Anknüpfungstat verletzten Norm Sorge zu tragen. Dies würde es ermöglichen, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass zahlreiche abstrakte Gefährungsdelikte des besonderen Wirtschaftsstrafrechts (z. B. § 299 StGB⁸², § 16 I UWG⁸³) weit in das Vorfeld einer effektiven

Rechtsgutsbeeinträchtigung ausstrahlen, und auch die Struktur des versuchten Delikts (wie etwa bei §§ 263 I, 22, 23 I StGB) ließe sich auf diese Weise zuverlässig abbilden. Eine zusätzliche Restriktion des Anwendungsbereichs der § 73 ff. StGB könnte durch die Orientierung am Schutzzweck des jeweils verletzten Straftatbestandes erreicht werden⁸⁴. Auf dieser Linie läge die durch den 3. *Strafsenat* befürwortete Beschränkung des Verfalls auf die Abschöpfung ersparter Aufwendungen bei bloßem Verstoß gegen einen Genehmigungsvorbehalt (§ 34 I 1 Nr. 1 AWG)⁸⁵. Zu hoffen bleibt, dass die BGH-Senate auf diesem Wege zu einer kohärenten Auslegung gelangen, die dem Erfordernis der Rechtssicherheit Rechnung trägt⁸⁶.

⁸⁴ Für eine Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Strafnorm bei der Bestimmung des Verfallgegenstandes auch *Rönnau* aaO (FN 5), Rn 194 ff; *Rönnau/Krezer* NZWiSt 2012, 147 (148 f).

⁸⁵ *Kudlich/Lepper* ZWH 2012, 441 (443) weisen in diesem Zusammenhang allerdings zu Recht darauf hin, dass die Beurteilung davon abhängen könnte, ob bei ordnungsgemäßer Antragstellung eine gebundene Entscheidung oder lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bestünde.

⁸⁶ Den Verfahrensbeteiligten würde auf diesem Weg überdies eine zuverlässigere Bestimmung des (möglichen) Verfallsgegenstandes in den verschiedenen Phasen des strafrechtlichen Erkenntnisverfahrens ermöglicht. Hiermit wäre die Hoffnung auf eine Zurückdrängung außergerichtlicher Formen der Vermögensabschöpfung verbunden, die etwa bei *Hüls/Reichling* StraFo 2009, 198 ff; *Reichling* aaO (FN 3), 76 ff und *Rönnau* aaO (FN 5), Rn 606 ff beschrieben werden – erscheinen diese Übereinkünfte doch in einem nicht unerheblichen Maße durch die Ungewissheit über die am Ende des Verfahrens stehende finanzielle Sanktion motiviert.

⁸¹ BVerfGE 126, 170 (211, 231); weiterführend *Bittmann* wistra 2013, 1 ff; *Saliger* NJW 2010, 3195 ff.

⁸² Siehe FN 55.

⁸³ Siehe FN 62.