

Marcus Bergmann (Hg.)

Beiträge zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung



Band 5

Strafrechtliche Studien

Die Reihe *Strafrechtliche Studien* wird herausgegeben von
Christian Schröder und Marcus Bergmann

Marcus Bergmann (Hg.)

Beiträge
zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

Dr. *Marcus Bergmann* ist Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Habilitand am dortigen Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

CCXXXI

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2020

Umschlaggestaltung: pixzicato GmbH Hannover, Horst Stöllger

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-230-1

Vorwort

„Crime does not pay – Straftaten dürfen sich nicht lohnen!“¹ Dieses Zitat steht programmatisch für die strafrechtliche Vermögensabschöpfung – und daher nicht nur am Beginn dieses Vorwortes, sondern in ähnlicher Form auch am Anfang der meisten Beiträge dieses Buches. Mit der Reform des damaligen Rechts des Verfalls (§§ 73 ff. StGB a. F.) im Jahr 2017 sollte dieses Rechtsinstrument effektiviert werden.² Unter dem Oberbegriff der „strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“ werden dabei in diese Buch nicht nur Fragen zur Einziehung (§§ 73 ff. StGB) betrachtet, sondern auch strafprozessuale Aspekte, die etwa die Sicherstellung (§§ 111b ff. StPO) oder die Vollstreckung (§§ 459g ff. StPO) betreffen, näher beleuchtet.

Den Impuls für dieses Buch gab ein Seminar zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, das Prof. Dr. *Christian Schröder* und ich im Wintersemester 2019/2020 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg angeboten haben. Die Beiträge von *Dominik Gürtler*, *Leonie Hübner*, *Moritz B. Menker*, *Pauline Wiegand* und *Timo A. Tasler* gehen auf besonders gelungene Seminararbeiten und -vorträge zurück, die für die Veröffentlichung überarbeitet und teilweise ergänzt wurden. Die übrigen Beiträge sind durch die Diskussionen während des Seminars angestoßen und für dieses Buch erstellt worden.

Allerdings würde es dieses Buch und die in ihm enthaltene Beiträge nicht geben ohne die Unterstützung durch *Peter Junkermann* vom Universitätsverlag Halle-Wittenberg, der diese Form der Veröffentlichung mit der durch ihn verlegten Schriftenreihe „Strafrechtliche Studien“ überhaupt erst möglich gemacht hat. Dafür ganz herzlichen Dank!

Halle, 02.11.2020

Marcus Bergmann

-
- 1 Vgl. *Gebauer*, Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB, insbesondere von Erlösen aus Kapitalmarktdelikten, Berlin 2019, 11; *Heuchemer*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 43. Edition, München 2019, § 73 Rn. 1; *Schmidt*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, Band 3: §§ 56 bis 79b, 12. Auflage, Berlin 2010, § 73 Rn. 8; *Wiedner*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage, München 2017, § 73 StGB Rn. 8; *Fromm*, NZWiSt 2018, 453 (453).
 - 2 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten, BT-Drucks. 16/700, 8; vgl. auch *Luczak*, Verbrechen darf sich nicht lohnen – Rede zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, Bundestagsrede vom 29.09.2016, abrufbar im Internet: <<https://t1p.de/gr93>> (Stand: 31.10.2020).

Inhalt

DOMINIK GÜRTLER Das erlangte Etwas im Sinne der §§ 73 ff. StGB und die Bestimmung seines Wertes	9
GRETA SONNENSCHNEIN Die strafrechtliche Vermögensabschöpfung im Lichte aktueller europäischer Rechtsakte	39
CHRISTIAN FRANCKE/MORITZ SCHWARZ Abschied von der Rückgewinnungshilfe – Ein Blick auf die Reform der Opferentschädigung mit Fokus auf die Insolvenz	55
LEONIE HÜBNER Die Einziehung von Kryptowährungen	67
MORITZ B. MENKER Der Strafcharakter der Vermögensabschöpfung bei Insiderhandel und Marktmanipulation	99
MARCUS BERGMANN Vermächtnis- und Erbenwürdigkeit im Verhältnis zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung	121
PAULINE WIEGAND Die Einziehung durch Gerichtsurteil und ihr Vollzug	133
TIMO A. TASLER Die Einziehungsverteilung und -gefährdung als Tatmodalitäten der Geldwäsche	159
Stichwortverzeichnis	191

Das erlangte Etwas im Sinne der §§ 73 ff. StGB und die Bestimmung seines Wertes

VON DOMINIK GÜRTLER

A) Gegenstand der Untersuchung

Das Instrument der strafrechtlichen Einziehung weist eine enorme Relevanz für die Abschöpfung rechtswidrig erworbener Vermögensmehrungen auf. Die Dimension der von §§ 73 ff. StGB erfassten Vermögensgegenstände lassen die im Jahre 2018 eingezogenen Wirtschaftspositionen erahnen. Es wurden Vermögensgegenstände im geschätzten Wert von rund 1,87 Mrd. Euro eingezogen.¹

Die Vorschriften der §§ 73 ff. StGB stellen gesetzessystematisch die Weichen für die Vermögensabschöpfung in der prozessualen Praxis. Sie schaffen das Fundament. Der unbestimmte Rechtsbegriff „erlangtes Etwas“ markiert deshalb den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Einziehungsvorschriften.² Er legt fest, auf welchen rechtswidrigen wirtschaftlichen Zufluss die „hohe Hand des Staates“ vermögensordnend einwirken kann.³ Eine konkrete Bestimmung dieses gesetzlichen Merkmals, welches im höchsten Maße normativ geprägt ist, ist neben den beträchtlichen wirtschaftlichen Einziehungswerten⁴ auch im Hinblick auf die weitreichenden Folgen, insbesondere für den Einziehungsadressaten,⁵ von besonderem Interesse. Die Rechtsprechungshistorie durchzieht allerdings ein wenig stringenter Faden bei der Bestimmung des Erlangten im Einzelfall und bei der Festsetzung dessen Umfangs.⁶ Das Ziel dieses Beitrages ist es, herauszustellen, inwiefern die Bestimmung des Einziehungsobjekts und dessen Wertes durch Anwendung der

1 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.6., „Staatsanwaltschaften“, 2018, 13.

2 § 73 Abs. 1 StGB gehört systematisch zu den Voraussetzungen der Einziehung, siehe Köhler, NStZ 2017, 498.

3 BVerfG, Beschluss vom 14.01.2004 – 2 BvR 564/95, NJW 2004, 2073 (2074).

4 Siehe StBA (Fn. 1), 13.

5 Eine übermäßige Abschöpfung kann eine enorme Belastung für die wirtschaftliche Existenz des Adressaten darstellen, Heine, NStZ 2015, 136.

6 Übersicht bei Heine, NStZ 2015, 127–130; sowie Gebauer, Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB, insbesondere von Erlösen aus Kapitalmarktdelikten, Berlin 2019, 26–36.

§§ 73 ff. StGB den gesetzgeberisch-intendierten Zweck der Einziehungsvorschriften erfüllt. Zu klären ist dafür, wie der Rechtsbegriff „erlangtes Etwas“ konkretisiert wird und ob das Gesetz zur Neugestaltung des Rechts der Vermögensabschöpfung⁷ die §§ 73 ff. StGB einer einheitlichen Anwendbarkeit in der Rechtspraxis zuführen konnte.

Zudem wird das den §§ 73 ff. StGB zugrunde liegende Bruttoprinzip⁸ auf den Prüfstand gestellt. Die Untersuchung umfasst, ob das Bruttoprinzip in der Lage ist, das Einziehungsobjekt sachgemäß zu konkretisieren und dabei verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt. Außerdem müssen sich die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien anhand ausgewählter Delikte behaupten. Die sich anschließende Wertbestimmung baut auf der Bestimmung des Erlangten auf und hat den Anspruch, das Bruttoprinzip „zu stärken“.⁹

B) Gesetz zur Neugestaltung des Rechts der Vermögensabschöpfung

Der Gesetzgeber verfolgte mit dem am 23.03.2017 beschlossenen Gesetz zur Neugestaltung des Rechts der Vermögensabschöpfung¹⁰ das hehre Ziel, die Vorschriften der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung einem Gebrauch in der Praxis zugänglicher zu machen.¹¹ Die Straffung, Systematisierung und Vereinfachung sollte unter anderem durch Änderungen der materiell-rechtlichen Vorschriften der §§ 73 ff. StGB bewirkt werden.¹² So entfiel etwa § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a. F., der „Totengräber des Verfalls“,¹³ gänzlich. Die Neuregelung diene weiterhin der Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/42/EU,¹⁴ weshalb der Begriff „Einziehung“ den

7 BGBl. I 2017, 872-894.

8 Siehe dazu unter C) I. 2. b) auf S. S. 16 ff. sowie unter C) I. 3 auf S. 18 ff.

9 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 05.09.2016, BT-Drucks. 18/9525, 55 f.

10 Siehe BGBl. I 2017, 872-894.

11 Bundesregierung (Fn. 9), BT-Drucks. 18/9525, 2, 4, 49 f.; vgl. auch den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013, Kap. 5.1, 101, bei *Korte*, wistra 2018, 1 Fn. 7.

12 Bundesregierung (Fn. 9), BT-Drucks. 18/9525, 48.

13 BGH, Urteil vom 19.10.1999 – 5 StR 336/99, NJW 2000, 297 (300); zum rechtstatsächlichen Hintergrund des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. sowie der diesbezüglichen Anwendung der Rückgewinnungshilfe vgl. in diesem Band den Beitrag von *Franckel/Schwarz* unter A) I. auf S. 55 f.

14 Richtlinie 2014/42/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union, ABl. EU 2014 L 127, 39. Vgl. vor allem zur Entstehungsgeschichte und Umsetzung der

Vorrang vor der Bezeichnung „Verfall“ im materiellen Recht erhielt.¹⁵ Dadurch soll eine EU-interne einheitliche Terminologie geschaffen werden.¹⁶

Das Gesetz trat sodann am 01.07.2017 mit einer Stichtagsregelung in Kraft.¹⁷ Die Übergangsvorschrift des Art. 316h EGStGB erleichtert zum einen den Gerichten die Entscheidung, welches Recht nunmehr das mildere Recht im Sinne des § 2 Abs. 5 StGB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 StGB darstellt.¹⁸ Ebenso findet der dezidierte Wille des Gesetzgebers hinsichtlich der Anwendung des Bruttoprinzips im nunmehr neuen Gewand der seit dem 01.07.2017 geltenden Regelungen Ausdruck.

In welcher konkreten Form die Novellierung die Vermögensabschöpfung und deren Praxis verändert, bleibt zu klären (und abzuwarten).¹⁹ Bereits auf den ersten Blick fällt jedoch eine deutliche Zäsur allein in der quantitativen Handhabung der Abschöpfungsinstrumentarien auf. Der geschätzte Wert eingezogener Vermögensgegenstände betrug 2017 noch rund 200 Mio. Euro.²⁰ 2018 wurde hingegen das mehr als Neunfache des – bereits beträchtlichen – Vorjahreswertes Objekt der Einziehung.²¹ Dabei darf allerdings nicht unbeachtet bleiben, dass zwangsläufig einzelne Gerichtsverfahren mit enormen Einziehungswerten einen dominierenden Anteil an den Statistiken einnehmen dürften.²²

Richtlinie in das nationale Recht den Beitrag von *Sonnenschein* in diesem Band unter B) auf S. 40 ff. und C) auf S. 43 ff. *Sonnenschein* attestiert der Richtlinie zumindest in Bezug auf den hier thematisierten Untersuchungsgegenstand der §§ 73 ff. StGB keine inhaltliche Kurssteuerung, die über die bei Erlass der Richtlinie bereits geltenden nationalen Vorgaben hinausgeht, vgl. *dies.* unter C) V. auf S. 48 f.

- 15 Da vor 2017 die Einziehung von Taterträgen im StGB als Verfall bezeichnet wurde, beziehen sich Ausführungen vor der Neugestaltung dementsprechend auf die damaligen Verfallsvorschriften.
- 16 BT-Drucks 18/9525, 2, 48, wonach Einziehung im Englischen als „confiscation“ bezeichnet wird.
- 17 Art. 316h EGStGB, siehe BGBl. I 2017, 878.
- 18 Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Entwurf der Bundesregierung (Drucksachen 18/9525, 18/0146, 18/10307 Nr. 7), BT-Drucks. 18/11640, 84.
- 19 *Reh*, NZWiSt 2018, 20, zur Praxis der Gerichte und StA.
- 20 *Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.6, „Staatsanwaltschaften“, 2017, 18. Allerdings wurde zwischen erster Jahreshälfte (vor Erlass des Gesetzes zur Neugestaltung des Rechts der Vermögensabschöpfung) und zweiter Jahreshälfte (nach Erlass) nicht differenziert, vgl. Bundesregierung, Antwort auf kleine Anfrage (BT-Drucks. 19/8308), BT-Drucks. 19/8795, 3.
- 21 Siehe dazu oben unter A) auf S. 9 f.
- 22 Vgl. etwa den Bußgeldbescheid der StA Braunschweig gegen die Volkswagen AG in Höhe von 1 Mrd. Euro, StA Braunschweig, Bußgeldbescheid vom 13.06.2018 – 411 Js 27840/18; siehe auch Volkswagen AG, Ad-hoc-Mitteilung vom 13.06.2018 um 17:42 Uhr, abrufbar im Internet: <https://www.volkswagenag.com/de/news/2018/06/Ad-hoc_VW_Group_Fine_diesel_crisis.html> (Stand: 31.10.2020); *StBA* (Fn. 1), 18 (OLG Bezirk Braunschweig).

C) Die materiellen Voraussetzungen

Die Vorschrift des § 73 Abs. 1 StGB setzt sich hinsichtlich der objektiven Einziehungsvoraussetzungen ausgehend vom Tatobjekt aus dem „Erlangen“ eines „Etwas“ zusammen, wobei sprachlich eine trennscharfe Abgrenzung der Begriffe nicht zwingend ist. Insofern kann das Wort „erlangt[e]“ sowohl das „Erlangte“ als Objekt der Vermögensabschöpfung meinen, als auch den Tätigkeitsvorgang des „Erlangens“ beschreiben. Der synonymhafte Gebrauch begegnet keinen Bedenken.²³

I. Bestimmung der tauglichen Einziehungsobjekte

Ursprünglich fußte der Berechnungsmodus im Rahmen des damaligen Verfalls auf einem „Vermögensvorteil“. Dieser Vorteil, der (noch) nach einer Verrechnung mit abzugsfähigen Positionen bestehen musste²⁴ (sog. *Nettoprinzip*), stellte somit das maßgebliche Objekt des Verfalls dar.²⁵

Bereits mit dem Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.02.1992²⁶ wurde der Begriff „Vermögensvorteil“ jedoch durch den Begriff „erlangtes Etwas“ als Objekt der Vermögensabschöpfung ersetzt.²⁷ Dadurch wurde eine „weitergreifende Umschreibung“ des letztlich Abzuschöpfenden sprachlich fixiert²⁸ und im Resultat hiermit das Nettoprinzip durch das Bruttoprinzip ersetzt.²⁹

Der Gesetzgeber stellte insofern die Weichen für einen möglichst umfangreichen Entzug der Tatfrüchte (wirtschafts-)kriminellen Handelns – ganz im Sinne der

23 Insbesondere wird das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG, das nach h. M. richtigerweise auch auf den Allgemeinen Teil des StGB anzuwenden ist, durch eine solche Terminologie nicht verletzt.

24 Also als Differenzbetrag zwischen Erlös und Aufwendungen, *Reichhart*, Die Vermögensabschöpfung im Strafverfahren, Frankfurt am Main 2008, 5.

25 Allerdings waren bereits damals Vermögenspositionen anerkannt, die sich nicht vorteilsmindernd auf den zu errechnenden Vorteil auswirken sollten; vgl. *Rönnau*, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Auflage, München 2015, Rn. 368, zu der Berücksichtigung von Erwerbs-, Umsatz-, sowie Ertragssteuern.

26 BGBl. I 1992, 372–375.

27 BGBl. I 1992, 372 (374).

28 Vgl. auch Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG), BT-Drucks. 12/989, 23.

29 Genauer gesagt, wohl die *Bestimmung* des erlangten Etwas; *Kaiser*, wistra 2000, 123.

generalpräventiven Maxime³⁰, dass deliktisch erlangte Vermögenswerte keinen Bestand haben sollen.³¹

1. Das erlangte Etwas im abstrakten Sinne

§ 73 Abs. 1 StGB ist parallel zu der Formulierung des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB gestaltet. In beiden Vorschriften wird etwas erlangt. Das ist kein Zufall, sondern vielmehr im Hinblick auf die Rechtsnatur der Einziehung als quasi-kondiktionsrechtliche Maßnahme sui generis nur folgerichtig.³²

Die Bestimmung des Erlangten hat rein gegenständlich zu erfolgen.³³ Gegenstand der Einziehung kann somit in Konformität mit dem Bereicherungsrecht grundsätzlich jeder Vermögenszuwachs sein,³⁴ anders gesagt: jeder wirtschaftlich messbare Vorteil.³⁵ Bereits an dieser Stelle fällt auf, wie niedrig die Anforderungen an das Einziehungsobjekt formuliert werden. Letztlich wird jedes rechnerisch ermittelbare „Mehr“ eines Vermögens erfasst.³⁶ Denkbar ist sowohl jede Rechtsposition, z. B. eine Eigentümerstellung,³⁷ als auch eine rein faktische Besserstellung, wie etwa in Form von Besitz.³⁸ Es werden nicht nur der Vermögenszuwachs durch eine positive, hinzugetretene Erhöhung des Vermögens erfasst, sondern vielmehr auch Einsparungen.³⁹

Immaterielle Vorteile würden hingegen nicht genügen.⁴⁰ Die Begrifflichkeit des erlangten Etwas ist jedoch so extensiv, dass im Resultat auch eine Vielzahl von

30 Bundesrat (Fn. 28), BT-Drucks. 12/989, 23.

31 Bundesregierung (Fn. 9), BT-Drucks. 18/9525, 45.

32 Siehe dazu unter D) auf S. 30 ff.

33 Bundesregierung (Fn. 9), BT-Drucks. 18/9525, 56; siehe dazu unter D) auf S. 30 ff.; zu konkreteren Beispielen siehe unter C) I. 2. b) auf S. 16 ff.

34 BGH, Beschluss vom 27.07.2017 – 1 StR 412/16, NStZ 2018, 401 (405); BGH, Urteil vom 14.09.1998 – 4 StR 306/89, NJW 1989, 3165 (3166); *Burghart*, wistra 2011, 244; *Heime*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2019, § 73 Rn. 38; *Köbler*, NStZ 2017, 502.

35 Siehe Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BR-Drucks. 418/16, 66.

36 Vgl. *Saliger*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Band 1, §§ 1 bis 79b StGB, 5. Auflage, Baden-Baden 2017, § 73 Rn. 3; *Rönnau* (Fn. 25), Rn. 31, 33; *Reichbart* (Fn. 24), 5.

37 Die bloße Erbenstellung ist hingegen nicht erfasst, vgl. dazu in diesem Band den Beitrag von *Bergmann* unter C) I. auf S. 130 f., der sich damit im Ergebnis auf einer Linie mit dem BGH bewegt. Der BGH verneinte bereits die Eröffnung des Anwendungsbereiches der §§ 73 ff. StGB mit Hinweis auf die spezialgesetzlichen Vorschriften der Erbunwürdigkeit, siehe BGH, Beschluss vom 23.01.2020 – 5 StR 518/19, NStZ 2020, 477.

38 *Rönnau* (Fn. 25), Rn. 31.

39 *Hölscher*, in: *Döllig/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, § 73 Rn. 4.

40 *Rönnau* (Fn. 25), Rn. 33, m. w. N.

vermeintlich immateriellen Vorteilen erfasst wird, weil sie schlichtweg werthaltig sind.⁴¹

Der Originaleinziehung⁴² nachgelagert *kann* bzw. *muss* sich eine Einziehung von Surrogaten (kann) und Nutzungen (muss) anschließen. Diese fallen jedoch nicht unter das erlangte Etwas im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB, da sie das Erlangte gem. § 73 Abs. 2 StGB vielmehr voraussetzen. Surrogate und Nutzungen stellen somit mittelbare Tatvorteile dar.⁴³

Auch der Wertersatz kann eingezogen werden, § 73c StGB. Diese Vorschrift greift immer dann, wenn das erlangte Originalobjekt nicht mehr im Vermögen des Täters vorhanden ist, sondern durch dessen Gegenwert in Geld ersetzt wurde.⁴⁴ Innerhalb der Gesetzessystematik der Einziehungsvorschriften stellt § 73c StGB klar, dass der Wertersatz vom Erlangten (denklogisch) zu unterscheiden ist. Er knüpft lediglich wertmäßig an das erlangte Originalobjekt an.

2. Das erlangte Etwas im konkreten Sinne

Zuvörderst stellen die Objekte, denen eine vermögenswerte Position zugewiesen werden kann, einen tauglichen Einziehungsgegenstand dar.⁴⁵ Jedenfalls handelt es sich dabei um körperliche Gegenstände beweglicher oder unbeweglicher Art.⁴⁶ Allerdings muss sich die Einziehung in sachenrechtlicher Tradition und mit Hinblick auf die Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Einziehungsobjektes auf konkrete, individuelle Gegenstände beziehen.⁴⁷ Ein „Sammelbestand“ von Objekten kann keinen Gegenstand des Rechtsverkehrs darstellen.⁴⁸

Fraglich ist hingegen, ob Kryptowährungen taugliches Einziehungsobjekt sein können.⁴⁹ Bei „Geldmitteln“ wie Bitcoin handelt es sich eben nicht um körperliche

41 Siehe unten unter C) I. 2. auf S. 14 ff.; *Rönnau* (Fn. 25), Rn. 33.

42 *Bach*, NZWiSt 2019, 214.

43 BGH, Urteil vom 21.03.2002 – 5 StR 138/01, NJW 2002, 2257 (2259): Hildesheimer Korruptionsprozess.

44 *Reichhart* (Fn. 24), 6.

45 *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage, München 2019, § 73 Rn. 7; *Rönnau* (Fn. 25), Rn. 31.

46 *Fischer*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 66. Auflage, München 2019, § 73 Rn. 20; *Eser/Schuster* (Fn. 45), § 73 Rn. 7.

47 *Podolsky/Brenner/Baier/Veith*, Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, Leitfaden für die Praxis, 6. Auflage, Stuttgart 2019, 26.

48 OLG Hamm, Beschluss vom 28.02.2012 – III-3 RVs 7/12, NZWiSt 2013, 307 (308).

49 Umfassend zur Problematik siehe in diesem Band den Beitrag von *Hübner* auf S. 67 ff.

Objekte, sondern vielmehr um eine virtuelle, unkörperliche Verfügungsgewalt.⁵⁰ Unterlägen derart digital ausgestaltete Zahlungsmittel nicht der Einziehung, wäre einer Verlagerung von inkriminierten Vermögenswerten in die Virtualität erheblich Vorschub geleistet.⁵¹

Auch können nicht nur Vermögensobjekte durch reines Einverleiben eine Vermögenserhebung beim Einziehungsadressaten erzielen und somit Objekt der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung sein. Viel öfter existiert bereits ein Objekt, etwa eine Immobilie, die durch die rechtswidrige Handlung im Wert lediglich gesteigert wird.⁵²

Einsparungen hingegen manifestieren sich in Form ersparter Aufwendungen, wie etwa bei einem Unternehmer, der die Kosten für die Sondermüllbeseitigung erspart (§§ 324, 326 StGB).⁵³ Allerdings sind diese Vorteile regelmäßig nicht körperlich und bei Inanspruchnahme direkt verbraucht. Somit ist keine Originaleinziehung, sondern nur eine Einziehung des Wertersatzes gem. § 73c S. 1 StGB möglich.

Immaterielle Vorteile, die etwa aufgrund ihrer Knappheit dennoch einen Marktpreis aufweisen, sind z. B. Einladungen zu Golf- und Reitturnieren.⁵⁴ Maßgeblich ist, ob der jeweilige Vorteil einen Geldwert hat und gegen Einsetzung von Vermögen erhalten werden kann,⁵⁵ was bei einer erheblichen Anzahl von vermeintlich immateriellen Vorteilen denkbar ist. So verbleibt für einen wertfreien immateriellen Vorteil lediglich ein rein ideeller oder spiritueller Gewinn, wie der Segen eines Geistlichen.⁵⁶

a) Für die Tat erlangt

Einen Vermögenszuwachs, der für die Tat erlangt wird, stellen hauptsächlich Vermögenswerte dar, die der Täter nicht aus der Tatbestandsverwirklichung selbst,

50 *Börner*, NZWiSt 2018, 48 f., vertiefend zur technischen Betrachtung von Kryptowährungen. Zum Meinungsstand bzgl. der Rechtsnatur von Kryptowährungen am Beispiel von Bitcoin siehe den Beitrag von *Hübner* in diesem Band unter C) auf S. 78 ff. Zur Einziehung von Bitcoin vgl. *dies.* unter D) I. 1. auf S. 82 ff., sowie zur im Ergebnis folgerichtigen Bejahung der Eignung von Bitcoin als taugliches Einziehungsobjekt *dies.* unter D) I. 5. auf S. 90 f.

51 Vgl. auch *Börner*, NZWiSt 2018, 54.

52 *Hohn*, wistra 2003, 323, mit weiteren Beispielen.

53 Beispiel bei *Schmidt*, Vermögensabschöpfung, Handbuch für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 2. Auflage, München 2019, Rn. 93.

54 *Rönnau* (Fn. 25), Rn. 33.

55 *Rönnau* (Fn. 25), Rn. 33.

56 Vgl. *Rönnau* (Fn. 25), 33.

sondern vielmehr als Gegenleistung für die Tatbegehung erhält.⁵⁷ Klassisches Beispiel sind der für die Begehung der Straftat gezahlte Tatlohn⁵⁸ oder Bestechungsgelder.⁵⁹ Die vermögenswerten Gegenleistungen entsprechen den Entgelten im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB.⁶⁰

Die Zahlung von Geld für inkriminierte Zwecke fördert schon per se Straftatenbegehungen und ist somit unrechtmäßig. Die Straftat, für die der wirtschaftliche Tatanreiz geschaffen wurde, muss demnach *selbst* noch nicht begangen worden sein. Es genügt, dass der Täter oder Teilnehmer die Straftat zukünftig begehen will.⁶¹ Da Tatanreize im Rahmen von Vermögensdelikten, wie Bestechungsgelder, regelmäßig unter dem Wert des Vorteils liegen, der voraussichtlich durch die Tat erzielt wird, ist eine Abschöpfung im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit unbedenklich.⁶²

b) *Novellierung: „durch die Tat“ anstatt „aus der Tat“ erlangt*

Das „aus“ der Tat Erlangte war seit der Einführung der Formulierung im Jahr 1992 Gegenstand vielzähliger Auseinandersetzungen, vor allem innerhalb der Rechtsprechung. Der 1. Strafsenat auf der einen und der 3. und 5. Strafsenat auf der anderen Seite bestimmten das aus der Tat Erlangte unterschiedlich. Die Streitfrage lässt sich darauf herunterbrechen, ob die Prinzipien des Bruttoprinzips durch eine Vollabschöpfung oder eine restriktive zweistufige Abschöpfung umzusetzen seien.

Nach früherer Rechtsprechung (Vollabschöpfung) wurde das Bruttoprinzip so verstanden, dass die *gesamtheitliche* Abschöpfung des Etwas nur erreicht werden könne, wenn bereits die Bestimmung des Etwas so umfänglich wie möglich erfolge.⁶³ Der 1. Strafsenat ging davon aus, dass das Bruttoprinzip die Art und Weise festlegen würde, die zur Bestimmung des Etwas verwendet werden müsse.⁶⁴ Diesem Verständnis des Bruttoprinzips wurde in jüngster Zeit eine Absage erteilt.

57 BGH, Urteil vom 22.10.2002 – 1 StR 169/02, NStZ-RR 2003, 10 (11); *Janssen*, Gewinnabschöpfung im Strafverfahren, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin 2008, 108 f.

58 *Rönnau/Begemeier*, GA 2017, 1.

59 Bereits BGH, Urteil vom 20.02.1981 – 2 StR 644/80, NJW 1981, 1457; BGH, Urteil vom 05.05.2004 – 5 StR 139/03, NStZ-RR 2004, 242 f.

60 *Gebauer* (Fn. 6), 23.

61 Vgl. *Heine* (Fn. 34), § 73 Rn. 46.

62 *Heine*, NStZ 2015, 127.

63 Statt vieler: BGH, Urteil vom 19.11.1993 – 2 StR 468/93, NStZ 1994, 123 (123 f.); BGH, Urteil vom 01.03.1995 – 2 StR 691/94, NJW 1995, 2235; BGH, Urteil vom 17.04.1996 – 2 StR 635/95, NStZ 1996, 539; BGH, Urteil vom 05.04.2000 – 2 StR 500/99, NStZ 2000, 480.

64 BGH, Urteil vom 21.08.2002 – 1 StR 115/02, NStZ 2003, 37 f.; BGH, Urteil vom 17.06.2010 – 4 StR 126/10, NStZ 2011, 270 (272); BGH, Beschluss vom 29.06.2010 – 1 StR 245/09, NStZ 2011, 83 (85).

Zum einen wird mit der Strafrechtsreform 2017 im Rahmen des § 73 Abs. 1 StGB nunmehr nicht mehr „aus“, sondern „durch“ die Tat erlangt, wodurch der Gesetzgeber rechtstatsächlich eine zweistufige Abschöpfung bejahen wollte.⁶⁵ Außerdem statuiert der neue § 73d Abs. 1 StGB Abzugsverbote, welche den Umfang des erlangten Etwas konturieren, was denkllogisch einen Zwischritt unumgänglich machen soll.⁶⁶ Die Bestimmung des Einziehungsobjekts gestaltet sich damit frei jedweder Saldierung.⁶⁷

Eine erforderliche Kausalitätsverknüpfung soll indes in der Formulierung „durch“ direkt umgesetzt werden und findet damit auf der ersten Stufe der Abschöpfung seine Anwendung. Die strafbare Handlung muss den Vermögenszuwachs kausal verursacht haben.⁶⁸ Die Kausalbeziehung, die der 1. Strafsenat forderte,⁶⁹ wird auf die Bestimmung des Erlangten angewendet, während die restriktive Auslegung des 3. und 5. Strafsenates bei der Umfangsbestimmung verwendet wird. Das Kausalitätskriterium wurde indes nicht unverändert übernommen, sondern erweitert. Neben dem bisher von der Rechtsprechung geforderten, ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des unmittelbaren Zusammenhanges zwischen Tat und Erlangen⁷⁰ soll nunmehr auch ein mittelbar kausales Erlangen ausreichen.⁷¹

Auch der § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a. F., der dem Anspruch des Verletzten der Tat einen Vorrang einräumte und den staatlichen Anspruch sperrte, nahm Bezug auf die Modalität des Erlangens „aus“ der Tat. Die Begriffsänderung von „aus“ zu „durch“ bewirkte diesbezüglich zwar keine praktischen Veränderungen,⁷² weshalb hypothetisch § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. auch das „durch die Tat“ Erlangte erfassen würde. Der Gesetzgeber strich § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. jedoch ersatzlos.⁷³ Die Novellierung ermöglicht damit auch eine Einziehung im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB, wenn individuell Verletzte in ihren Ansprüchen dadurch betroffen und unter

65 Bundesregierung (Fn. 9), BT-Drucks. 18/9525, 62.

66 Siehe unter C) II. auf S. 24 ff.

67 *Bittmann*, KriPoZ 2016, 122.

68 Bundesregierung (Fn. 9), BT-Drucks. 18/9525, 55, 62; vgl. auch *Rönnau/Begemeier*, GA 2017, 4, m. w. N zum damaligen RegE.

69 BGH, Urteil vom 30.05.2008 – 1 StR 166/07, NStZ 2009, 275 (277).

70 BGH, Urteil vom 21.03.2002 – 5 StR 138/01, NJW 2002, 2257 (2259).

71 Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz (Fn. 18), BT-Drucks. 18/11640, 78; Bundesregierung (Fn. 35), BR-Drucks. 418/16, 58; BGH, Urteil vom 29.06.2010 – 1 StR 245/09, NStZ 2011, 83 (85); *Lackner*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage, München 2018, § 73 Rn. 5.

72 *Gebauer* (Fn. 6), 22.

73 Siehe unter B) auf S. 10 f. Näheres zu den daraus resultierenden Folgen in diesem Band im Beitrag von *Francke/Schwarz* unter A) II. auf S. 56 ff.

Umständen „verletzt“ werden,⁷⁴ dass der Staat seinerseits die Einziehungsansprüche geltend macht. Außerdem wird durch die Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. die Einziehung von Taterträgen auf alle Delikte erstreckt.

Die Neuregelungen bauen auf den unterschiedlichen Ansätzen der Strafsenate auf und sollen diese zu einem einheitlichen Konzept zusammenführen. Denn die Strafsenate selbst begründeten mit unterschiedlichen Argumentationen, wie etwa der Andersartigkeit der zugrundeliegenden Delikte,⁷⁵ warum kein großer Strafsekat gem. § 132 Abs. 2 GVG zu bilden sei, der die Problematik um das erlangte Etwas rechtseinheitlich zu klären habe.

3. Bestimmung des Umfangs und Bereicherungsrecht

a) *Bereicherungsrechtliche Parallelen auf „zweiter Stufe“*

Das Bruttoprinzip setzt nach aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung erst nach der Identifizierung des erlangten Etwas an, um als Berechnungsmodus die Höhe des Erlangten zu bemessen.⁷⁶ Das entspricht der Rechtsprechung des 3. und 5. Strafsenates.⁷⁷

Es ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechungshistorie verständlich, das Bruttoprinzip erst im zweiten Schritt nach der Identifizierung anzuwenden und das sodann sprachlich zu begründen. Zwingend ist ein solcher Zwischschritt dem Wortlaut nach jedoch nicht. Denn dadurch, dass das Bruttoprinzip selbst im § 73 Abs. 1 StGB nicht erwähnt wird, kann es sprachlich keinen (Kausal-)Zusammenhang zu dem infrage stehenden erlangten Etwas aufweisen, aus dem sich semantisch irgendeine vor- oder nachgelagerte Anwendung ergibt.⁷⁸ Vielmehr wurden die Prin-

74 *Trüg*, NJW 2017, 1914.

75 *Heine*, NStZ 2015, 130; *Gebauer* (Fn. 6), 29–32, mit Verweisen zur jeweiligen Rechtsprechung; ebenso der Beitrag in diesem Band von *Menker* unter C) I. 1. auf S. 104 zu der Rechtsprechungsentwicklung speziell am Beispiel der Insiderdelikte sowie *ders.* unter C) I. 2. auf S. 105 ff. zur Marktmanipulation.

76 Wegweisend dahingehend bereits BGH, Urteil vom 21.03.2002 – 5 StR 138/01, NJW 2002, 2257 (2258); BGH, Urteil vom 02.12.2005 – 5 StR 119/05, NJW 2006, 925 (929); sog. „Kölner Müllskandal“.

77 Statt vieler: BGH, Urteil vom 21.03.2002 – 5 StR 138/01, NJW 2002, 2257 (2260); BGH, Urteil vom 02.12.2005 – 5 StR 119/05, NJW 2006, 925 (929); *Gebauer* (Fn. 6), 73, m. w. N.

78 Gleiches gilt, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass sich das Bruttoprinzip aus dem „Etwas“ ergeben würde und dieses denklösig voraussetzt, BGH, Urteil vom 21.03.2002 – 5 StR 138/01, NJW 2002, 2257 (2260); vgl. *Gebauer* (Fn. 6), 73 f.; im Ergebnis wohl auch *Schmidt*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Band 3, §§ 56 bis 79b, 12. Auflage, Berlin/New York 2008, § 73 Rn. 18. Gemessen am Gesetzeswortlaut besteht allerdings schlicht kein sprachlicher Zusammenhang. Ebenfalls diesen Standpunkt vertretend *Göhler*, *wistra* 1992, 136.

zipien – Brutto und Netto – im Wege der Rechtsprechung selbst entwickelt und sind am Maßstab der verfolgten Ergebnisse zu messen.⁷⁹ In Bezug auf die Rechtsfolge ist die zweistufige Konzeption jedoch zu begrüßen. Eine Aufteilung in Identifizierung des Erlangten und Bestimmung des Umfangs führt im Ergebnis dazu,⁸⁰ dass die Einziehung als Korrektur einer rechtswidrigen Vermögensverschiebung zu verstehen ist und nicht als Strafe.

Außerdem entsteht durch eine zweistufige Abschöpfung kein Wertungswiderspruch zum Bereicherungsrecht, wobei sich die gesetzessystematische Parallele der §§ 73 ff. StGB zur Rückabwicklung rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen im Zivilrecht wie folgt gestaltet: Im Bereicherungsrecht konstituiert § 812 Abs. 1 BGB die Anspruchsvoraussetzung der Kondiktionstatbestände,⁸¹ wohingegen der Umfang des Anspruchs in einem zweiten Schritt durch § 818 BGB bestimmt wird.⁸² Es gelang dem Gesetzgeber jedoch nicht, die Anspruchsvoraussetzung der Einziehung,⁸³ § 73 StGB, dem § 812 BGB äquivalent – und somit überzeugend – nachzubilden. § 73 StGB enthält etwa in Abs. 2 Aussagen zu Nutzungen und ist § 818 Abs. 1 BGB nachgebildet. Gleichermaßen trifft § 73 StGB in Abs. 3 Aussagen zu Surrogaten, die im Bereicherungsrecht ebenfalls nicht in der Anspruchsvoraussetzung des § 812 Abs. 1 BGB, sondern in § 818 Abs. 1 BGB kodifiziert sind. Die Vorschrift des § 73 StGB ist somit nicht nur irreführend, sondern vor allem inkonsequent, da das Bereicherungsrecht gerade als Vorbild dienen sollte und eine striktere Parallelgestaltung das Verständnis erleichtern würde.

Geradezu schädlich ist deshalb die Auslagerung des Wertersatzes in die separate Vorschrift des § 73c StGB. Dadurch wird impliziert, dass es sich beim Wertersatz um eine eigenständige Einziehungsvoraussetzung handeln könnte. Der Wertersatz bildet jedoch lediglich den wirtschaftlichen Wert des Erlangten ab, wenn das Einziehungsobjekt in natura nicht mehr im Vermögen des Einziehungsadressaten vorhanden ist.

79 Vgl. etwa den 5. Strafsenat, BGH, Urteil vom 21.03.2002 – 5 StR 138/01, NStZ 2002, 477 (479), der die Doppelbelastung verhindern wollte, dass sowohl der Bruttobetrag abgeschöpft als auch der volle Bruttobetrag besteuert wird.

80 Insbesondere mit Hinblick auf die Weite der abziehbaren Aufwendungen siehe unten unter C) II. 2. auf S. 25 ff.

81 *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 78. Auflage, München 2019, § 812 Rn. 1.

82 *Sprau* (Fn. 81), § 818 Rn. 1 f.; *Hohn*, wistra 2003, 322, zur Struktur der §§ 73 ff. StGB.

83 Siehe *Köbler*, NStZ 2017, 498, zur Systematik der §§ 73 ff. StGB.

Mit der Reform des Einziehungsrechts im Jahr 2017 verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die praktische Bedeutung der §§ 73 ff. StGB sowie der dazugehörigen strafprozessualen Vorschriften zu erhöhen. Es ist ihm gelungen, auf diese Weise die strafrechtliche Vermögensabschöpfung aus ihrem Dornröschenschlaf zu wecken. Allerdings hat die Reform auch einige neue rechtliche Probleme aufgeworfen, denen sich die acht Beiträge dieses Bandes widmen. Im Fokus ihrer Betrachtung stehen dabei die folgenden Fragen:

Wie ist das erlangte Etwas nun zu bestimmen, welche Rechtsnatur hat die Einziehung und welche Ausprägung des Bruttoprinzips hat sich in der aktuellen Gesetzesfassung niedergeschlagen? Wie verhalten sich die neuen Vorschriften der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung zum EU-Recht, insbesondere zur Richtlinie 2014/42/EU? Welche Regeln gelten nach Wegfall des Instruments der „Rückgewinnungshilfe“ für die Opferentschädigung und wie berücksichtigen sie Fälle der Insolvenz? Lassen sich

Kryptowährungen wie Bitcoin nach geltendem Recht einziehen, oder bedarf es hier noch einer gesetzlichen Nachbesserung? Wie vollzieht sich die strafrechtliche Vermögensabschöpfung nach dem aktuellen Recht in Fällen von Insiderhandel oder Marktmanipulation? In welchem Verhältnis steht die strafrechtliche Vermögensabschöpfung zu den Regeln über die Erb- und die Vermächtnisunwürdigkeit? Welche Regeln gelten für die Anordnung der Einziehung und wie wird die Einziehungsentscheidung praktisch vollzogen? Und schließlich: Wie verhält sich das neue Einziehungsrecht zum Straftatbestand der Geldwäsche, insbesondere zur Einziehungsvereitelung und -gefährdung?

Mit ihren Antworten auf diese Fragen zeigen die Beiträge dieses Bandes weitere Reformmöglichkeiten auf, weisen auf Friktionen mit den Regeln anderer Rechtsbereiche hin und geben Impulse für die auch weiterhin zu führende Diskussion um die Ausgestaltung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung.

