

2 Einziehung von Taterträgen

2.1 Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern nach § 73 StGB

§ 73 StGB Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern

(1) Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an.

(2) Hat der Täter oder Teilnehmer Nutzungen aus dem Erlangten gezogen, so ordnet das Gericht auch deren Einziehung an.

(3) Das Gericht kann auch die Einziehung der Gegenstände anordnen, die der Täter oder Teilnehmer erworben hat

1. durch Veräußerung des Erlangten oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder
2. auf Grund eines erlangten Rechts.

§ 73 StGB regelt die Einziehung des (Original-)Taterlangten durch oder für eine konkrete Bezugstat einschließlich daraus gezogener Nutzungen oder von Surrogaten. Der oder die Gegenstände müssen individuell vorhanden oder zuordenbar sein. Die in § 73 Absatz 1 StGB formulierten Tatbestandsmerkmale sind Ausgangspunkt für jegliche Form der Einziehung und werden nachfolgend systematisch aufbereitet.

Fallbeispiele:

Fall 1:

Der 13-jährige Schüler S verkauft auf dem Schulhof an eine Mitschülerin Rauschgift für 30 €.

Fall 2:

Der Großdealer G fährt mit einem Mietwagen in die Niederlande und kauft dort für 20.000 € Heroin ein, das er gewinnbringend in Deutschland für nachweislich 80.000 € verkauft. Bei der Durchsuchung seiner Wohnung werden auf dem Schreibtisch 80.000 € Bargeld vorgefunden.

Fall 3:

Der Apfelsafthersteller A kauft künstliche Aromastoffe ein und zeichnet seine in Flaschen abgefüllte Ware als Apfelsaft aus 100 % Apfelsaftkonzentrat aus (Straftat nach § 11 Absatz 1 Nr. 1 LFGB, der es verbietet, Lebensmittel falsch auszuzeichnen). Es kann nachgewiesen werden, dass A im Tatzeit-

raum für 20 Millionen € künstliche Aromastoffe eingekauft und einen Verkaufserlös von 40 Millionen € erzielt hat.

Fall 4:

Der Bauunternehmer B besticht einen leitenden Baubeamten und erhält durch Manipulation einen Bauauftrag von 18 Millionen €. Sein Gewinn liegt bei 800.000 €.

Fall 5:

Der Versicherungsagent V besticht einen Amtsträger eines Ministeriums und erhält so eine Liste aller Neueinstellungen im öffentlichen Dienst. Dem V gelingt es, mit dem neu eingestellten Personal Versicherungsverträge abzuschließen. V verlangt durch Vertragsabschlüsse nach Erhalt der Liste Provisionen in Höhe von 192.000 €.

Fall 6:

Der U ist im Versandhandelsgeschäft tätig. Durch unlauteres Werben in Form von Geschenkversprechen (Verstoß gegen § 16 UWG), die letztlich nicht erfüllt werden, schließt er mit Kunden Kaufverträge ab. Aus den Kaufverträgen erzielt er innerhalb von 2 Jahren einen Umsatz von 195 Millionen €, sein Gewinn beträgt etwa 32 Millionen €.

Fall 7:

Der Zuhälter Z zwingt drei aus Osteuropa als Küchenhilfen angeworbene Frauen zur Prostitution. Die Überwachung einer der Terminwohnungen über einen Zeitraum von einem Monat ergibt, dass mindestens 150 Freier die Damen aufgesucht haben. Der Freierlohn liegt zwischen 100 und 200 €.

Fall 8:

Der Abfallentsorger E entlässt einen Baggerführer, der seinen ehemaligen Arbeitgeber der illegalen Entsorgung bezichtigt. Demzufolge hat E als Sondermüll zu entsorgenden Bauschutt geschreddert und anschließend in einen großen Fluss eingelassen. Er hat dadurch Entsorgungskosten in Höhe von 500.000 € erspart.

Fall 9:

X, Y und Z haben sich zusammengeschlossen, um im Bereich des Waffenhandels das „große Geld“ zu verdienen. Sie beliefern den Abnehmer W auf Kommissionsbasis mit Waffen. W hat für insgesamt 300.000 € Waffen bezogen.

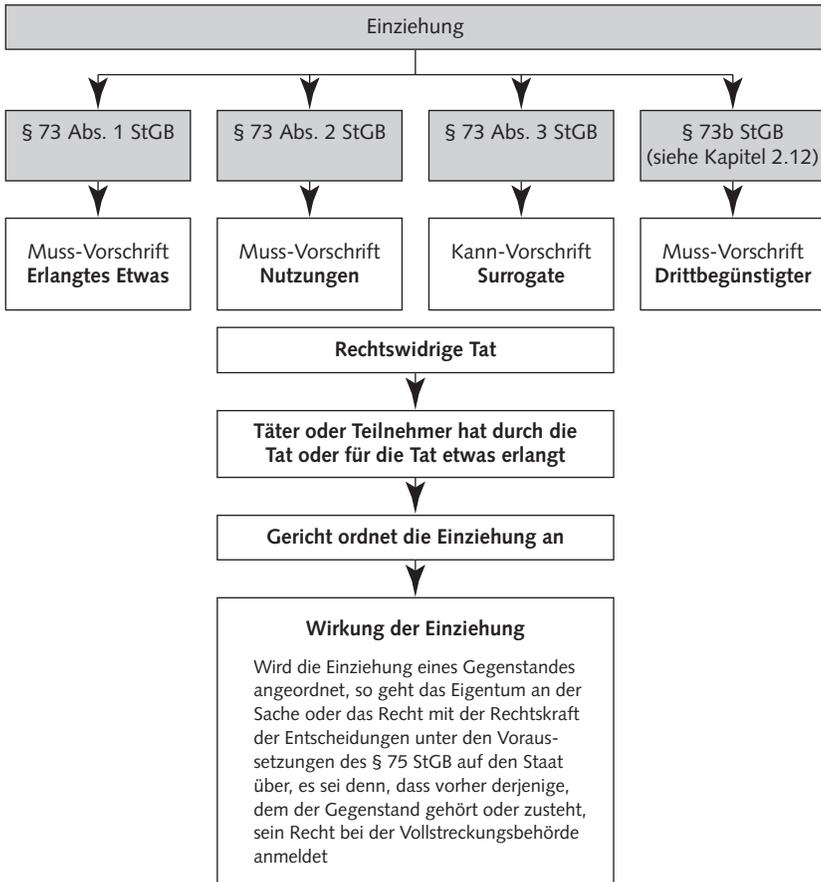
W gibt Folgendes an:

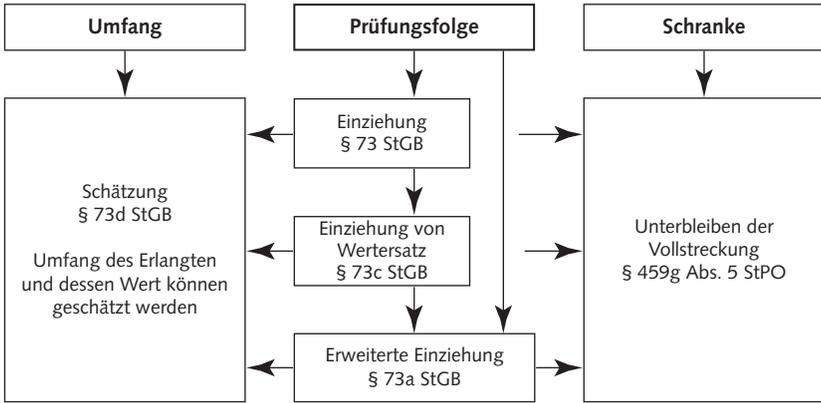
- a) Das Geld habe jedes Mal X alleine abgeholt.
- b) Das Geld habe einmal X, ein anderes Mal Y und auch Z abgeholt. Sie seien jeweils alleine erschienen. Wie viel er jedem gegeben habe, wisse er nicht mehr genau; sie seien jedoch ungefähr gleich oft erschienen.
- c) Das Geld sei jeweils von X, Y und Z gemeinsam abgeholt worden.
- d) Das Geld sei von der Ehefrau des X abgeholt worden. Die Ermittlungen ergeben, dass die Ehefrau das Geld unmittelbar danach ihrem Ehemann übergeben hatte.

Fall 10:

A hat durch Rauschgifthandel im Darknet 10 Bitcoin erlangt. Die Käufe und Verkäufe können auf der Blockchain nachvollzogen und beweiskräftig festgehalten werden. Er verwahrt die Bitcoins in seinem privaten Wallet, zu dem kein Zugang gelingt. Die Bitcoins befinden sich zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung in dem privaten Wallet des A.

2.2 Übersicht





2.3 Einziehung bei angeklagter und tatrichterlich festgestellter rechtswidriger Tat

Es dürfen nur solche Vermögensvorteile eingezogen werden, die der Täter/Teilnehmer durch oder für eine von der Anklage (§ 264 StPO) umfasste und vom Tatrichter festgestellte rechtswidrige Tat erlangt hat (BGHSt 28, 369; BGH NStZ-RR 2001, 82; BGH, StV 2002, 485; BGH, Beschl. v. 31.3.2004 – 1 StR 482/03).

Eine rechtswidrige Tat ist gemäß § 11 Absatz 1 Nr. 5 StGB nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Es genügt somit die objektiv rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes. Die Tat kann also von einem ohne Schuld handelnden Täter/Teilnehmer begangen sein. Ist die rechtswidrige Tat nur bei vorsätzlicher Begehungsweise strafbar, muss der entsprechende Vorsatz beim Täter/Teilnehmer vorliegen. Die Einziehung ist auch möglich, soweit die Straftat fahrlässig begehrbar und begangen ist. Eine rechtswidrige Tat ist auch der mit Strafe bedrohte Versuch (Schönke/Schröder/Eser, § 73 Rdn. 5). Bei Rechtfertigungsgründen nach §§ 32, 34 StGB scheidet die Einziehung des Taterlangens aus.

Die Vorschrift des § 73 Absatz 1 und 2 StGB ist eine „Mussvorschrift“. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des Absatz 1 oder 2 vor, so hat das Gericht die Einziehung des Gegenstandes/Rechts anzuordnen. Lediglich § 73 Absatz 3 StGB stellt es in das Ermessen des Gerichts, die Einziehung der Surrogate anzuordnen. Sieht das Gericht jedoch von der Abschöpfung der Surrogate ab, hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c StGB anzuordnen.

Von der Einziehungsanordnung kann das Gericht im Übrigen nur im Rahmen des § 421 StPO Abstand nehmen, wenn das Erlangte einen geringen

Wert hat oder das Verfahren einen unangemessenen Aufwand erfordern würde. Analog gilt diese Regelung bei der Selbständigen Einziehung nach § 76a StGB i. V. m. § 435 StPO.

Falls das Verfahren nach §§ 153 ff. StPO eingestellt worden ist, kommt eine Einziehungsanordnung im objektiven Verfahren gemäß § 76a Absatz 3 StGB i. V. m. § 435 StPO in Betracht. Diese Grundsätze gelten auch für eine gemäß § 154 Absatz 2 StPO nach Anklageerhebung eingestellte Tat (BGH, NStZ 2003, 422; BGH, Beschl. v. 31.3.2004 – 1 StR 482/03).

Nach dem BGH (Beschl. v. 3.7.2018 – 2 StR 117/18) ist die Anwendung der §§ 73 ff. StGB auch gegen Jugendliche und Heranwachsende zulässig, auf die das Jugendstrafrecht anzuwenden ist.

Im **Fallbeispiel 1** hat der 13-jährige Schüler Rauschgift gegen 30 € an eine Mitschülerin verkauft; damit erfüllt er objektiv den Tatbestand nach dem BTMG und erlangt daraus einen Vermögensvorteil. Allerdings ist er infolge seines Alters strafunmündig, so dass gegen ihn kein Strafverfahren durchgeführt werden kann. Dennoch ist gegen ihn eine Einziehungsentscheidung möglich, die im Selbständigen Einziehungsverfahren nach § 76a Absatz 1 StGB angeordnet werden muss. §§ 435 ff. StPO regeln den Ablauf des Selbständigen Einziehungsverfahrens.

2.4 Täter/Teilnehmer hat durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt

Konnte nach bisherigem Recht lediglich das unmittelbar „aus“ einer Tat Erlangte eingezogen werden, sind nunmehr infolge der Begriffsbestimmung „**durch**“ sowohl **unmittelbare** (direkte) als auch **mittelbare** (indirekte) Vorteile von der Einziehung erfasst.

Dadurch soll klargestellt werden, dass die erforderliche Kausalbeziehung zwischen der Tat und dem Erlangten sich ausnahmslos nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts der §§ 812 ff. BGB richtet. Beibehalten wurde „für“ die Tat.

Durch die Tat erlangt ist damit ein Vermögensvorteil immer dann, wenn die Tat nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Vermögensvorteil (die Bereicherung) entfällt, mithin das, was der Täter, Tatbeteiligte oder der andere mehr in seinem Vermögen hat.

Unmittelbar bzw. **direkt** durch die Tat erlangt ist das, was aus der Tatbestandsverwirklichung resultiert. Dies kann z. B. sein der Erlös aus Menschenhandel, Falschgeldverbreitung, Waffenhandel, illegales Glücksspiel, Schleusung, Rauschgifthandel oder aber die Tatbeute aus einem Raub, Diebstahl, Betrug usw.

Mittelbar oder indirekt durch die Tat erlangt ist das, was in einem indirekt oder mittelbaren Zusammenhang mit der Tat steht; also auch der Ertrag,

der aus einer späteren Reinvestition oder Umwandlung direkter (unmittelbarer) Erträge resultiert.

Somit können Erträge alle direkten Vermögenswerte umfassen einschließlich derer, die

- ganz oder teilweise in andere Vermögensgegenstände umgeformt oder umgewandelt wurden oder
- mit aus rechtmäßigen Quellen erworbenen Vermögensgegenständen vermischt wurden, bis zur Höhe des Schätzwerts der Erträge, die vermischt wurden.

Sie können auch Einkommen oder andere Gewinne umfassen, die aus Erträgen aus Straftaten oder aus Vermögensgegenständen, in die bzw. mit denen diese Erträge aus Straftaten umgeformt, umgewandelt oder vermischt wurden, stammen (vgl. Ziff. 1 der Rili 2014/42/EU).

Um Vorteile **für die Tat** handelt es sich, wenn die Vermögenswerte dem Täter/Teilnehmer als Gegenleistung für sein rechtswidriges Tun gewährt werden, etwa wenn ein Lohn für die Tatbegehung bezahlt wurde (vgl. BGH, Entscheidung v. 19.10.2011 – 1 StR 336/11; BGH, Entscheidung v. 22.10.2002 – 1 StR 169/02). Dies kann sein das Entgelt für einen Auftragsmord, der Bestechungslohn für eine vorzunehmende dienstliche Handlung oder der Lohn für eine reine Kurierfahrt.

Erlangt ist etwas, wenn der Täter, Teilnehmer oder Andere (Drittbegünstigter) in irgendeiner Phase des Tatgeschehens die tatsächliche, wirtschaftliche oder faktische Verfügungsgewalt, wenn auch nur über einen kurzen Zeitraum, über das Erlangte ausüben kann. Für jeden Tatbeteiligten ist individuell festzustellen, was er durch oder für die Tat erlangt hat. Die Möglichkeit des Erlangens reicht nicht aus, das Gericht muss der Überzeugung sein, dass der Tatbeteiligte die Verfügungsgewalt hatte. Diese seit Jahren gefestigte Rechtsprechung des BGH (BGH, NJW 2006, 2500; BGH, NStZ 1995, 495) gilt nach wie vor unverändert, siehe BGH, Urt. v. 18.7.2018 – 5 StR 645/17, Urt. v. 12.7.2018 – 3 StR 144/18(a).

Nach dem BGH, Beschl. v. 10.9.2002 – 1 StR 281/02, NStZ 2003, 198, genügt es, dass der Täter wenigstens die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über das Taterlangte hat. Das Erlangen kann auch dadurch erfolgen, dass sich der Täter/Teilnehmer das inkriminierte „Etwas“ über einen Dritten zukommen lässt.

Die faktische Verfügungsgewalt hat der Täter/Teilnehmer auch dann, falls ein Dritter das „Etwas“ zur tatsächlichen Verfügungsgewalt erhält, der Dritte sich aber hinsichtlich des Erlangten an die Weisungen des Täters/Teilnehmers hält.

Die faktische oder wirtschaftliche Verfügungsgewalt übt der Täter/Teilnehmer aus, falls er jederzeit auf das erlangte „Etwas“ zugreifen kann, soweit er beispielsweise das Taterlangte auf sein Konto überweisen lässt

oder auf das Konto seines minderjährigen Sohnes, auf das er als gesetzlicher Vertreter ebenfalls Zugriff nehmen kann.

Faktische Mitverfügungsgewalt kann – jedenfalls bei dem vor Ort anwesenden, Teile der Beute in den Händen haltenden Mittäter – auch dann vorliegen, wenn sich diese in einer Abrede über die Beuteteilung widerspiegelt. Denn damit „verfügt“ der Mittäter zu seinen oder der anderen Beteiligten Gunsten über die Beute, indem er in Absprache mit diesen Teile des gemeinsam Erlangten sich selbst oder den anderen zuordnet (BGH Urt. v. 18.07.2018 – 5 StR 645/17, Rdn. 7).

Mit dem Wort „**etwas**“ findet das sogenannte Bruttoprinzip Anwendung. Entscheidend ist, was dem Betroffenen gerade durch die Straftat zugeflossen ist oder was er durch diese Tat an Aufwendungen erspart hat. Das „erlangte Etwas“ meint die Gesamtheit der wirtschaftlich messbaren Vorteile, die dem Täter oder Teilnehmer durch, aus oder für die Tat zugeflossen sind (Leipziger Kommentar-Schmidt, StGB, 12. Auflage 2007, § 73, Rn. 19). Somit fallen jegliche geldwerte Vorteile materieller oder immaterieller Art unter das „etwas“. Der Einziehung unterliegt damit der gesamte Taterlös oder Tatlohn in Form von Geld, Wertsachen, Sachen, Forderungen oder Rechte wie auch zu erwartende Zugewinne; ebenso auch Kostenvorteile, die durch die Tatbegehung das Vermögen verschont haben. Diese sind im Vermögen des Täters, Teilnehmers oder Dritten vorhanden und bei regelkonformer Verhaltensweise wäre eine Vermögensminderung um diesen Betrag die Folge gewesen. Dieses erlangte Etwas ist zunächst zu ermitteln. Ergibt sich der Wert dessen nicht aus dem Vermögenswert selbst, so ist dieser gegebenenfalls zu bestimmen. § 73d Absatz 2 StGB eröffnet hierbei auch die Möglichkeit der Schätzung.

Im **Fallbeispiel 1** hat der Schüler aus dem Rauschgiftverkauf unmittelbar 30 € erlangt.

Im **Fallbeispiel 2** hat Großdealer G nachweislich 80.000 € aus dem Rauschgiftverkauf erlangt. Ob das aufgefundene Bargeld genau der Erlös und damit original Taterlangtes aus dem Verkauf ist, ist zwar naheliegend, bedarf aber der detaillierten Klärung. Hierzu mögen Aussagen, Beobachtungen oder sonstige beweisenerhebliche Tatsachen beitragen.

Im **Fallbeispiel 3** hat der Apfelsafthersteller den Verkaufserlös in Höhe von 40 Millionen € durch die Tat erlangt.

Wendet der Täter ein, dass er für den Rauschgiftkauf oder die Apfelsaftherstellung Kosten aufgewendet habe, so ist gemäß § 73d Absatz 1 StGB zu prüfen, ob diese abzugsfähig sind. Dem uneingeschränkten Bruttoprinzip unterliegt nach langjähriger Rechtsprechung des BGH und auch nach dem nunmehr geltenden Gesetz in der Regel Taterlangtes aus solchen Taten, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Beispielhaft fallen darunter das BtMG, das WaffG oder das Kriegswaffenkontrollgesetz; jedoch auch Tatbestände aus dem StGB wie z. B. Geldfälschung, Vorteilsnahme oder Bestech-

lichkeit. Die Einschränkung des Bruttoprinzips durch die Berücksichtigung von abzugsfähigen Aufwendungen gemäß § 73d StGB wird ausführlich unter 2.7 dargestellt.

Im **Fallbeispiel 4** hat der Bauunternehmer infolge der Bestechung unmittelbar den Bauauftrag und in der Folge durch die Bauausführung den gesamten Werklohn erlangt. Für den Betrag von 18 Millionen € hat er durch unlautere Einwirkung den Zuschlag bekommen. Dieser Betrag wäre somit das zunächst Taterlangte. Die Bestechungstat ist beendet und erst aus der Umsetzung der Gewerke kann er den tatsächlichen Tatertrag im Sinne des § 73 StGB erzielen. Insofern bedarf es im zweiten Schritt gemäß § 73d StGB der wertenden Betrachtung, welche Aufwendungen als beanstandungsfreie Werkleistung abzugsfähig sind. Diese Ausgaben sind zu ermitteln und vom Ausschreibungsbetrag in Abzug zu bringen; im Ergebnis wird sich der Einziehungsbetrag in etwa nach dem Nettoprinzip und damit auf den Betrag von 800.000 € als eingetretenen Gewinn erstrecken. Nach alter Rechtslage unterlag ebenfalls der Gewinn (kalkulierter oder tatsächlich errechneter Gewinn), mindestens aber die Höhe der gezahlten Provision zuzüglich möglicher Folgeinnahmen, dem Verfall.

Das Unmittelbarkeitsprinzip bereitete in der Vergangenheit dann keine Schwierigkeiten, wenn zwischen der Tat und dem Erlangen keine weiteren Verfügungsakte zwischengeschaltet waren, z. B. bei der Entgegennahme des Verkaufserlöses bei Rauschgift-, Waffen- oder Falschgeldgeschäften.

Schwierigkeiten bereitete das Unmittelbarkeitsprinzip dann, wenn zwischen der Tatbestandsverwirklichung und der Auszahlung des Geldes für das erstellte Werk bei dem durch Bestechung erlangten Bauauftrag mehrere (legale) Akte lagen: So die Bauausschreibung, ggf. die Einschaltung von Subunternehmern, die Bauausführung mit Leistungserbringung und die Zahlung des Werklohns. In diesen Fällen orientierte sich die Abschöpfung am Gewinn.

Der BGH führte im Urte. v. 9.10.1999 – 5 StR 336/99, NJW 2000, 297 ff., zum Unmittelbarkeitsprinzip ferner aus, dass im Bereich der Wirtschaftsdelikte in aller Regel zwischen Tat und dem Erlangten mehrere Zwischenakte geschoben sein können, ohne dass damit das Unmittelbarkeitsprinzip verletzt ist. Er nahm hierbei Bezug auf die Gesetzesmaterialien zu § 73 Absatz 3 StGB a. F. So sei das Unmittelbarkeitsprinzip auch dann gegeben, falls ein Angestellter einer Firma durch Fahrlässigkeit ein schädigendes Produkt herstellt, das die Firma nach Genehmigung durch die zuständige Behörde auf dem Markt vertreibt und hierbei erhebliche Einnahmen erzielt.

Ergänzend ist im **Fallbeispiel 4** zu erwähnen, dass der Bestochene aus seiner eigenen Tat im Wege der Bestechlichkeit den Bestechungslohn erlangt hat, der uneingeschränkt der Einziehung nach § 73 StGB unterliegt.

Ähnlich argumentierte der BGH im **Fallbeispiel 5** (Urte. v. 3.11.2005 – 3 StR 183/05), bei dem der Korruptierende, ein Vertreter einer Privatkrankenver-

sicherung, eine Liste möglicher potenzieller Kunden aufkaufte. Unmittelbar Taterlangtes war die Namensliste, deren Verkaufswert im Geschäftsverkehr durch Vergleichswerte aus Adressenhandel zu ermitteln war. Taterlangtes waren jedoch nicht die erlangten Provisionszahlungen aus möglichen Vertragsabschlüssen, da sie aus regulären Anschlussverträgen resultierten, die der Bestechung nachgelagert und somit nicht bemakelt waren.

Die seit dem 1.7.2017 geltende gesetzliche Regelung mit der Formulierung „durch eine rechtswidrige Tat erlangt“ ermöglicht dagegen die Einziehung der nachfolgenden mittelbaren Gewinne.

Die Namensliste ist notwendige Voraussetzung für den beabsichtigten Taterfolg, denn nur durch ihre Verwendung erreicht der Korrumpierende sein Ziel, Vertragsabschlüsse tätigen zu können. Die Provisionen daraus stellen deshalb in ihrem Wert das Taterlangte in Höhe von 192.000 € dar und unterliegen der Einziehung nach §§ 73 ff. StGB. Die Vertragsabschlüsse zwischen Versicherung und Versichertem sind dennoch legaler Art (siehe Ausführungen zu § 73d StGB, Kapitel 2.5).

Mit der Neuregelung des § 73 StGB findet das Unmittelbarkeitsprinzip in ursprünglicher Form keine Anwendung mehr.

Im **Fallbeispiel 6** (Verstoß gegen § 16 UWG) weicht die aktuelle Rechtslage von der bisherigen Rechtslage ab. Der Täter hat unmittelbar durch die Taten die Kaufverträge erlangt, die sich letztlich auf einen Umsatz von 195 Millionen € erstrecken. Gemäß § 73d Absatz 2 Satz 2, zweiter Halbsatz StGB sind die Aufwendungen zu berücksichtigen, die U als Leistungen durch die Auslieferung von bestellter Ware auf die Kaufverträge erbracht hat. Dieser Wert ist zu berechnen oder nach § 73d Absatz 2 StGB zu schätzen.

Unter Anwendung der §§ 73 ff. StGB a. F. hatte das erkennende Landgericht zunächst den Abschöpfungsbetrag auf 32 Mio. € festgesetzt mit der Argumentation, dass durch die unwahren Gewinnversprechen der Täter Kaufverträge abschließen konnte. Die Kaufverträge als solche seien jedoch unbemakelt, so dass sich der Abschöpfungsbetrag nach dem erzielten Gewinn richtet. Der BGH (Urt. v. 30.5.2008 – 1 StR 166/07) hob dieses Urteil in der Revision auf. Er führt unter anderem hierzu aus (Rdn. 107):

„Aus den Taten wurden nicht nur die Warenbestellungen, also die Vertragsabschlüsse, die durch das Verschicken der Werbesendungen zusammen mit den Warenkatalogen kausal hervorgerufen wurden, sondern auch die von den Kunden in Erfüllung der Kaufverträge geleisteten Zahlungen erlangt. Insoweit besteht kein sachlicher Grund, zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft und „dinglichem“ Erfüllungsgeschäft zu differenzieren ...“. Schutzzweck von § 16 UWG ist, den Verbraucher vor zweckfremdem und vermögensschädigendem Mitteleinsatz zu bewahren, dann kann der Mitteleinsatz selbst nicht als in diesem Sinne strafrechtlich neutral beurteilt werden. Vorliegend richtet sich die Abschöpfung nach dem Bruttoprinzip und somit auf den Betrag von 195 Millionen €.