

Schriften zum Strafrecht

Band 342

Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB

– insbesondere von Erlösen aus Kapitalmarktdelikten –

Von

Tim Gebauer



Duncker & Humblot · Berlin

TIM GEBAUER

Die Bestimmung des erlangten Etwas
bei der Einziehung von Taterträgen
nach §§ 73 ff. StGB

Schriften zum Strafrecht

Band 342

Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB

– insbesondere von Erlösen aus Kapitalmarktdelikten –

Von

Tim Gebauer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15715-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55715-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85715-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christian Schröder. Er begleitete und förderte mich als akademischer Lehrer nicht nur während der Anfertigung der Arbeit, sondern bereits während meiner Studienzeit, in der ich an seinem Lehrstuhl als studentische Hilfskraft tätig war. Er weckte bereits früh mein Interesse für das Wirtschaftsstrafrecht und ermutigte mich zur Erstellung dieser Arbeit. Die Zeit an seinem Lehrstuhl war nicht nur in fachlicher, sondern in jeglicher Hinsicht eine Bereicherung.

Herrn Professor Dr. Hans Lilie danke ich insbesondere für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die finanzielle Förderung danke ich der Graduiertenförderung des Landes Sachsen-Anhalt, die es mir ermöglichte, die Arbeit zügig fertig zu stellen.

Maßgeblich für den Erfolg der Arbeit waren die anregenden Diskussionen und das mühsame Korrekturlesen, wobei ich mich für die wertvolle Unterstützung besonders bei Herrn Dr. Marcus Bergmann, Frau Annabell Blaue und Herrn Franz Frach bedanken möchte.

Herzlich danken möchte ich meinen Freunden, die stets für mich da waren. Dabei denke ich vor allem an Maik Dubberke und Steffen Köppe, die ich am ersten Tag des Studiums kennenlernen durfte. Euch verdanke ich es auch, dass ich mich stets mit Freude an das Studium und die Zeit der Promotion zurückrinnern werde.

Meine Eltern haben mich auf ganz besondere Weise in all meinen Lebensphasen unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit in Dankbarkeit gewidmet.

Halle (Saale), im Mai 2019

Tim Gebauer

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	11
B. Gang der Untersuchung	13
C. Grundlagen	14
I. Historische Entwicklung der Einziehungsvorschrift (§ 73 StGB)	14
1. Entwicklung bis 1992	14
2. Entwicklung von 1992 bis 2016	16
3. Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung	17
II. Gesetzgeberische Intention und deren Umsetzung	18
III. Systematik und Merkmale der §§ 73 ff. StGB	20
IV. Rechtsprechungsüberblick zum „erlangten Etwas“	26
1. Urteile	26
2. Folgen der Rechtsprechung	36
D. Bewertung der Rechtsprechung und Literatur zum erlangten „Etwas“	40
I. Wesensgehalt der Einziehung von Taterträgen	40
1. Einziehung von Taterträgen als Maßnahme eigener Art	40
2. § 73 StGB als Strafe bzw. strafähnliche Maßnahme	42
a) Kondiktionsähnlicher Charakter trotz Bruttoprinzip	43
b) Ausschließlicher Präventionszweck	48
c) Intention des Gesetzgebers	50
d) Ziel der Verfahrensvereinfachung	52
e) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG	53
f) Was ist eigentlich Strafe?	59
g) Rechtsprechung des EGMR	65
h) Widerspruch im OWiG	66
i) Zwischenfazit	68
3. Konsequenzen des strafrechtlichen Charakters	68
II. Ein- oder zweistufige Bestimmung des Bruttoprinzips?	73
III. Trennung nach Bemakelung trotz § 73d StGB	75
IV. Ansichten in der Literatur und deren Bewertung	82
1. Normativer Unrechtszusammenhang	82
2. Restriktives Verständnis des Unmittelbarkeitskriteriums	87
3. Reine Vorteilsabschöpfung	90
E. Die Bestimmung des „erlangten Etwas“ anhand der Maßstäbe der objektiven Zurechnung	92
I. Herleitung der Zulässigkeit der objektiven Zurechnung für die Einziehung von Taterträgen	92

II. Umfang der objektiven Zurechnung	96
1. Risikoverringerung bzw. Risikoersetzung	96
2. Schutzzweckzusammenhang	98
3. Hypothetischer Kausalverlauf/Pflichtwidrigkeitszusammenhang	100
4. Atypischer Kausalverlauf	102
III. Konsequenzen der Anwendung der objektiven Zurechnung für einzelne Delikte	104
1. Delikte des BtMG	104
2. Delikte des AWG	105
3. Korruptionsdelikte	106
4. Insiderhandel	107
5. Marktmanipulation	108
6. Verstöße gegen das ZAG	110
7. Geldwäsche	111
IV. Fazit	112
F. Tatsächliche Berechnung der Einziehungshöhe im Prozess	113
I. Berechnung bei mehreren Einziehungsadressaten bzgl. einer Tat	113
II. Zeitpunkt der Berechnung des Wertersatzes	120
III. Berechnungsweise beim Handel mit Wertpapieren	124
G. Dritteinziehung	131
I. Anwendbarkeit von § 73b StGB	131
II. Zurechnungszusammenhang	131
1. Unstreitige Fallkonstellationen vor der Reform	132
2. Streitige Fallkonstellationen vor der Reform	133
3. Eigene Ansicht	134
H. Einziehung nach OWiG	140
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	146
Literaturverzeichnis	149
Stichwortverzeichnis	163

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
Az	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebs-Berater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestag Drucksachen
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe

dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EC	Electronic Cash
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EStG	Einkommensteuergesetz
E-StGB	Entwurf eines Strafgesetzbuches
EU	Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgend/e
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Golddammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdB	Handbuch
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
HWSt	Handbuch Wirtschaftsstrafrecht
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d./i. S. v.	im Sinne des/der/im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung

jurisPR	juris PraxisReport
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar
KöKo	Kölner Kommentar
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MaKonV	Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation
m. a. W.	mit anderen Worten
Mio.	Million
MK	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer-, und Unternehmensstrafrecht
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
Prot.	Protokoll
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite/Satz
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannte
SSW	Satzger/Schluckebier/Widmaier
StGB	Strafgesetzbuch

StPO	Strafprozessordnung
StraFo	StrafverteidigerForum
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger
SVR	Straßenverkehrsrecht
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnlich
UK	United Kingdom
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
ZAG	Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil

A. Einführung

„Crime does not pay“ – dieser Grundsatz¹ erlangt eine zentrale Bedeutung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Durch die Vorschriften der Einziehung von Taterträgen gem. §§ 73 ff. StGB und § 29a OWiG hat der Gesetzgeber den Gerichten und den (Strafvollstreckungs-)Behörden ein Instrument zur Seite gestellt, um dem Täter die wirtschaftlichen Vorteile einer rechtswidrigen Tat zu entziehen. Dieses Instrument erlebte im vergangenen Jahrzehnt eine spürbare Wahrnehmung in der strafrechtlichen Praxis und Gesetzgebung und war daher schon Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion.² Jedoch ist ein Ende dieser Diskussion über die Einziehung nach § 73 StGB nicht in Sicht, was insbesondere die uneinheitliche höchstrichterliche Rechtsprechung hinsichtlich der Kapitalmarktdelikte in den letzten Jahren in Bezug auf die vorherige Verfallsvorschrift beweist. Höchstrichterlich wurde dabei entschieden, dass die Vorschriften zum Verfall keine Strafe darstellen und damit einhergehend keine Anwendung des Schuldgrundsatzes stattfindet.³ Dies bedarf einer kritischen Auseinandersetzung insbesondere in Hinblick auf die neue Rechtslage und den tatsächlichen Belastungen für natürliche und juristische Personen. Ferner zeigen die Kapitalmarktdelikte deutlicher als andere Delikte das zentrale Thema dieser Arbeit auf: die Bestimmung des „erlangten Etwas“ nach §§ 73 und 73d StGB.⁴ Ist hierbei die erste – entscheidende – Hürde der allgemeinen Bestimmung des erlangten Etwas überwunden, ist daraufhin zu fragen, wie die prozessuale Feststellung des erlangten Etwas konkret beim Börsenhandel erfolgt. Diese und die damit verbundenen Fragen werden lebhaft zwischen den einzelnen Strafsejrenaten des BGH und innerhalb des Schrifttums diskutiert.⁵ Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, welches am 01.07.2017 in Kraft

¹ Vgl. *Berg*, Beweiserleichterungen bei der Gewinnabschöpfung, S. 1 m. w. N. oder *Mitsch*, in: KK-OWiG, § 29a Rn. 1 m. w. N.

² Vgl. u. a. *Schmidt*, Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren, *passim*; *Wolters*, Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift, *passim*; *Rönnau*, Vermögensabschöpfung in der Praxis, *passim*.

³ BGH, Urteil vom 21.08.2002 – 1 StR 115/02 – juris Rn. 29; BVerfG, Beschluss vom 14.01.2004 – 2 BVR 564/95.

⁴ Vgl. *Kudlich/Noltensmeier*, *wistra* 2007, 121 ff.; *Trüg*, *NZG* 2016, 459 (460); *Brockhaus/Ulrich*, *ZWH* 2016, 312 ff.; *Gehrmann*, *WM* 2016, 542 ff.

⁵ Statt vieler *Heine*, *NStZ* 2015, 127ff.

trat,⁶ bezweckte u. a. auch die Lösung dieser Probleme. Ob dies gelang, bleibt zu hinterfragen. All diese Fragen sind für die Praxis und Rechtssicherheit von erheblicher Bedeutung. Dass eine Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung erhebliche Konsequenzen für die Betroffenen hat und zur Rechtsunsicherheit führt, ist auf den ersten Blick erkennbar. Mithin begründet schon dies die Notwendigkeit für eine klärende Untersuchung.

Die Untersuchung bezieht sich nicht nur ausschließlich auf die aktuelle Rechtslage. Sie nimmt insbesondere Bezug auf die Rechtslage vor der Reform im Jahr 2017. Zwar greift § 2 Abs. 5 StGB auf Grund einer eigens für die Reform geschaffenen Übergangsvorschrift in Art. 316h EGStGB nur noch in Fällen ein, in denen bereits eine gerichtliche Entscheidung erlassen wurde. Gleichwohl sind Erwägungen zur früheren Rechtslage für die Bewertung der aktuellen Rechtslage erforderlich.

⁶ BGBl. I 2017, 872.

B. Gang der Untersuchung

Auch wenn die Normen der Einziehung und deren Inhalt überschaubar wirken, so ist die Handhabung dieser Vorschriften derartig komplex ausgestaltet, dass eine logisch aufgebaute Darstellung ohne Wiederholungen schwierig ist. Bei einer Darstellung der Einziehungsvorschriften läuft man zudem schnell Gefahr, die einzelnen Aspekte zu vermengen.⁷ Aus diesem Grund soll ein kurzer Überblick über die nachstehende Untersuchung geben werden, die das Ziel einer klaren und stringenten Herangehensweise an die Probleme verfolgt. Zu Beginn ist ein Blick auf die historische Entwicklung der gesetzgeberischen Tätigkeit zu den §§ 73 ff. StGB für die darauf folgenden Darstellungen sinnvoll. Die Änderungen sind grundlegend für die Wahrnehmung und Auslegung der Normen. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf die zeitlich gleichlaufende Entwicklung der Kapitalmärkte zu legen und zu untersuchen, inwiefern deren Entwicklung Einfluss nahm bzw. Berücksichtigung fand. Daran schließen sich weitere Grundlagen wie eine kurze Darstellung der Merkmale und der Systematik der §§ 73 ff. StGB sowie ein Überblick über die Rechtsprechung zu den §§ 73 ff. StGB an (Kapitel C.). Die dargestellte Rechtsprechung wird aufzeigen, dass der Verfall innerhalb der Rechtsprechung seit jeher nicht als Strafe bewertet wird. Dies muss unter besonderer Berücksichtigung der erheblichen Kapitalflüsse und den damit verbundenen hohen Abschöpfungsbeträgen womöglich neu bewertet werden (Kapitel D.). Anschließend widmet sich das Kernstück der Arbeit der abstrakten Bestimmung des erlangten Etwas. Nach Darstellung und Bewertung der Ansichten aus Rechtsprechung und Literatur unter Berücksichtigung neuester Gesetzgebungstätigkeit wird ein eigener Ansatz zur Bestimmung des erlangten Etwas entwickelt, welcher sogleich auf ausgewählte Delikte bzw. Deliktsgruppen angewendet werden soll (Kapitel E.). Nach der abstrakten dogmatischen Bestimmung sollen Probleme der konkreten Feststellung des erlangten Etwas im Prozess dargestellt und gelöst werden (Kapitel F.). Anschließend wird die zusätzliche Brisanz der Zurechnung des erlangten Etwas gegenüber einem Dritten mittels der Dritteinziehung nach § 73b StGB untersucht (Kapitel G.). Abschließend wird ein Vergleich zum OWiG und dessen Besonderheiten unter Berücksichtigung der für das Strafrecht gelgenden Lösung angestellt und ein Überblick über die Thesen der Arbeit gegeben (Kapitel H.–I.).

⁷ Ebenso Joecks, in: MK-StGB, § 73 Rn. 15.