

1/2025

# wistra

## Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

44. Jahrgang

13. Januar 2025

S. 1–44

PVSt 6929

**Herausgegeben von:** Dr. Franziska von Freeden, Richterin am BFH · Prof. Dr. Matthias Jahn · Prof. Dr. Markus Jäger, Vorsitzender Richter am BGH · Dr. Matthias Korte, Ministerialdirigent · Dr. Manfred Möhrenschlager, Ministerialrat a.D. · Dr. Martina Müller-Ehlen, Oberstaatsanwältin · Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Rechtsanwalt (WisteV) · Prof. Dr. Franz Salditt, Rechtsanwalt (FAfStrR, FAFStR) · Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy · Prof. Dr. Roland Schmitz · Prof. Dr. Carsten Wegner, Rechtsanwalt (FAfStrR) · Dr. Martin Wulf, Rechtsanwalt (FAfStR)

**Redaktion:** Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy · Prof. Dr. Roland Schmitz

- › **Folker Bittmann / Felix Rettenmaier** – Der untaugliche Versuch des Insiderhandels: Kein Fall der Einziehung ..... 1
- › **Adrian Mangalia** – Vermögensabschöpfung auf dem Vormarsch ..... 5
- › **Sören Lichtenthäler** – Eigentum an „verbotenen“ Sachen und strafrechtlicher Vermögensschutz ..... 10
- › **Alexander Bechtel** – Duplik auf Lichtenthäler, Eigentum an „verbotenen“ Sachen und strafrechtlicher Vermögensschutz, wistra 2025, 10 ..... 15
- › Strafrahmenwahl bei Regelbeispiel der Steuerhinterziehung (BGH, Urt. v. 25.7.2024 – 1 StR 68/24) *m. Anm. Andreas Grötsch* ..... 21
- › Ärztliche Tätigkeit „in freier Praxis“ (BGH, Urt. v. 2.10.2024 – 1 StR 156/24) ..... 23
- › Bindungswirkung von A1-Bescheinigung (BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24) ..... 26
- › Dividendenkompensation in Cum/Ex-Geschäften (BGH, Beschl. v. 29.10.2024 – 1 StR 58/24) ..... 30
- › Einziehung des Wertes von Taterträgen beim untauglichen Versuch (OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23) ..... 32
- › Akteneinsicht in die Ermittlungsakte bei Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz (BayObLG, Beschl. v. 1.7.2024 – 203 VAs 236/24) *m. Anm. Ludwig Klose* ..... 38



C.F. Müller

wistra-online.com



286202012501



# Überzeugend

Heidelberger Kommentar

Hüls/Reichling

## Steuerstrafrecht

3. Auflage

NEU

C.F. Müller

### Steuerstrafrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Silke Hüls und  
RA Prof. Dr. Tilman Reichling, FA für Strafrecht.

3., neu bearbeitete Auflage 2025, 1.255 Seiten, gebunden, € 159,-  
Heidelberger Kommentar ISBN 978-3-8114-6172-7

Die vollständig aktualisierte und neu bearbeitete dritte Auflage des „Heidelberger Kommentars zum Steuerstrafrecht“ verfolgt das für die Einführung des Werkes gesetzte Ziel konsequent weiter: Sie bietet eine übersichtliche und prägnante Darstellung des gesamten materiellen und formellen Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts.

Die neuen Impulse und Denkanstöße der Kommentierungen in den Voraufgaben werden weiterverfolgt; Diskussionen zu zuvor noch nicht aufgegriffenen Problemkreisen werden unter Reflexion der Aufnahme durch Praxis und Wissenschaft weitergeführt und vertieft.

Enthalten in den Modulen:

**Beratermodul Steuerstrafrecht**

juris **Steuerstrafrecht**

juris **Wirtschaftsstrafrecht**

juris **Steuerrecht Premium**

Festgehalten wird an der bewährten strikten Praxisorientierung und des hohen wissenschaftlichen Anspruchs – sie stellen keine Gegensätze dar, sondern haben sich vielmehr als Bereicherung erwiesen. Dazu trägt besonders der berufliche Hintergrund des Autor:innenteams bei: es besteht aus Wissenschaftler:innen und insbesondere Rechtsanwält:innen mit einer Spezialisierung im Steuerstrafrecht. Sämtliche Autor:innen sind durch einschlägige Veröffentlichungen sowie Vorträge auf zahlreichen Fachtagungen ausgewiesen.

#### Die dritte Auflage bietet:

- » eine strikt praxisorientierte und aktuelle Kommentierung des gesamten Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts
- » mit wissenschaftlichem Anspruch
- » von einem kompetenten und renommierten Autor:innenteam



Versandkostenfrei bestellen bei **otto-schmidt.de**  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599, kundenservice@cfmueller.de

## Inhalt

wistra-online.com

## Beiträge

<b>Rechtsanwalt (LOStA a.D.) Folker Bittmann, Köln / Rechtsanwalt Felix Rettenmaier, Frankfurt/M. – Der untaugliche Versuch des Insiderhandels: Kein Fall der Einziehung</b> – Zugleich Erwiderung auf Khan, wistra 2024, 177 .....	1
<b>Richter am LG Adrian Mangalia, Nürnberg-Fürth – Vermögensabschöpfung auf dem Vormarsch</b> – Führt die Einziehung nach den §§ 74 ff. StGB immer mehr ein Schattendasein? .....	5
<b>Akademischer Rat a.Z. Dr. Sören Lichtenthäler, Universität Mainz – Eigentum an „verbotenen“ Sachen und strafrechtlicher Vermögensschutz</b> – Eine Replik auf Bechtel, wistra 2024, 403 .....	10
<b>Akademischer Mitarbeiter Dr. Alexander Bechtel, Universität Tübingen – Duplik auf Lichtenthäler, Eigentum an „verbotenen“ Sachen und strafrechtlicher Vermögensschutz, wistra 2025, 10 ff.</b> .....	15

## Aufsätze in Zeitschriften und Festschriften

<b>Rechtsanwalt Dr. Thomas Richter / wissenschaftlicher Mitarbeiter Benedict Detemple, Frankfurt/M. – Arbeitsstrafrecht</b> .....	17
---	----

## Rechtsprechung

## Bundesgerichtshof

BGH, Beschl. v. 17.7.2024 – 5 StR 161/24	Sukzessive Mittäterschaft bei Betrug .....	19
BGH, Urte. v. 25.7.2024 – 1 StR 68/24 <i>m. Anm. Andreas Grötsch</i>	Strafraumenwahl bei Regelbeispiel der Steuerhinterziehung .....	21
BGH, Beschl. v. 8.7.2024 – 1 StR 66/24	Gesamtstrafenbildung bei Insolvenzverschleppung .....	22
BGH, Urte. v. 2.10.2024 – 1 StR 156/24	Ärztliche Tätigkeit „in freier Praxis“ .....	23
BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24	Bindungswirkung von A1-Bescheinigung .....	26
BGH, Beschl. v. 17.10.2024 – 1 StR 170/24	Feststellungsanforderungen bei Verurteilung wegen Steuerhinterziehung .....	29
BGH, Beschl. v. 29.10.2024 – 1 StR 58/24	Dividendenkompensation in Cum/Ex-Geschäften .....	30
BGH, Beschl. v. 24.7.2024 – 1 StR 238/24	Revisionseinlegung per beA durch Kanzleimitarbeiter .....	31

## Oberlandesgerichte

OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23	Einziehung des Wertes von Taterträgen beim untauglichen Versuch .....	32
BayObLG, Beschl. v. 4.4.2024 – 203 StRR 104/24	Betrug durch „love scam“ .....	37
BayObLG, Beschl. v. 1.7.2024 – 203 VAs 236/24 <i>m. Anm. Ludwig Klose</i>	Akteneinsicht in die Ermittlungsakte bei Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz .....	38

## Andere Gerichte

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 8.5.2024 – 12 Qs 2/24	Schweigepflichtentbindung eines Berufsgeheimnisträgers .....	43
---	--	----

Inhalt

wistra aktuell

Rechtsprechungsvorschau .....	R3
Aktuelle Rechtsprechung in Kürze .....	R4
Aktuelle Nachrichten .....	R5
Bericht aus der Gesetzgebung .....	R7



# Kluge Köpfe im Strafrecht

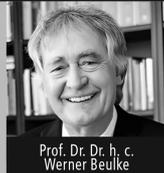
sprechen jeden Monat über ihre Herausforderungen und persönlichen Vorlieben.



Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy



Prof. Dr. Michael Gubitz



Prof. Dr. Dr. h. c. Werner Beulke



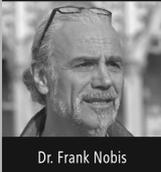
Prof. Dr. Björn Gercke



Dr. Toralf Nöding



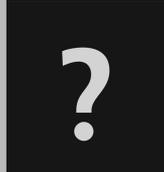
Prof. Dr. Karsten Gaede



Dr. Frank Nobis



Prof. Dr. Hans Achenbach



NEUGIERIG? ➔



C.F. Müller

## Rechtsprechungsvorschau

### BGH: Konkurrenzverhältnis bei Betrug

1. Werden mehrere betrügerische Handlungen an einem Tag begangen, können sie Teil einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit sein, sofern sie in einem engen zeitlichen Zusammenhang vorgenommen wurden. – 2. Wird für die Begehung von Betrugstaten ein Kundenkonto unter Verwendung unrichtiger Personalien angelegt, diese beweis erheblichen Daten sodann gespeichert und danach von ihnen plangemäß Gebrauch gemacht, ist auch mit Blick auf den Betrugstatbestand nur von einer Tat auszugehen. Anderes kann bei der Nutzung der Verkaufsplattform eBay Kleinanzeigen gelten, wenn der Täter erst durch das Kommunizieren eines konkreten Verkaufsangebots eine unechte Datenurkunde i.S.v. § 269 Abs. 1 StGB hergestellt bzw. gebraucht. Ob die später über das eBay Kleinanzeigen-Konto begangenen Betrugstaten zu einer einheitlichen Tat zusammenzufassen sind, hängt dann davon ab, ob der Täter nach der Registrierung falsche Daten in dem Account speichert (Beschl. v. 11.9.2024 – 2 StR 340/23).

### BGH: Abschöpfung des Tatlohns bei Cum/Ex-Geschäften

1. Im Hinblick auf die erste Alternative des § 73 Abs. 1 StGB („durch“) ist eine Kausalbeziehung vorausgesetzt. Der abzuschöpfende Tatertrag muss der Tathandlung also prinzipiell nachfolgen. – 2. Bei Cum/Ex-Geschäften kann die Wertsteigerung an Fondsanteilen als Tatlohn für die Tatbeteiligung i.S.d. § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB betrachtet werden. Im Hinblick auf diese zweite Alternative des § 73 Abs. 1 StGB („für“) unterliegen auch im Vorfeld der Tatbegehung erlangte Vermögensvorteile der Abschöpfung. Bei der durch eine tatsächliche Betrachtungsweise geprägten Abschöpfung hat der Gesichtspunkt, ob die Vorauszahlungen später durch die Erträge aus der Straftat refinanziert wurden, außer Betracht zu bleiben. – 3. Es ist nicht erforderlich, dass eine natürliche Person dem Einziehungsbetroffenen den Vermögensvorteil für seine Tatbeteiligung zugewendet hat. Auch eine juristische Person oder (teil-)rechtsfähige Personengesellschaft kann als Leistende zwischengeschaltet werden. Allein die Eigenmächtigkeit eines Einbehalters unterbricht den Kausal- und Zurechnungszusammenhang. Damit können auch sog. Insihgeschäfte i.S.d. § 181 Alt. 1 BGB, bei denen ein Täter für sich selbst und zugleich – etwa nach § 35 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GmbHG – für die juristische Person bzw. Personengesellschaft handelt, von der Einziehungsalternative des § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB erfasst sein. Schließlich ist auch denkbar, dass ein

Tatbeteiligter zugleich für zwei juristische Personen auftritt (vgl. § 181 Alt. 2 BGB) (Urt. v. 18.9.2024 – 1 StR 197/24).

### BGH: Betrug durch gefälschtes Behördenanschreiben

1. Bei einem Eingehungsbetrug sind der Geldwert des gegen den Täter erworbenen Anspruchs und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen; der Getäuschte ist geschädigt, wenn dieser Vergleich einen Negativsaldo zu seinem Nachteil ergibt. Irrelevant ist dabei, wie hoch der Verfügende den Wert der ihm zugeordneten Leistung subjektiv taxiert. Da der Betrugstatbestand das Vermögen und nicht die Dispositionsfreiheit schützt, führen selbst erschlichene Unterschriften nicht ohne weiteres zum Eintritt eines Vermögensschadens. Insoweit ist es im Hinblick auf die Schadensbestimmung auch ohne Belang, ob die einem Eingehungsbetrug zugrunde liegenden Verträge unwirksam bzw. nach § 123 BGB anfechtbar sind. – 2. Eine Täuschung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB kann auch dann anzunehmen sein, wenn sich der Täter – isoliert betrachtet – wahrer Tatsachenbehauptungen bedient; sein Verhalten wird in diesen Fällen dann zur tatbestandlichen Täuschung, wenn er die Eignung der – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein „äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens“ gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist (Beschl. v. 4.6.2024 – 2 StR 51/23).

### BGH: Keine Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers

Die Grundcharakteristik des Darlehensvertrags steht einer Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers i.S.d. § 266 StGB entgegen. Der Darlehensnehmer erwirbt ein Kapitalnutzungsrecht auf Zeit und damit die Befugnis, in seinem eigenen Interesse über die Einzelheiten des Mitteleinsatzes zu entscheiden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Ausgestaltung als Nachrangdarlehen, in dem sich das Risiko eines – regelmäßig unbesicherten – Darlehens mit eingeschränktem Kündigungsrecht, das im Insolvenzfall erst nachrangig bedient wird, durch eine Prämie in Gestalt eines höheren als marktüblichen Zinses vergütet wird (Beschl. v. 30.1.2024 – 4 StR 191/23).

### BGH: Täterschaft bei Hinterziehung von Energiesteuer

1. Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen kann nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist. – 2. Steuerschuldner nach § 21 Abs. 1

Satz 1, Abs. 2 Satz 1 EnergieStG ist jeder, der die in § 21 Abs. 1 Satz 1 EnergieStG genannten Handlungen (Bereithalten, Abgeben, Mitführen oder Verwenden) vornimmt. Verwirklichen mehrere Personen bezogen auf dasselbe Energieerzeugnis die genannten Handlungen, so entsteht die Steuer mehrfach und die Täter haften als Gesamtschuldner. Im Hinblick darauf kann ein angestellter Tankwagenfahrer, der ein Diesel-Heizölgemisch an Kunden abgibt, ebenfalls Steuerschuldner nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnergieStG sein (Beschl. v. 11.9.2024 – 1 StR 304/24).

## OLG Köln: Einwendungsberechtigung gegen vollstreckungsrechtliche Entscheidungen

1. Zur Einwendungsberechtigung gegen vollstreckungsrechtliche Entscheidungen im Rahmen von § 459o StPO. – 2. Zu den Voraussetzungen der Auskehrung nach § 459h Abs. 2 StPO. – 3. Mit dem Ausspruch der gesamtschuldnerischen Haftung im Rahmen der Wertersatzentziehung von Taterträgen ist keine konstitutive Feststellung eines konkreten Gesamtschuldverhältnisses verbunden (Beschl. v. 3.7.2024 – 3 Ws 58-59/23).

# Aktuelle Rechtsprechung in Kürze

## BFH

### Vorteilsminderung bei der 1 %-Regelung

Nach einem Urteil des VIII. Senats können nur solche vom Arbeitnehmer getragenen Aufwendungen den geldwerten Vorteil aus der Überlassung des Fahrzeugs als Einzelkosten mindern, die bei einer (hypothetischen) Kostentragung durch den Arbeitgeber Bestandteil dieses Vorteils und somit von der Abgeltungswirkung der 1 %-Regelung erfasst wären.

Der Kläger machte bei seinen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit geltend, der geldwerte Vorteil aus der Nutzungsüberlassung eines Dienstwagens zur Privatnutzung, den er nach der 1 %-Regelung ermittelte, sei um selbstgetragene Maut, Fahr- und Parkkosten, sowie die Absetzung für Abnutzung (AfA) eines privat angeschafften Fahrradträgers für den Dienstwagen zu mindern. Die Maut- und Fahraufwendungen betrafen private Urlaubsreisen und Fahrten des Klägers, ebenso die Parkkosten. Finanzamt und FG versagten die Minderung des geldwerten Vorteils aus der Nutzungsüberlassung des Dienstwagens für Privatfahrten wegen dieser Kostentragung des Klägers.

Der BFH hat dies bestätigt. Eine **Kostentragung des Arbeitgebers für Maut, Fahr- und Parkkosten**, die dem Arbeitnehmer **auf Privatfahrten** entstünden, **begründe einen eigenen geldwerten Vorteil des Arbeitnehmers** neben den mit der 1 %-Methode pauschal bewerteten Vorteil des Arbeitnehmers aus der Nutzungsüberlassung des Fahrzeugs für Privatfahrten. Daraus ergäbe sich im Umkehrschluss, dass

der geldwerte Vorteil des Arbeitnehmers aus der Nutzungsüberlassung des Fahrzeugs nicht gemindert werde, wenn der Arbeitnehmer diese Aufwendungen trage. Dies gelte ebenso für die vom Arbeitnehmer auf Privatfahrten getragenen Parkkosten und für den Wertverlust aus einem vom Steuerpflichtigen erworbenen Fahrradträger in Höhe der AfA.

Außerdem entschied der BFH, dass an den Steuerpflichtigen gezahlte Prozesszinsen gem. § 236 AO steuerbare und steuerpflichtige Kapitalerträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 EStG sind (Urt. v. 18.6.2024 – VIII R 32/20).

## Keine Steuerbegünstigung für extremistische Körperschaften

Der V. Senat hat entschieden, dass eine „Förderung der Allgemeinheit“ zur Erlangung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit nach § 52 Abs. 1 Satz 1 AO bereits dann zu verneinen ist, wenn eine Körperschaft Bestrebungen verfolgt, die sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland richten. Es komme dann **zwingend zum Verlust der Gemeinnützigkeit**, ohne dass andere Leistungen der Körperschaft für das Gemeinwohl hiermit abzuwägen sind. Der BFH hat damit seine ständige Rechtsprechung bestätigt.

Der Kläger, ein Verein, war in Verfassungsschutzberichten erwähnt. Ab dem Jahr 2009 wurde er auch im Anhang eines Verfassungsschutzberichts genannt, der extremistische Organisationen aufführte. Das Finanzamt versagte dem Kläger wegen seiner Erwähnung in den Verfassungsschutzberichten die Steuerbegünstigung bei der Körperschaftsteuer und der Umsatzsteuer. Der BFH hat das der Klage stattgebende Urteil des FG aufgehoben und die Sache an das FG zurückverwiesen.

In die Prüfung, ob eine Körperschaft Bestrebungen fördert, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sind, dürfe nicht einbezogen werden, dass die Körperschaft auch Tätigkeiten ausübt, die dem Gemeinwohl dienen. **Eine Abwägung zwischen diesen verschiedenen Tätigkeiten sei nicht vorzunehmen**, da die Förderung verfassungswidriger Bestrebungen keine Förderung der Allgemeinheit sei. Das FG, das eine derartige Abwägung vorgenommen hatte, müsse neu entscheiden, und die Anhaltspunkte, die für die Förderung von verfassungsfeindlichen Bestrebungen sprechen, unter Berücksichtigung der Ziele und Methoden einer Körperschaft sowie etwaiger organisatorischer, personeller, strategischer und ideologischer Verbindungen zu anderen Gruppierungen, die verfassungsfeindliche Bestrebungen fördern, würdigen. Dabei müsse das FG seiner Entscheidung zugrunde legen, dass der Kläger in den Streitjahren ab 2009 als extremistisch in Verfassungsschutzberichten aufgeführt ist und der Kläger daher nach der ab diesen Streitjahren zu beachtenden Vermutungsregel des § 51 Abs. 3 Satz 2 AO zu widerlegen habe, dass er keine verfassungsfeindlichen Bestrebungen fördert (Urt. v. 5.9.2024 – V R 15/22).

## Gemeinnützigkeit und Verfassungsschutzbericht

In einem weiteren Verfahren hat der V. Senat auch klargestellt, dass die **Veragung der Gemeinnützigkeit wegen der Förderung verfassungsförderlicher Bestrebungen** (§ 4 BVerfSchG) aufgrund einer sich aus einem Verfassungsschutzbericht ergebenden Vermutungswirkung **voraussetzt, dass die Körperschaft als selbständiges Steuersubjekt in diesem Verfassungsschutzbericht ausdrücklich als extremistisch bezeichnet wird.**

Der Kläger, ein Verein, war eine selbständige Landesorganisation, deren Bezeichnung teilweise wortgleich in dem Namen der ebenfalls selbständigen Bundesorganisation enthalten war. Der Name der Bundesorganisation enthielt zudem eine Abkürzung. Die Verfassungsschutzberichte eines Landes enthielten Ausführungen zu beiden Organisationen. Der jeweilige Anhang einiger dieser Verfassungsschutzberichte, der extremistische Organisationen aufführte, führte nur den wortgleichen Namensteil und die Abkürzung auf. Das Finanzamt versagte dem Kläger die Körperschaftsteuerbefreiung für gemeinnützige Körperschaften, da er nach Auffassung des Finanzamts in Verfassungsschutzberichten als extremistisch aufgeführt war und deshalb die nach § 51 Abs. 3 Satz 2 AO geltende Vermutung, er fördere Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland, nicht widerlegt habe.

Der BFH hat die die Auffassung des Finanzamts bestätigende Entscheidung des FG aufgehoben. Zwar greife die widerlegbare Vermutung des § 51 Abs. 3 Satz 2 AO bereits dann ein, wenn eine Körperschaft in einem Verfassungsschutzbericht ausdrücklich als extremistisch aufgeführt ist, wofür die Erwähnung in einem Anhang des Verfassungsschutzberichtes, der extremistische Organisationen aufführt, genüge. Indessen müsse die jeweilige Körperschaft eindeutig identifizierbar sein. Dies sei nicht der Fall, wenn aus den Verfassungsschutzberichten nicht klar hervorgehe, welche Körperschaft als selbständiges Steuersubjekt gemeint ist. **Eine „Konzernbetrachtung“ finde im Rahmen des § 51 Abs. 3 Satz 2 AO nicht statt.**

Der BFH hat die Sache deshalb an das FG zurückverwiesen, da dieses die Frage, ob eine bestimmte Körperschaft als selbständiges Steuersubjekt in den Verfassungsschutzberichten i.S.d. § 51 Abs. 3 Satz 2 AO aufgeführt ist, selbst zu prüfen und zu würdigen habe; dies könne nicht im Rahmen des Revisionsverfahrens nachgeholt werden (Urt. v. 5.9.2024 – V R 36/21).

## Bestattungskosten als Nachlassverbindlichkeit bei Zahlung aus einer Sterbegeldversicherung

Der II. Senat hat ebenfalls geurteilt, dass **Leistungen aus einer Sterbegeldversicherung, die der verstorbene Erblasser bereits zu Lebzeiten an ein Bestattungsunternehmen abgetreten hat, als Sachleistungsanspruch der Erben den Nachlass erhöhen.** Im Gegenzug seien jedoch die Kosten der Bestattung im vollen Umfang als Nachlassverbindlichkeiten steuermindernd zu berücksichtigen.

Der Kläger und seine Schwester sind Erben ihrer verstorbenen Tante. Die Erblasserin hatte eine sog. Sterbegeldversicherung abgeschlossen und das Bezugsrecht für die Versicherungssumme zu Lebzeiten an

ein Bestattungsunternehmen zur Deckung der Kosten ihrer Bestattung abgetreten. Das Bestattungsunternehmen stellte nach dem Tod der Erblasserin für seine Leistungen insgesamt einen Betrag i.H.v. 11.653,96 € in Rechnung. Davon bezahlte die Sterbegeldversicherung 6.864,82 €.

Das zuständige Finanzamt setzte gegen den Kläger Erbschaftsteuer fest und rechnete den Sachleistungsanspruch auf Bestattungsleistungen i.H.v. 6.864 € zum Nachlass. Für die geltend gemachten Nachlassverbindlichkeiten – einschließlich der Kosten für die Bestattung – setzte es lediglich die Pauschale für Erbfallkosten nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 ErbStG i.H.v. 10.300 € an. Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage wies das FG als unbegründet zurück.

Der BFH hob auf die Revision des Klägers die Vorentscheidung auf und verwies die Sache an das FG zurück. Zwar sei – wie vom FG zutreffend entschieden – aufgrund der von der Erblasserin abgeschlossenen Sterbegeldversicherung ein Sachleistungsanspruch in Bezug auf die Bestattung auf die Erben übergegangen. Dieser falle in Höhe der Versicherungsleistung von 6.864,83 € in den Nachlass und erhöhe die Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer. Die Bestattungskosten sind nach Auffassung des BFH jedoch nicht nur in Höhe der Pauschale des § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 ErbStG abzugsfähig, sondern nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG in vollem Umfang als Nachlassverbindlichkeiten bei der Bemessung der Erbschaftsteuer steuermindernd zu berücksichtigen. Die Feststellungen des FG reichten nicht aus, um die Höhe der insgesamt zu berücksichtigenden Nachlassverbindlichkeiten abschließend zu bestimmen, weshalb das Verfahren zurückzuverweisen sei (Urt. v. 10.7.2024 – II R 31/21).

## Aktuelle Nachrichten

### Aus den Landesparlamenten

#### Wirksamere Bekämpfung der Steuerhinterziehung

In die **Hamburger Bürgerschaft** wurde ein Antrag eingebracht, wonach der Senat aufgefordert werden soll – entsprechend einer Bremer Bundesratsinitiative (*BR-Drucks. 451/24*), Maßnahmen zu ergreifen, die auf eine wirksamere Bekämpfung von Steuerhinterziehung abzielen (*Drs. 22/16458*). Näher konkretisiert werden die erwarteten Maßnahmen allerdings nicht.

#### Aufarbeitung von Cum/Ex-Fällen

Im **Berliner Abgeordnetenhaus** wurde danach gefragt, welche Maßnahmen das Land Berlin zur Aufarbeitung von Cum/Ex- bzw. Cum/Cum-Geschäften ergriffen hat. Die Senatsverwaltung für Finanzen weist insoweit darauf hin, dass Gesetzgeber und Finanzverwaltung in den vergangenen Jahren umfangreiche Maßnahmen ergriffen und erhebliche Ressourcen aufgewendet haben, um **Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung** zu bekämpfen.

– So seien durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wert-

papieren (OGAW-IV-Umsetzungsgesetz – OGAW-IV-UmsG) **Cum/Ex-Gestaltungen mit Wirkung ab dem 1.1.2012 durch die Verfahrensreform beim Kapitalertragsteuerabzug unterbunden** worden. Es sei das Zahlstellenprinzip eingeführt worden, d.h. der Kapitalertragsteuerabzug wurde von den ausschüttenden Aktiengesellschaften oder Investmentfonds auf die auszahlenden Stellen (Kreditinstitute oder Clearstream AG) verlagert. Es seien derzeit keine Gestaltungen geläufig, bei denen auch noch nach 2012 Steuern erstattet wurden, die zuvor nicht abgeführt worden waren.

- Mit Wirkung ab dem 1.1.2016 seien durch die Einfügung der §§ 36a, 50j EStG die Anforderungen an die Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuer verschärft worden. Besteuerungsverfahren, die Cum/Cum-Gestaltungen auf nach dem 1.1.2016 entfallende Veranlagungszeiträume zum Gegenstand haben, seien nicht bekannt.
- Das Bundesministerium der Finanzen habe in Abstimmung mit den Obersten Finanzbehörden der Länder die Verwaltungsauffassung zu Cum/Cum-Gestaltungen im überarbeiteten BMF, Schr. v. 9.7.2021 (BStBl. I S. 986) veröffentlicht. Auf dieser Grundlage würden die Finanzbehörden der Länder in ihrer Zuständigkeit einschlägige Fälle aufgreifen (Drs. 19/20152).

**„Keine Geschenke an Cum-Ex Steuerräuber“**

Unter diesem Titel wurde ein Antrag in die **Hamburger Bürgerschaft** eingebracht (Drs. 22/14465). Hintergrund soll ein sog. **Bürokratieentlastungsgesetz** sein, mit dem vermeintlich überflüssige Bürokratie abgebaut werden solle. Eine geplante Maßnahme: Die **Aufbewahrungsfrist für Steuer- und Buchungsbelege** soll laut Gesetzesentwurf von zehn auf acht Jahre verkürzt werden. Das sei – so die Antragsteller (LINKE) – *„eine freudige Nachricht für alle Steuerräuber\*innen, Cum-Ex Betrüger und Wirtschaftskriminelle in diesem Land“*. Diese seien nämlich die Hauptprofiteure des angeblichen Bürokratieabbaus. Steuerstraftatdelikte würden erst – so wird behauptet – nach fünfzehn Jahren verjähren. Eine Aufbewahrungsfrist von acht Jahren sei daher *„komplett unzureichend“*. Eine Fristverkürzung würde dazu führen – so die Antragsteller –, dass Beweismittel legal vernichtet werden dürfen. Anstatt es den Strafverfolgungsbehörden zu erschweren, komplexe Delikte wie Cum-Cum- und Cum-Ex-Geschäfte wirksam aufzuklären, wäre eine Stärkung der Staatsanwaltschaften und Finanzbehörden notwendig.

**Geldwäscheprüfungen im Immobilienhandel I**

In **Mecklenburg-Vorpommern** wurden folgende Prüfungen nach dem Geldwäschegesetz (GwG) bei Immobilienmaklern durchgeführt:

Jahr	Anzahl
2014	18
2015	8
2016	-
2017	-
2018	-
2019	47
2020	30
2021	21
2022	121
2023	67

In diesem Zusammenhang wurden auch statistische Daten erhoben. Hieraus sei jedoch nicht ersichtlich, ob „aufgedeckte Fälle von Geldwäsche im Immobilienhandel“ vorliegen würden. Darüber hinaus gehe aus der Statistik nicht hervor, welche Strafzahlungen verhängt wurden, wie viele Personen jeweils zu Geldstrafen und Freiheitsstrafen mit und ohne Bewährung auf Grundlage dieser Prüfungen verurteilt wurden bzw. sich durch Flucht oder einen Aufenthalt im Ausland einem Haftbefehl entzogen haben und wie sich die Verurteilten und Flüchtigen in Bezug auf das Jahr, in dem die Straftat behördlich entdeckt wurde, nach Wohnort im Inland bzw. Ausland, Aufenthaltsstatus und Staatsbürgerschaft gliedern (Drs. 8/4146).

**Geldwäscheprüfungen im Immobilienhandel II**

Eine vergleichbare parlamentarische Anfrage ist auch im Landtag von **Baden-Württemberg** gestellt worden. In der Antwort weist das Ministerium des Inneren darauf hin (Drs. 17/7204), dass § 34c GewO die Geschäftsbereiche von **Immobilienmaklern, Darlehensvermittlern, Bauträgern, Baubetreuern und Wohnimmobilienverwaltern** umfasst. Aus dieser Gruppe seien sowohl die Immobilienmakler (§ 2 Abs. 1 Nr. 14 GwG) als auch die Bauträger (als Güterhändler gem. § 2 Abs. 1 Nr. 16 GwG klassifiziert) Verpflichtete im Sinne des GwG, die in Baden-Württemberg einer geldwäscherechtlichen Aufsicht durch die Regierungspräsidien unterliegen. Im Rahmen der diesen nach § 50 Nr. 9 GwG obliegenden Aufsichtstätigkeit führten die vier Regierungspräsidien von 2014 bis zum 31.7.2024 (Stichtag) insgesamt 306 geldwäscherechtliche Prüfungen bei Immobilienmaklern durch. Für den Bereich der Bauträger könne keine spezifische Angabe erfolgen, da diese statistisch gemeinsam mit den übrigen Güterhändlern, bspw. von Kraftfahrzeugen, Wasser- und Luftfahrzeugen, Schmuck, Uhren, Kunstgegenständen und Antiquitäten, erfasst werden.

Ausweislich der **Strafverfolgungsstatistik** wurden von 2014 bis einschließlich 2023 insgesamt 1.470 Personen von einem baden-württembergischen Strafgericht rechtskräftig wegen Geldwäsche (§ 261 StGB) verurteilt. Die nach Jahren aufgeschlüsselten Verurteiltenzahlen lassen sich der nachfolgenden Tabelle entnehmen:

Jahr	Anzahl
2014	117
2015	115
2016	132
2017	117
2018	115
2019	110
2020	142
2021	168
2022	203
2023	251

Einschränkend wird darauf hingewiesen, dass die bundeseinheitliche Strafverfolgungsstatistik die innerhalb eines Jahres rechtskräftig verurteilten Personen nur einmal mit dem nach der abstrakten Strafdrohung zu bestimmenden schwersten Delikt erfasst. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass es weitere Verurteilungen auch wegen Geldwäsche gegeben habe, die statistisch als Verurteilung nach einer anderen Strafnorm erfasst wurden. Sie seien in den auf-

## Beiträge

Rechtsanwalt (LOStA a.D.) Folker Bittmann, Köln / Rechtsanwalt Felix Rettenmaier, Frankfurt/M.

# Der untaugliche Versuch des Insiderhandels: Kein Fall der Einziehung

Zugleich Erwiderung auf Khan, wistra 2024, 177

Der BGH hat bisher noch nicht entschieden, ob ein untauglicher Versuch des Insiderhandels zur Einziehung führt. Unter (schlichtem, wenngleich zutreffendem) Hinweis darauf, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch der untaugliche Versuch Tat i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB ist, meint Khan, die Strafbarkeit bemakle auch den Erlös eines nur vermeintlichen Insiderdelikts. Die Autoren treten dieser Auffassung entgegen. Sie vertreten die Ansicht, dass eine begangene Tat eine notwendige, nicht aber auch hinreichende Bedingung für eine Einziehung ist, da sie allein der Korrektur einer tatbedingt gestörten Vermögenszuordnung diene. Da eine solche aufgrund eines untauglichen Versuchs eines Insiderdelikts nicht eintrete, scheidet eine Abschöpfungsanordnung aus.

### I. Einleitung

Straftaten dürfen sich nicht lohnen. Taterträge sind deshalb (im Original oder wertmäßig) einzuziehen, § 73 Abs. 1 StGB, gegebenenfalls i.V.m. § 73c StGB. Auch ein unter Strafe stehender Versuch ist eine Straftat. Das gilt auch für einen untauglichen Versuch. Letzterer erfasst allerdings allein ein Handeln, das für sich, d.h. ohne den Irrtum über die objektive Rechtmäßigkeit, vollkommen straflos wäre.

Ohne auf diese Besonderheit einziehungsrechtlich näher einzugehen, befürwortete Khan vor kurzem in der wistra die Einziehung der Erlöse auch dann, wenn der Täter lediglich glaubte, ein verbotenes Insidergeschäft zu betreiben.<sup>1</sup> Es liege zwar nur ein untauglicher Versuch vor, wenn es am Potential zur Beeinflussung des Kurses fehle oder die Information entweder von vornherein keinen Insidercharakter aufwies, sie bereits bekannt war oder gar nicht zutraf. Das genüge jedoch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des 2. Strafsenats des BGH zur

Einziehung<sup>2</sup> aufgrund Insiderhandels<sup>3</sup> und der „Falk-Rechtsprechung“ des 1. Senats des BGH zur Einziehung trotz bloßen Betrugsversuchs.<sup>4</sup>

### II. Potentiell einschlägige Rechtsprechung des BGH

#### 1. Der 2. Strafsenat des BGH zur Einziehung aufgrund Insiderhandels

Der 2. Senat befaste sich in seinen beiden Entscheidungen vom 8.2.2023<sup>5</sup> und vom 6.12.2023<sup>6</sup> nicht mit bloßen Versuchen des Insiderhandels. Im Zentrum beider Entscheidungen stand die Frage, ob der gesamte Wert der (ge- oder verkauften Aktien) der Einziehung unterliegt oder nur der Sondervorteil, vom Erlös also der Kaufpreis oder der Wert der eingesetzten Aktien abzuziehen sei. Der BGH entschied sich für die Vollabschöpfung.

1 Khan, wistra 2024, 177 ff.; so im Ergebnis auch: OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23, wistra 2025, 32: „Dabei ist ohne Belang, ob jeweils eine vollendete Tat oder nur der (untaugliche) Versuch eines Insidergeschäfts gegeben ist“.

2 Zur Einziehung beim untauglichen Versuch eines Insiderdelikts im Zeitpunkt des Erscheinens des Beitrages von Khan nur: LG Frankfurt/M., Beschl. v. 28.11.2023 – 5/02 KLs – 7561 Js 235565 (7/23) (nicht veröffentlicht); zwischenzeitlich bestätigt durch OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23, wistra 2025, 32.

3 Vgl. allgemein zur Strafbarkeit wegen Insiderdelikts nebst Einziehung: BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, wistra 2023, 466; BGH, Beschl. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, wistra 2024, 175.

4 Dazu unten insbesondere II 2.

5 BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, wistra 2023, 466.

6 BGH, Urt. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, wistra 2024, 175.

Was er für das erste Insidergeschäft für richtig hielt, übertrug er auch auf mit dem bemakelten Erlös getätigte weitere Insidergeschäfte. *Khan* erwähnt insoweit zutreffend,<sup>7</sup> dass der BGH das Begehren der Verteidigung nach analoger Anwendung von § 73a Abs. 2 abgelehnt hat.<sup>8</sup> Allerdings thematisierte der 2. Senat dieses Begehren allein im Zusammenhang mit der verteidigungsseits verneinten Verhältnismäßigkeit und verwies diesbezüglich auf § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO.<sup>9</sup> Bei systematischer Betrachtung ist § 73a Abs. 2 StGB jedoch allein eine Teilkodifikation des allgemeinen Verbots doppelter Belastung, wie es auch in § 73e Abs. 1 StGB zum Ausdruck kommt und z.B. die Einziehung des Werts ersparter Steueraufwendungen neben nachträglich beigetriebenen Steuern verbietet.

Ist der gesamte Wert des Erlöses aus dem ersten Insiderdelikt einzuziehen, so erfasst dies ohne Frage auch (nach der Gegenauffassung: nur) den aufgrund Insiderwissens erlangten Sondervorteil. Daran ändert es nichts, wenn dieser in ein weiteres (Insider-)Delikt investiert wurde. Er wird zwar wertmäßig Teil des Gesamterlöses des Folgedelikts – darf aber schlicht kein zweites (oder drittes Mal) eingezogen werden.

Beide Kernpunkte der Entscheidungen des 2. Senats sind jedoch für die Frage, ob die Einziehung nach einem untauglichen Versuch eines Insiderdelikts zulässig ist, unergiebig.

## 2. Die Falk-Rechtsprechung des 1. Senats des BGH

Die Falk-Entscheidung aus 2010<sup>10</sup> befasst sich mit einem Betrugsversuch, der aber völlig anders strukturiert ist als der untaugliche Versuch des Insiderhandels. Mit *Khan* ist den Ausführungen des 1. Senats zu entnehmen, dass die Einziehung nach einem Betrugsversuch keinen nachgewiesenen Schaden des Opfers voraussetzt. Das ist aber keine neue Erkenntnis. Auch der Wert erlangter Marktvorteile oder der Wert anderenfalls unterbliebener Auslastung des Maschinenparks sind einzuziehen, wenn sie quantifizierbar sind, ohne dass ihnen ein Schaden des Verletzten entsprechen würde.

Zudem kam es im Fall Falk nur deshalb zur Verurteilung lediglich wegen versuchten Betrugs, weil sich – anders als beim untauglichen Versuch des Insiderhandels – der Wert seiner eigenen Leistung nicht quantifizieren ließ, wohingegen sowohl der Wert der Gegenleistung als auch der Umstand ihres täuschungsbedingten Erbringens feststand. Es handelte sich demnach um einen tauglichen Versuch, der eine rechtlich missbilligte Störung der Vermögenszuordnung bewirkt hatte.<sup>11</sup>

Eben dies aber ist die maßgebliche Frage: Sperrt die nach der Tat bestehende Rechtmäßigkeit der Vermögenslage die strafrechtliche Vermögensabschöpfung? Angesichts der tatbedingten Störung rechtmäßiger Vermögenszuordnung bot der Fall Falk jedoch gerade keinen Anlass für das Gericht, sich mit dieser Problematik zu befassen. Das Fehlen einer Aussage zu diesem Thema entzieht *Khan* die Basis seiner somit voreiligen Schlussfolgerung, es komme allein auf das Erlangen und nicht auf die Rechtswidrigkeit des Erlangten an.<sup>12</sup> Die Antwort des Gesetzes lässt sich demnach aus der bisherigen Rechtsprechung nicht ableiten.<sup>13</sup> Es bedarf vielmehr einer systematischen Betrachtung.

## III. Die einziehungsrechtliche Betrachtung

### 1. Ausgangspunkt

§ 73 Abs. 1 Var. 1 StGB ordnet zwingend die Einziehung dessen an, was der Täter oder Teilnehmer an Ertrag „durch“ eine rechtswidrige Tat erlangt hat. Ist die Einziehung eines Gegenstands wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grund nicht möglich, so ist die Einziehung eines Geldbetrags anzuordnen, der dem Wert des Erlangten entspricht, § 73c Satz 1 StGB. Demnach sind die Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 StGB inzident Teil des Einziehungstatbestands des § 73c Satz 1 StGB.<sup>14</sup> Nur wenn die rechtlichen Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 StGB vorliegen, die gegenständliche Einziehung aber unmöglich ist, ist ersatzweise die Einziehung des Werts von Taterträgen anzuordnen.

Die rechtliche Betrachtung hat daher ihren Ausgangspunkt in der Prüfung des § 73 Abs. 1 StGB zu nehmen mit seinen 4 Merkmalen (1) durch (2) eine rechtswidrige Tat (3) etwas (4) erlangt. Wiewohl keineswegs unproblematisch, bedürfen hier die Merkmale „rechtswidrige Tat“ und „erlangt“ keiner vertieften Betrachtung. Wohl aber stellt sich im Merkmal „durch“ die Frage der Kausalität und es ist zu prüfen, ob das Merkmal „etwas“ jeglichen Zufluss erfasst oder ob es einer, und wenn ja welcher Spezifizierung im Hinblick auf das Vorliegen von „Tatertrag“ bedarf.

### 2. Zum Verständnis von „Tatertrag“ verwendete definitionsersetzende Formel

Für beides, „Etwas“ wie „Erlangen“, lautet die von der Rechtsprechung entwickelte, in der Begründung zum Regierungsentwurf aufgenommene<sup>15</sup> und auch heute noch vom BGH oft verwendete Formel: Tatertrag ist, was zu irgendeinem Zeitpunkt des Tatablaufs aus der unmittelbaren Verwirklichung des Tat-

<sup>7</sup> *Khan*, wistra 2024, 177 (179).

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, wistra 2023, 466 Rz. 37.

<sup>9</sup> Eine Vorschrift, die allerdings ihrerseits insuffizient ist, vgl. *Bittmann*, NZWiSt 2023, 152 f.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – 1 StR 245/09, Rz. 38, wistra 2010, 477.

<sup>11</sup> Eine andere Frage ist, ob es für die Einziehung ausreichen kann, wenn lediglich das „Ob“ der Störung der Vermögenszuordnung festgestellt ist, nicht aber deren Umfang. Dagegen spricht die Aussage im BGH, Beschl. v. 15.4.2020 – 5 StR 513/19, Rz. 19, NZWiSt 2021, 71, die Einziehungssumme stelle die Kehrseite des Betrugsschadens dar. Dem ist hier allerdings nicht weiter nachzugehen, weil dies sogar in Frage stellt, ob ein strafbarer tauglicher Versuch überhaupt (oder zumindest inwieweit er) eine ausreichende Basis für eine Einziehungsentscheidung bilden kann (ablehnend z.B. *Saliger* in NK, 6. Aufl. 2023, Rz. 5 und 62 zu § 73 StGB; *Lindemann/Bauerkamp* in *Leitner/Rosenau*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, Rz. 20 zu § 73 StGB). Die hier angestellten Überlegungen zum untauglichen Insiderdelikt fußen auf der bisherigen Rechtsprechung, ohne ihre Überzeugungskraft zu prüfen.

<sup>12</sup> So im Ergebnis auch das OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23, wistra 2025, 32: „Soweit die Verteidigung (...) darauf abstellen will, dass das zugrundeliegende Wertpapiergeschäft als solches (zivilrechtlich) nicht verboten bzw. unwirksam ist, kommt es hierauf (...) gerade nicht an“.

<sup>13</sup> Anders hingegen OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23, wistra 2025, 32, mit Verweis auf BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, wistra 2023, 466 Rz. 32.

<sup>14</sup> *Eser/Schuster* in *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, Rz. 2; *Altenhain/Fleckenstein* in *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, Rz. 1 zu § 73c StGB; s.a. *LK/StGB/Lohse*, 13. Aufl. 2020, Rz. 2 zu § 73c StGB.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 18/9525, 56 und 62.

bestands derart in die zumindest Mitverfügungsgewalt des Betroffenen gelangte, dass es dessen Vermögen messbar mehrte.<sup>16</sup>

### a) Grenzen in zeitlicher Hinsicht

Diese beschreibende Formel stieß mit dem Abstellen auf reine Kausalität schnell an ihre Grenzen.<sup>17</sup> Bereits die Gesetzesbegründung durchbrach die darin zum Ausdruck gebrachte zeitliche Grenze mit dem Hinweis auf die Abschöpfungsfähigkeit von Marktvorteilen<sup>18</sup> und der Ausnutzung des Maschinenparks: Beides wird typischerweise erst nach Beendigung der Tat realisiert. Zudem erfasst diese Formel keine Zahlungen vor Versuchsbeginn (wie in den cum-ex-Fällen).

Im Fall des untauglichen Versuchs eines Insiderdelikts fließt dem Täter während des Tatablaus nichts zu: Die vorwerfbare Tathandlung besteht im – für sich genommen straflosen – Verwenden einer Nicht-Insiderinformationen im irrtumsbedingten Glauben, es handele sich um eine solche. Mit erteilter Order ist die Tat nicht nur vollendet, sondern auch beendet, weil alles Nachfolgende nicht mehr dem Einfluss des Täters unterliegt und zudem aufgrund der Untauglichkeit des Bezugsobjekts von den dann Handelnden im Einklang mit der Rechtsordnung abgewickelt wird. Der Zufluss erfolgt demnach erst nach Beendigung und somit nicht während des Tatablaus.

### b) Kausalität

Versteht man Kausalität dahingehend, dass eine Ursache nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Folge entfie, <sup>19</sup> so mangelt es bereits an der Ursächlichkeit der Tat und dem Erlös aus dem Wertpapiergeschäft: Dies hätte der Täter (sogar: erst recht!) vorgenommen, wäre er nicht dem Irrtum über dessen Insiderqualität unterlegen. Ein bloßer Irrtum über die Rechtmäßigkeit unterbricht keinen objektiv rechtmäßigen Kausalverlauf.

### c) Verhältnis Tatertrag und Erlangen

Die angeführte Formel enthält keine Definition des „Tatertrags“, sondern wird als ihr (kaum aussagekräftiger) Ersatz verwendet. Wörtlich genommen, konstituiert danach das bloße Erlangen den Tatertrag. Damit vermengt sie beide Aspekte.<sup>20</sup> Dies macht die notwendige Abgrenzung zu den Einziehungstatbeständen des § 74 StGB unmöglich (Tatprodukte, Tatmittel und Tatobjekte). Das dem so ist, wurde spätestens mit den Entscheidungen des 3. Senats des BGH aus dem Sommer 2022 zu den PKK-Spenden,<sup>21</sup> dem Hawala-Banking<sup>22</sup> und zu KWG-widrig vergebenen Darlehen<sup>23</sup> unübersehbar.<sup>24</sup>

Mangels operationaler und schon gar nicht im Gesetz enthaltener Definition stehen Praxis und Wissenschaft vor der Aufgabe, Inhalt und Grenzen des mit „durch die Tat“ Gemeinten zu konkretisieren. Wie bisherige Versuche zeigen, ist dies nicht ohne Rückgriff auf das jeweilige Rechtsgut<sup>25</sup> des einschlägigen Tatbestands – und zwar in dem von diesem geschützten Umfang – möglich.<sup>26</sup> Obwohl dies nicht der Intention des Gesetzgebers entspricht,<sup>27</sup> hat sich der 1. Senat des BGH inzwischen zu einer rechtsgutsnahen Bestimmung des Tatertrags be-  
kannt.<sup>28</sup>

## d) Anforderungen an den Zusammenhang zwischen „Tat“ und „Etwas“

### aa) Untauglicher Versuch

Sowohl unter begrifflichen wie Kausalitätsgesichtspunkten stellt sich deshalb die Frage, ob ein abschöpfungsrechtlich hinreichender Zusammenhang zwischen einem bloß subjektiv angenommenen Verstoß gegen das Wertpapierhandelsgesetz und dem Erlös aus einem derartigen Geschäft zu bejahen ist. Es fehlt hier nicht nur an der Vollendung der Tat, sondern es handelt sich sogar lediglich um einen *untauglichen* Versuch (untaugliches Subjekt, Objekt oder Mittel). Die (wegen Rechtsfeindlichkeit der Handlung) gesetzliche Gleichstellung mit einem tauglichen Versuch im Hinblick auf die originär strafrechtlichen Rechtsfolgen bedeutet jedoch nicht automatisch auch die Parallelität in Bezug auf die Einziehung. Deren Rechtsnatur nach handelt es sich um Zivilrecht mit bürgerlichrechtlichen Folgen. Der untaugliche Versuch eines Insiderdelikts gefährdet nach der gesetzlichen Wertung zwar das geschützte Rechtsgut, die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, allein schon aufgrund der „bösen Absicht“. Allerdings stört er die rechtmäßige Vermögenszuordnung gerade nicht. Eine Einziehungsanordnung dürfte daher nur dann ergehen, wenn allein schon das rechtswidrige Streben den Erlös kontaminierte oder die Abschöpfung gar keine Rechtswidrigkeit des Zuflusses und damit auch keine rechtswidrige Vermögenszuordnung erforderte.

### bb) Der BGH zur Abschöpfung nach Tatversuch

Die Rechtsprechung hat sich mehrfach mit der Abschöpfung im Anschluss an eine bloß versuchte Tat beschäftigt.

#### (1) Falk 1

Im bereits angeführten Fall Falk<sup>29</sup> hatte sich das LG Hamburg nicht in der Lage gesehen, den objektiven Marktwert der vom Angeklagten verkauften Aktien festzustellen, weil taterseits deren Börsenwert vor dem Verkauf manipulativ in die Höhe getrieben worden war. Ohne quantifizierten Marktwert ließ sich das volle Äquivalent zu den erlangten Leistungen nicht mit

16 Z.B. BGH, Beschl. v. 10.1.2023 – 3 StR 343/22, wistra 2023, 206 Rz. 5; BGH, Urt. v. 16.4.2024 – 1 StR 204/23, Rz. 13.

17 Vgl. zu ihrer Untauglichkeit Bittmann, NStZ 2023, 202 ff.

18 BT-Drucks. 18/9525, 62.

19 BGH, 14.10.2020 – 5 StR 229/19, wistra 2021, 275 Rz. 3; Köhler, NStZ 2017, 497, 503; s.a. BT-Drucks. 18/11640, 78.

20 Vgl. Bittmann/Spitzer/Tschakert/Wengenroth, NZWiSt 2023, 321, 322 ff.

21 BGH, Urt. v. 15.6.2022 – 3 StR 295/21, BGHSt 67, 87 = wistra 2022, 429.

22 BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 3 StR 403/20, ZInsO 2022, 2120.

23 BGH, Urt. v. 20.7.2022 – 3 StR 390/21, wistra 2023, 68.

24 Zur Konkurrenz von Einziehungstatbeständen vgl. Berg, StraFo 2023, 374.

25 Z.B. Lindemann/Bauerkamp in Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, Rz. 8–19; Saliger, in NK, 6. Aufl. 2023, Rz. 28–44.

26 Bittmann, NZWiSt 2021, 133, (135–138).

27 BT-Drucks. 18/9525, 55 und 62.

28 BGH, Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 281/22, Rz. 19, wistra 2023, 335.

29 BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – 1 StR 245/09, Rz. 38, wistra 2010, 477.

ausreichender Gewissheit verneinen. Das objektive Unrecht, die Manipulationen selbst, der demgemäß überhöhte Börsenwert und Täuschung der Käuferseite standen außer (ernsthaftem) Zweifel. Es war lediglich fraglich, ob und wenn ja, in welcher Höhe ein Schaden entstanden war.<sup>30</sup> Der BGH propagierte in dieser Lage entgegen der Vorinstanz die Abschöpfung auch aufgrund lediglich versuchter Tat<sup>31</sup> – wenngleich nicht ohne Hinweis auf weitere Voraussetzungen.<sup>32</sup>

## (2) Angemahnte nicht bestehende Forderungen

Der Diktion anwaltlicher Schreiben angemahnter, in Wirklichkeit aber nicht bestehender Forderungen maß der BGH nötigen Charakter bei.<sup>33</sup> Das Tatgericht hatte sich jedoch nicht zu Feststellungen darüber in der Lage gesehen, ob die Adressaten speziell der Nötigungshandlung wegen die Schein-Forderungen beglichen hatten oder ob dafür andere Motive ausschlaggebend waren (z.B. unterbliebene Prüfung, mangelndes Interesse, fehlende Streitbereitschaft). Demnach musste die Kausalität zwischen Tathandlung und Nötigungserfolg offenbleiben. Obwohl daher lediglich eine versuchte Nötigung vorlag, bejahte der BGH die Einziehung des (gesamten) Werts der eingegangenen Gelder. Diese standen den Schein-Gläubigern keinesfalls zu – die Vermögenszuordnung war tatbedingt gestört.

## (3) Falk 2 (Ableger)

In einem Ableger des Falles Falk wich der 1. Senat nicht von seinen dem Beschluss vom 29.6.2010 zugrunde liegenden Maßstäben ab.<sup>34</sup>

## (4) Sig Sauer – Verstoß gegen das AWG

Der 3. Senat des BGH schloss sich im Fall „Sig Sauer“ den vom 1. Senat entwickelten Maßstäben an.<sup>35</sup> Waffenexporte waren auf die USA als Bestimmungsland beschränkt. Ex- wie Importeur hatten aber von Anfang an den Weiterexport in ein Gebiet vor, für das Deutschland keine Genehmigung erteilt. Soweit ein Teil der gelieferten Gewehre jedoch in den USA verblieben war, lag nur eine versuchte Tat vor. Der 3. Senat bejahte auch insoweit die vollständige Einziehung des Werts der empfangenen Kaufpreise. Ohne den geplante illegalen Weiterimport wäre das Geschäft nicht angeschlossen worden.

## cc) Parallelen und Unterschiede zwischen tauglichem und untauglichem Versuch

In sämtlichen dieser Entscheidungen knüpfte die Rechtswidrigkeit nicht allein an die (auf Strafbarkeit gerichteten) Vorstellungen des jeweiligen Täters an, sondern es wurde mit täterseits erfüllten Tatbestandsmerkmalen *objektives* Unrecht verwirklicht. Die deswegen immerhin möglich gewesene Vollendung scheiterte an unterschiedlichen sonstigen Umständen. Im Gegensatz dazu gleicht zwar das äußere Geschehen des untauglichen Versuchs eines Insiderdelikts den zu einem tauglichen Versuch eines Insiderdelikts oder dessen Vollendung führenden Tathandlungen, stellt aber objektiv mangels Bezugs zu einer Insider Tatsache kein objektives Unrecht dar.<sup>36</sup>

## dd) Erfordernis zweifacher Rechtswidrigkeit

Ein „Etwas“ i.S.v. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB setzt die Korrekturbedürftigkeit der tatbedingt in „Unordnung“ geratenen Vermögenszuordnung voraus. Das ist alleiniger Grund der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Sie stellt keine spezifisch strafrechtliche, sondern eine bloß vermögensordnende Maßnahme dar,<sup>37</sup> die sich an das zivilrechtliche Bereicherungsrecht anlehnt.<sup>38</sup> Sie würde jenseits der Korrektur tatbedingt rechtswidriger Vermögenslage einem anderen Zweck dienen. Ein solcher lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen. Damit steht fest, dass nur Zuflüsse von § 73 Abs. 1 StGB erfasst werden, die zu einer rechtswidrigen Vermögenszuordnung geführt haben.

Diese Rechtswidrigkeit kann ihre Ursache in der Tat selbst haben. Das belegt die Einziehungsrelevanz der Auslastung des Maschinenparks und von Marktvorteilen. Allerdings genügt nicht jedweder Tatbezug, bezeichnet doch bereits die Gesetzesbegründung die Abwicklung eines korruptiv erlangten Auftrags als für sich betrachtet rechtmäßig.<sup>39</sup> Gesetzestechisch wird dies zwar erst mittels zulässigen Abzugs der vertraglichen Aufwendungen erreicht. Das ändert aber nichts daran, dass der Bestechende den tatbedingt erlangten Werklohn im Umfang seiner Aufwendungen behalten darf. Für den Gewinnanteil gilt dies deshalb nicht, weil – allein diesem – die aus dem tatbestandlich geschützten, aber verletzten Rechtsgut folgende Rechtswidrigkeit seiner Entstehung anhaftet und der Werklohn in diesem Umfang selbst bemakelt ist. § 73 Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB erlaubt daher lediglich die Einziehung dieses Anteils. Erwies sich der Auftrag als lediglich kostendeckend, so scheidet die Anordnung der Einziehung des Werts des erlangten Werklohns insgesamt aus.

Demnach unterliegt nicht schon jeder tatbedingte Zufluss der Einziehung. Das ist vielfach selbstverständlich. Der ordnungs-

30 Vgl. *Meißner* in MünchKomm/StGB, 4. Aufl., Rz. 22 zu § 73 StGB.

31 BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – 1 StR 245/09, Rz. 37–47, wistra 2010, 477.

32 BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – 1 StR 245/09, Rz. 49–63, wistra 2010, 477.

33 BGH, Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13, Rz. 89 f., wistra 2014, 57.

34 BGH, Urt. v. 3.12.2013 – 1 StR 53/13, Rz. 34, wistra 2014, 219.

35 BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, Rz. 67, BGHSt 66, 147 = wistra 2022, 77.

36 Anders OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23, wistra 2025, 32, das der notwendigen Differenzierung zwischen subjektiv und objektiv verwirklichtem Unrecht nicht folgt: „Die (...) Differenzierung zwischen objektivem und subjektivem Unrecht führt (...) nicht weiter. (...) Tathandlung, an die die Einziehung anknüpft, ist der Wertpapiererwerb auf der Grundlage von vermeintlicher Insiderinformationen. Dieser Erwerb ist nicht nur aus Sicht des Angeklagten (subjektiv), sondern, da unter Missachtung von Art. 14 lit a) MAR) erfolgt, auch objektiv verboten“. Die Bestimmung deckt sich allerdings mit dem strafrechtlichen Verbot des Insiderversuchs. Demnach verkennt der Senat die vorrangige Notwendigkeit, börsenrechtlich zu prüfen und zu entscheiden, ob die Vorschrift auch den untauglichen Versuch erfasst und zudem im Fall des Bejahens wie im Strafrecht zu klären, welche Auswirkungen dies auf die Vermögensabschöpfung hat.

37 BT-Drucks. 18/11640, 84; BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19, Rz. 110–121, BVerfGE 156, 354 = wistra 2021, 193; *Saliger* in NK-StGB, 6. Aufl. 2023, vor § 73 StGB Rz. 5 f. und 33.

38 Vgl. *Lindemann/Bauerkamp* in Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Strafrecht, 2. Aufl. 2022, Rz. 8 und 17; ausführlich *Zivanic*, Das zivil- bzw. bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB) – Zugleich ein Beitrag zur Fremdrechtsanwendung im Vermögensabschöpfungsrecht, Berlin 2022.

39 BT-Drucks. 18/9525, 68.

gemäß durchgeführte Auftrag eines Elektrikers ist selbst dann zu vergüten, wenn er während des Aufenthalts in der Wohnung den Auftraggeber niederschlug. Der Transportlohn bleibt zu entrichten, auch wenn der Fahrer keine Fahrerlaubnis besaß oder zusätzlich in Bananenkisten Drogen versteckt hatte.

Die Einziehung setzt vielmehr zusätzlich auch die tatbedingte Rechtswidrigkeit des Zuflusses voraus. Sie kann zwar aus der Tat folgen, aber nur, wenn (und soweit) diese den Zufluss „kontaminiert“ und zu einer dem (Zivil-)Recht widersprechenden Vermögenszuordnung führt. Nur objektives Unrecht (wie bei der Korruption die vorausgehende Unrechtsvereinbarung) kann eine solche Infektionswirkung auslösen – ebenso wie ein bloß eingebildeter Kranker zwar den Anschein einer Erkrankung, aber gerade kein Virus übertragen kann: Die Einziehung setzt zwar kein schuldhaftes Handeln voraus, verzichtet aber

nicht zusätzlich auch noch auf die objektive Rechtswidrigkeit des Zuflusses (und der entstandenen Vermögenszuordnung).

#### IV. Fazit

Im Zusammenhang mit einer Straftat stehende Vermögenszuflüsse unterliegen nur dann und soweit der Einziehung als Taterträge (im Original oder wertmäßig und insoweit vorbehaltlich etwaiger Abzugsposten nach § 73d Abs. 1 StGB), wenn sie selbst rechtswidrig waren und zu einer nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilenden objektiv rechtswidrigen Vermögenszuordnung geführt haben. Beides ist beim Erlös aus einem nur scheinbaren, aber als untauglicher Versuch strafbaren Insiderverstoß nicht der Fall. Folglich ist der Täter eines untauglichen Versuchs zwar strafbar, unterliegt jedoch nicht den Folgen der Vermögensabschöpfung.

*Richter am LG Adrian Mangalia, Nürnberg-Fürth*

## Vermögensabschöpfung auf dem Vormarsch

Führt die Einziehung nach den §§ 74 ff. StGB immer mehr ein Schattendasein?

*Der Aufsatz handelt vom Verhältnis der Einziehungsvorschriften zueinander und geht dabei auf die Rechtsprechung des BGH ein. Diese wird insbesondere verdeutlicht an einem Beispielsfall, bei dem der Täter Cannabis als Tatlohn erhält und nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sowohl die §§ 73 ff. als auch die §§ 74 ff. StGB Anwendung finden können sollen. Schließlich geht der Verfasser auf die verschiedenen Ansätze zur Abgrenzung zwischen den Einziehungsvorschriften ein und schlägt eine Vorgehensweise vor.*

### I. Einführung

Der BGH äußerte sich bereits mehrfach zur Abgrenzung zwischen den §§ 73 ff. und §§ 74 ff. StGB. Eine klare Grenze kann hier nicht gezogen werden. Die Vorgehensweise der Bundesrichter erscheint nicht stets ohne weiteres nachvollziehbar. Auch erscheint fraglich, ob das bestehende Gegenspiel der §§ 73 ff. und §§ 74 ff. StGB seit der Reform der Vermögensabschöpfung zueinander überhaupt noch Konturen aufweist und nachvollziehbar ist. Dies zeigt sich an folgendem Beispiel, auf das der Beitrag im Weiteren aufbauen soll:

Hat sich ein Angeklagter des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln oder Cannabis schuldig gemacht und erschöpfte sich sein Tatbeitrag zumindest hauptsächlich in dem Transport der Betäubungsmittel beziehungsweise des Cannabis, kann das als Tatlohn für die Tat erhaltene Betäubungsmittel/Cannabis nach den §§ 73 ff. StGB eingezogen werden. Demgegenüber kann das innerhalb der Bande weitergereichte Betäubungsmittel beziehungsweise Cannabis nur als Tatobjekt, mithin nach den im Vergleich zu §§ 73 ff. StGB strengeren Voraussetzungen der §§ 74 ff. StGB eingezogen werden. Insbesondere im Bereich der

Einziehung des Wertes von Taterträgen und Tatobjekten können sich gravierende Unterschiede ergeben.

### II. Abgrenzung zwischen den §§ 73 ff. und §§ 74 ff. StGB

Zunächst soll ein Überblick über die Rechtsprechung der Strafsenate zu der Abgrenzung der verschiedenen Einziehungskomplexe zueinander gegeben werden.<sup>1</sup>

#### 1. Ansätze des 3. Strafsenats

Nach dem 3. Strafsenat ist zunächst eine das strafrechtlich relevante Gesamtgeschehen in den Blick zu nehmende Beurteilung im Hinblick auf die Struktur der verwirklichten Straftatbestände vorzunehmen. Dabei ist jedes tateinheitlich verwirklichte Delikt für sich zu betrachten. Beschränkt sich der Umgang des Gegenstands auf die tatbestandliche Verwirklichung, handelt es sich um ein Tatobjekt i.S.v. § 74 Abs. 1 Fall 2 oder § 74 Abs. 2 StGB. Die Einziehung ist im letzteren Fall nur bei dem Vorhandensein einer besonderen gesetzlichen Regelung möglich.<sup>2</sup> Ein weiterer Ansatz ist die Zuhilfenahme gängiger Definitionen, wonach Tatobjekte notwendige Gegenstände der Tathandlung sind. Hierunter fallen in Abgrenzung zum Tatmittel (§ 74 Abs. 1 Fall 2 StGB) Gegenstände, an denen die strafbare Handlung selbst begangen wird oder deren Benutzung allein – ohne Verfolgung eines weitergehenden deliktischen Zwecks – gegen

<sup>1</sup> Siehe hierzu auch *Mangalia*, ZWH 2023, 192 ff.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 21.2.2023 – 3 StR 278/22, NStZ-RR 2023, 179 f.

eine Strafrechtsnorm verstößt, weil sie nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet ist. Wird ein Gegenstand als Tatobjekt behandelt, entfällt die gleichzeitige Einstufung als Tatertrag. Auch soll angesichts der vom Gesetzgeber beabsichtigten Abschöpfung von Gewinn und mittelbarer Vorteile<sup>3</sup> auf eine Vermögensmehrung abgestellt werden.<sup>4</sup> Eine Einziehung des Wertes von Tatobjekten nach § 74c StGB kommt neben dem Vorliegen einer Vereitelungshandlung nur dann in Betracht, wenn dem Täter der ursprünglich einziehungsbetroffene Gegenstand zur Zeit der Tat gehörte oder zustand.

## 2. Ansatz des 1. Strafsenats

Der 1. Strafsenat verweist zunächst einschränkend auf die vorgenannte Rechtsprechung des 3. Strafsenats. Ergänzend führt er aus, dass Ertrag i.S.d. §§ 73 ff. StGB der wirtschaftlich messbare, mithin geldwerte Vorteil ist, den der Täter durch die Straftat seinem Vermögen – sei es auch nur vorübergehend – einverleibt. Gängige Abgrenzungsversuche sind nach dem 1. Strafsenat nicht zielführend. Neben der gesetzgeberischen Intention stellt der Senat auf den Normzweck ab. Eine Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB soll im Fall einer mangelnden spezialgesetzlichen Regelung (§ 261 Abs. 10 StGB, wobei bei diesem Delikt durchaus auch das Individuum betroffen ist) nur dann in Betracht kommen, wenn das Strafgesetz individual-schützenden Charakter aufweist.<sup>5</sup>

## 3. Bedeutung für den Beispielsfall

Ob die Einziehung bei Betäubungsmittel- beziehungsweise Cannabisdelikten nach den §§ 73 ff. oder §§ 74 ff. StGB zu erfolgen hat, spielt an erster Stelle erst einmal keine Rolle, da die von § 74 Abs. 2 StGB geforderten spezialgesetzlichen Ermächtigungen in Gestalt der § 33 Satz 1 BtMG und § 37 KCanG vorhanden sind, zumal bei Drogendelikten betreffend etwa den Erwerb und das Handeltreiben kein Geschädigter vorhanden ist, an den im Strafvollstreckungsverfahren das Eingezogene ausgekehrt werden kann<sup>6</sup>. Entscheidend ist die Einordnung bei der Frage der Einziehung des Wertes. Bei dem Erwerb von Betäubungsmitteln im Inland kann der für die Praxis relevante Täter nach § 134 BGB kein Eigentum an diesen erwerben. Eine Einziehung nach § 74c Abs. 1 StGB kommt daher wegen § 74 Abs. 3 Satz 1 StGB nicht in Betracht<sup>7</sup>. Entsprechendes hat zu gelten für Cannabis, wenn die nicht unter Strafe gestellte Menge überschritten ist<sup>8</sup>. Im letztgenannten Fall ist die nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 KCanG erlaubte von der strafrechtlich relevanten Menge abzugrenzen und gesondert zu beurteilen<sup>9</sup>. Die Frage, ob nach § 73c oder § 74c StGB verfahren wird, ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Sämtliche Delinquenten müssten bei dem Weg über die Vermögensabschöpfung im Nachgang mit teilweise erheblichen Nachzahlungen rechnen. Dies erscheint insbesondere im Bereich der Jugendkriminalität<sup>10</sup> von enormer Bedeutung, da Jugendliche/Heranwachsende ihr weiteres Leben mit entsprechenden Schulden zu bewältigen hätten.

## III. Entscheidung des 3. Strafsenats – Beispielsfall

Dem zu Beginn grob skizzierten Beispielsfall liegt ein Sachverhalt zugrunde, über den der BGH zu entscheiden hatte.

### 1. Sachverhalt

Mit Beschluss vom 14.5.2024<sup>11</sup> entschied der BGH in einem Fall, bei dem der Angeklagte von einem Bekannten darum ersucht wurde, für diesen mehrere Kilogramm Marihuana zu beschaffen. Als Gegenleistung durfte er für die eigenständige Organisation und Abwicklung des Geschäfts 250 Gramm aus der Lieferung für sich behalten. Die restliche Menge reichte er an seinen Auftraggeber weiter. Das Tatgericht erachtete betreffend den Angeklagten das vom Lieferanten erlangte Marihuana als Tatertrag i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB und ordnete die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c Satz 1 StGB gegen diesen an. Dies monierte der 3. Strafsenat, denn bei Drogen, die Gegenstand einer Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln beziehungsweise Cannabis sind, handele es sich um Tatobjekte i.S.d. § 74 Abs. 2 StGB, die der Einziehung nach dieser Vorschrift i.V.m. § 33 Satz 1 BtMG oder § 37 Satz 1 KCanG unterlägen. Die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 74c StGB sei mangels Erwerbs von Eigentum an Marihuana nicht möglich, zumal die Weitergabe an den Abnehmer im Rahmen des Handeltreibens keine Vereitelungshandlung der gegenständlichen Einziehung darstelle. Auch auf das für den Erwerb eingesetzte Bargeld könne im Hinblick auf die Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB nicht abgestellt werden, da es sich bei diesem Geld um Tatmittel i.S.d. § 74 Abs. 1 StGB handele. Der Weg über § 74c Abs. 1 StGB sei daher erneut mangels Vereitelungshandlung wegen der bestimmungsgemäßen Verwendung der Tatmittel zur Tatbegehung versperrt. Es komme aber eine Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 Fall 2 i.V.m. § 73c Satz 1 StGB in Bezug auf die 250 Gramm Marihuana in Betracht, die der Angeklagte als Entlohnung für sein Handeln einbehielt, mithin für die Taten des Handeltreibens mit Cannabis erlangte. Betäubungsmitteln und Cannabis komme bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Wert trotz dem strafbaren Umgang mit diesen zu. Der Einziehung des Wertes des Tatlohnes stehe auch nicht entgegen, dass sich

3 BT-Drucks. 18/9525, 61 f. u. 68.

4 BGH, Beschl. v. 20.7.2022 – 3 StR 390/21, wistra 2023, 68, 70.

5 BGH, Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 281/22, wistra 2023, 335, 338. Bestätigend BGH, Beschl. v. 14.11.2023 – 1 StR 142/23, wistra 2024, 245 Rz. 8.

6 Siehe zu der Problematik, bei der §§ 73 ff. und §§ 74 ff. StGB im Spannungsverhältnis zueinander stehen: Mangalia, ZWH 2022, 316 f.

7 Vgl. BGH, Beschl. v. 6.6.2024 – 2 StR 64/24, juris Rz. 4.

8 Zur Einziehung nach § 37 KCanG s. BGH, Beschl. v. 10.7.2024 – 1 StR 195/24, juris Rz. 14.

9 Vgl. für die Berechnung der nicht geringen Menge i.S.v. § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG: BGH, Beschl. v. 19.8.2024 – 1 StR 132/24, juris Rz. 10. Ob die für sich genommene nicht strafbewehrte Menge im Falle der Überschreitung des Grenzwerts dennoch eingezogen werden kann, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung derzeit nicht geklärt. Der 2. Strafsenat hat gemäß § 132 Abs. 4 GVG die Frage dem Großen Senat für Strafsachen zur Beantwortung vorgelegt (BGH, Beschl. v. 1.8.2024 – 2 StR 107/24, juris; siehe hierzu auch BGH, Beschl. v. 15.10.2024 – 3 StR 140/24, juris Rz. 15).

10 Die Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB ist auch hier zwingend: BGH, Beschl. v. 20.1.2021 – GSSt 2/20, NSTz 2021, 679, 680 ff.

11 BGH, Beschl. v. 14.5.2024 – 3 StR 96/24, juris Rz. 1 ff.

der Angeklagte in Bezug auf die 250 Gramm Marihuana wegen Erwerbs von Cannabis gem. § 34 Abs. 1 Nr. 12 lit. a KCanG strafbar gemacht habe und das Marihuana zugleich Tatobjekt i.S.v. § 74 Abs. 2 StGB der Erwerbstat gewesen sei. Denn die Voraussetzungen einer Einziehung seien für jeden tateinheitlich verwirklichten Straftatbestand gesondert zu beurteilen.

## 2. Analyse

Die Entscheidung bestätigt bereits vorhandene Rechtsprechung, modifiziert diese lediglich für das KCanG.

### a) § 73 Abs. 1 StGB: Durch und für die Tat erlangt

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Tatbeteiligte i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB durch oder für die Tat die 250 Gramm Cannabis erlangte. Beide Fälle schließen sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegenseitig aus.<sup>12</sup> Wie kann es dann aber sein, dass der BGH annimmt, das Cannabis sei für die Tat erlangt, wenn denn die Voraussetzungen des ersten Falls nach § 73 Abs. 1 StGB gegeben sind?

Bereits 2015 hat der 3. Strafsenat noch zu Zeiten des Verfalls klargestellt, dass den Betäubungsmitteln ein wirtschaftlicher Wert zukomme, den der Täter als Gegenleistung für seine Tat erhalte und der deshalb nach den Wertungsmaßstäben des alten Verfallsrechts als durch die Straftat herbeigeführte unrechtmäßige Bereicherung abgeschöpft werden solle. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung sei der zu entscheidende Fall nicht anders zu beurteilen als derjenige, bei dem der Tatbeteiligte für seine Beiträge in Geld entlohnt werde und dieses zum Erwerb von Betäubungsmitteln einsetze<sup>13</sup>.

Die Rspr. dürfte sich allerdings mit derjenigen in Widerspruch setzen, die im Fall des Erlangens durch die Tat den weiteren Fall „für“ ausschließt<sup>14</sup>. Wenn das erlangte etwas unter den ersten Fall des § 73 Abs. 1 StGB zu subsumieren ist, dann ist auch nur dieser maßgeblich. In einer älteren Entscheidung zum alten Einziehungsrecht machte der BGH dies bereits bei einem Fall von Provisionszahlungen deutlich, bei denen auf die Herkunft der Gelder abzustellen war<sup>15</sup>. Stammt die erhaltenen Provisionen aus Betrugsgeldern, sollte gerade nicht der Fall „für“ eröffnet sein. Auch wenn sich die Begrifflichkeiten des aktuellen § 73 StGB von denen der alten Fassung unterscheiden („aus ihr etwas erlangt“ statt „durch eine rechtswidrige Tat [...] etwas erlangt“), sind die Überlegungen entsprechend anwendbar. Bei Betäubungsmittel- beziehungsweise Cannabisdelikten verhält es sich nicht anders. Im Beispielfall deckt sich das als Tatlohn erhaltene Cannabis mit der Tatbeute. Der abzuschöpfende Betrag folgt schließlich auch der Tathandlung in Gestalt des Handeltreibens/Erwerbs nach, mithin besteht die notwendige Kausalität.<sup>16</sup> Das Überlassen von Betäubungsmitteln in diesem Zusammenhang stellt auch keine weitere, nicht tatbestandsmäßige Handlung dar.<sup>17</sup>

Wenn man denn annähme, das Cannabis sei durch die Tat erlangt, was spräche dann dagegen, auch den von einem Tatbeteiligten weitergegebenen Teil der Beute derart zu klassifizieren? Dies widerspräche allerdings der Rechtsprechung des BGH, der in diesen Konstellationen – wie im Beispielfall – § 74 Abs. 2 StGB, § 33 Satz 1 BtMG beziehungsweise § 37 Satz 1 KCanG anwendet<sup>18</sup>. Sähe man (nur oder auch) ein Erlangen durch die Tat, so wäre zudem § 33 Satz 1 BtMG ausgehöhlt oder ganz

überflüssig, weil Rauschmittel (mit Ausnahme der Konsumgrenzen des aus legalem Anbau stammenden Cannabis) immer zumindest aus einer Tat stammen und der Besitzer Dritter i.S.v. § 73b StGB ist oder war (bzw. Geldwäscher).

### b) Beschränkung der Einziehung auf den Tatlohn

Die Begründung des 3. Strafsenats erscheint aber auch aus einem anderen Blickwinkel nicht ganz nachvollziehbar. Er sieht das durch die höchstrichterliche Rechtsprechung erschaffene Problem, dass Drogen grundsätzlich als Tatobjekt zu behandeln sind. Dabei hilft sich der Senat weiter, indem er klarstellt, die Voraussetzungen der Einziehung seien für jeden tateinheitlich verwirklichten Tatbestand für sich zu prüfen. Der Schuldanspruch aber wurde vom Revisionsgericht u.a. geändert in Handeltreiben mit Cannabis in Tateinheit mit Erwerb von Cannabis. Dem Angeklagten ist das Cannabis also in beiden Fällen unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands während des Tatablaufs derart zugeflossen, so dass er hierüber die tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben konnte<sup>19</sup>. Das Problem stellt sich also schon nicht.

### c) Wirtschaftlicher Wert

Die Anwendbarkeit der §§ 73 ff. StGB stützt der 3. Strafsenat zudem auf den Umstand, dass dem Cannabis bei wirtschaftlicher Betrachtung trotz strafbaren Umgangs ein Wert zukomme. Diese Überlegung reiht sich in die Vorgehensweise der Senate betreffend die Abgrenzung zwischen den §§ 73 ff. und §§ 74 ff. StGB ein. Die §§ 73 ff. StGB können danach nur Anwendung finden, wenn dem Täter ein wirtschaftlich messbarer, mithin geldwerter Vorteil durch die Straftat seinem Vermögen einverleibt wird oder er einen Gewinn davonträgt.

## IV. Vergleich mit der Einziehung im Bereich der Steuerhhelei

Ergänzend bietet sich die Einbeziehung einer Entscheidung des BGH in die bereits erfolgten Überlegungen an.

### 1. Entscheidung des 1. Strafsenats

Mit Beschluss vom 14.11.2023<sup>20</sup> entschied der 1. Strafsenat einen von gewerbsmäßiger Steuerhhelei geprägten Fall. In diesem erlangte der Angeklagte nach den Feststellungen des Tatgerichts unversteuerte Zigaretten, um diese überwiegend auf eigene Rechnung und im Übrigen gegen Provision gewinnbringend weiter zu veräußern und damit seinen Lebensunterhalt zu

12 Siehe etwa BGH, Urt. v. 16.4.2024 – 1 StR 204/23, wistra 2024, 417 Rz. 23.

13 BGH, Urt. v. 23.7.2015 – 3 StR 37/15, juris Rz. 6.

14 Siehe exemplarisch BGH, Urt. v. 16.4.2024 – 1 StR 204/23, wistra 2024, 417 Rz. 23.

15 BGH, Urt. v. 19.10.2011 – 1 StR 336/11, wistra 2012, 69 ff.

16 Vgl. BGH, Urt. v. 18.9.2024 – 1 StR 197/24, juris Rz. 7.

17 Vgl. BGH, Beschl. v. 8.12.2021 – 5 StR 296/21, juris Rz. 4.

18 Vgl. jüngst BGH, Beschl. v. 24.9.2024 – 5 StR 248/24, juris Rz. 5. Zudem BGH, Beschl. v. 25.6.2024 – 3 StR 93/24, juris Rz. 10.

19 Siehe nur BGH, Beschl. v. 17.10.2023 – 3 StR 422/23, juris Rz. 14.

20 BGH, Beschl. v. 14.11.2023 – 1 StR 142/23, wistra 2024, 245.

finanzieren. Einen Teil der un versteuerten Zigaretten gab der Angeklagte seinem Lieferanten aufgrund schlechter Qualität zurück und erzielte mit ihnen somit keinen Kaufpreis. Das LG habe frei von Rechtsfehlern die Einziehung des Wertes von Taterträgen betreffend die letztgenannten Zigaretten nach § 73 Abs. 1 Fall 1, § 73c Satz 1 StGB angeordnet. Denn der Angeklagte habe auch in diesem Fall – zumindest vorübergehend – die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Zigaretten erlangt. Die un versteuerten Zigaretten unterfielen – wie bereits in vorangegangenen Entscheidungen des Senats klargestellt – im Fall der Erwerbshehlerei als Tatertrag der Vorschrift des § 73 Abs. 1 Fall 1 StGB. Im Weiteren seiner Entscheidung stellt der 1. Strafsenat auf seine in diesem Aufsatz bereits ausgeführte Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen den §§ 73 ff. und §§ 74 ff. StGB ab. Maßgeblich seien also das geschützte Rechtsgut der einschlägigen Strafvorschrift und das Vorliegen eines geldwerten wirtschaftlich messbaren Vorteils, den der Angeklagte erlangt. Nach diesen Grundsätzen seien die Zigaretten ohne Steuerzeichen für den Erwerbshehler Tatertrag. Alle Fälle der steuerlichen Erwerbshehlerei seien gleich zu behandeln.

Dabei stellt der BGH auch auf Fälle betreffend Anlagegold ab. Die fehlende Verkehrsfähigkeit von un versteuerten Zigaretten stelle keinen derart gravierenden Unterschied zu verkehrsfähigen Waren dar, als dass eine abweichende einziehungsrechtliche Einordnung vorzunehmen sei. Un versteuerten Zigaretten komme bei einer wirtschaftlichen Betrachtung ein messbarer Vorteil zu. Dies folge insbesondere aus dem Umstand, dass bei Wertlosigkeit eine an den Kleinverkaufspreis nach § 3 TabStG anknüpfende Verbrauchsteuerpflicht nicht möglich sei. Gleiches gelte auch für die Erhebung von Zoll, Einfuhrumsatz- und Tabaksteuer als Einfuhrabgaben. Weiter stellt der BGH auf die Fälle der Sachhehlerei i.S.v. § 259 Abs. 1 Fall 1 StGB ab, bei denen im Falle eines Diebstahls als Vortrat die Verkehrsfähigkeit der Sache zwar nach § 935 BGB ausgeschlossen sei, eine Einordnung als Tatertrag dennoch in Betracht komme. Schließlich spräche der Verweis des § 375 Abs. 2 Satz 2 AO (darüber hinaus auch § 375 Abs. 2 Satz 1 Fall 4 Nr. 1 AO) auf § 74a StGB nicht gegen eine Einordnung als Tatertrag. Nach § 134 BGB könne allerdings an den un versteuerten Zigaretten kein Eigentum erworben werden. Der Einordnung widerspreche auch nicht der Rechtsprechung des BGH, die Betäubungsmittel im Falle des Handeltreibens als Tatobjekte i.S.v. § 74 Abs. 2 StGB i.V.m. § 33 Satz 1 BtMG qualifiziere. Betäubungsmittel seien mit un versteuerten Zigaretten indes insoweit vergleichbar, als ihnen eine mangelnde Verkehrsfähigkeit zukomme.

## 2. Konklusion

Der 1. Strafsenat verdeutlicht, dass die mangelnde Verkehrsfähigkeit und die fehlende Möglichkeit des Eigentumserwerbs einem erlangten wirtschaftlich messbaren Vorteil nicht widerspricht. Betäubungsmitteln komme eine mangelnde Verkehrsfähigkeit zu. Warum eine Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB bei diesen nicht in Betracht kommt, bleibt jedoch unklar. Dabei stellt der Senat nur pauschal fest, dass die den §§ 74 ff. StGB den Vorzug gebende Rechtsprechung für seinen zu entscheidenden Fall nicht entgegenstehe. Wenn man aber die Kriterien des BGH für die Abgrenzung zwischen §§ 73 ff. und §§ 74 ff. StGB heranzieht, würde auch bei Rauschgift der Weg über die Vermögensabschöpfung eröffnet sein. Dieses stellt einen wirtschaftlich messbaren Vorteil dar. Denn im Falle eines Raubes

können Cannabis und andere Drogen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch über die §§ 73 ff. StGB eingezogen werden.<sup>21</sup> Ist also der Schutzzweck der Norm entscheidend? Bei Betäubungsmittel- und Cannabisdelikten ist – zumindest in den Fällen des Handeltreibens<sup>22</sup> und Erwerbs<sup>23</sup> – auf die Volksgesundheit abzustellen. Im Falle eines in Tateinheit vorliegenden Raubes wäre die Einziehung über §§ 73 ff. StGB eröffnet.<sup>24</sup> Es stellt sich die Frage, warum der 1. Strafsenat bei den ebenso die Allgemeinheit schützenden Steuerdelikten<sup>25</sup> eine Ausnahme macht, obwohl mit § 375 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 Nr. 1 AO eine von § 74 Abs. 2 StGB geforderte Ermächtigungsgrundlage vorliegt. Handelt es sich letztendlich um die eingangs gedachte Ergebnisrechtsprechung, die darauf aus ist, bestimmte praktische Folgen abzuwenden?

## V. Lösungsansätze

Zusammengefasst kann man festhalten, dass es bei der Vorgehensweise des BGH betreffend die Einziehung von Drogen nach den §§ 73 ff. StGB zwei Aufhänger gibt. Zum einen erschließt sich nicht, weshalb der am Handeltreiben Beteiligte im Falle des Erhalts von Tatlohn in Gestalt des aus der Tat erlangten Rauschgifts für die Tat etwas erlangt haben soll, wenn aufgrund Subsumtion doch der erste Fall von § 73 Abs. 1 StGB eröffnet ist. Wollte man dies annehmen, wäre die Konsequenz eine flächendeckende Anwendbarkeit der §§ 73 ff. StGB. Wahrscheinlich will der BGH gerade dies vermeiden.

### 1. Individualschutz

Andererseits weisen die Betäubungsmittel- und Cannabisdelikte im Fall des Handeltreibens keinen individualschützenden Charakter auf, so dass die Anwendbarkeit der §§ 73 ff. StGB nach diesem Kriterium nicht gegeben ist. Hier fügt sich allerdings die Rechtsprechung des 1. Strafsenats betreffend die Steuerhehlerei nicht stimmig ein, da beim Erwerb un versteuerter Zigaretten ebenso kein Individualschutz gegeben ist. Warum eine Einziehung im Beispielsfall nach § 73 Abs. 1 Fall 2 StGB möglich sein soll, erscheint ebenso unklar.

Zunächst scheint in dem Kriterium des Individualschutzes eine nachvollziehbare und mit festen Konturen versehene Vorgehensweise zur Bestimmung der Einziehungsnormen dargetan zu sein. Folgt man dem, so ist im genannten Beispielsfall lediglich eine Einziehung nach § 33 Satz 1 BtMG beziehungsweise § 37 Satz 1 KCanG möglich. Andernfalls müsste die Daseinsberechtigung einer Einziehung nach den §§ 74 ff. StGB dem Grunde nach hinterfragt werden. Möchte man auf den Individualschutz als Einordnungskriterium verzichten, wäre im Beispielsfall eine Einziehung aufgrund eines erlangten wirtschaftlich messbaren Vorteils nach den §§ 73 ff. StGB möglich. Beide Ergebnisse entsprechen nicht der Vorgehensweise des BGH,

21 BGH, Beschl. v. 13.6.2023 – 3 StR 152/23, NZWiSt 2023, 386.

22 BGH, Urt. v. 30.1.2019 – 2 StR 325/17, NStZ 2020, 29, 31.

23 Patzak/Fabricius/Patzak, Betäubungsmittelgesetz, 11. Aufl. 2024, § 29 Rz. 884.

24 BGH, Beschl. v. 13.6.2023 – 3 StR 152/23, NZWiSt 2023, 386; v. 12.1.2021 – 4 StR 280/20, NJW 2021, 1687.

25 MünchKommStGB/Ebner, 4. Aufl. 2023, AO § 374 Rz. 5.

der sowohl die §§ 73 ff. StGB (Tatlohn) als auch die §§ 74 ff. StGB (übrige) anwendet.

Aus Sicht des Verfassers ist das Kriterium des Individualschutzes allerdings nicht für die Abgrenzung der Einziehungsnormen zueinander geeignet. Inwiefern der Individualschutzcharakter einer Norm überhaupt Bezugspunkt für die Zulässigkeit der Vermögensabschöpfung sein kann, erscheint nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Der 1. Strafsenat vollzieht diese Vorgehensweise, ohne dass die notwendige Grundlage hierfür offenbart werden würde. Den Gesetzesmaterialien kann man dies nicht ohne weiteres entnehmen. Nach ihnen sollte die Vermögensabschöpfung „auch“ bei individuellen Geschädigten möglich sein.<sup>26</sup> § 111i StPO würde denn auch keinen Sinn ergeben, wenn die Einziehung nur bei Individualgeschädigten zulässig wäre.<sup>27</sup> Schließlich wendet er die §§ 73 ff. StGB auch im Fall der Steuerhellerie an. Letzteres erscheint aus den vom Gesetzgeber gedachten Gründen für die damalige Reform der Vermögensabschöpfung nachvollziehbar. Straftaten dürfen sich nicht lohnen, zumal mit dem Strafrecht im Gesamten stets die Bezugnahme und damit einhergehend der Schutz des Bürgers einhergeht.

## 2. Klassische Abgrenzung

Ein weiterer Ansatz für die Frage der Anwendbarkeit der Einziehungsnormen besteht in der klassischen Einordnung, wonach Tatobjekte notwendige Gegenstände der Tathandlung sind, an denen die strafbare Handlung selbst begangen wird oder deren Benutzung allein gegen eine Strafnorm verstößt. Danach wären die §§ 73 ff. StGB ausgeschlossen, sobald die §§ 74 ff. StGB Anwendung finden. Allerdings führt – wie bereits vom BGH angesprochen – diese Abgrenzung auch zu Ungenauigkeiten. Selbst die Tatbeute beim Diebstahl wäre – was vom Gesetzgeber mitnichten gewollt sein kann – als Tatobjekt zu qualifizieren.

## 3. Gesamtgeschehen

Der vom 3. Strafsenat ins Spiel gebrachte Weg der Beurteilung des strafrechtlichen Gesamtgeschehens weist wohl zu viele Unschärfen auf. Die Rechtsprechung demonstriert doch gerade eindrucksvoll, dass die Einordnung ohne klare Regeln zu verschiedenen Ergebnissen führen kann. Demgegenüber will der 3. Strafsenat jedes tateinheitlich verwirklichte Delikt für sich betrachten. Dies widerspricht schon einer Gesamtbetrachtung. Ob der Einordnung für jedes nach § 52 Abs. 1 Fall 1 StGB zu bestimmenden Delikts im Hinblick auf den ohnehin zu fordernden wirtschaftlichen Vorteil noch Relevanz zukommt, mag bezweifelt werden.

## 4. Wirtschaftlich messbarer Vorteil

Für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 73 ff. oder §§ 74 ff. StGB sollte es auf den wirtschaftlich messbaren Vorteil ankommen, insbesondere da der Gesetzgeber dem Zuwachs im Vermögen des Täters maßgebliche Bedeutung im Bereich der Vermögensabschöpfung zugemessen hat.<sup>28</sup> Angesichts der sich entwickelnden Rechtsprechung des BGH ist nach Auffassung des Autors der Gesetzgeber gehalten, eine Klarstellung im Gesetz insofern zu verankern, dass die §§ 74 ff. StGB im Falle eines Vermögenzuwachses in Gestalt eines wirtschaftlich messbaren Vorteils beim Täter ausgeschlossen sein sollten. Dies hat für den Beispielsfall die Konsequenz, dass sowohl für Tatlohn als auch für die übrige Cannabismenge eine Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB in Betracht kommt. Dem steht auch nicht der Gedanke entgegen, dass der Täter für Drogen Geld hergegeben hat und nun vermeintlich doppelt belastet wird. Im Falle des Tatlohns hat der Täter seine Arbeitskraft, also einen wirtschaftlich messbaren Wert, zur Verfügung gestellt. Auch bei einem – als klaren Fall der Vermögensabschöpfung einzuordnenden – Betrug sind Konstellationen denkbar, bei denen trotz Hingabe eines Vermögenswertes das erlangte Etwas insgesamt abzuschöpfen ist. Man denke etwa an das betrügerisch erlangte Kunstgemälde unter Vorspiegelung seiner Wertlosigkeit und Hingabe eines Alibibetrages. Eben dieses Ergebnis ist vom Gesetzgeber unter Anlehnung an bereicherungsrechtliche Grundsätze so gewollt.

## VI. Fazit

Aufgrund der Orientierungswirkung und Hilfestellung für die Tatgerichte sollte – unabhängig einer gesetzgeberischen Intervention – eine einheitlich klare Vorgehensweise gehandhabt werden. Unter diesen Umständen erscheint es in keiner Weise verwunderlich, dass sich Tatgerichte in Fragen der Einziehung unsicher sind und im Rahmen der Revisionskontrolle insbesondere Einziehungsangelegenheiten im Hinblick auf vorhandene Rechtsfehler an prominenter Stelle stehen.

Die sich hier stellenden Fragen sind zudem nicht lediglich dogmatischer Natur, sondern weisen enorme Auswirkungen für die Praxis auf. Insbesondere der unterschiedliche Haftungsumfang im Rahmen der §§ 73c, 74c StGB sei hier nur angemerkt. Nach der vom Verfasser vertretenen Ansicht würde auch bei Betäubungsmittel- und Cannabisdelikten eine Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB möglich sein. Dem könnte man durch eine restriktive Handhabung der § 73c StGB oder § 421 Abs. 1 StPO entgegenwirken, etwa indem den Tatgerichten in bestimmten Fällen ein Ermessen zugebilligt wird.<sup>29</sup> Insbesondere im Jugendstrafrecht könnte dies ein gangbarer Weg sein. Denkbar wäre auch eine Kumulation beim Vorliegen von Jugend- und Betäubungsmittel- beziehungsweise Cannabisstrafrecht.

26 BT-Drucks. 18/9525, 51.

27 Vgl. BT-Drucks. 18/9525, 79.

28 BT-Drucks. 18/9525, 61.

29 Unter Bezugnahme auf die leichtfertige Geldäsche s. hierzu *Mangalia*, ZWH 2023, 328 ff.

Akademischer Rat a.Z. Dr. Sören Lichtenthäler, Universität Mainz

# Eigentum an „verbotenen“ Sachen und strafrechtlicher Vermögensschutz

Eine Replik auf Bechtel, wistra 2024, 403

In wistra 2024, 403 ff. hat Bechtel gegen die Überlegung des Verfassers, dass Erwerbs- und Besitzverbote von der Art, wie sie in § 29 Abs. 1 Nr. 1, 3 BtMG normiert sind, der Begründung und der Übertragung von Eigentum an den ihnen unterfallenden Sachen nicht entgegenstehen, verschiedene Einwände erhoben. In Auseinandersetzung mit der Argumentation Bechtels verteidigt Verfasser seine These noch einmal und legt außerdem dar, weshalb er der Ansicht ist, dass es nicht erforderlich ist, ein dergestalt erworbenes Eigentum im Wege der teleologischen Reduktion aus dem Anwendungsbereich der Eigentumsdelikte auszunehmen.

## I. Einleitung

Nach ganz herrschender Meinung sind die betäubungsmittelrechtlichen Verbote des Erwerbs und der Veräußerung Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB und § 958 Abs. 2 BGB und stehen damit (jedenfalls) sowohl einem rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums an den ihnen unterfallenden Sachen als auch einem solchen qua Aneignung entgegen.<sup>1</sup> Anlässlich meiner Kritik<sup>2</sup> an dieser Annahme hat Bechtel es in seinem Beitrag in wistra 2024, 403 ff., unternommen, sie zu rechtfertigen, und darüber hinaus zu begründen, weshalb Betäubungsmittel keinen strafrechtlichen Vermögensschutz genießen, wenn ihr Besitz nicht erlaubt ist. Beide Annahmen möchte ich nun wiederum zum Anlass nehmen, im Folgenden meine Sicht der Dinge unter Berücksichtigung der Einwände Bechtels erneut darzulegen.

## II. Der Erwerb von Eigentum an Betäubungsmitteln

Sachen, deren Besitz grundsätzlich verboten ist (im Folgenden auch: „verbotene“ Sachen), sind nicht dergestalt „verkehrsunfähig“, dass sie schlechterdings eigentumsunfähig wären.<sup>3</sup> An ihnen kann prinzipiell also Eigentum begründet werden, was ja allein schon deshalb zweckmäßig ist, weil manche Personen, nämlich solche, die über die entsprechenden Erlaubnisse verfügen, durchaus mit ihnen umgehen, „verkehren“ dürfen und es daher sinnwidrig wäre, sie per se aus dem Kreis möglicher Rechtsobjekte auszuschließen. Dementsprechend unproblematisch ist denn auch der Erwerb von Eigentum an ihnen, so man über eine entsprechende Umgangsberechtigung verfügt.

Wie aber, wenn überhaupt, ist ein Eigentumserwerb möglich, wenn das nicht der Fall ist?

### 1. Der Standpunkt der herrschenden Meinung

Nach herrschender Meinung stehen Regelungen, die, wie § 29 Abs. 1 Nr. 1, 3 BtMG etwa, den Erwerb oder Besitz bestimmter

Dinge verbieten, einem Eigentumserwerb immer, aber auch nur dann entgegen, wenn der einschlägige Erwerbstatbestand einen entsprechenden Verbotsvorbehalt aufweist, wie etwa § 134 BGB für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb oder § 958 Abs. 2 BGB für den kraft Aneignung. Lässt sich dem Erwerbstatbestand ein entsprechender Vorbehalt dagegen nicht entnehmen wie etwa bei §§ 947 f., 950, 953 ff. BGB, misst die herrschende Meinung etwaigen Verbotsgesetzen keine Bedeutung bei.<sup>4</sup> Letzterem hat Wolters mit Blick auf den Anbau illegaler Betäubungsmittel (§§ 953 ff. BGB) und deren Herstellung (§ 950 BGB) mit eingehender Begründung widersprochen.<sup>5</sup> Wie Bechtel halte aber auch ich den Erwerb von Eigentum in diesen Fällen für konstruktiv unumgänglich, ohne dass an dieser Stelle (erneut) ausführen zu wollen.<sup>6</sup>

Konsequenz dieser Sicht ist – am Beispiel von Betäubungsmitteln –, dass zwar etwa deren Anbauer oder Hersteller Eigentum an ihnen erwerben kann, die nachfolgenden Abnehmer dagegen nicht. Nimmt man die international-privatrechtliche Dimension in den Blick, kann das, je nach der insoweit gem. Art. 43 Abs. 1 EGBGB maßgeblichen *lex rei sitae*, auch bedeuten, dass das Eigentum dauerhaft beim ausländischen Drogenproduzenten verbleibt. Entsprechendes gilt dann für ähnliche Dinge wie (Kriegs-)Waffen,<sup>7</sup> wobei es hier primär um Betäubungsmittel gehen soll.

### 2. Zur Kritik der herrschenden Meinung

#### a) Zur Irrelevanz der Zuordnung von Eigentum für die Umgangsverbote des BtMG

Zumeist wird der soeben skizzierte Standpunkt nicht näher begründet. Das liegt möglicherweise daran, dass er auf den ersten

1 BGHSt 31, 145 (147 f.); BGHSt 33, 233 = NJW 1985, 2773; BGH NSTZ-RR 2019, 382; NSTZ 2020, 24; BeckRS 2020, 15820.

2 Lichtenthäler, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 111 ff.; ders., NJW 2024, 1696 (1698 f.).

3 Zu „eigentumsunfähigen“ Sachen: Korves, Eigentumsunfähige Sachen, 2014, S. 72 ff., 132 ff.; zum Begriff der Verkehrsunfähigkeit: Lichtenthäler, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 76 ff.

4 Vgl. BGH NJW 2006, 72; Marcelli, NSTZ 1992, 220; Vitt, NSTZ 1992, 221. Der Erwerb durch Ersitzung müsste auf Basis der h.M. allerdings ebenfalls unwirksam sein, näher: Lichtenthäler, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 84 f.

5 Wolters in FS Samson, 2010, S. 495 (500 ff.).

6 Bechtel, JR 2017, 192 (200); ders., wistra 2024, 403 (405); eingehend: Lichtenthäler, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 87 ff.

7 Vgl.: BGH NSTZ 2004, 554 (WaffG); beckOGK/Schermaier, Stand: 1.9.2024, § 958 Rz. 24 f.; beckOGK/Klinck, Stand: 1.9.2024, § 134 Rz. 45.

Blick evident richtig erscheint. Ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB steht dem Erwerb von Eigentum (qua Rechtsgeschäft) entgegen, wenn es sich gerade gegen diesen richtet, was bei Umgangsverboten, die explizit auch den Erwerb umfassen, den Eindruck einer analytischen Wahrheit erweckt. Der Eindruck täuscht aber, wenn „Erwerb“ (oder „Veräußerung“) in dem einen Kontext etwas anderes meint als in dem anderen – und so ist es jedenfalls bei Umgangsverboten von der Art jener im BtMG normierten durchgängig. Diese untersagen nämlich nicht den Erwerb von Eigentum an den von ihnen umfassten Dingen, sondern den der tatsächlichen Sachherrschaft, weil es ihnen ausschließlich darum geht, vor den Gefahren zu schützen, die von der Sache selbst oder dem Umgang mit ihr ausgehen könnten, und diese Gefahren mit der dinglichen Zuordnung ersichtlich nichts zu tun haben.<sup>8</sup> M.a.W.: Ihrem Schutzzweck nach richten sich derartige Umgangsverbote nicht gegen die Übertragung oder Begründung von Eigentum an den ihnen unterliegenden Objekten, weshalb es unter diesem Blickwinkel jedenfalls nicht erforderlich ist, entsprechende Rechtsgeschäfte gem. § 134 BGB als nichtig anzusehen. Aus demselben Grund ist es auch nicht per se widersprüchlich, einen Eigentumserwerb zuzulassen, nur weil die zu ihm führende Handlung, die Herstellung von Eigenbesitz, verboten ist.<sup>9</sup> Denn verboten ist dies bei den hier in Rede stehenden Umgangsverboten des BtMG nicht, weil die damit einhergehende Begründung oder Übertragung von Eigentum in irgendeiner Form missbilligt wäre,<sup>10</sup> sondern, wie gesagt, allein deshalb, weil damit irgendwelche Gefahren einhergehen könnten (hier vor allem die abstrakte Gefahr der Abgabe und damit der mittelbaren Fremdgefährdung). Es geht also schlicht darum, verschiedene Ebenen auseinanderzuhalten: die Frage der privatrechtlichen Zuordnung von Rechten an der betreffenden Sache einerseits und die Gründe, aus denen öffentlich-rechtlich der Umgang mit den jeweiligen Sachen untersagt wird, andererseits.

Dementsprechend ist es auch nicht maßgeblich, dass Umgangsverbote wie die hier in Rede stehenden zumindest ein für die Übereignung grundsätzlich notwendiges Element, scil.: die Übergabe, verbieten.<sup>11</sup> Denn die Übergabe und ihre Surrogate als Ausdruck des Traditionsprinzips sind teleologisch auf die Rechtsübertragung bezogen. Sie haben insoweit, grob gesagt, nämlich schlicht die quasi formelle Funktion, dass der bisherige Eigentümer durch die Manifestation der Aufgabe seines Eigenbesitzwillens zugleich dokumentiert, dass es ihm ernst ist mit dem Eigentumsübergang.<sup>12</sup> Das ist aber selbstverständlich nicht der Grund, weshalb das BtMG die Übertragung der Sachherrschaft verbietet. Es nimmt daher nicht wunder, dass sich auch Fälle denken lassen, in denen ein Vorgang, der zivilrechtlich eine Übergabe bzw. ein Übergabesurrogat darstellt, betäubungsmittelstrafrechtlich überhaupt nicht erfasst ist.

Beispielhaft: A besucht seinen Freund B. Als er hastig aufbricht, um seinen Bus noch zu erwischen, fällt ihm unbemerkt ein Beutel mit fünf MDMA-Tabletten aus der Jackentasche. Das registriert B, der die Tabletten für A aufbewahrt und ihn am nächsten Tag darauf hinweist. Aus Dank über die Ehrlichkeit seines Freundes bietet A ihm an, er möge die Tablette mit Smiley-Prägung für sich behalten, was B annimmt. Zivilrechtlich haben sich A und B darüber geeinigt, dass B über den Wechsel des Eigenbesitzes hinsichtlich einer der von ihm aufbewahrten Sachen geeinigt, was *sub specie* Traditionsprinzip für den Eigentumsübergang gem. § 929 S. 2 BGB hinreichend ist. Gleich-

wohl unterfällt diese Form der Übergabe hier keinem der Umgangsverbote des BtMG: Für einen Erwerb bzw. eine Veräußerung (in diesem Sinne) fehlt es an der Begründung tatsächlicher Sachherrschaft – die hatte B schon vor der Einigung als unmittelbarer (Fremd-)Besitzer inne; für ein Handeltreiben fehlt es (jedenfalls) an der dazu erforderlichen Eigennützigkeit.<sup>13</sup> Ein anderer Fall wäre der, dass eine Gruppe, die mittäterschaftlich Betäubungsmittel erworben hat, die Gesamtmenge unter ihren Mitgliedern aufteilt. Weil hier keine „Erweiterung des Bezugskreises“ droht, ist der Schutzzweck des BtMG nicht berührt und das entsprechende Verhalten daher nicht von § 29 Abs. 1 BtMG erfasst,<sup>14</sup> obwohl rein äußerlich durch aus Erwerbs- und Abgabehandlungen bzw., zivilrechtlich betrachtet, Übergaben stattfinden.

Nicht jede (zivilrechtliche) Begründung von Eigenbesitz ist also zugleich ein Erwerb oder „Sich-Verschaffen“ im Sinne des BtMG, was letztlich nur die Folge dessen ist, dass beide Rechtsgebiete denselben Vorgang unter völlig unterschiedlichen Perspektiven beurteilen und sich das Betäubungsmittelrecht für Fragen des Eigentums nicht interessiert.

Aus diesem Grund ist auch der „erst recht“-Schluss, den *Bechtel* zieht, dass, wenn schon die Begründung der tatsächlichen Verfügungsgewalt umfassend verboten ist, erst recht ein „(Voll-)Rechtserwerb ausscheiden müsse“,<sup>15</sup> ungültig, da beide Fragen auf kategorial unterschiedlichen Ebenen liegen, nämlich einmal auf einer faktischen (Sachgewalt), einmal auf einer rechtlichen (Rechtszuordnung), und daher keiner quantitativen Abstufung zugänglich sind.

Daran ändert auch der von ihm ins Spiel gebrachte Umstand nichts, dass das BtMG zugleich Mittel zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität sein soll, und dass es diesem Zweck zuwiderliefe, innerhalb solcher Strukturen einen Rechtserwerb zuzulassen.<sup>16</sup> Denn das wäre nur dann der Fall, wenn die Zuordnung von Eigentum oder deren Ausbleiben in diesen Zusammenhängen irgendeinen (negativen) Anreiz setzen würde. Den Mitgliedern der organisierten Drogenkriminalität dürfte es aber vollkommen egal sein, ob sie an den von ihnen gehandelten Substanzen formell Eigentum erwerben oder nicht. Denn allein dadurch vermögen sie ihre Interessen tatsächlich nicht besser oder schlechter durchzusetzen, da es angesichts der Gefahr, sich selbst der Strafverfolgung auszusetzen, in die-

8 Vgl. fürs Waffenrecht: BT-Drucks. VI/2678, 26; MünchKomm/StGB/B. Heinrich, 4. Aufl. 2022, KrWaffG § 1 Rz. 179 ff.; § 2 Abs. 2; fürs BtMG nur: MünchKomm/StGB/Oğlakcioğlu, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rz. 787 ff., 947 ff. m.w.N.

9 So wohl aber *Bechtel*, wistra 2024, 403 (406).

10 Das unterscheidet sie m.E. von den artenschutzrechtlichen Verboten des BNatSchG (vgl. § 44 BNatSchG), die deshalb zumindest einer Aneignung gem. § 958 Abs. 2 BGB entgegenstehen, näher: *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 106 ff., 140 f.

11 *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 111 ff.; zust.: beckOGK-BGB/Klinck, Stand: 1.9.2024, § 929 Rz. 79.

12 Zum Hintergrund des Traditionsprinzips: MünchKomm/BGB/Oechsler, 9. Aufl. 2023, § 929 Rz. 3; eingehend: *Ernst*, Eigenbesitz und Mobiliererwerb, 1992.

13 Zu dieser Voraussetzung: MünchKomm/StGB/Oğlakcioğlu, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rz. 284.

14 BGHSt 37, 147 (149).

15 *Bechtel*, wistra 2024, 403 (406).

16 Vgl. *Bechtel*, wistra 2024, 403 (406).

sen Kreisen eher fernliegen dürfte, irgendwelche vermeintlichen (Herausgabe-)Ansprüche gerichtlich durchzusetzen, zumal dies, weil auf einen rechtswidrigen Zustand gerichtet, ohnehin nicht möglich wäre.<sup>17</sup> Abgesehen davon ist die Konsequenz der herrschenden Meinung ja schlicht die, dass es (zuletzt jedenfalls) der Produzent der „verbotenen“ Sache ist, der Eigentümer bleibt, mithin also ein Akteur, der der organisierten Kriminalität typischerweise jedenfalls nicht fernerstehen dürfte als die weiteren Abnehmer.

Der Zweck von Umgangsverboten wie denen des BtMG fordert daher keinerlei sachenrechtlichen Konsequenzen: Er steht weder der Begründung noch der Übertragung von Eigentum an den betreffenden Sachen im Wege.

## b) Zur Irrelevanz der Umgangsverbote für die Zuordnung von Eigentum

Vermutlich hat das Bedürfnis, Übereignungsgeschäften im Rahmen illegalen Betäubungsmittelhandels die Wirksamkeit zu versagen, aber auch weniger mit den jeweiligen Umgangsverboten und deren konkreten Zwecken zu tun als vielmehr mit einem bestimmten Verständnis dessen, was die Zuordnung von Eigentum bedeutet. Ist es nicht bis zur Absurdität widersprüchlich, jemandem Eigentum und damit das „umfassendste Herrschaftsrecht“ unserer Rechtsordnung an einer Sache zuzuordnen, die er nicht einmal besitzen darf – und das (unter Umständen) auch noch aufgrund eines Vorgangs, der (wie die Begründung tatsächlicher Sachherrschaft im Falle von Betäubungsmitteln) bei Strafe verboten ist?<sup>18</sup> Die Antwort lautet: Nur auf den ersten Blick. Ein (Wertungs-)Widerspruch läge darin nur dann, wenn das Eigentum an einer Sache immer mit irgendeinem notwendigen Mindestinhalt von aktuell ausübaren (Nutzungs-)Befugnissen aufwarten müsste, um seinen Namen zu verdienen. Das ist aber nicht der Fall.<sup>19</sup> Eigentum bedeutet gemäß dem abstrakten Eigentumsbegriff des BGB zwar, dass einer Person allen anderen gegenüber die Totalität der Rechte an einer Sache zugewiesen ist, setzt aber nicht voraus, dass dem Eigentümer die Ausübung irgendeines dieser Rechte auch aktuell erlaubt (oder möglich) sein müsste.<sup>20</sup> Die an sich oder potentiell totalen Befugnisse des Eigentümers bestehen immer nur, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter aktuell entgegenstehen, § 903 S. 1 BGB. Eigentum an einer Sache, deren Besitz öffentlich-rechtlich verboten ist, ist daher mit dem Eigentumsbegriff des BGB problemlos vereinbar. Es ist auch nicht bar jeden Sinns, weil Eigentum in seiner Potentialität „elastisch“ ist. Sobald die jeweiligen öffentlich-rechtlichen Schranken fallen, darf der Eigentümer seine Sache insofern wieder ohne weiteres ungehindert nutzen. Beispielhaft: Solange Cannabis dem BtMG unterfiel, war sein Besitz schlechthin untersagt; seit dem 1.4.2024 ist dieser wie der Erwerb in bestimmten Grenzen erlaubt: Die von § 903 S. 1 BGB an sich garantierten Freiheiten der Cannabiseigentümer lebten an diesem Tag wieder entsprechend auf.

Bleibt möglicherweise noch das Unbehagen, ein missbilligtes Verhalten wie den illegalen Erwerb von Betäubungsmitteln auch noch mit dem Eigentumsrecht zu „belohnen“. Aber, wie schon gesagt, die Frage der Eigentumsverhältnisse dürfte für die Beteiligten illegaler Betäubungsmittelgeschäfte solange gleichgültig sein, wie sie faktisch keinen Unterschied macht, ein etwaiger Eigentumserwerb also auch keinerlei zusätzlichen Anreiz bieten. Im Übrigen ist es systematisch nicht Aufgabe

des Sachenrechts, sondern des Einziehungs- bzw. in privatrechtlicher Perspektive des Bereicherungsrechts, rechtlich ungewollte Vermögensverschiebungen zu korrigieren.

## c) Zivilrechtliche Friktionen der herrschenden Meinung: § 817 S. 2 BGB

Letzterer Gedanke leitet über zu einem weiteren Argument für die hier vertretene These.<sup>21</sup> Nimmt man an, der Veräußerer „verbotener“ Sachen, etwa der aus eigener Produktion verkaufende Drogendealer, übertrage sein Eigentum an den jeweiligen Abnehmer, richtet sich eine (theoretische) Rückabwicklung dieser Geschäfte wegen der (unstreitigen) Nichtigkeit der Verpflichtungsgeschäfte nach Bereicherungsrecht. Einem Anspruch auf Herausgabe der erlangten Sachen (hier: der Betäubungsmittel) stünde dann § 817 S. 2 BGB entgegen, weil das Rechtsgeschäft gesetzeswidrig war. Behält der Veräußerer dagegen, wie von der herrschenden Meinung angenommen, sein Eigentum, hätte er einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, auf den § 817 S. 2 BGB unmittelbar nicht anwendbar ist, so dass dessen Wertung unterlaufen würde. Um letzteres zu verhindern, bedarf es eines entsprechenden Analogieschlusses oder eines Rückgriffs auf § 242 BGB.<sup>22</sup> Dass die herrschende Meinung zu einer derartigen rechtsfortbildenden Konstruktion genötigt ist, ist ein starkes Indiz, dass sie mit der Gesetzessystematik des BGB nicht vereinbar ist. Aus diesem Grund spricht übrigens generell viel dafür, die Frage, wann ein in Erfüllung eines Verpflichtungsgeschäfts geschlossenes Verfügungsgeschäft wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit als nichtig zu erachten ist, mit Blick darauf zu beantworten, ob es vor dem Hintergrund der jeweiligen gesetzlichen Wertungen sinnvoll ist, dass der Veräußerer sein Eigentum behält und damit in den Genuss des Vindikationsanspruch gelangt.<sup>23</sup>

## d) Strafrechtliche Folgeprobleme der herrschenden Meinung

Rechtspraktische Probleme wirft die herrschende Meinung allerdings vor allem im Strafrecht auf. Dies zum einen selbstverständlich im Rahmen der Eigentumsdelikte, wenn man deren Tatobjekte zivilrechtsakzessorisch bestimmt und auch „verbotene“ Sachen – wie die hier thematischen – für taugliche Tatobjekte hält (dazu sogleich), aber nicht nur dort.<sup>24</sup> Ein weiterer

17 Ausnahmen bestätigen die Regel, s. LG Flensburg BeckRS 2009, 5421 (wobei es sich beim Kläger wohl eher nicht um einen Angehörigen der organisierten Kriminalität gehandelt haben dürfte).

18 Vgl. Wolters in FS Samson, 2010, S. 495 (501, 509); s.a. MünchKomm/BGB/Oechsler, § 929 Rz. 35. Möglicherweise zielt die Kritik von Bechtel, wistra 2024, 403 (406), ebenfalls darauf.

19 Zum Folgenden: Lichtenthäler, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 97 ff.; ders., NJW 2024, 1696 (Rz. 15).

20 Zu diesem Eigentumsbegriff: Olzen, JuS 1984, 328; eingehend: Klose, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht, 2016, S. 171 ff. Ähnlich das Konzept von Waldron, The Right to Private Property, 1991, S. 35, 38 f.

21 Hierzu näher: Lichtenthäler, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 123 ff.

22 Vgl. LG Flensburg BeckRS 2009, 5421.

23 Vgl. Dauner, JZ 1980, 495 (498); Lichtenthäler, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 130 ff.

24 Das übersieht Bechtel, wistra 2024, 403 (406 f.).

Kontext, in dem es auf die Eigentumslage an solchen Dingen ankommen kann, ist der der Einziehung. Der Einziehung können solche Gegenstände insbesondere als Tatprodukte gem. § 74 Abs. 1 StGB und, da es an einer entsprechenden Anordnung wie der des § 33 S. 1 BtMG normalerweise nicht fehlen wird, als Tatobjekte gem. § 74 Abs. 2 StGB unterliegen, wobei in dem Fall, dass Betäubungsmittel beispielsweise als Entgelt für eine Straftat dienen, auch deren Einziehung als Taterträge gem. § 73 StGB in Betracht kommt. Geht es um die Einziehung der „verbotenen“ Sache selbst, kann die Frage, wer ihr Eigentümer ist, bei unbehebaren Zweifeln zwar in der Regel offenbleiben, da typischerweise auch die Voraussetzungen der Dritteinziehung gem. § 74a StGB und jedenfalls die der Sicherungseinziehung gem. § 74b Abs. 1 StGB erfüllt sein dürften.<sup>25</sup> Zum „Schwur“ kommt es jedoch, wenn eine Wertersatzeinziehung gem. § 74c Abs. 1 StGB angeordnet werden soll. Hat etwa der Tatbeteiligte die unerlaubt besessenen Betäubungsmittel mittlerweile konsumiert, kann deren Wert nur dann eingezogen werden, wenn festgestellt werden kann, dass sie zur Zeit der Tat in seinem Eigentum standen (selbst wenn „an sich“ auch die Voraussetzung für eine Dritteinziehung vorgelegen haben).<sup>26</sup> Dafür müsste auf Grundlage der oben skizzierten herrschenden Meinung aber die Verwirklichung eines den Eigentumserwerb zulassenden Erwerbstatbestands nachgewiesen werden, der Beschuldigte also etwa Hersteller der in Rede stehenden Dinge gewesen sein. War er dagegen (wie es der forensische Regelfall sein dürfte) selbst „nur“ Abnehmer, kommt eine Einziehung des Wertersatzes danach nicht in Betracht. Ein weiterer Fall, in dem es auf die Eigentumsverhältnisse ankäme, wäre die „formlose Einziehung“, da diese nach herrschender Meinung, die sie als materiell-rechtliche Verfügung deutet, streng genommen, nur dann möglich sein dürfte, wenn der Beschuldigte auch rechtlicher Inhaber des Gegenstands ist, in dessen Einziehung der Beschuldigte einwilligt (und den Strafverfolgungsbehörden dadurch Arbeit erleichtert).<sup>27</sup>

### 3. Fazit

Nach dem Gesagten ist die Annahme, dass Umgangsverbote wie die des BtMG einen Erwerb von Eigentum an den ihnen erfassten Sachen gem. § 134 BGB oder § 958 Abs. 2 BGB hindern, zum einen also weder erforderlich noch hat sie irgendeinen greifbaren Nutzen und führt zum anderen zu vermeidbaren Friktionen und Folgeproblemen, und zwar sowohl im Zivilrecht selbst als auch im Strafrecht. Sie sollte deshalb verabschiedet werden.

### III. „Verbotene“ Sachen als taugliche Tatobjekte von Eigentumsdelikten?

Wie einleitend angekündigt, möchte ich abschließend noch auf die andere These *Bechtels* eingehen, wonach illegal besessene Betäubungsmittel bzw. generell Sachen, deren Besitz dem ihn Innehabenden verboten ist, im Wege einer teleologischen Reduktion aus dem Anwendungsbereich der Eigentumsdelikte herauszunehmen seien. Ähnlich wie seinerzeit der 2. Strafsenat in einem Anfragebeschluss<sup>28</sup> begründet er dies hauptsächlich damit, dass das Strafrecht anderenfalls eine rein formale, materiell aber völlig entleerte Rechtsposition schütze, was mit dem sonst angenommenen Schutzzweck der Eigentumsdelikte, der durch das Eigentum vermittelten tatsächlichen Verfügungs-

möglichkeiten, unvereinbar sei.<sup>29</sup> Die unausgesprochene (hier geteilte und deshalb nicht näher erörterte) Prämisse dieses Arguments ist zunächst, dass das Strafrecht nur rechtlich anerkannte Freiheiten garantieren soll, es also wertungswidersprüchlich wäre, wenn das Strafrecht solche Positionen bewehrte, die die Rechtsordnung sonst missbilligt, und daran auch etwaige generalpräventive Erwägungen nichts ändern. Im Übrigen funktioniert das Argument nach meinem Verständnis wie folgt.<sup>30</sup>

Rechtsgut der Eigentumsdelikte ist die rechtlich anerkannte Freiheit des Einzelnen, mit seinen Sachen grundsätzlich nach Belieben zu verfahren. Ist der Besitz einer Sache verboten, heißt das, dass die Rechtsordnung selbst die tatsächlichen Möglichkeiten des Umgangs mit ihr missbilligt – gerade die Freiheit, die die Verbotsnormen der Eigentumsdelikte schützen sollen, ist nicht rechtlich anerkannt. Das Eigentum an einer solchen Sache durch Eigentumsdelikte zu bewahren, wäre daher (wertungs-)widersprüchlich. Deshalb ist der Anwendungsbereich der Eigentumsdelikte entsprechend zu reduzieren.

Dieser Begründung nach dürfte die „Reduktionsthese“<sup>31</sup> nur für solche Sachen gelten, deren Besitz (grundsätzlich) schlechthin untersagt ist.<sup>32</sup> Denn wenn der Besitz nur unter bestimmten Voraussetzungen wie dem Vorliegen etwaiger Absichten oder ähnliches verboten ist, können diese ja mehr oder minder leicht entfallen und damit die Eigentumsfreiheit wieder entsprechend aufleben. Aber auch in solchen Fällen stellen sich gewisse Grenzfragen. So ist es bei manchen prinzipiell umfassenden Besitzverboten ja möglich, die Sache so zu verändern, dass sie diesen nicht mehr unterliegt. Ein Eigentümer von (Kriegs-)Waffen beispielsweise könnte diese im Einzelfall dergestalt unbrauchbar machen, dass ihm ihr Besitz fortan nicht mehr oder wenigstens nicht rundheraus verboten ist.<sup>33</sup> Von vorherein sinnlos muss das nicht sein (vielleicht ist er ja Sammler von Militaria). Weshalb sollten die Eigentumsdelikte nicht auch diese Freiheit schützen? Oder wäre in solchen Fällen eine Ausnahme von der teleologischen Reduktion zu machen, und, wenn ja, wie weit reichte sie? Vielleicht ist es ja auch bei man-

25 Wenn offenbleibt, ob sie im Eigentum des Tatbeteiligten oder eines Dritten standen, aber in jedem Fall die jeweiligen Einziehungsvoraussetzungen erfüllt sind, wird man eine Einziehung auf wahldeutiger Grundlage für zulässig halten müssen, vgl. *Eser/Schuster* in *Schönke/Schröder*, 30. Aufl. 2019, § 74a Rz. 14.

26 S. nur: BGH NSTZ-RR 2019, 382 (383); MünchKomm/StGB/*Joeks/Meißner*, § 74c Rz. 5 m.w.N.

27 Näher und kritisch zu dieser Deutung der „formlosen Einziehung“: *Korves*, ZStW 134 (2022), 483 (485 ff., 489 f.).

28 BGH wistra 2016, 395.

29 *Bechtel*, wistra 2024, 403 (407 f.); BGH wistra 2016, 395; s. aus der Literatur noch: *Engel*, NSTZ 1991, 520 ff.; MünchKomm/StGB/*Schmitz*, 4. Aufl. 2021, § 242 Rz. 16 ff.; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 242 Rz. 5a; *Hillenkamp*, FS Achenbach, 2011, S. 189 (204 f.).

30 Vgl. *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 173 f.

31 Terminologie nach *Wall*, Valutaverhältnis, 2010, Rz. 1271 f.

32 Dazu näher: *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 165 ff.

33 Vgl. für Kriegswaffen die auf Grundlage von § 13a KrWaffKontrG erlassene Verordnung über die Unbrauchbarmachung von Kriegswaffen und über den Umgang mit unbrauchbar gemachten Kriegswaffen (BGBl. I 1318); das WaffG sieht für unbrauchbar gemachte Schusswaffen spezielle Regelungen vor, vgl. § 1 Abs. 3, §§ 37b, 37d WaffG.

chen Betäubungsmitteln möglich, sie entsprechend unbrauchbar zu machen?<sup>34</sup>

Diese Fragen verweisen indes auf ein anderes, grundlegendes Problem.<sup>35</sup> Der Besitz ist in den meisten Fällen nämlich nicht deshalb verboten, weil schon er selbst, d.h. das bloße Haben der Sache für sich genommen, missbilligt wäre, sondern weil er eine mögliche Vorstufe für eine Fremdgefährdung sein könnte. So wird das Verbot des Besitzes von Betäubungsmitteln überwiegend damit begründet, dass von ihm die (abstrakte) Gefahr ausgehe, dass man sie an andere abgeben und so der Möglichkeit einer Selbstschädigung aussetzen könnte.<sup>36</sup> Die mit dem Konsum einhergehende Gefahr einer Selbstschädigung des Besitzers selbst ist dagegen, jedenfalls offiziell, kein Grund für das Verbot, weil eine solche ja auch sonst, wenn und soweit damit kein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre einhergeht, erlaubt ist und sein muss. Deshalb ist ja auch der bloße Ge- oder Verbrauch von Betäubungsmitteln keine durch das BtMG verbotene Weise des Umgangs. Der Besitz ist in diesen Fällen also nicht untersagt, weil der Einzelne die „verbotene“ Sache nicht für sich selbst, bildlich gesprochen: in den eigenen vier Wänden, soll nutzen können, sondern weil nie ausgeschlossen werden kann, dass er mit ihr nicht doch irgendwann (auch) andere in Gefahr bringen könnte. Er dient bloß als Anknüpfungspunkt für die Vermutung potentieller Fremdgefährdungen, deren Eintritt oder auch nur Beabsichtigung daher weder abgewartet noch (zur „Entlastung“ der Strafverfolgungsbehörden) nachgewiesen werden muss.<sup>37</sup> Paradox formuliert: Schon der bloße Besitz ist zwar verboten, aber materialiter als solcher eigentlich nicht missbilligt, sondern nur insoweit, als er (irgendwann möglicherweise) zu einer Schädigung anderer führen könnte.

Diese teleologischen Erwägungen sind meines Erachtens zentral, um zu beurteilen, welche Auswirkungen solche Besitzverbote für den Anwendungsbereich der Eigentumsdelikte haben sollen. Entscheidend ist nicht allein, dass der Besitz einer Sache verboten ist, sondern aus welchen Gründen, da davon abhängt, ob dadurch gerade der Freiheit rechtliche Anerkennung versagt wird, um deren Schutz es dem Eigentumsrecht und, davon abgeleitet, den Verbotsnormen der Eigentumsdelikte geht. Haben diese Gründe (wie im Fall von Betäubungsmitteln und den meisten anderen Fällen) nichts damit zu tun, dass gerade der Besitz als eine private Herrschaftssphäre missbilligt wäre, dann richtet sich das jeweilige Besitzverbot seiner Wertung nach gerade nicht durchweg gegen jene Freiheit. Es führt dann zwar im Ergebnis dazu, dass dem Rechtsinhaber als legale Verhaltensoptionen nur noch Vernichtung, Konsumtion oder, falls möglich, „Unbrauchbarmachung“ verbleiben. Das ist aber gleichsam nur der Kollateralschaden, der daraus entsteht, dass das Verbot schon an den bloßen Besitz anknüpft, um durch diese weite Vorverlagerung präventiv jedes (noch so geringe) Risiko auszuschalten und repressiv mögliche Beweisprobleme zu umgehen.<sup>38</sup> Mit Blick auf diese Wertungen ist das „private Haben“ der Sache in diesen Fällen also nicht „wirklich“ missbilligt, weshalb es auch keinen Wertungswiderspruch darstellt, sie dem Schutzbereich der Eigentumsdelikte zu unterstellen, und es mir daher nicht angezeigt erscheint, die Eigentumsdelikte insoweit teleologisch zu reduzieren.<sup>39</sup>

Anders liegt es dagegen bei solchen Normen, denen (auch) die gesetzgeberische Wertung zugrunde liegt, dass die ihnen unterfallenden Sachen von niemandem privat besessen werden sollen, weil sie der Menschheit insgesamt zugeordnet sind (*res*

*communes omnium*), also (nach meiner Lesart) bei den natur- und pflanzenschutzrechtlichen Erwerbs- und Besitzverboten des § 44 BNatSchG.<sup>40</sup> Sollte an solchen Objekten trotz dieser Wertung Eigentum begründet werden, existiert dieses wertungsmäßig tatsächlich nur „formal“ und liegt deshalb außerhalb des legitimen Anwendungsbereichs der Eigentumsdelikte. Zu entsprechenden Ergebnissen käme man selbstverständlich auch mit Blick auf Betäubungsmittel, wenn man beispielsweise meinte, der Besitz von Betäubungsmitteln sei deshalb verboten, weil er Ausdruck eines mit rechtlichen Mitteln zu bekämpfenden Lebensstils (einer Gegenkultur) sei, weil es sich bei (solchen) Drogen um „geächtete Gegenstände“<sup>41</sup> handele oder weil der Konsum zu hohe soziale Folgekosten habe. – Alles Erwägungen jedoch, deren Vereinbarkeit mit den Grundprinzipien eines liberalen Rechtsstaates vom Typus des Grundgesetzes, vorsichtig formuliert, zweifelhaft erscheint.<sup>42</sup>

#### IV. Eigentum an „verbotenen“ Sachen als Bestandteil strafrechtlich geschützten Vermögens?

Ob das Eigentum an „verbotenen“ Sachen der Art von Betäubungsmitteln auch Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens (im engeren Sinn) ist, hängt trivialerweise vom jeweiligen Vermögensbegriff ab. Auf Grundlage einer „rein“ wirtschaftlichen Vermögens- und Schadenslehre, wonach alles, was tatsächlich Geldwert hat, ungeachtet seiner rechtlichen Anerkennung zum Vermögen gehört, ist die Lage klar: Der kompensationslose Verlust des Besitzes auch solcher Sachen begründet einen Schaden.<sup>43</sup> Geht man dagegen davon aus, dass zum Ver-

34 Es wäre dann die Frage, ob die Eigentumsdelikte auch das Eigentum an weitgehend nutzlosen Dingen schützen sollen, wobei die Nützlichkeit selbstverständlich immer aus Sicht des Eigentümers zu beurteilen ist.

35 S. zum Folgenden ebenfalls am Beispiel von Betäubungsmitteln: *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 214 ff.

36 Vgl. MünchKomm/StGB/Oğlakcıoğlu, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rz. 1055; Patzak in Patzak/Fabricius, 11. Aufl. 2024, BtMG § 29 Rz. 993.

37 Der Gesetzgeber hat das Besitzverbot des BtMG explizit mit der Umgehung entsprechender Nachweisprobleme begründet (BT-Drucks. VI/1877, 9). Gesetzeskritisch: Köhler, ZStW 104 (1992), S. 3 (15 ff., 20 ff.).

38 Ähnlich unter Verweis auf die Prohibition von Alkohol und Nachweisen aus der US-amerikanischen Rechtsprechung: *Dubber*, J. Crim. L. & Criminology 91 (2001), 829 (907, 943); *Green*, Thirteen Ways to Steal a Bicycle, 2012, S. 211 ff.

39 Aus ähnlichen Gründen überzeugt mich der Vorschlag *Hoyers* (FS Fischer, 2018, S. 361) nicht, im Rahmen von Tatbeständen, die die Absicht rechtswidriger Zueignung voraussetzen, den dafür erforderlichen Vorsatz rechtswidriger Enteignung zu verneinen, wenn sie sich auf Betäubungsmittel beziehen, die der Einziehung unterliegen, da dies die Wertung impliziere, dass die Sachen ihrem (formalen) Eigentümer (materiell) nicht zugewiesen seien. Abgesehen davon, dass diese Einschränkung nur bei Zueignungsdelikten funktioniert, obwohl nach dem Grundansatz ja gerade auch das Unrecht einer etwaigen Sachbeschädigung verneint werden müsste, erscheint es kurzschlüssig, aus der Möglichkeit der Einziehung zu folgern, dass die davon erfassten Dinge (vermögensmäßig) nicht zugeordnet sein sollten, näher dazu: *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 168 ff. I. Erg. ähnlich: *Bechtel*, wistra 2024, 403 (408).

40 *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 106 ff., 140 f., 212.

41 *Fiolka*, Das Rechtsgut, Bd. 2, 2006, S. 884. S. a.: *Jakobs*, Rechtsgüterschutz, 2012, S. 34.

42 Vgl. dazu m.w.N.: *Lichtenthäler*, Besitzverbot und Eigentumsschutz, 2020, S. 213 f.

43 S. nur: RGSt 44, 230; OGHSt 2, 193 (200 ff.); BGHSt 2, 364; 8, 254; BGH NSTZ-RR 2017, 244; BGH wistra 2018, 41; BGH NSTZ-RR 2018, 221.

mögen nur dasjenige rechnet, das sich im Rahmen eines Austauschgeschäfts legal zu Geld machen lässt, stellt also auf den legalen Geldwert ab,<sup>44</sup> so ist das nicht der Fall, weil die Verbote des Erwerbs, der Veräußerung, des Handeltreibens usw. dem entgegenstehen, und zwar, jedenfalls bei Betäubungsmitteln, auch wertungsmäßig, da ja gerade eine solche Abgabe an andere als Ermöglichung einer Selbstgefährdung missbilligt ist. Unterfällt ein Tatobjekt zwar dem Schutzbereich der Eigentumsdelikte, nicht aber dem der Vermögensdelikte im engeren Sinne, bedeutet das freilich, dass es zu sachgrundlosen Ungleichbehandlungen gleichgelagerter Fälle kommen kann, da es ja mitunter von Zufälligkeiten (d.h. wertungsmäßig irrelevanten Umständen) des Sachverhalts abhängt, ob ein Verhalten nun den Tatbestand der (räuberischen) Erpressung bzw. des Betrugs oder aber den des Raubes bzw. des Diebstahls erfüllt. Solche Ungereimtheiten sind jedoch keine Besonderheit der hier thematischen Konstellationen, sondern schlicht die Konsequenz, wenn man, wie die herrschende Meinung, für das Vorliegen eines Vermögensschadens immer einen in Geld bezifferbaren negativen Saldo verlangt. Sie können sich deshalb auch bei völlig harmlosen Sachen einstellen, wenn diese sich aus tatsächlichen Gründen nicht zu Geld machen lassen. Diese Probleme zu vermeiden, ist nur möglich, wenn man den Begriff des Vermögensschadens so bestimmt, dass er per se auch den Verlust all jener Sachen umfasst, die auch taugliche Tatobjekte eines Eigentumsdelikts sein können.<sup>45</sup> Damit steht man allerdings nicht mehr auf Basis einer, wie auch immer gearteten, „wirtschaftlichen“ Schadensdefinition. Will man diese nicht verlassen, zugleich aber die Wertung berücksichtigen, dass Geschäfte über „verbotene“ Sachen missbilligt sind, erscheinen einem die entsprechenden Widersprüche wohl tolerabel und wären dann auch im hier thematischen Zusammenhang hinzunehmen.

## V. Fazit

Besitz- und Erwerbsverbote, die wie die des BtMG mit der Gefährlichkeit der ihnen unterliegenden Dingen legitimiert werden, stehen weder der Begründung noch der Übertragung von Eigentum an den betroffenen Sachen entgegen, weil die Frage, wem diese sachenrechtlich gehören, ihren Schutzzweck nicht berührt und es sich deshalb nicht um Verbotsgesetze i.S.v. §§ 134, 958 Abs. 2 BGB handelt. Wenn und weil der Besitz einer Sache also nicht deshalb verboten ist, weil niemand sie unter Ausschluss aller anderen für sich selbst soll nutzen können, ist es auch nicht wertungswidersprüchlich, das Eigentum an ihnen durch die Eigentumsdelikte strafrechtlich zu bewahren. Es ist daher nicht erforderlich, deren Anwendungsbereich insoweit teleologisch zu reduzieren. Ein solches Eigentumsrecht unterfällt nicht dem strafrechtlich geschützten Vermögen im engeren Sinne, wenn man zu diesem ausschließlich solche Positionen rechnet, die sich legal zu Geld machen lassen. Will man die daraus resultierenden Wertungswidersprüche zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten vermeiden, ist dies konsequent nur möglich, wenn man den Begriff des Vermögensschadens von vornherein so bestimmt, dass er stets das Eigentum an solchen Sachen umfasst, die auch taugliche Tatobjekte der Eigentumsdelikte sein können.

44 Vgl. etwa: *Samson*, JA 1989, 510 (514); *Hoyer*, FS Samson, 2010, S. 339 ff.; *Hoyer* in SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 263 Rz. 118.

45 So dezidiert der funktionale Vermögens- und Schadensbegriffs *Kindhäusers*: NK-StGB/*Kindhäuser/Hoven*, 6. Aufl. 2023, § 263 Rz. 35 ff., 275 ff.; *Lichtenthäler*, ZfStW 2022, 77.

*Akademischer Mitarbeiter Dr. Alexander Bechtel, Universität Tübingen*

# Duplik auf Lichtenthäler, Eigentum an „verbotenen“ Sachen und strafrechtlicher Vermögensschutz, wistra 2025, 10 ff.

*Der Autor geht auf die Einwände gegen seine in wistra 2024, 403 ff. dargelegten Überlegungen zur Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung von illegalen Betäubungsmitteln ein und begründet kurz, warum die angeführten Argumente ihn nicht überzeugen.*

I. In der Replik auf meinen Beitrag in wistra 2024, 403 ff. (Zur Unmöglichkeit der Übertragung des Eigentums an Betäubungsmitteln – Zugleich Plädoyer für eine Versagung des eigentumsstrafrechtlichen Schutzes) untermauert *Lichtenthäler* seine Auffassung, wonach die Umgangsverbote des Betäubungsmittelrechts für Fragen des Eigentumserwerbs in einem umfassenden Sinne irrelevant seien. Das bedeutet: Auch illegale Betäubungsmittel sollen durch Rechtsgeschäft zu Eigentum er-

worben werden können. Überdies soll – für den Fall der Herrenlosigkeit – ein Eigentumserwerb durch Inbesitznahme möglich sein, ohne dass dies durch ein gesetzliches Aneignungsverbot i.S.d. § 958 Abs. 2 BGB verhindert werde.<sup>1</sup>

Um es vorweg zu nehmen: Die Überlegungen *Lichtenthälers* stoßen – wie er zu Recht feststellt<sup>2</sup> – in eine Begründungslücke,

1 Einigkeit besteht dagegen darüber, dass ein gesetzlicher Eigentumserwerb im Rahmen der Herstellung und Ernte der Substanzen (nach Maßgabe der §§ 950, 953 BGB) möglich ist; vgl. *Bechtel*, wistra 2024, 403 (405); *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10.

2 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 f.

die von der h.M. bei der Postulierung der Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung bei illegalen Betäubungsmitteln belassen wird. Zwar ist man sich – von strafrechtlicher wie auch von zivilrechtlicher Seite (!) – dahingehend einig, dass die Umgangsverbote aus § 29 BtMG sich als den rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang hindernde Verbote nach Maßgabe des § 134 BGB erweisen.<sup>3</sup> Doch wird dies kaum einmal eingehender begründet. Für § 958 Abs. 2 BGB und die Frage, ob die Verbotsvorschriften des BtMG als Aneignungsverbot zu begreifen sind, gilt dies noch in verstärktem Maße. In wistra 2024, 403 ff. ging es daher auch darum, die (insoweit für zutreffend gehaltene) Position der h.M. auf ein solideres Fundament zu stellen, wozu sich eine kritische Auseinandersetzung mit der – konträren – Position *Lichtenthälers* anbot.

II. Im Kern betrifft die Meinungsverschiedenheit die Frage, in welcher Beziehung die (öffentlich-rechtlichen) Umgangsverbote des Betäubungsmittelrechts und die auf den Eigentumserwerb gerichteten Erwerbstatbestände des Bürgerlichen Rechts stehen. Dabei sei klargestellt, dass auch vom hiesigen Standpunkt aus die Unterschiedlichkeit der Regelungsebenen anerkannt wird, mithin durchaus nicht in Abrede gestellt wird, dass das Betäubungsmittelrecht (mit seinen Umgangsverboten) vor dem Hintergrund der mit der Verbreitung der Substanzen einhergehenden tatsächlichen Gefahren zu sehen ist,<sup>4</sup> ohne dass damit unmittelbar „die Frage der privatrechtlichen Zuordnung von Rechten“<sup>5</sup> (mit-)entschieden würde. Überdies besteht – anders als von *Lichtenthäler* nahegelegt – kein Dissens darüber, dass Begriffe wie „Erwerb“ und „Veräußerung“ „in dem einen Kontext etwas anderes mein[en] als in dem anderen“<sup>6</sup>. Gleichwohl können die beiden Ebenen miteinander in Beziehung treten; sie können dies namentlich dort, wo das Privatrecht (generalklauselartig) ein Einfallstor für Verbotsgesetze bereithält, was – soweit es hier interessiert – in Gestalt der §§ 134, 958 Abs. 2 BGB der Fall ist. Ausgehend von diesem Beziehungs- oder Berührungspunkt ist sodann zu fragen, ob das jeweilige Verbotsgesetz (auch) den Zweck verfolgt, einen Rechtserwerb zu verhindern. Dies kann man – je nach Verbotsgesetz – unterschiedlich beurteilen. *Lichtenthäler* kommt – mit durchaus nachvollziehbaren Argumenten – zu dem Schluss, dass „sich das Betäubungsmittelrecht für Fragen des Eigentums nicht interessiert“.<sup>7</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist dagegen aus den umfassenden (tatsächlichen) Umgangsverboten abzuleiten, dass auch und erst recht ein Rechtserwerb auszuschließen hat.<sup>8</sup> Darin liegt eben kein „ungültiger“ Schluss<sup>9</sup>, sondern eine mögliche (und von der ganz h.M. – in der Regel freilich nur stillschweigend – geteilte) Deutung, die andere Deutungen indes nicht ausschließt. Man kann also über die vom BtMG (mit-)verfolgten Intentionen durchaus unterschiedlicher Auffassung sein. Der Vorwurf, wonach eine Deutung, die eine Relevanz der Verbotsvorschriften (auch) für die Frage des Eigentumserwerbs bejaht, eine von vornherein unzulässige Ebenenver-schränkung bedeute, erweist sich indes als unzutreffend.

III. Im Übrigen sei nur auf einzelne Punkte hingewiesen: 1. Das weiter von *Lichtenthäler* bemühte Argument, wonach die Verhinderung eines Rechtserwerbs in den Strukturen der organisierten Kriminalität zu deren Bekämpfung nichts beizutragen vermöge, weshalb die vom BtMG (mit-)intendierte Eindämmung ebensolcher Strukturen gleichfalls keine Grundlage für die hier eingenommene Position biete,<sup>10</sup> erweist sich auf den ersten Blick als stimmig. Indes liegt in dieser Kritik eine Ver-

kürzung des Ursprungsarguments: So wurde auf den vom BtMG (mit-)verfolgten Zweck abgestellt, „soziale bzw. gesellschaftspolitische Schäden zu verhindern, die finanzstarke kriminelle Vereinigungen hervorrufen“.<sup>11</sup> Unter einem gesellschaftspolitischen Schaden kann durchaus auch das Unverständnis größerer Bevölkerungskreise in Reaktion auf die (potentielle) Möglichkeit, innerhalb krimineller Strukturen Eigentum an „verbotenen Sachen“ (insbesondere Betäubungsmitteln) zu erwerben, gefasst werden. Mag darin auch nicht das stärkste Argument für eine Relevanz der Umgangsverbote des BtMG für die Frage des Eigentumserwerbs liegen, so sollte der Gedankengang doch in seiner Gänze wiedergegeben werden.

2. Soweit *Lichtenthäler* – mit Blick auf eine von mir befürwortete teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte<sup>12</sup> – anmahnt, es sei „nicht allein [entscheidend], dass der Besitz einer Sache verboten ist, sondern aus welchen Gründen“,<sup>13</sup> ist dem insoweit zuzustimmen, als die Gründe, aus denen der (formale) Eigentümer in der Ausübung seines Eigentumsrechts beschränkt ist, durchaus berücksichtigungsfähig sind bei Beantwortung der Frage, ob eine teleologische Reduktion in Betracht kommt.<sup>14</sup> Allerdings überzeugen die von *Lichtenthäler* speziell für den Betäubungsmittelbesitz gezogenen Konsequenzen nicht: Allein daraus, dass der Konsum für sich genommen nicht unter Strafe steht, mithin (auch) das Besitzverbot nicht vor Selbst-, sondern vor potentieller Fremdgefährdung schützen soll, lässt sich nicht folgern, dass „das ‚private Haben‘ der Sache in diesen Fällen also nicht ‚wirklich‘ missbilligt“ sei.<sup>15</sup> Das „private Haben“ ist gesetzlich umfassend missbilligt, der Besitz steht nun einmal unter Strafe. Das sind die „harten Fakten“, an denen zu bemessen ist, in welchem Umfang eine Einschränkung der Eigentümerbefugnisse vorliegt.

3. Schließlich noch eine Anmerkung zum Verhältnis von strafrechtlichem Eigentums- und Vermögensschutz: Ob und inwieweit es im Verhältnis von strafrechtlichem Eigentumsschutz und strafrechtlichem Vermögensschutz bei illegalen Betäubungsmitteln als Tat- bzw. Verfügungsobjekten zu Friktionen kommt, hängt nicht nur davon ab, ob man – mit *Lichtenthäler* – einen Eigentumserwerb insoweit in weitem Umfang zulässt oder ob man – bei Festhalten an einem Erwerbshindernis – eine teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte erwägt, sondern auch davon, welchen Vermögensbegriff man (zugleich) zugrunde legt.<sup>16</sup> *Lichtenthäler* sieht ein friktionsloses Zusammenwirken von Vermögens- und Eigentumsschutz durch Hinwendung zu einem funktionalen Vermögens- und Schadens-

3 Vgl. die Nachweise bei *Bechtel*, wistra 2024, 403 (405) mit Fn. 19.

4 So ausdrücklich *Bechtel*, wistra 2024, 403 (406).

5 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (11).

6 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (11).

7 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (11).

8 *Bechtel*, wistra 2024, 403 (406).

9 So aber *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (11).

10 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (11 f.).

11 *Bechtel*, wistra 2024, 403 (406), unter Verweis auf die Kommentierung von *Oğlakcioğlu* (dort m.w.N.).

12 Vgl. *Bechtel*, wistra 2024, 403 (407 f.) m.w.N.

13 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (14).

14 Vgl. *Bechtel*, wistra 2024, 403 (407 f.), mit Blick auf das Insolvenzverfahren.

15 So aber *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (14).

16 So auch der Hinweis bei *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (14 f.).

begriff gewährleistet, wonach der Vermögensschaden so zu bestimmen sei, „dass er per se auch den Verlust all jener Sachen umfasst, die auch taugliche Tatobjekte eines Eigentumsdelikts sein können“.<sup>17</sup> Damit müsste man sich – was *Lichtenthäler* selbst hervorhebt – allerdings davon verabschieden, „für das Vorliegen eines Vermögensschadens immer einen in Geld bezifferbaren negativen Saldo [zu] verlang[en]“.<sup>18</sup> Ob dies überzeugend ist, ist aber eine andere Frage, die eigenständiger Erörterung bedürfte. Als im Ergebnis genauso friktionsfrei erwiesene sich – jedenfalls für illegale Betäubungsmittel – der Weg, den Schutz der Substanzen durch die Vermögensdelikte unter Zugrundelegung einer juristisch-ökonomischen Betrachtungsweise zu versagen,<sup>19</sup> um im Bereich der Eigentumsdelikte mit einer teleologischen Reduktion zu arbeiten.

IV. Die hier geführte Debatte um die Bedeutung der Umgangsverbote des Betäubungsmittelrechts für die Frage des Eigentumserwerbs mag als Beleg dafür dienen, dass sich hinter dem im Zusammenhang mit den Eigentumsdelikten häufig anzu-

treffenden Verweis auf die „formale Eigentumslage“ zahlreiche Fragestellungen verbergen, deren weitere wissenschaftliche Durchdringung nicht an vermeintlichen Gewissheiten scheitern sollte. Denn darin stimmen *Lichtenthäler* und ich überein: Der Umgang der h.M. mit illegalen Betäubungsmitteln als Tatobjekte der Eigentumsdelikte ist kritisch zu hinterfragen – sei es nun mit Blick auf die (vorgelagerten) zivilrechtlichen Erwerbsvorgänge, sei es mit Blick auf eine mögliche Schutzzweckverfehlung (und der etwaigen Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion). Wenn die hiesige Diskussion nicht „nur“ auf den Austausch von Argumenten beschränkt bleibt, sondern auch einen Anstoß zu weiteren Stellungnahmen liefert, ist darin ein besonderer Gewinn zu sehen.

17 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (15).

18 *Lichtenthäler*, wistra 2025, 10 (15).

19 Vgl. dazu *Bechtel*, wistra 2024, 403 mit Fn. 7 (m.w.N.).

## Aufsätze in Zeitschriften und Festschriften

**Rechtsanwalt Dr. Thomas Richter / wissenschaftlicher Mitarbeiter Benedict Detemple,  
Frankfurt/M.**

### Arbeitsstrafrecht

#### Aufsätze in Zeitschriften

1. **Frank Bayreuther, Mehr Rechtssicherheit für die Betriebsratsvergütung. Zur Novelle der §§ 37 IV und 78 BetrVG, NZA 2024, 946**

**Richard Giesen, Neue Regeln zur Betriebsratsvergütung, NJW 2024, 2281**

**Matthias Jacobs, Der Gesetzesentwurf zur Neuregelung der Betriebsratsvergütung: eine Einladung zur Betriebsratsbegünstigung?, BB 2024, 117**

**Markus Stoffels, Der Gesetzesentwurf zur Betriebsratsvergütung – eine erste Bewertung, BB 2024, 1204**

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ist nicht nur „ein arbeitsrechtlicher Dauerbrenner“ (*Jacobs*), sondern beschäftigt seit Jahren auch die Strafrechtspraxis. Betriebsratsmitglieder dürfen nach § 78 S. 2 BetrVG wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Wenn ein Vorstand oder Prokurist einer Aktiengesellschaft unter Verstoß gegen dieses betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot einem Mitglied des Betriebsrats ein überhöhtes Arbeitsentgelt gewährt, kann hierdurch der objektive Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB erfüllt sein, wie der 6. BGH-Strafsenat in seinem Leitsatzurteil vom 10.1.2023 (6 StR 133/22, wistra 2023, 292) festgestellt hat.

Ogleich sich der BGH in seiner Urteilsbegründung auch auf die Rechtsprechung des BAG bezog, sah sich das Urteil insbesondere aus dem arbeitsrechtlichen Schrifttum grundsätzlicher Kritik ausgesetzt und führte nach der Beobachtung von *Bayreuther* zu einem „für die Praxis kaum erträglichen Graubereich“. Infolge der entstanden Rechtsunsicherheiten wurde in nicht wenigen Unternehmen die Betriebsratsvergütung zur Vermeidung etwaiger Untreuestrafbarkeitsrisiken präventiv gekürzt, was dann aber in einigen Fällen als Reaktion des Betriebsrats wiederum Strafanträge wegen des Vorwurfs einer – mit der Vergütungskürzung vermeintlich einhergehenden – Behinderung oder Störung der Betriebsratstätigkeit zur Folge hatte. Der Gesetzgeber sah sich deshalb alsbald zu Klarstellungen in § 37 Abs. 4 sowie in § 78 S. 2 BetrVG veranlasst, um – so die Gesetzesbegründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des BetrVG – negative Folgen für die betriebliche Mitbestimmung insgesamt auszuschließen, ohne dabei die Möglichkeit der Aufklärung und Ahndung von Verstößen gegen das Begünstigungsverbot einzuschränken.

Diese Neuregelungen werden im bisherigen Schrifttum überwiegend positiv bewertet. Nach *Bayreuther* sei nun nochmals klargestellt, dass dem Arbeitgeber bei der Festsetzung der Betriebsratsvergütung ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zukommt. Die Neuregelungen „lenken den Blick des Strafrechts wieder auf die wirklich relevanten Fälle“, in denen sich die Beteiligten „in der Oktave vergreifen“. Insoweit gelte „nach wie vor: Beförderungen über mehrere Hierarchiestufen

hinweg, Betriebsratsgehälter im Fantasiebereich oder sonstige Ausreißer sind und bleiben unzulässig“. Nach der Prognose von *Bayreuther* wird das Gesetz zugunsten von Unternehmensleitern im Strafrecht „Rückwirkung“ erlangen (§ 2 Abs. 3 StGB). Bei § 37 Abs. 4 und § 78 S. 2 BetrVG handele es sich „um blankettausfüllende Normen, die den Begünstigungstatbestand konstitutiv begrenzen“. *Stoffels* – ebenso wie *Bayreuther* Sachverständiger im Gesetzgebungsverfahren – sieht in den gesetzlichen Neuregelungen „einen wichtigen Beitrag zur (Wieder-)Herstellung der Rechtssicherheit“ und eine mittelbare Stärkung der betrieblichen Mitbestimmung. Kritisch beurteilt er hingegen, dass verhältnismäßig viele Auslegungsdirektiven, Beispiele und Erläuterungen in die Gesetzesbegründung verlagert worden sind, zumal nicht ausgeschlossen werden könne, dass die künftige Rechtsprechung unbeeindruckt hiervon anderen Auslegungselementen den Vorzug gibt. Nach der Einschätzung von *Giesen* eröffnet die nunmehr zugelassene Gestaltung des Vergütungssystems durch Betriebsvereinbarung (§ 37 Abs. 4 S. 4 und S. 5 BetrVG) einerseits die Möglichkeit, zu einer rechtssicheren Auswahl an Vergleichspersonen zu kommen, birgt aber zugleich „auch ein erhebliches Risiko kollusiver Besser- oder Schlechterstellungsstrategien“. Ausgesprochen kritisch fällt das Fazit von *Jacobs* aus: Weder bestehe in der Sache ein Reformbedarf, noch führten die vielen neuen unbestimmten Rechtsbegriffe zu mehr Rechtsklarheit. Im Gegenteil seien die den Betriebs- und Arbeitsvertragsparteien eingeräumten Spielräume „viel zu groß“ und machten die Neuregelungen „den Bock zum Gärtner“ und öffneten der Betriebsratsbegünstigung „Tür und Tor“.

**2. Stefan Lunk, Neue sozialversicherungsrechtliche Spielregeln für die Ein-Personen-GmbH. Das Arbeitsverhältnis „über Bande“, ArbRB 2024, 310**

**Hans Theile, Konkurrenzen und Beteiligung an Straftaten nach § 266a StGB – Überlegungen zu BGH, Urt. v. 6.9.2023 – 1 StR 57/23, NZWiSt 2024, 205**

**Michael Lindemann/Jan Bauerkamp, Einziehung bei Vergleichsvereinbarung mit Sozialversicherungsträger, StV 2023, 764**

Die Strafvorschrift des § 266a StGB und Fragen rund um die Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen waren im Berichtszeitraum Gegenstand verschiedener Beiträge. Darunter finden sich etwa Hinweise auf neue sozialrechtliche Rechtsprechung zur Einordnung von Ein-Personen-Kapitalgesellschaften (*Lunk*), eine Einordnung der konkurrenzrechtlichen Beurteilung bei Beihilfehandlungen durch den 1. BGH-Strafsenat (*Theile*) und praxisrelevante Anmerkungen zu Vergleichsvereinbarungen mit dem Sozialversicherungsträger im Blickwinkel des Einziehungsrechts (*Lindemann/Bauerkamp*).

Dass der Straftatbestand des § 266a StGB eine besondere Rolle bei der Tätigkeit von Scheinselbstständigen hat, dürfte ebenso bekannt sein wie der Umstand, dass die Trennlinie zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung auch im Strafrecht zumeist der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts folgt. Aufgrund dieser Tragweite der sozialrechtlichen Statusfeststellung lesenswert sind die Ausführungen von *Lunk*, in welchen der Autor die Aufmerksamkeit auf drei jüngere Entscheidungen des BSG zur Statusfeststellung lenkt. Insbesondere im Gesundheitssektor habe sich die Praxis bisher bei – tatsächlich gelebter – Eingliederung einer Person in den Betrieb des

Auftraggebers zur Vermeidung einer abhängigen Beschäftigung einer zwischengeschalteten Ein-Personen-Kapitalgesellschaft als Auftragnehmer bedient. Die natürliche Person fungiere dabei als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft. Diese Form der bisher selbstständigen Tätigkeit sei nach Ansicht von *Lunk* nun „maßgeblich erschwert“. Denn das BSG habe sich in drei Fällen über die „gesellschaftsrechtlich gezogenen Grenzen“ hinweggesetzt und eine abhängige Beschäftigung des Alleingeschafters beim Auftraggeber angenommen. Dabei verbleiben nach Auffassung des Autors „bei allem Verständnis für das Ergebnis dogmatische Fragezeichen“. Letztlich habe die Praxis aber die Entscheidung des BSG zu befolgen.

*Theile* ordnet das Urteil des 1. BGH-Strafsenats vom 6.9.2023 (1 StR 57/23, wistra 2024, 288) für die Praxis ausführlich ein. Dabei beleuchtet *Theile* die Konkretisierungsversuche des 1. Strafsenats zur konkurrenzrechtlichen Beurteilung mehrerer Beihilfehandlungen, wenn Schwarzlohn über mehrere Monate hinweg gezahlt wird. Im Ergebnis diene die Entscheidung dazu, „der Praxis Grenzen im Hinblick darauf zu setzen, selbstständige Tatbestandsverwirklichungen unter dem Gesichtspunkt der Identität der Ausführungshandlung zur Tateinheit zu verbinden“. Künftig sei im Sinne der Entscheidung nicht (mehr) „vorschnell auf eine einheitliche Beihilfe im Sinne des § 52 StGB“ abzustellen. Vielmehr müsse Tatmehrheit vorliegen, wenn eine eigenständige Beihilfehandlung einer eigenständigen Haupttat zugeordnet werden könne. Wer diese Prüfung nicht vornehme, beschwere den Gehilfen u.a. mit Blick auf die Verjährung von Einzeltaten. Dass mit der Annahme von Tatmehrheit für den Gehilfen „nicht nur eine Verschlechterung der Position des Beschuldigten“ einhergehe, sei „das Verdienst dieses Urteils“. Praktisch relevant ist die von *Theile* erläuterte konkurrenzrechtliche Einordnung ferner für die Strafzumessung unter § 266a StGB.

Am 26.5.2023 beschloss das KG (4 Ws 31/23, wistra 2023, 301), dass ein Vergleich zwischen den Einziehungsstellen der Sozialversicherung die Einziehung des – vollen – Wertes der Taterträge aus § 266a StGB nicht ausschließe. § 73e Abs. 1 StGB bezwecke nicht, dass sich der Einziehungsadressat bei einer auch allgemeinschützenden Norm durch einen Vergleich mit dem Verletzten auf Kosten der Allgemeinheit schadlos halten könne. Dagegen wendet sich die Anmerkung von *Lindemann* und *Bauerkamp*. Die Vergleichsfreundlichkeit des § 73e Abs. 1 StGB bei rein individualschützenden Delikten lasse sich „sehr wohl auch auf § 266a StGB“ übertragen. Das durch § 266a StGB auch geschützte Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Beitragsaufkommens sei weder quantifizierbar noch durch eine Auskehr des Erlangten an die Einzugsstellen zu heilen. Wenn ein Vergleich mit den Einzugsstellen abgeschlossen und auf diesen geleistet werde, sei die Vermögensabschöpfung daher auch unter § 266a StGB umfassend ausgeschlossen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des 5. BGH-Strafsenats vom 23.2.2024 (5 StR 284/23, wistra 2025, 505; dazu *Keßler*, NZWiSt 2024, 452), in welcher der BGH einerseits den Grundsatz aufstellt, dass der „staatliche Anspruch auf (Wertersatz-)Einziehung bei Normen mit doppeltem Schutzzweck oder bei tateinheitlicher Verletzung von Straftatbeständen, die einerseits Individual- und andererseits Universalrechtsgüter schützen, nur insoweit erlischt, als der Verletzte das Erlangte oder dessen Wert erhält“ (Rz. 25), und dann andererseits – unter ausdrücklichem Hinweis auf die

Entscheidung des KG – die Frage offenlässt, ob „dieser Grundsatz auch gelten kann, wenn der Vergleich zwischen dem Einziehungsadressaten und staatlichen Stellen geschlossen wird, die auch die Interessen der Allgemeinheit vertreten“ (Rz. 26).

### 3. *Thomas Niklas, Neun häufige arbeitsrechtliche Versäumnisse, die teuer werden können ...! Ein Überblick über wichtige bußgeldbewehrte Pflichten von Unternehmen, ArbRB 2024, 19*

*Saskia MacLaughlin/Helen Kanic/Maximilian Plote, Compliance: Minimierung der Risiken bei der Beschäftigung von Ausländern, DB 2024, 2293*

Die Einhaltung der bestehenden und stetig neu hinzukommenden arbeitsrechtlichen Pflichten stellt insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen oft eine große – immer häufiger auch nicht mehr zu bewältigende – Herausforderung dar. Hierzu bietet die einsteigerfreundliche Darstellung von *Niklas* über „häufig vernachlässigte Verpflichtungen“ des Arbeitgebers, „deren Verletzung für Unternehmen teuer werden können“, eine wertvolle Hilfe. Der Autor gibt dem Leser zu zahlreichen bußgeld- oder strafbewehrten Pflichten des Arbeitgebers jeweils knappe Hinweise aus der Praxis an die Hand. Dies umfasst Pflichten zur Bekanntmachung von Gesetzen und Kollektivvereinbarungen, Nachweispflichten aus dem noch immer jungen Nachweisgesetz, datenschutzrechtliche (Unterrichtungs-)Pflichten des Arbeitgebers, denen in der Praxis „vielfach keine oder nur sehr geringe Bedeutung beigemessen werde“, Pflichten des Arbeitsschutzes und der Arbeitssicherheit, Pflichten zur Einhaltung der Arbeitszeit, zum Hinweisgeberschutz und zur Einbindung von Schwerbehindertenvertretungen.

Wer darüber hinaus Arbeitnehmer nicht-deutscher Staatsangehörigkeit beschäftigt, findet in der Ausarbeitung von *MacLaughlin, Kanic* und *Plote* Aufklärung und Handlungsempfehlungen, um Bußgelder und Strafbarkeits- sowie Reputationsrisiken durch arbeitsstrafrechtlich relevante Fehler in Arbeitsverhältnissen mit Ausländern zu vermeiden.

## Aufsätze in Festschriften

### 4. *Björn Gercke, Alexander Ignor und der Begriff des Arbeitsstrafrechts in FS für Alexander Ignor zum 70. Geburtstag, 2023, 265*

Mit dem vor über 20 Jahren erstmals erschienenen „Handbuch Arbeitsstrafrecht“, bei dem *Alexander Ignor* als Mitherausgeber und Mitautor fungiert, erhielt die Entwicklung des Arbeitsstrafrechts wichtige Impulse. Aus diesem Grund ging *Gercke* – Mitbegründer eines nicht minder einflussreichen arbeitsstrafrechtlichen Handbuchs – in der Festschrift für *Ignor* der Frage auf den Grund, was der Begriff des Arbeitsstrafrechts, das aus dem Verteidigeralltag „nicht mehr hinwegzudenken“ ist und sich seit über 100 Jahren trennscharfen Grenzen entzieht, denn eigentlich bedeutet.

Weiter als das klassische Strafrecht müsse der Begriff des Arbeitsstrafrechts sicherlich sein. Andernfalls würden zahlreiche Ordnungswidrigkeiten, „die auch für den Arbeitgeber mit sehr weitreichenden Konsequenzen“ verbunden sind und die sich in der arbeitsstrafrechtlichen Praxis von Straftaten sowieso nur „graduell unterscheiden“, „unter den Tisch“ fallen. Anders als das klassische Strafrecht sei das Arbeitsstrafrecht zudem, weil es durch die Anknüpfung an das Arbeitsrecht „nicht allein dem öffentlichen Recht zugeordnet werden“ könne, sondern über einen „privatrechtlichen Einschlag“ verfüge, insbesondere in Form der Akzessorietät an das Privatrecht.

Unter dieser Prämisse lässt *Gercke* mit einem Fokus auf die jüngere Vergangenheit unterschiedliche enge, weite, materielle, funktionale und formale sowie „grenzenlose“ Begriffsdefinitionen des Arbeitsstrafrechts seit Weimarer Zeiten Revue passieren. Der sehr lesenswerte Beitrag ruft die Notwendigkeit in Erinnerung, über den Tellerrand des § 266a StGB hinaus die zahlreichen arbeitsrechtlichen Nebengebiete und nicht zuletzt auch die (straf-)prozessualen Besonderheiten im Blick zu behalten.

# Rechtsprechung

## Bundesgerichtshof

### Sukzessive Mittäterschaft bei Betrug

StGB § 25 Abs. 2

Mittäterschaft kann auch dann vorliegen, wenn sich eine Person einer zunächst fremden Tat nach deren Beginn und vor ihrer Beendigung als Täter in Kenntnis und unter Billigung des bisherigen Tatablaufs anschließt und ihr Handeln noch Einfluss auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs hat. Eine solche sukzessive Zurechnung setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Hinzutretende in der Vorstellung handelt, die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs durch sein eigenes Handeln weiter zu fördern oder diesen zu vertiefen. (nicht amtl.)

BGH, Beschl. v. 17.7.2024 – 5 StR 161/24  
(LG Dresden)

**Stichworte:** *Betrug – sukzessive Mittäterschaft*

### Aus den Gründen

I. Das LG hat den Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges unter Einbeziehung von Strafen aus einem früheren Urteil zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Die hiergegen mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten erweist sich als unbegründet i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO. 1

Nach den Feststellungen beteiligte sich der Angeklagte bei der Organisation des Erwerbs einer sog. Mantelgesellschaft und deren wirtschaftlicher Neugründung durch den gesondert Verfolgten N. Dieser beabsichtigte, die Aktiengesellschaft zu betrügerischen Zwecken zu nutzen, um unter Vorspiegelung eines ordnungsgemäß wirtschaftenden Unternehmens nichtexistierende oder wertlose Aktien an Anleger im deutschsprachigen Raum zu verkaufen. Der Angeklagte kümmerte sich in der Folge um den Erwerb einer weiteren Mantelgesellschaft. Käufer war eine vom gesondert Verfolgten N. beherrschte Gesellschaft mit Sitz in der Türkei. Vorstand der zu errichtenden Gesellschaft sollte der weitere gesondert Verfolgte R. werden, da der Angeklagte aufgrund einer Vorstrafe wegen Betrugs und Marktmanipulation nach eigener Einschätzung hierfür ausschied. In Abstimmung mit dem gesondert Verfolgten N. beauftragte er eine Rechtsanwalts- 2

gesellschaft mit der rechtlichen Betreuung des Firmenerwerbs und Einrichtung eines Treuhandkontos für die Käuferin, worauf Grundkapital, Kaufpreis und später die Anlegergelder eingezahlt werden sollten. Gegenüber dem Treuhänder war der Angeklagte, wie auch R., ermächtigt, Anweisungen betreffend das Treuhandkonto und die dort verwahrten Gelder zu erteilen.

- 3 Zum Vertrieb der Aktien bediente sich N. eines von ihm in der Türkei betriebenen Callcenters. In der Zeit vom 15.11.2019 bis 14.1.2020 zahlten 42 Geschädigte im Vertrauen auf die zugesagte Übertragung von Aktien und deren Werthaltigkeit insgesamt 474.982 € ein, die auf dem Treuhandkonto einer Rechtsanwalts-gesellschaft verwaltet wurden.
- 4 Der Angeklagte hatte zunächst keine Kenntnis von den kriminellen Absichten. Spätestens am 26.11.2019, nach Erhalt einer E-Mail des Treuhänders, in der dieser auf erhebliche Zahlungseingänge von Anlegern trotz unzureichender vertraglicher Grundlagen hinwies, wusste er, dass Aktien einer nichtexistierenden Gesellschaft ohne werthaltige Gegenleistung veräußert wurden. Er unternahm nichts, um die Einzahler zu unterrichten oder eine Rückzahlung an sie zu veranlassen. Zudem nahm er weitere Einzahlungen von 32 Geschädigten i.H.v. insgesamt 347.782 € zumindest billigend in Kauf. Darüber hinaus beteiligte er sich an dem vom gesondert Verfolgten N. beherrschten Betrugskonstrukt, indem er in zwei Telefonaten den Irrtum eines Anlegers über die ordnungsgemäße Verwendung seines eingezahlten Geldes aufrechterhielt. Ferner bemühte er sich auf Bitten des gesondert Verfolgten N. am 18.12.2019 darum, den Treuhänder zur Überweisung der auf dem Treuhandkonto verwahrten Anlegergelder an die von N. geführte Gesellschaft zu veranlassen, was jener verweigerte. Nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens wurden die noch beim Treuhänder befindlichen Anlegergelder zurückgezahlt.
- 5 Der Angeklagte erhielt für seine Tätigkeit etwa 18.000 €. Er wollte sich zudem eine noch auszuhandelnde Gewinnbeteiligung und die weitere Zusammenarbeit mit dem gesondert Verfolgten N. sichern, um so für einen nicht unerheblichen Zeitraum seinen Lebensunterhalt zu sichern.
- 6 II. Die auf die Sachrüge vorzunehmende Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.
- 7 1. Die Annahme des LG, der Angeklagte habe sich ab dem Zeitpunkt seiner Kenntnis vom betrügerischen Handeln der gesondert Verfolgten N. und R. diesen als Mittäter angeschlossen, wird von den Feststellungen getragen.
- 8 a) Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt als Mit-täter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Bei der hierfür vom Tatgericht vorzunehmenden wer-tenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände sind maßgeblich der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 3 StR 85/20 m.w.N.). Mittäterschaft kann auch dann vorliegen, wenn sich eine Person einer zunächst fremden Tat nach deren Beginn und vor ihrer Beendigung als Täter in Kenntnis und unter Billigung des bisherigen Tatablaus anschließt und ihr Handeln noch Einfluss auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs hat (vgl. BGH, Beschl. v. 11.2.2020 – 4 StR 583/19, NStZ 2020, 727 f.; v. 26.7.2018 – 3 StR 627/17 Rz. 16; v. 2.7.2009 – 3 StR 131/09, NStZ 2010, 146 f.; Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69, 128 f.). Eine solche sukzessive Zurechnung setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Hinzutretende in der Vorstellung handelt, die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs durch sein eigenes Handeln weiter zu fördern oder diesen zu vertiefen (vgl. BGH, Beschl. v. 26.7.2018 – 3 StR 627/17; Urt. v. 1.12.2011 – 5 StR 360/11, NStZ-RR 2012, 77 f.).

b) Dem angefochtenen Urteil ist im Gesamtzusammenhang zu entnehmen, dass diese Maßgaben erfüllt sind.

aa) Soweit allerdings die Strafkammer darauf abgestellt hat, dass der Angeklagte den Erwerb der jeweiligen Gesellschaften organisierte und jeweils die Notartermine vorbereitete, handelte es sich um Tätigkeiten vor seiner Kenntnis vom betrügerischen Vorgehen des gesondert Verfolgten N., so dass in dieser Phase des Geschehens (vor dem 26.11.2019) der erforderliche Vorsatz des Angeklagten fehlte.

bb) Zutreffend hat das LG die mittäterschaftliche Tatbeteiligung aber auch damit begründet, dass sich der Angeklagte ab dem 26.11.2019 bewusst dem Tatplan des gesondert Verfolgten N. angeschlossen hatte und dann gewichtige Tatbeiträge leistete. So hatte er (weiterhin) die formale Verfügungsbefugnis über bereits eingegangene Anlegergelder auf dem – dem unmittelbaren Zugriff des gesondert Verfolgten entzogenen – Treuhandkonto der Rechtsanwalts-gesellschaft und nahm weitere Einzahlungen in erheblicher Höhe von Anlegern mindestens billigend in Kauf. Er war der alleinige Ansprechpartner des Treuhänders. Mit diesem kommunizierte er regelmäßig, insbesondere wegen dessen wiederholter Forderung, die vertragswidrigen Verhältnisse hinsichtlich der Anlegergelder zu beseitigen. Der Angeklagte setzte sich aktiv für das von N. geschaffene Betrugs-konzept ein, beispielsweise indem er mit einem Anleger zwei Telefonate führte, in denen er dessen Irrtum von einer vertragsgemäßen Verwendung des angelegten Kapitals bewusst aufrechterhielt. Darüber hinaus wies er den Treuhänder etwa einen Monat vor dem Zusammenbruch des betrügerischen Konstrukts telefonisch an, die von ihm verwahrten Anlegergelder auf ein Konto zu überweisen, auf welches der gesondert Verfolgte N. unmittelbaren Zugriff gehabt hätte, wenn sich der Treuhänder nicht geweigert hätte. Die (auch) an diese Tatbeiträge anknüpfende Wertung des LG, der Angeklagte habe Tatherrschaft besessen, beruht damit auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage. Seine Annahme, der Schwerpunkt der Handlungen des Angeklagten liege im positiven Tun, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (zur Abgrenzung positiven Tuns vom unechten Unterlassen, Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit vgl. BGH, Beschl. v. 17.2.1954 – GSSt 3/53, BGHSt 6, 46, 59; v. 17.8.1999 – 1 StR 390/99, NStZ 1999, 607; Urt. v. 7.9.2011 – 2 StR 600/10, NJW 2011, 3528 f.; Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 114; *Bosch* in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., Vorbem. zu §§ 13 ff. Rz. 158 m.w.N.). Soweit das LG ausgeführt hat, der Angeklagte habe bereits in erheblichem Umfang Honorar und Reisespesen erhalten, die Geschäftsbeziehung zu N. aufrechterhalten wollen und auf eine Gewinnbeteiligung gehofft, hat es der Sache nach das besondere wirtschaftliche Interesse am Taterfolg festgestellt.

2. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift zutreffend ausgeführt hat, tragen die getroffenen Feststellungen die Annahme einer Bandenabrede zwischen dem Angeklagten und mindestens zwei weiteren Bandenmitgliedern. Insoweit hat das LG festgestellt, dass der Angeklagte sich gemeinsam mit dem gesondert Verfolgten R. den von N. initiierten Verkauf nicht-existierender oder völlig wertloser Aktien einer unter dem Namen D. firmierenden Gesellschaft zu eigen gemacht hat. Ihm war nach dem Urteilsinhalt spätestens am 26.11.2019 bewusst, Teil einer Organisationsstruktur geworden zu sein, die es darauf anlegte, eine unbestimmte Vielzahl von Anlegern durch Anrufe aus dem von N. in der Türkei betriebenen Callcenter

zur Zahlung erheblicher Geldbeträge ohne werthaltige Gegenleistung zu veranlassen. Er ging davon aus, dass auch die im Callcenter agierenden Personen bewusst die Anleger täuschten.

- 13 3. Der Strafausspruch hat ebenfalls Bestand. Die Strafkammer hat den Schuldumfang rechtsfehlerfrei bestimmt.
- 14 Die Berücksichtigung des von den Anlegern insgesamt überwiesenen Betrages i.H.v. 470.000 € ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden. Eine Zurechnung der vor dem 26.11.2019 entstandenen Schäden war möglich, da das LG das pflichtwidrige Verhalten des Angeklagten herangezogen hat, der aus „grober Nachlässigkeit“ den Gesamtschaden mitverursacht hatte. Dies durfte im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, da ein schuldrelevanter Zusammenhang mit der Tat besteht (vgl. BGH, Urt. v. 9.2.2017 – 1 StR 415/16, NStZ-RR 2017, 168 m.w.N.).

die sog. Strafzumessung im engeren Sinne verwiesen und sogleich die Ausübung seines Ermessens innerhalb des fakultativen Strafmilderungsgrundes des § 23 Abs. 2 StGB dargelegt hat; es hat sich damit die Prüfung versperrt, ob der Grundstrafrahmen des § 370 Abs. 1 AO mit einer Obergrenze von fünf Jahren Freiheitsstrafe zugrunde zu legen war.

Zudem widerspricht eine Erwägung aus der Strafzumessung im engeren Sinne der Strafrahmewahl. Denn bei der konkreten Straffindung ist das LG von einer ‚geringen Aussicht auf Realisierung‘ ausgegangen, während es im Übrigen aufgrund der beim Finanzamt eingerichteten Sicherheitsvorkehrungen – zutreffend – angenommen hat, dass eine Auszahlung von Geldern niemals drohte.

Die Feststellungen können bestehen bleiben, weil sie rechtsfehlerfrei getroffen worden sind (§ 353 Abs. 2 StPO).

## Strafrahmewahl bei Regelbeispiel der Steuerhinterziehung

StGB § 46; AO § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1

Bei der Strafrahmewahl ist vordringlich zu prüfen, ob allgemeine Strafmilderungsgründe schon für sich genommen die Indizwirkung des Regelbeispiels entkräften können. Zusätzlich sind die vertypen Strafmilderungsgründe – z.B. §§ 23, 49 StGB – in die Abwägung einzustellen. *(nicht amtl.)*

BGH, Urt. v. 25.7.2024 – 1 StR 68/24  
(LG Oldenburg)

**Stichworte:** Strafzumessung – Strafrahmewahl – Strafmilderungsgründe

## Aus den Gründen

- 1 Das LG hat die Angeklagte wegen versuchter Steuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Die gegen ihre Verurteilung gerichtete Revision der Angeklagten, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts beanstandet, hat den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg.
- 2 Angesichts der Besonderheiten des Falles (im konkreten Fall evident untauglicher Versuch der Angeklagten, ohne die Erklärung eigener Ausgangsumsätze die Auszahlung eines fingierten Vorsteuerguthabens im zweistelligen Millionenbereich zu erreichen) erweisen sich sowohl die Strafrahmewahl (hier Freiheitsstrafe von einem Monat bis sieben Jahre sechs Monate) als auch die Strafzumessung als durchgreifend rechtsfehlerhaft. Das LG hätte zunächst prüfen müssen, ob die allgemeinen Strafmilderungsgründe (namentlich das weitgehende Geständnis und die Unvorbestraftheit) allein für sich genommen die Indizwirkung des Regelbeispiels der Steuervorteilerlangung im großen Ausmaß (§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO) hätten entkräften können. Danach hätte das LG zusätzlich den vertypen Strafmilderungsgrund der §§ 23, 49 StGB in die Abwägung einstellen müssen (st. Rspr.; etwa BGH, Beschl. v. 9.5.2023 – 5 StR 149/23 Rz. 5 und v. 4.8.2015 – 3 StR 267/15 Rz. 3; je m.w.N.). Gegen diese gebotene Prüfungsreihenfolge hat das LG bei seiner rudimentären Strafrahmewahl verstoßen, bei der es auf

## Anmerkung

Der BGH hat mit diesem Urteil die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben, da das LG Rechtsfehler bei der Prüfungsreihenfolge der Strafzumessung begangen hat. Das LG hat nicht geprüft, ob allgemeine Strafmilderungsgründe die Indizwirkung eines Regelbeispiels entkräften könnten, sondern auf die sog. Strafzumessung im engeren Sinne verwiesen und sogleich die Ausübung seines Ermessens innerhalb des fakultativen Strafmilderungsgrundes des § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB dargelegt. Auch wenn die Entscheidung des BGH keine Neuigkeiten bei der Prüfungsfolge der Strafzumessung enthält, ist die Entscheidung sehr zu begrüßen, da vereinzelt AG und LG in diesem Bereich bei einer Steuerhinterziehung von mehr als 50.000 € standardmäßig einen besonders schweren Fall und dementsprechend den erhöhten Strafrahmewahl des § 370 Abs. 3 AO zugrunde legen und sich erst bei der Strafzumessung im engeren Sinn mit den einzelnen Strafmilderungsgründen beschäftigen (vgl. auch *Rolletschke*, NZWiSt 2024, 498). Ein besonders schwerer Fall liegt u.a. gem. § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO vor, wenn der Täter im großen Ausmaß Steuern verkürzt hat, wobei die derzeitige Rechtsprechung des BGH von einem großen Ausmaß bei einer Steuerhinterziehung von mehr als 50.000 € pro Steuerart und Jahr ausgeht. Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass mit Spannung zu erwarten ist, ob der BGH diese Rechtsprechung – insbesondere aufgrund der anhängigen Verfahren im Bereich cum-ex-Verfahren betreffend Gehilfen, die nur am Rande involviert waren – weiter differenzieren wird. Da seit Veröffentlichung der Rechtsprechungen zu der 50.000 €-Grenze mittlerweile eine erhebliche Inflation eingetreten ist, bleibt zu hoffen, dass der BGH diese Grenze nach oben anpasst. Ist ein Regelbeispiel i.S.d. § 370 Abs. 3 S. 2 AO erfüllt, stellt dies ein Indiz für das Vorliegen eines besonderen schweren Falls dar, das grundsätzlich entkräftet werden kann (BGH vom 5.9.2017, wistra 2018, 224). Dazu sind sämtliche Umstände heranzuziehen, die das Unrecht oder die Schuld gemindert erscheinen lassen (BGH vom 21.5.2019, wistra 2019, 466, Rz. 15). Bei dieser Abwägung hat das Gericht zunächst die allgemeinen Strafmilderungsgründe zu werten und zu prüfen, ob diese allein für sich genommen die Indizwirkung eines Regelbeispiels eines großen Ausmaßes entkräften können. Ein die Indizierung des Hinterziehungsbetrags beseitigender Milderungsgrund ist etwa gegeben, wenn sich der Täter im Tatzeitraum im Wesentlichen steuererhrlich verhalten hat und die Tat nur einen verhältnismäßig geringen Teil seiner steuerlich relevanten Betätigungen betrifft. Bedeutsam ist daher das Verhältnis der verkürzten zu den gezahlten Steuern (BGH vom 2.12.2008, 1 StR 416/08). Auch die Lebensleistung und das Verhalten des Täters nach

Aufdeckung der Tat sowie ein (frühzeitiges) Geständnis können die Indizwirkung eines besonderen schweren Falles widerlegen (BGH vom 2.12.2008, 1 StR 416/08). Ebenso hat die Schadenswiedergutmachung erhebliche Bedeutung im Rahmen dieser Abwägung. Ferner spielen eine lange Verfahrensdauer und eine fehlende Vorstrafe eine erhebliche Rolle (vgl. *Grötsch*, wistra 2018, 485). Auch die Errichtung eines Tax-Compliance-Systems ist strafmildernd zu berücksichtigen, selbst wenn diese erst nach Tatbeendigung erfolgt (vgl. BGH vom 9.5.2017, wistra 2017, 390; BGH vom 27.4.2022, wistra 2022, 344; *Grötsch/Scherer*, wistra 2024, 139, 142 f.). Führt eine Abwägung dieser Strafmilderungsgründe nicht für sich betrachtet zu einer Entkräftung der Indizwirkung des Regelbeispiels, so hat das Gericht zusätzlich vertypete Strafmilderungsgründe wie die §§ 23, 49 StGB in die Abwägung mit einzustellen (BGH v. 9.5.2023 – 5 StR 149/23, Rz. 5).

Nach Festlegung des Strafrahmens ist in einem zweiten Schritt die konkrete Einzelstrafe festzusetzen. Bei der Bestimmung der Einzelstrafe sind in einer Gesamtwürdigung wiederum sämtliche Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, entsprechend ihrem Gewicht gegeneinander abzuwägen (§ 46 Abs. 2 StGB).

Nach Bildung der Einzelstrafen ist gem. § 54 StGB in einem dritten Schritt eine Gesamtstrafe zu bilden. Auch bei Bildung einer Gesamtstrafe sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Bei Festsetzung einer Freiheitsstrafe ist in einem vierten Schritt zu prüfen, ob diese gem. § 56 Abs. 1 und 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Auch bei der Prüfung, ob besondere Umstände i.S.d. § 56 Abs. 2 StGB vorliegen, ist eine Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten durchzuführen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Vermischung von Strafzumessungs- und Aussetzungserwägungen unzulässig ist (BGH vom 19.12.2000, NStZ 2001, 311).

Für die Frage der verlängerten Verfolgungsverjährungsfrist kommt es nach h.M. dagegen alleine darauf an, ob eine der namentlich aufgezählten Begehungsweisen der besonders schweren Steuerhinterziehung vorliegt, nicht jedoch ob die Indizwirkung im Rahmen einer Gesamtwürdigung im konkreten Einzelfall verneint werden kann (*Jäger* in Klein, 17. Aufl. 2023, § 376 AO, Rz. 11)

**Rechtsanwalt (FAfStR) und Steuerberater Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Andreas Grötsch, München**

## Gesamtstrafenbildung bei Insolvenzverschleppung

StGB § 73 Abs. 1 Alt. 1, § 73c Satz 1; InsO § 15a Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 Alt. 1; StPO § 421 Abs. 2

1. Der faktische Geschäftsführer bleibt auch nach dem Zeitpunkt der Eintragung eines neuen (Schein-)Geschäftsführers in das Handelsregister zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet.

2. Die in Scheinrechnungen ausgewiesenen, aber nicht abgeführten Umsatzsteuerbeträge unterliegen nicht der Vermögensabschöpfung in der Form von Steuerersparnissen.

3. Sieht die Staatsanwaltschaft in einer Abschlussverfügung von der Einziehung des Wertes von Taterträgen ab, muss die spätere Verfolgung der Vermögensabschöpfung durch das Gericht per Gerichtsbeschluss i.S.d. § 421 Abs. 2 StPO wieder einbezogen werden; ein Hinweis des Vorsitzenden auf die für die Einziehung in Betracht kommenden Einzelbeträge genügt hierfür nicht. (alle nicht amtl.)

BGH, Beschl. v. 8.7.2024 – 1 StR 66/24  
(LG Bonn)

**Stichworte:** Gesamtstrafenbildung – Insolvenzverschleppung – Einziehung

## Aus den Gründen

Das LG hat den Angeklagten wegen Betrugs in drei Fällen, davon in einem Fall im Versuch, wegen Insolvenzverschleppung, wegen unrichtiger Darstellung in drei Fällen, wegen Bankrotts und wegen Steuerhinterziehung in zwei Fällen unter Einbeziehung von zwei Einzelstrafen aus dem Berufungsurteil des LG Köln vom 1.9.2020 i.V.m. dem Urteil des AG Köln vom 25.11.2019 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt; zudem hat es unter Beachtung der Zäsurwirkung der anderen Entscheidung eine weitere Freiheitsstrafe von sechs Monaten wegen Steuerhinterziehung verhängt. Schließlich hat das LG die Einziehung des Wertes von Taterträgen i.H.v. 138.949,73 € angeordnet. Die gegen seine Verurteilung gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist sein Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Wie der Generalbundesanwalt zutreffend aufgezeigt hat, lassen die insoweit lückenhaften Ausführungen zur Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 Nr. 1 Alternative 1, Abs. 1 InsO) die Überprüfung nicht zu, ob die für diese Unterlassungstat verhängte Einzelstrafe nicht mit derjenigen für die dritte Steuerhinterziehung (Umsatzsteuerverkürzung zugunsten der H. GmbH im Besteuerungszeitraum 2021) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe zusammenzuziehen ist (§§ 55, 54, 53 StGB). Denn ein Beendigungszeitpunkt für dieses Dauerdelikt vor dem 1.9.2020 ist nicht festgestellt. Der Angeklagte, der unter der Firma H. GmbH noch im Jahr 2021 Scheinrechnungen in den Umlauf brachte, blieb als faktischer Geschäftsführer auch nach dem 10.4.2019, dem Zeitpunkt der Eintragung des Zeugen S. als neuen (Schein-)Geschäftsführer in das Handelsregister, zur Antragstellung verpflichtet (st. Rspr.; BGH, Beschl. v. 21.4.2021 – 6 StR 67/21 unter 2.; v. 11.7.2019 – 1 StR 456/18 Rz. 13 und v. 18.12.2014 – 4 StR 323/14 u.a., BGHR InsO § 15a Abs. 4 Täter 1 m.w.N.). Dazu, ob vor dem 1.9.2020 diese Pflicht erloschen war – naheliegender Weise etwa durch Abweisung eines Fremdantrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft mangels Masse (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 10.8.2017 – 3 StR 227/17 Rz. 3 und v. 28.10.2008 – 5 StR 166/08, BGHSt 53, 24 Rz. 22), verhält sich das Urteil nicht.

Den Beendigungszeitpunkt wird das nunmehr zur Entscheidung berufene Tatgericht aufzuklären haben. Der Aufhebung der bisherigen Feststellungen bedarf es hierfür nicht (vgl. § 353 Abs. 2 StPO). Das Verbot der Schlechterstellung (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) wird bei Bildung der beiden (Gesamt-)Strafen aus den nunmehr insgesamt rechtskräftigen Einzelstrafen zu beachten sein: Die neue Summe darf die bisherige von drei Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe nicht überschreiten (vgl. insbesondere BGH, Beschl. v. 17.1.2024 – 4 StR 378/23 Rz. 9 a.E.).

2. Zudem hat es das LG, worauf der Generalbundesanwalt ebenfalls hingewiesen hat, rechtsfehlerhaft entgegen § 58 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 56f Abs. 3 Satz 2, § 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StGB versäumt, die vom Angeklagten im anderen Verfahren erfüllte

Bewährungsaufgabe (120 Stunden gemeinnützige Arbeit) anzurechnen. Da ohnehin zur Gesamtstrafe neu zu verhandeln ist, sieht der Senat davon ab, selbst den Anrechnungsmaßstab zu bestimmen (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 1.2.2023 – 5 StR 470/22 Rz. 2 und v. 9.7.2019 – 1 StR 192/19; jeweils m.w.N.).

- 5 3. Der Einziehungsanordnung (§ 73 Abs. 1 Alternative 1, § 73c Satz 1 StGB) steht hinsichtlich der drei Steuerstraftaten bereits das Verfahrenshindernis der Einziehungsbeschränkung (§ 421 Abs. 3 StPO) entgegen, so dass ein Betrag von 73.872,40 € zu entfallen hat (§ 354 Abs. 1 StPO analog).
- 6 a) Die Staatsanwaltschaft hatte insoweit mit ihrer Abschlussverfügung vom 15.3.2023 von der Einziehung abgesehen. Das LG hat die Verfolgung der Vermögensabschöpfung nicht wirksam wiedereinbezogen. Der Hinweis des Vorsitzenden vom 20.9.2023 auf die in Betracht kommenden sechs Einzelbeträge genügt hierfür nicht; es hätte eines Gerichtsbeschlusses bedurft (§ 421 Abs. 2 StPO).
- 7 b) Da der Generalbundesanwalt seinen entsprechenden Antrag auf Wiedereinbeziehung auf Anregung des Senats mit Blick auf die aus den drei Betrugstaten erlangten beachtlichen Vermögensvorteile zurückgenommen hat (vgl. § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO), hat das nunmehr zur Entscheidung berufene Tatgericht weder aufzuklären noch gar tragfähig festzustellen, ob der Angeklagte – was indes freilich der Sache nach naheliegt – für das Ausstellen von Scheinrechnungen (§ 14c Abs. 2 UStG) in den beiden Fällen unter II. 2. g) der Urteilsgründe Provisionen vereinnahmte. Die in den Scheinrechnungen ausgewiesenen, aber nicht abgeführten Umsatzsteuerbeträge unterliegen ohnehin nicht der Vermögensabschöpfung in der Form von Steuerersparnissen (st. Rspr.; BGH, Urt. v. 27.6.2023 – 1 StR 374/22 Rz. 12 m.w.N.).
- 8 Ebenso wenig bedarf es der Entscheidung, ob die Steuerersparnis i.H.v. 15.289,34 € im Fall II. 2. h) der Urteilsgründe tatsächlich im Vermögen des Angeklagten angefallen war. Dies würde voraussetzen, dass er als Unternehmer Umsatzsteuerschuldner war und nicht die E. GmbH (§ 2 Abs. 1 UStG). Nach den bisherigen Feststellungen dürfte insbesondere die D. GmbH davon ausgegangen sein, mit der E. GmbH zu kontrahieren (vgl. zum Ganzen BGH, Beschl. v. 15.1.2020 – 1 StR 529/19, BGHR StGB § 73 Erlangtes 33 Rz. 10, 13, 16; zur möglichen Einziehung gegen eine als „Mantel“ genutzte juristische Person vgl. auch BGH, Urt. v. 22.9.2022 – 1 StR 14/22 Rz. 39). Eine Haftung nach § 69 AO oder § 71 AO ist für die Frage, gegen wen die Einziehung zu richten ist, nicht relevant (BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19 Rz. 31). Ein Betrug zu Lasten der D. GmbH (§ 263 Abs. 1 StGB) ist nicht verfahrensgegenständlich.
- 9 4. Bei der Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels wird das Tatgericht die Grundsätze aus den Senatsbeschlüssen vom 6.10.2021 – 1 StR 311/20 Rz. 9 ff.; v. 25.2.2021 – 1 StR 423/20, BGHR StPO § 473 Abs. 4 Quotelung 8 Rz. 6 ff. zu beachten haben.

## Ärztliche Tätigkeit „in freier Praxis“

StGB § 263 Abs. 1; Ärzte-ZV § 32 Abs. 1 Satz 1

1. Eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB bei der Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen liegt vor, wenn der Arzt nach dem maßgeblichen Kassenarztrecht nicht berechtigt war, seine tatsächlich erbrachten und an sich abrechnungsfähigen Leistungen gegenüber der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen und in der Abgabe einer Sammelerklärung nach dem Empfängerhorizont die Erklärung liegt, die rechtlichen Abrechnungsvoraussetzungen lägen vor. Dazu gehört insbesondere die Zulassung als Vertragsarzt und der Umstand, dass die abgerechneten ärztlichen Leistungen i.S.v. § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV „in freier Praxis“ erbracht wurden.

2. Ob die Tätigkeit eines Arztes „in freier Praxis“ erfolgt, ist normativ in Abgrenzung zur ärztlichen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis (§ 32b Ärzte-ZV) zu bestimmen. Eine Tätigkeit in „freier Praxis“ setzt danach zum einen eine wirtschaftliche Komponente – die Tragung des wirtschaftlichen Risikos wie auch eine Beteiligung an den wirtschaftlichen Erfolgen der Praxis – und zum anderen eine ausreichende Handlungsfreiheit in beruflicher und persönlicher Hinsicht voraus.  
(alle nicht amtl.)

BGH, Urt. v. 2.10.2024 – 1 StR 156/24  
(LG Stuttgart)

**Stichworte:** Betrug – Täuschung – Tätigkeit „in freier Praxis“

## Aus den Gründen

Das LG hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in vier Fällen unter Einbeziehung der Strafe aus dem Strafbefehl des AG Stuttgart vom 16.1.2023 (Az. [...]) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und ihn im Übrigen freigesprochen. Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft, die wirksam auf den Teilreispruch beschränkt und auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützt ist, hat keinen Erfolg.

I.1. Die Staatsanwaltschaft hat dem Angeklagten mit Anklageschrift vom 2.3.2022 im Wesentlichen Folgendes zur Last gelegt:

Der Angeklagte betrieb als niedergelassener Vertragsarzt eine Praxis für Laboratoriumsmedizin. Um die mit der Praxis erwirtschafteten Einnahmen der Besteuerung und Zwangsvollstreckung durch die Finanzbehörden zu entziehen, gründete er im Jahr 2007 den Verein „D. e.V.“ (nachfolgend: Verein) und schloss mit diesem unter dem 27.10.2007 einen „Geschäfts-Kooperationsvertrag“. In diesem Vertrag vereinbarte der Angeklagte die schenkweise Übertragung sämtlicher Geräte und Einrichtungen des von ihm betriebenen medizinischen Labors. Die Präsidentin des Vereins, K., war seit dem Jahr 2010 im Labor des Angeklagten beschäftigt; er selbst war Mitglied des Vereins. Der Verein sollte für alle in der Praxis des Angeklagten anfallenden Einnahmen und Ausgaben verantwortlich sein und in alle bestehenden Rechte und Pflichten außerhalb der ärztlichen Tätigkeit eintreten. Der Angeklagte selbst sollte für seine ärztlichen Leistungen eine Aufwandsentschädigung i.H.v. 900 € pro Monat erhalten. Ebenfalls am 27.10.2007 trat der Angeklagte alle Honoraransprüche für Praxisleistungen an gesetzlich Versicherte gegen die Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg (nachfolgend: Kassenärztliche Vereinigung) schenkweise an K. persönlich ab. Dem Angeklagten sei bewusst gewesen, dass er infolge der von ihm gewählten vertraglichen Gestaltung weder ein wirtschaftliches Risiko getragen noch über die räumlichen und sachlichen Mittel seiner Praxis habe disponieren können, so dass er nicht mehr als Arzt „in freier Praxis“ tätig, mithin nicht mehr berechtigt gewesen sei, vertragsärztliche Leistungen gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen.

Dennoch habe der Angeklagte in der Folgezeit in neun Fällen quartalsweise mit einer von ihm unterzeichneten Sammelerklärung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung ärztliche Leistungen abgerechnet und damit die ordnungsgemäße Erbringung der Leistungen erklärt. Für die Kassenärztliche Vereinigung sei nicht erkennbar gewesen, dass der Angeklagte tatsächlich nicht mehr „in freier Praxis“ tätig und daher zur Abrechnung sozialrechtlich nicht mehr berechtigt gewesen sei. Durch die täuschungsbedingte Honorarzählung von 1.412.408,29 € für neun abgerechnete Quartale (2015, 2016 und erstes Quartal

2017) habe der Angeklagte die Kassenärztliche Vereinigung jeweils geschädigt und sich zu Unrecht bereichert.

5 2. Das LG hat demgegenüber im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

6 a) Der Angeklagte betrieb seine Praxis als alleiniger Inhaber mit ausschließlich nicht-ärztlichen, oft wechselnden Angestellten. Einzig die gelernte Biologin K., mit der ihn eine langjährige, vertrauensvolle Freundschaft verband, arbeitete seit der Gründung der Praxis für ihn und nahm vielfältige administrative, buchhalterische sowie nicht-medizinische biologische Tätigkeiten im Labor wahr. Die ärztlichen Entscheidungen in der Praxis traf und verantwortete stets allein der Angeklagte, bei dem auch sonst die letzte Entscheidungskompetenz lag.

7 Aufgrund erheblicher Steuerschulden betrieb das Finanzamt seit dem Jahr 2004 wiederholt – allerdings weitgehend erfolglos – Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Angeklagten. Um sich der Besteuerung und dem Zugriff der Finanzbehörden auf seine Vermögenswerte zu entziehen, veranlasste der Angeklagte in der Zeit vor dem 3.10.2007 sieben Personen, darunter K., zur Gründung des Vereins. Abgesehen von K. waren die Gründungsmitglieder mit dem Angeklagten eher lose freundschaftlich verbunden; eine intensive Beziehung pflegte er zu ihnen nicht. Am 10.10.2008 wurde der Verein in das Vereinsregister eingetragen.

8 Unter dem 27.10.2007 wurde zudem zwischen dem „medizinische[n] Labor M.“ und dem Verein ein vom Angeklagten vorbereiteter „Geschäfts-Kooperationsvertrag“ geschlossen. Der Vertrag beinhaltete u.a. folgende Vereinbarungen:

„Die D. e.V. übernimmt die wirtschaftliche Leitung des medizinischen Labors. Die erwirtschafteten Überschüsse können nach Abzug aller für das medizinische Labor notwendigen Kosten, Verbindlichkeiten und notwendigen bzw. geplanten Anschaffungen bis höchstens zum steuerfreien Betrag von derzeit 34.000 € für Vereinszwecke genutzt werden.

Im einzelnen gilt:

1. Sämtliche Geräte und Einrichtungen des medizinischen Labors werden ohne Kosten der D. e.V. zur Erfüllung ihrer Aufgaben überlassen bzw. zur Verfügung gestellt. Die D. e.V. verpflichtet sich, die Geräte und Einrichtungen zu erhalten und den wirtschaftlichen Erfordernissen entsprechend zu erweitern, anzupassen und zu verbessern. Die vorbestehenden Eigentumsrechte an der Laboreinrichtung bleiben davon unberührt.

2. Die D. e.V. tritt in sämtliche für die Bewirtschaftung des Medizinischen Labors erforderlichen bestehenden Rechte und Pflichten zur Führung der Geschäfte, die nicht zur ärztlichen Tätigkeit gehören, ein.

3. In diesem Sinne ist die D. e.V. für alle Einnahmen und Ausgaben, die im Zusammenhang mit der Kooperation stehen, verantwortlich. Sie garantiert den allgemeinen Betrieb der Praxis, indem sie insbesondere für die Bereitstellung der erforderlichen Reagenzien in ausreichender Menge sorgt und daß entsprechend den Erfordernissen die Geräteausstattung gestaltet und erhalten wird.“

9 Mit der Gründung und Eintragung des Vereins beabsichtigte der Angeklagte jedoch nicht, die Entscheidungsgewalt und wirtschaftliche Macht tatsächlich auf den Verein zu übertragen. Sein Ziel bestand allein darin, die Leitung der Praxis „auf dem Papier“ an den Verein abzugeben, um die dort vereinnahmten Gelder der Besteuerung und dem drohenden Vollstreckungszugriff der Finanzbehörden zu entziehen. Dementsprechend hatte der Angeklagte von Anfang an vor, weiterhin alleine sowohl die medizinischen als auch nichtmedizinischen Entscheidungen in der Praxis zu treffen. Lediglich administrativ wollte er sich – wie gehabt – von K. unterstützen lassen, die damit einverstanden war.

10 Der Kassenärztlichen Vereinigung teilte der Angeklagte zusammen mit K. am 10.10.2008 mit, dass er sämtliche ihm zustehenden finanziellen Forderungen, Vergütungen und Bezüge ohne zeitliche Beschränkung an K. vollständig abtrete und diese berechtigt sei, entstandene und entstehende Forderungen in seinem Namen einzuziehen. Weitergehende Rechte oder Pflichten, als in dieser Abtretungserklärung stünden, habe K. nicht. Diese Abtretung berühre daher seine sonstigen anderen Rechte und Pflichten gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung nicht. Die bisherige Bankverbindung bleibe gültig.

11 An den Abläufen in der Praxis wie auch an der verantwortlichen und beherrschenden Stellung des Angeklagten änderte sich in der Folgezeit nach der Eintragung des Vereins nichts. Der Angeklagte führte seine Praxis auch nach Gründung des Vereins und dem Abschluss des „Kooperationsvertrages“ allein und traf alle relevanten Entscheidungen. Er allein erbrachte ärztliche Leistungen, über deren Art, Umfang, Zeit und Maß er bestimmte. Das von ihm eingesetzte Hilfspersonal unterstand seiner Weisung; an den Verein gab der Angeklagte weder Verantwortung noch Entscheidungskompetenz ab. Es hing mithin maßgeblich von der Arbeitskraft des Angeklagten ab, ob und in welcher Höhe Einkünfte erwirtschaftet wurden. Seine Leistungen gegenüber gesetzlich versicherten Patienten rechnete der Angeklagte in den Jahren 2013 bis 2016 über sog. Sammel-

erklärungen bei der Kassenärztlichen Vereinigung ab, die das Honorar in der Folge antragsgemäß ausbezahlte.

Die Kassenärztliche Vereinigung leistete alle Zahlungen ab dem Jahr 2010 auf ein Konto der Kreissparkasse B., dessen Inhaberin K. war. Der Angeklagte war darüber neben ihr verfügungsberechtigt. Ab Dezember 2015 erfolgten die Zahlungen auf ein Konto des Vereins, über das gleichfalls K. und der Angeklagte verfügungsberechtigt waren. Nach der mit K. getroffenen Absprache sollten die eingehenden Zahlungen dem Angeklagten zur freien Disposition zustehen. Als Dank und weil der Angeklagte K. versorgt sehen wollte, sollte allerdings auch K. befugt sein, private Ausgaben ohne Rücksprache mit dem Angeklagten über diese Konten zu tätigen.

Der Verein und dessen Mitglieder hatten keinen Zugriff auf die Konten. Die nach der Vereinsatzung geschuldete monatliche „Aufwandsentschädigung“ von 900 € wurde an den Angeklagten nicht entrichtet. Auch die jährliche Zahlung der Mitgliedsbeiträge durch die Mitglieder an den Verein blieb aus.

b) Das LG hat den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, weil es sich bereits nicht von Täuschungshandlungen gegenüber der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung hat überzeugen können. Namentlich sei der Angeklagte bei Erbringung der abgerechneten Leistungen nach sozialrechtlichen Gesichtspunkten als Vertragsarzt „in freier Praxis“ tätig gewesen; die von ihm geschaffene „Papierlage“ habe daran als bloße Scheingestaltung nichts geändert. Es fehle daher auch jeweils an einem entsprechenden Irrtum des Sachbearbeiters bei der Kassenärztlichen Vereinigung.

II. Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der Sachrüge lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Der Freispruch des Angeklagten ist rechtsfehlerfrei. Die von der Staatsanwaltschaft beanstandete Beweiswürdigung des LG hält rechtlicher Überprüfung stand.

1. Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Deshalb ist es vom Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen, wenn der Angeklagte freigesprochen wird, weil der Tatrichter Zweifel an dessen Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob ihm Rechtsfehler unterlaufen sind, weil die Beweiswürdigung lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit übertriebene Anforderungen gestellt worden sind. Rechtsfehlerhaft ist eine Beweiswürdigung bei einem Freispruch aber auch, wenn der Tatrichter an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt und nicht beachtet hat, dass eine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit nicht erforderlich ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 16.2.2022 – 2 StR 399/21 Rz. 11; v. 21.11.2017 – 1 StR 261/17 Rz. 19; v. 12.7.2017 – 1 StR 535/16 Rz. 7; v. 11.5.2017 – 4 StR 554/16 Rz. 6 und v. 12.1.2017 – 1 StR 360/16 Rz. 10).

2. Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung des LG gerecht. Entgegen dem Revisionsvorbringen erweist sie sich weder als widersprüchlich noch lässt sie die gebotene Gesamtwürdigung zur Frage der Täuschung über die Leistungserbringung als Vertragsarzt vermissen.

a) Zutreffend ist das LG im rechtlichen Ausgangspunkt davon ausgegangen, dass von einer gem. § 263 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßigen Täuschung bei der Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen auszugehen ist, wenn der Arzt nach dem maßgeblichen Kassenarztrecht nicht berechtigt war, seine tatsächlich erbrachten und an sich abrechnungsfähigen Leistungen gegenüber der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen und in der Abgabe einer Sammelerklärung nach dem Empfängerhorizont die Erklärung liegt, die rechtlichen Abrechnungsvoraussetzungen lägen vor. Dazu gehört insbesondere die Zulassung als Vertragsarzt (vgl. BGH, Urt. v.

- 19.8.2020 – 5 StR 558/19 Rz. 22 f.; v. 12.7.2017 – 1 StR 535/16 Rz. 10 und v. 10.3.1993 – 3 StR 461/92, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 12). Ebenfalls zutreffend hat das LG seine hieran anschließende Prüfung, ob der Angeklagte die abgerechneten ärztlichen Leistungen i.S.v. § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV „in freier Praxis“ erbrachte, an den geltenden sozialrechtlichen Maßstäben ausgerichtet.
- 19 Nach den im Tatzeitraum geltenden, insoweit inhaltsgleichen Fassungen von § 106a Abs. 1 und 2 SGB V (in den Fassungen vom 20.12.2012 und vom 16.7.2015) prüfen die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Krankenkassen die Rechtmäßigkeit und Plausibilität der Abrechnungen in der vertragsärztlichen Versorgung. Die Prüfung und Feststellung zielen darauf ab, ob die Leistungen im Einklang mit den maßgeblichen gesetzlichen, vertraglichen oder satzungsrechtlichen Vorschriften erbracht worden sind; das schließt die Leistungserbringung in „freier Praxis“ ein (vgl. BSG, Urt. v. 29.11.2017 – B 6 KA 31/16 R, BSGE 124, 266, 275 Rz. 35 und v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R, BSGE 106, 222, 226 Rz. 26 ff. m.w.N.; vgl. dazu BGH, Urt. v. 12.7.2017 – 1 StR 535/16 Rz. 10). Ob die Tätigkeit eines Arztes – wie hier – „in freier Praxis“ erfolgt, ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts normativ in Abgrenzung zur ärztlichen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis (§ 32b Ärzte-ZV) zu bestimmen. Eine Tätigkeit in „freier Praxis“ setzt danach zum einen eine wirtschaftliche Komponente – die Tragung des wirtschaftlichen Risikos wie auch eine Beteiligung an den wirtschaftlichen Erfolgen der Praxis – und zum anderen eine ausreichende Handlungsfreiheit in beruflicher und persönlicher Hinsicht voraus (vgl. BSG, Urt. v. 29.11.2017 – B 6 KA 31/16 R, a.a.O., Rz. 35; v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R, BSGE 106, 222, 228 Rz. 36 ff. und v. 16.3.1973 – 6 RKA 23/71, BSGE 35, 247, 252 [betreffend – wie hier – Facharzt für Laboratoriumsmedizin]). Das wirtschaftliche Risiko trägt der Arzt, wenn ihn Chancen und das Risiko des beruflichen Erfolges oder Misserfolges persönlich treffen. Kennzeichnend für berufliche und persönliche Handlungsfreiheit ist es, dass der Vertragsarzt sein Personal selbst auswählt, das Hilfspersonal seinem Direktionsrecht unterliegt und ihm die Praxis mit den dort vorhandenen medizinischen Geräten grundsätzlich jederzeit persönlich zur Verfügung steht (vgl. BSG, Urt. v. 19.3.1997 – 6 RKA 39/96, BSGE 80, 130, 132 und v. 15.3.1995 – 6 RKA 23/94, NZS 1996, 90, 92). Hingegen sind die Eigentumsverhältnisse an den Praxisräumen und der Geräte- und Materialausstattung für die rechtliche Bewertung grundsätzlich unerheblich; wesentlich ist vielmehr, dass der Arzt in der Praxis seine ärztliche Berufstätigkeit in voller eigener Verantwortung ausführen kann (vgl. BSG, Urt. v. 16.3.1973 – 6 RKA 23/71, BSGE 35, 247, 250). Für die Bewertung all dieser Umstände, insbesondere das Maß an Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit, können zivilrechtliche Vereinbarungen, die der Arzt bezogen auf die Arztpraxis getroffen hat, Bedeutung haben (vgl. BSG, Urt. v. 23.6.2006 – B 6 KA 7/09 R, BSGE 106, 222, 229 Rz. 40 und v. 28.11.2007 – B 6 KA 26/07, BSGE 99, 218, 233; vgl. auch BGH, Urt. v. 12.7.2017 – 1 StR 535/16 Rz. 11). Zivilrechtliche Gestaltungen entfalten Rechtswirkung allerdings nur dann, wenn sie rechtswirksam begründet worden sind. Dies kann unter Umständen zu hinterfragen sein.
- 20 b) Die hieran orientierte Beweiswürdigung des LG ist rechtsfehlerfrei.
- aa) Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft liegt kein Widerspruch darin, dass das LG in Ansehung des festgestellten Inhalts der Satzung des Vereins, des „Geschäfts-Kooperationsvertrags“ und der Abtretungsvereinbarung mit K. zu dem Ergebnis gelangt ist, der Angeklagte sei auch nach der Vereinsgründung „in freier Praxis“ tätig gewesen. Denn das LG ist im Ergebnis zu Recht jeweils von einem Scheingeschäft (§ 117 BGB) ausgegangen.
- (1) Zwar sollte nach dem „Geschäfts-Kooperationsvertrag“ der Verein an die Stelle des Angeklagten treten und die wirtschaftliche Leitung der Praxis sowie Kosten und Nutzen daraus übernehmen. Das gegenständliche Inventar der Praxis wie auch deren immaterielle Werte sollten in das Eigentum des Vereins übergehen. Während für den Angeklagten lediglich eine Aufwandsentschädigung von monatlich 900 € vorgesehen war, sollte der Verein über die erwirtschafteten Überschüsse für Vereinszwecke – ohne Anhörung oder Vetorecht des Angeklagten – frei verfügen können. Handelte es sich hierbei um eine rechtswirksame Gestaltung, läge eine Tätigkeit des Angeklagten „in freier Praxis“ nach den dargelegten Maßstäben fern.
- (2) Das LG hat jedoch sowohl die Errichtung des Vereins wie auch den „Geschäfts-Kooperationsvertrag“ als rechtswirksame Scheingeschäfte bewertet; seine Überzeugungsbildung hiervon lässt keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. Die Praxiserträge standen dem Angeklagten zu. Anderenfalls wäre die sich darauf stützende – nunmehr rechtskräftige – Verurteilung wegen Einkommensteuerhinterziehung (Jahre 2013 bis 2016) nicht möglich gewesen.
- (a) Ein Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Parteien sich einig sind, dass die mit den Willenserklärungen an sich verbundenen Rechtsfolgen tatsächlich nicht eintreten sollen und damit das Erklärte in Wirklichkeit nicht gewollt ist. Entscheidend ist dabei, ob die Beteiligten zur Erreichung des erstrebten Erfolges ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernst gemeintes Rechtsgeschäft für erforderlich erachtet haben. Die Beurteilung, ob ein Geschäft nur zum Schein abgeschlossen wurde, obliegt dabei grundsätzlich dem Tatrichter. Lässt das Urteil erkennen, dass der Tatrichter die wesentlichen für und gegen ein Scheingeschäft sprechenden Umstände im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt und in eine Gesamtwürdigung einbezogen hat, so dass die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht nur eine Annahme oder bloße Vermutung ist, ist dies vom Revisionsgericht hinzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.2017 – 1 StR 339/16 Rz. 75; v. 16.6.2016 – 1 StR 20/16 Rz. 41; v. 22.9.2016 – III ZR 427/15 Rz. 13 und v. 25.10.1961 – V ZR 103/60, BGHZ 36, 84, 87 f.).
- (b) Diese Maßstäbe hat das LG beachtet und sich auf Grund einer umfassenden Würdigung der für und gegen ein Scheingeschäft sprechenden Umstände die Überzeugung gebildet, dass der Angeklagte und die Gründungsmitglieder bereits die Errichtung eines Vereins mit eigener Rechtspersönlichkeit von Beginn an nicht ernstlich vorhatten, sondern den geschaffenen Schein allein nutzen wollten, den Zugriff der Finanzbehörden auf die vom Angeklagten erwirtschafteten Einnahmen zu vereiteln. Dies trifft gleichermaßen auf den „Geschäfts-Kooperationsvertrag“ und die Abtretungsvereinbarung mit K. zu. So hat das LG etwa darauf abgestellt, dass sich die Abläufe in der Praxis auch nach der Vereinsgründung faktisch nicht änderten.

Der Angeklagte blieb sowohl im Bereich der eigentlichen diagnostischen Behandlungstätigkeit als auch in deren tatsächlichem und rechtlichem Umfeld stets in vollem Umfang unmittelbar verantwortlich. Er gestaltete Inhalt und Umfang seiner ärztlichen Tätigkeit nach eigenem Ermessen, bestimmte über den Einsatz von Personal selbst und stand auch sonst nicht in einer Abhängigkeit gegenüber dem Verein. Dieser hingegen trat in dem drei Jahre umfassenden Tatzeitraum im Praxisalltag zu keinem Zeitpunkt in Erscheinung. Die ihm satzungsmäßig zustehende Entscheidungskompetenz nahm der Verein nie in Anspruch. Auch erfolgten weder die in der Satzung vorgesehenen jährlichen Zahlungen des Mitgliedsbeitrags durch die Vereinsmitglieder noch leistete der Verein dem Angeklagten die monatlich geschuldete Aufwandsentschädigung. Daneben kommt es nicht mehr maßgebend darauf an, dass die – wenn auch als Soll-Vorschrift ausgestaltete – gesetzliche Mindestmitgliederzahl von sieben Personen (§ 56 BGB) gerade erreicht, für die Vereinsmitglieder ein umfassender, das gesetzlich zulässige Maß (§ 31b Abs. 1 BGB) überschreitender Haftungsausschluss vorgesehen war und auch niemals eine Mitgliederversammlung stattfand. Die abschließende Wertung, es habe sich bei der Vereinsgründung wie auch dem „Geschäfts-Kooperationsvertrag“ um bloße Scheingeschäfte gehandelt, mit denen keiner der Beteiligten eine rechtliche Bindung begründen wollte, erscheint nach alledem nicht nur möglich, sondern naheliegend.

26 bb) Auch die Bewertung des LG, der Angeklagte habe das mit der Praxis verbundene wirtschaftliche Risiko getragen, ist hinreichend tatsachenbasiert unterlegt. Die mit der Praxis erzielten Einnahmen waren maßgeblich von Art und Umfang der ärztlichen Leistungen abhängig, die der Angeklagte erbrachte. Aus ihnen wurden sämtliche Unkosten bestritten, die aus dem Praxisbetrieb resultierten. Zugleich standen sie dem ungehinderten Zugriff des Angeklagten zur Verfügung, der daraus seinen Lebensunterhalt bestritt. Die Chancen und Risiken des Laborbetriebs trafen mithin allein ihn. Dabei hat das LG – entgegen dem Revisionsvorbringen – nicht übersehen, dass die von der Kassenärztlichen Vereinigung geleisteten Honorarzahllungen an K. abgetreten waren und auf Konten flossen, deren Inhaberin K. war. Denn auch insoweit hat sich das LG die Überzeugung davon verschafft, dass es sich lediglich um eine Scheingestaltung im Einvernehmen mit K. handelte. Mit Blick auf die konkret festgestellten Kontoverfügungen, die sich über einen Zeitraum von mehr als drei Jahren erstreckten und den freien Zugriff des Angeklagten auf die Konten belegen, ist auch dieser Schluss des LG naheliegend. Die Beanstandung der Revision, der Angeklagte habe keine auf Dauer gesicherte Rechtsstellung gehabt, geht auf der Grundlage der sorgfältig abwägenden Würdigung des LG fehl.

27 cc) Schließlich trägt auch das Vorbringen der Revision nicht, eine Tätigkeit „in freier Praxis“ habe jedenfalls deshalb nicht vorgelegen, weil auf der vom Angeklagten gewählten rechtlichen Grundlage eine Zulassung als Vertragsarzt nicht hätte erfolgen können. Denn auch dies übersieht, dass es sich bei der vertraglichen Gestaltung um Scheingeschäfte handelte, die keine rechtliche Bindungswirkung entfalteten. Im Gegenteil ist das Vorliegen der rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen dadurch belegt, dass der Angeklagte vor der Gründung des Vereins unter tatsächlich unveränderten Umständen langjährig als Vertragsarzt zugelassen war.

## Bindungswirkung von A1-Bescheinigung

StGB § 266a; SGB IV § 5; AufenthG § 96 Abs. 1, § 97 Abs. 2

A1-Bescheinigungen, die unter falschen Personalien ausgestellt werden, können keine Bindungswirkung entfalten. Die Tatbestandswirkung der A1-Bescheinigung ist auf die darin genannte Person beschränkt. Handelt es sich bei dem Beschäftigten aufgrund wesentlich abweichender Personalien aber um eine andere, real nichtexistierende Person, geht die Tatbestandswirkung ins Leere.

(nicht amtl.)

BGH, Beschl. v. 11.9.2024 – 5 StR 325/24  
(LG Berlin)

**Stichworte:** Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt – Bindungswirkung der A1-Bescheinigung

## Aus den Gründen

Das LG hat die Angeklagten wie folgt verurteilt: den Angeklagten Za. wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßiger Urkundenfälschung sowie mit Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen sowie wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 128 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten; die Angeklagten A. Z., K. Z. und S. jeweils wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßiger Urkundenfälschung, mit Beihilfe zur Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen sowie mit Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt zu Freiheitsstrafen von vier Jahren und acht Monaten, drei Jahren und elf Monaten und vier Jahren und sechs Monaten; den Angeklagten K. wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten und den Angeklagten Sc. wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Zudem hat es gegen alle Angeklagten außer den Angeklagten Sc. und gegen die Einziehungsbeteiligte die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet (Beträge zwischen 64.575 und 7 Mio. Euro). Die von den Angeklagten und der Einziehungsbeteiligten eingelegten Rechtsmittel bleiben überwiegend ohne Erfolg.

I.1. Nach den Feststellungen der Strafkammer gründete der Angeklagte Za. in Estland, Litauen und Lettland eine Vielzahl von Firmen, mit denen er in ganz Deutschland im Leiharbeitsgeschäft im Logistikbereich tätig war. Die bei den Unternehmen von ihm angestellten Arbeitskräfte kamen zu mindestens 90 % aus Nicht-EU-Staaten (Drittstaaten) wie der Ukraine oder der Republik Moldau; sie verfügten weder über die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates noch über die erforderliche Arbeitserlaubnis für Deutschland oder die langfristige Arbeitserlaubnis in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union; zudem verfügten sie nicht über ein Visum. Sie konnten nur mit gefälschten ID-Karten in Deutschland arbeiten, die teils falsche Namen, jedenfalls aber unzutreffend die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates auswiesen. Um eine Entsendung von Leiharbeitern aus einem baltischen EU-Staat vorzutauschen und um in Deutschland keine Sozialabgaben zahlen zu müssen, wurden ab Herbst 2019 mit den gefälschten ID-Karten „A1-Bescheinigungen“ erschlichen, nachdem zunächst noch ohne diese vorgegangen worden war. Diese dienen dem Nachweis, dass der nur vorübergehend nach Deutschland entsandte Leiharbeitnehmer dem Sozialversicherungsrecht seines Entsende-Mitgliedsstaates unterliegt und deshalb das deutsche Sozialversicherungsrecht keine Anwendung auf ihn findet. Um die Gewinnmargen zu erhöhen, wurden die entsandten Arbeitnehmer durch schlechte Arbeitsbedingungen und Abzüge vom Lohn ausgebeutet. Im Tatzeitraum Dezember 2017 bis Dezember 2021 erzielte der Angeklagte Za. mit seinen Firmen auf diese Weise einen Umsatz i.H.v. knapp 29 Mio. Euro. Pro Monat waren in ganz Deutschland an bis zu 40 Einsatzorten bis zu 400 Leiharbeitnehmer beschäftigt, im ganzen Tatzeitraum mehr als 1.000. Sozialversicherungsbeiträge für die Beschäftigten wurden lediglich in geringem Umfang in den baltischen Staaten entrichtet (wo zudem regelmäßig nur der dortige Mindestlohn gemeldet war); dies führte in Deutschland zur Hinterziehung von Sozialversicherungsabgaben i.H.v. mehreren Millionen Euro.

Der Angeklagte Za. war Ideengeber des kriminellen Systems und gründete die baltischen Gesellschaften, baute sie auf und kontrollierte sie als faktischer Geschäftsführer unter Einsatz von Strohleuten für die formelle Geschäftsführung. Die Angeklagten Z. waren damit betraut, in B. und Br. Logistiklager großer

Handelsunternehmen wie R., P. oder Za. als Kunden zu gewinnen und das operative Geschäft in der Region zu leiten, wobei die Angeklagte K. Z. das Büro leitete und der Angeklagte A. Z. als Partner von Za. 50 % der Einnahmen aus den von ihm betrauten Geschäften erhielt. Unterstützt wurden die beiden von dem Angeklagten K. als Vorarbeiter. Außerhalb von B. und Br. führte der Angeklagte Za. das operative Geschäft mit Hilfe des Angeklagten S.; dieser sorgte für die reibungslose Zusammenarbeit mit den Kunden und die Organisation der Leiharbeit. Der Angeklagte Sc. beantragte u.a. als Steuerberater und Geschäftsführer der Einziehungsbeteiligten für die Gesellschaften von Za. die erforderlichen Erlaubnisse für die Arbeitnehmerüberlassung bei der Bundesagentur für Arbeit.

4 Allen Angeklagten war bei ihren Tatbeiträgen bewusst, dass 90 % der beschäftigten Leiharbeiter Drittstaatsangehörige und mit gefälschten ID-Karten beschäftigt waren; dies war gerade Teil des Geschäftskonzepts. Ebenso wussten sie, dass die Leiharbeiter unter Umgehung des Sozialversicherungssystems und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen tätig waren, was die Basis für ihren jeweiligen finanziellen Profit war.

5 2. Das LG hat sich seine Überzeugung auf der Grundlage überwiegender Geständnisse der Angeklagten A. und K. Z. und des Angeklagten K. sowie eines im Rahmen einer Verständigung abgegebenen Geständnisses des Angeklagten Sc. und von Geständnissen dreier früherer Mitangeklagter (die für die praktische Arbeitnehmerüberlassung vor Ort und die Beschaffung der gefälschten ID-Karten zuständig waren) verschafft. Diese Geständnisse hat es durch die Auswertung von Chats, Inhalten von Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen (insbesondere zur Staatsangehörigkeit der Leiharbeiter) sowie umfangreiche Ermittlungen zu den eingesetzten Leiharbeitnehmern bestätigt gesehen und hierauf auch von den Einlassungen abweichende Feststellungen gestützt.

6 II. Die mit Verfahrens- und Sachrügen geführten Revisionen bleiben erfolglos.

7 1. Die Revision der Einziehungsbeteiligten ist unzulässig, was bereits das LG mit Beschluss vom 24.1.2024 zutreffend ausgesprochen hat. Der dagegen gerichtete Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 346 Abs. 2 StPO bleibt ohne Erfolg. Das angegriffene Urteil ist der Einziehungsbeteiligten am 30.11.2023 zugestellt worden (vgl. Antragsschrift des Generalbundesanwalts). Die Revisionsbegründung der Einziehungsbeteiligten ist erst am 4.1.2024 bei Gericht eingegangen. Damit ist die hier maßgebliche Frist des § 345 Abs. 1 Satz 1, 3 StPO nicht eingehalten worden. Einen Antrag auf Wiedereinsetzung hat die Einziehungsbeteiligte nicht gestellt. Im Übrigen zeigt die mit der allgemeinen Sachrüge geführte Revision der Einziehungsbeteiligten auch keinen Rechtsfehler zu ihrem Nachteil auf.

8 2. Die Revisionen der Angeklagten bleiben ebenfalls weitgehend ohne Erfolg. Über die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seinen Antragsschriften hinaus bedarf nur Folgendes der Erörterung:

9 a) Die auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen die Schuldsprüche.

10 aa) Dies gilt namentlich hinsichtlich der Verurteilung wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern nach § 97 Abs. 2 i.V.m. § 96 Abs. 1 AufenthG in der vom 1.8.2018 bzw. 1.7.2017 jeweils bis zum 26.2.2024 geltenden Fassung.

11 Es handelte sich bei den in Deutschland beschäftigten Leiharbeitnehmern um Staatsangehörige der Ukraine, der Republik Moldau, von Georgien, Tadschikistan, Kasachstan oder der Russischen Föderation. Keiner der Betroffenen verfügte über eine Aufenthaltserlaubnis, obwohl spätestens mit der Aufnahme einer Beschäftigung im Bundesgebiet etwaige Ausnahmen von der Visumpflicht für „Positivstaatsangehörige“ (vgl. Art. 4 Abs. 1 der Verordnung [EU] 2018/1806 vom 14.11.2018, ABL Nr. L 303, 39 i.V.m. Anlage II) entfallen und sie damit vollziehbar ausreisepflichtig waren (§ 17 Abs. 1 AufenthV; vgl. hierzu nur BGH, Beschl. v. 12.12.2023 – 3 StR 278/23, wistra 2024, 301; v. 24.3.2021 – 3 StR 22/21, NStZ-RR 2021, 190; Urt. v. 8.3.2017 – 5 StR 333/16 Rz. 9). Indem sie die Tätigkeit der Beschäftigten im Bundesgebiet organisierten, leisteten die Angeklagten den betreffenden Ausländern Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt (vgl. MünchKomm/StGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rz. 23; Mosbacher in Achenbach/Ransiek/Rönnau,

Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., 14. Teil, Kapitel 5, Rz. 107 ff.) und erhielten hierfür entweder unmittelbar Erlöse aus den Einnahmen der als Entsender auftretenden Gesellschaften oder vermittelt in Form von Gehaltszahlungen als Vermögensvorteile. Die Einschleusung in Form der zum unerlaubten Aufenthalt führenden Beschäftigung im Bundesgebiet diente als Mittel zur Erlangung des Vermögensvorteils; von wem der Täter diesen erhält, ist unerheblich (vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2000 – 3 StR 308/99, StV 2000, 357, 360).

Es kann daher dahinstehen, ob als Vermögensvorteil in diesem Sinne auch das Ersparen von Aufwendungen für Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer gelten kann (vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.2024 – 1 StR 464/23, NJW 2024, 2196; ebenso Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: Januar 2024, § 96 AufenthG Rz. 23; Petri, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl., § 96 AufenthG Rz. 318) oder es sich dabei um Vorteile handelt, die nicht „für“ das Einschleusen, sondern aus gesondert begangenen Straftaten erlangt werden (so MünchKomm/StGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rz. 24; BeckOK/StGB/Datis, 60. Ed., § 96 AufenthG Rz. 14 f.; Mosbacher in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 96 AufenthG Rz. 12; Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 746; Kabis/Fahlbusch in NK-AuslR, 3. Aufl., § 96 AufenthG Rz. 52; Riediger/Schilling in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl., Kap. 20 Rz. 115c). Das LG hat auf die Erlangung dieser Vorteile nicht abgestellt.

Die Voraussetzungen einer womöglich anderen Regeln folgenden Entsendung von Leiharbeitnehmern aus Drittstaaten durch einen Mitgliedstaat im Rahmen der europäischen Dienstleistungsfreiheit (grundlegend EuGH, Urt. v. 9.8.1994 – C-43/93, InfAuslR 1994, 388 [„Vander-Elst“]; vgl. hierzu auch BVerwG, Beschl. v. 20.6.2019 – 1 B 10/19, InfAuslR 2019, 371; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 22.4.2021 – 7 B 312/21; Klaus, InfAuslR 2022, 41) lagen – wie die Strafkammer zutreffend ausgeführt hat – nicht vor. Denn die betreffenden Leiharbeitnehmer waren in keinem Mitgliedsstaat ordentlich beschäftigt (vgl. § 21 Beschäftigungsverordnung – BeschV), sondern wurden plangemäß lediglich im Bundesgebiet eingesetzt. Ebenso wenig lag der Ausnahmetatbestand des § 30 Nr. 3 BeschV vor, weil die Leiharbeitnehmer nach den Feststellungen in keinem Mitgliedsstaat eine langfristige Aufenthaltsberechtigung innehatten; nur wenn dies der Fall gewesen wäre, hätten sie für die Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland für ihren EU-Arbeitgeber kein nationales Visum mehr benötigt.

bb) Auch die Schuldsprüche wegen Vorenthaltens und Untreuens von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB oder der Beihilfe hierzu sind rechtsfehlerfrei.

(1) Die im Bundesgebiet Beschäftigten unterlagen der Sozialversicherungspflicht (vgl. § 2 Abs. 2, § 3 Nr. 1, § 9 SGB IV). An den Voraussetzungen einer Ausnahme hiervon nach § 5 SGB IV fehlt es schon deshalb, weil die Leiharbeiter nur für eine Tätigkeit in Deutschland angeworben wurden, eine anschließende Beschäftigung im Ausland hingegen zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt war. Damit lag keine „Entsendung“ ausländischer Beschäftigter für einen vorübergehenden Einsatz im Bundesgebiet vor (vgl. hierzu auch Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.9.2019 – L 9 KR 184/15 Rz. 42).

- 16 (2) Die Sozialversicherungspflicht entfiel auch nicht aufgrund der mit gefälschten ID-Karten in Estland erlangten Entsendebescheinigungen („A1-Bescheinigungen“).
- 17 Zwar können solche Bescheinigungen in einem anderen Mitgliedsstaat bei der Arbeitnehmerentsendung Bindungswirkung bezüglich der deutschen Sozialversicherungspflicht entfalten (vgl. BGH, Urt. v. 30.4.2024 – 1 StR 426/23 Rz. 13 ff. m.w.N.; grundlegend BGH, Urt. v. 24.10.2006 – 1 StR 44/06, BGHSt 51, 124; näher hierzu *Radtke*, GmbHR 2009, 915; *Rübenstahl*, NJW 2007, 3538; *Heger*, JZ 2008, 369; vgl. auch *Wilde*, NZS 2016, 48). Dies gilt selbst, wenn diese Bescheinigungen betrügerisch oder missbräuchlich erlangt worden sind (BGH, a.a.O.; EuGH, Urt. v. 2.3.2023 – C-410/21, C-661/21, NZA 2023, 564; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 der Verordnung [EG] 987/2009 vom 16.9.2009, ABl. Nr. L 284, S. 1, zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung [EG] 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 29.4.2004, ABl. Nr. L 166, 1).
- 18 Die Beschäftigten fielen aber – wie das LG zutreffend ausgeführt hat – unter den festgestellten Umständen als Drittstaatsangehörige nicht in den Anwendungsbereich der einschlägigen Verordnungen (vgl. Art. 2 VO [EG] 883/2004). Die Voraussetzungen für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs nach Art. 1 VO [EU] 1231/2010 (v. 24.11.2010, ABl. Nr. L 344, 1) lagen nicht vor, weil es an einem rechtmäßigen Aufenthalt und rechtmäßiger Arbeit in einem Mitgliedsstaat mangelte (vgl. EuGH, Urt. v. 24.1.2019 – C-477/17; Beschl. v. 3.3.2021 – C-523/20 Rz. 29 und 32). Ist aber der persönliche Anwendungsbereich der genannten Verordnungen nicht eröffnet, kann eine A1-Bescheinigung auch keine Bindungswirkung entfalten (vgl. *Devetzi* in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, 13. Ergänzungslieferung, Art. 12 Rz. 32 m.w.N.; *Schreiber* in Beck-OGK, Art. 12 VO [EG] 883/2004 Rz. 40; für die Vorgänger-Bescheinigung E 101 zu „Rheinschiffen“ ausdrücklich EuGH, Urt. v. 9.9.2015 – C-72/14 und C-197/14 Rz. 44 ff.).
- 19 Der Generalbundesanwalt hat zudem zutreffend darauf hingewiesen, dass Bescheinigungen, die – wie hier – unter falschen Personalien ausgestellt werden, keine Bindungswirkung entfalten können. Die Tatbestandswirkung der A1-Bescheinigung ist auf die darin genannte Person beschränkt. Handelt es sich bei dem Beschäftigten aufgrund wesentlich abweichender Personalien aber um eine andere, real nicht existierende Person, geht die Tatbestandswirkung ins Leere. Die zur Erlangung der A1-Bescheinigungen eingesetzten gefälschten ID-Karten enthielten zunächst erfundene Namen, stets aber falsche Angaben zur Staatsangehörigkeit und damit zu einem für die Identifizierung der Person – gerade im vorliegenden Regelungskontext – wesentlichen Merkmal.
- 20 Dass die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH vom 30.4.2024 (1 StR 426/23) dieser Auslegung tragend entgegenstünde, vermag der Senat den dortigen Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen. Klärungsbedürftige Fragen der Anwendung europäischen Rechts i.S.v. Art. 267 AEUV ergeben sich insoweit nicht. Es geht vorliegend nicht um die Gültigkeit einer von einem anderen Mitgliedsstaat ausgestellten A1-Bescheinigung, sondern um deren Anwendungsbereich. Dass eine für eine drittstaatsangehörige Person, auf die die genannten Verordnungen überhaupt keine Anwendung finden, unter anderen Personalien ausgestellte A1-Bescheinigung die Behörden eines anderen Mitgliedsstaates nicht zu binden vermag, ist angesichts der genannten Entscheidung des EuGH zur Vorgängerbescheinigung E 101 (EuGH, Urt. v. 9.9.2015 – C-72/14 und C-197/14) derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt („acte claire-Doktrin“; vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – 283/81, NJW 1983, 1257, 1258; BGH, Urt. v. 15.5.2018 – 1 StR 159/17 Rz. 194, wistra 2019, 63 m.w.N.).
- (3) Rechtsfehlerfrei hat die Strafkammer schließlich festgestellt, 21 dass die baltischen Gesellschaften, die der Angeklagte Za. allein als faktischer Geschäftsführer leitete, nach einer Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen tatsächlichen Umstände die Arbeitgeber der in Deutschland eingesetzten Beschäftigten waren. Damit traf Za. i.V.m. § 14 StGB die gem. § 266a StGB strafbewehrte Pflicht, die in Deutschland tätigen Arbeitnehmer zur Sozialversicherung anzumelden (§ 28a SGB IV) und die Arbeitgeberanteile sowie die bei den Arbeitnehmern vom Lohn einzubehaltenden Beitragsanteile im jeweiligen Beschäftigungsmonat an die gesetzlichen Krankenkassen abzuführen (vgl. §§ 28e, 28g, 23 SGB IV). Die Tatsache, dass er als faktischer Geschäftsführer ausländischer Gesellschaften handelte, rechtfertigt keine andere Betrachtung (vgl. BGH, Urt. v. 11.6.2013 – II ZR 389/12, NZG 2013, 937). Dass diese zur Erfüllung der Beitragspflicht aufgrund erheblicher Einkünfte aus den Arbeitnehmerüberlassungsverträgen ohne weiteres in der Lage waren, hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei angenommen. Zu den im Einzelnen von der Strafkammer festgestellten Taten des Angeklagten Za. haben die übrigen Angeklagten jeweils im Rahmen ihrer Tatbeiträge Beihilfe geleistet.
- cc) Die Urteilsfeststellungen tragen auch die Schuldsprüche wegen 22 Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Bedingungen nach § 10 SchwarzArbG oder der Beihilfe dazu.
- (1) Der Angeklagte Za. war als faktischer Geschäftsführer der 23 baltischen Gesellschaften, die ihrerseits Arbeitgeber der ausländischen Beschäftigten waren, nach § 14 StGB tauglicher Täter (vgl. MünchKomm/StGB/Mosbacher, 4. Aufl., § 10 SchwarzArbG Rz. 29 m.w.N.). Das LG hat nach entsprechender Verfahrensbeschränkung in Bezug auf vier ausländische Arbeitnehmer der baltischen Gesellschaften rechtsfehlerfrei dargelegt, dass diese nicht über die für die Beschäftigung im Bundesgebiet erforderliche Genehmigung verfügten (vgl. zu den Voraussetzungen näher MünchKomm/StGB/Mosbacher, 4. Aufl., § 10 SchwarzArbG Rz. 7 ff. m.w.N.) und – entgegen den Vereinbarungen mit den Entleihfirmen – zu ungünstigen Bedingungen beschäftigt wurden.
- (2) Die konkreten Arbeitsbedingungen der ausländischen 24 Beschäftigten standen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer, welche die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausübten.
- Insoweit gilt (BGH, Beschl. v. 25.10.2017 – 2 StR 50/17, NStZ 25 2018, 546 m. Anm. *Mosbacher*; vgl. auch MünchKomm/StGB/Mosbacher, 4. Aufl., § 10 SchwarzArbG Rz. 22 ff. m.w.N.): Ein auffälliges Missverhältnis im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die Arbeitsbedingungen des ausländischen Arbeitnehmers so beträchtlich schlechter sind als die Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer, dass für einen mit den Gepflogenheiten der jeweiligen Branche vertrauten Dritten ein augenfälliger Unterschied besteht. Erforderlich ist danach zunächst, dass die Arbeitsbedingungen des ausländischen Arbeit-

nehmers nicht nur unerheblich negativ von denjenigen der Vergleichsgruppe abweichen. Die bestehende Diskrepanz von Leistung und Gegenleistung hinsichtlich des ausländischen Arbeitnehmers im Vergleich zu dem deutschen Arbeitnehmer muss darüber hinaus auffällig, also offensichtlich sein. Die Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses der Arbeitsbedingungen i.S.v. § 10 Abs. 1 SchwarzArbG erfordert in der Regel eine Gesamtschau aller Arbeitsbedingungen wie Lohn, Urlaub, soziale Absicherung, Schutz vor Arbeitsunfällen und Kündigung. Das bloße Nichtanmelden zur Sozialversicherung reicht hierfür nicht.

- 26 Die Strafkammer hat als Vergleichsgruppe sowohl die bei den Unternehmen beschäftigten Festangestellten als auch dort eingesetzte Leiharbeiter in den Blick genommen. Bei ihrem Vergleich der Arbeitsbedingungen hat sie im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung insbesondere auf das Fehlen einer Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, eines Urlaubsanspruchs und eines Krankenversicherungsschutzes, das Verhängen von Strafen mit Einbehalten vom Lohn bis hin zur Versagung der Lohnzahlung am Tätigkeitsende und den Abschluss bloß mündlicher Arbeitsverträge ohne reale Möglichkeit der Gegenwehr abgestellt. Damit ist ein auffälliges Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer belegt.
- 27 dd) Auch die Schuldsprüche wegen gewerbs- und bandenmäßiger Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 4 StGB) haben Bestand.
- 28 Entgegen der Auffassung der Revision des Angeklagten Za. handelt es sich dabei nicht um Auslandstaten. Denn dem gemeinsamen Tatplan entsprechend wurden die gefälschten ID-Karten von den mittäterschaftlich eingebundenen und in Deutschland handelnden (vgl. § 9 StGB) Angeklagten Z. und S. zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht, indem diese Kopien oder Scans der in körperlicher Form vorhandenen Fälschungen zur Täuschung der estnischen Behörden zwecks Erlangung von A1-Bescheinigungen über den Mittäter B. dort einreichten (vgl. hierzu auch BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, NStZ 2023, 542). Bezüglich anderer Formen des Gebrauchsmachens im Inland hat die Strafkammer nach § 154a StPO die Verfolgung beschränkt.
- 29 b) Der Einziehungsausspruch gegenüber dem Angeklagten A. Z. bedarf der Korrektur. Wie bereits das LG in den Urteilsgründen ausgeführt hat, ist ihm insoweit ein Übertragungsfehler unterlaufen. Dieser Angeklagte hat aus den Taten lediglich 2.765.548,37 € statt der versehentlich tenorierten 3.315.648,53 € erlangt. Der weitergehende Betrag hatte entsprechend § 354 Abs. 1 StPO zu entfallen. Der insgesamt lediglich geringfügige Erfolg der Revision lässt es nicht unbillig erscheinen, den Angeklagten mit den gesamten Kosten seines Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO).
- 30 c) Soweit der Angeklagte K. Zahlungserleichterungen hinsichtlich des gegen ihn angeordneten Einziehungsbetrages i.H.v. 64.575 € begehrt, ist er auf das Vollstreckungsverfahren zu verweisen (vgl. § 459g StPO), denn entgegen der Auffassung der Revision findet § 42 StGB weder nach seinem Wortlaut noch analog auf Einziehungsentscheidungen Anwendung (vgl. BGH, Beschl. v. 28.3.2019 – 4 StR 45/19, NStZ-RR 2019, 252).

## Feststellungsanforderungen bei Verurteilung wegen Steuerhinterziehung

AO § 370; EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, § 3 Nr. 40 Buchst. d; KStG § 8 Abs. 3 Satz 2

Bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung müssen die steuerlich erheblichen Tatsachen (z.B. Inhalt der Steuererklärungen) explizit festgestellt sein und eine klare Berechnungsdarstellung unter Nennung der zugehörigen Besteuerungsgrundlagen erfolgen. Andernfalls ist dem Revisionsgericht die Prüfung verwehrt, ob das Tatgericht den Verkürzungsumfang rechtsfehlerfrei bestimmt hat.

(nicht amtl.)

BGH, Beschl. v. 17.10.2024 – 1 StR 170/24  
(LG Bochum)

**Stichworte:** Steuerhinterziehung – Feststellung der steuerlich erheblichen Tatsachen – Konkurrenzen

## Aus den Gründen

Das LG hat den Angeklagten wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in 47 Fällen sowie wegen Steuerhinterziehung in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Zudem hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen i.H.v. 679.687 € angeordnet. Die gegen seine Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts beanstandet, hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Die Verurteilung wegen Steuerhinterziehung in acht Fällen 2 begegnet aus zwei Gründen durchgreifenden Bedenken.

a) Bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung müssen 3 die steuerlich erheblichen Tatsachen festgestellt sein. Andernfalls ist dem Revisionsgericht die Prüfung verwehrt, ob das Tatgericht den Verkürzungsumfang rechtsfehlerfrei bestimmt hat (st. Rspr.; BGH, Beschl. v. 13.6.2023 – 1 StR 53/23 Rz. 9 und v. 22.3.2023 – 1 StR 361/22 Rz. 23; je m.w.N.). Hier hat das LG weder den Inhalt der Steuererklärungen noch die weiteren Parameter, die für die zutreffende Festsetzung der Steuern relevant sind, festgestellt. In allen Fällen fehlt es an einer Berechnungsdarstellung und der Nennung der zugehörigen Besteuerungsgrundlagen. Das LG hat nur die über die P. GmbH bezogenen verdeckten Gewinnausschüttungen (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, § 3 Nr. 40 Buchst. d EStG) und die Bestechungszahlungen an den Mitangeklagten J., die der Angeklagte ohnehin nicht im Interesse der GmbH leistete (vgl. im Übrigen § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 Satz 1 EStG), beziffert und die jeweiligen Verkürzungsbeträge mitgeteilt. Derart knappe Ausführungen lassen nicht einmal die Überprüfung zu, ob Steuern dem Grunde nach verkürzt sind. Entsprechendes gilt für die Einkommensteuerverkürzung für das Jahr 2017, bei der dem Angeklagten die Nichtabgabe der Steuererklärung zur Last liegt (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO).

b) Zudem erschließt sich die vom LG vorgenommene Beurteilung der Konkurrenzen nicht. Im Ansatz geht es zwar zutreffend davon aus, dass dem Angeklagten als mittelbarem Täter (§ 25 Abs. 1 Alternative 2 StGB) alle für dasselbe Jahr vom Steuerberaterbüro elektronisch abgegebenen Steuererklärungen

als Tateinheitlich begangen (§ 52 Abs. 1 Alternative 2 StGB) zuzurechnen sind. Denn nach den Urteilsfeststellungen gab er seine Unterlagen jeweils zusammen ab; weitere Beiträge, die nur einer bestimmten Erklärung zuzurechnen wären, hat das LG nicht festgestellt (vgl. BGH, Beschl. v. 26.7.2022 – 1 StR 51/22 Rz. 7 und v. 16.9.2020 – 1 StR 275/20 Rz. 13; je m.w.N.). Dann ist aber ohne weitere Begründung nicht ersichtlich, warum die Einkommensteuererklärungen sowie die für das Einzelunternehmen M. abgegebenen Umsatz- und Gewerbesteuererklärungen auf der einen Seite zu den für die P. GmbH abgegebenen Steuererklärungen auf der anderen Seite in Tateinheit stehen sollen.

- 5 2. Die Aufhebung der Verurteilung mitsamt den Feststellungen in den genannten Fällen zieht die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich. Auch die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen, die sich ausschließlich auf die Steuerdelikte bezieht, kann aus den unter 1. a) genannten Gründen keinen Bestand haben.

## Dividendenkompensation in Cum/Ex-Geschäften

StPO §§ 24 ff., § 338 Nr. 3; EMRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1; EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4

1. Aus einer die Besorgnis der Befangenheit begründenden Vorbefassung eines Richters folgt kein von Amts wegen zu prüfendes Verfahrenshindernis.

2. Auch bei Dividendenkompensationszahlungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG) kann ein Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer bestehen; dieser steht gegebenenfalls demjenigen zu, dem im Zeitpunkt des Zuflusses der Dividendenkompensationszahlung die Anteile zuzurechnen sind. Die Finanzbehörden müssen insofern nicht schon aufgrund einer schlichten Bezugnahme auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erkennen, dass keine Kapitalertragsteuer hätte angerechnet oder erstattet werden dürfen.

(alle nicht amtl.)

BGH, Beschl. v. 29.10.2024 – 1 StR 58/24  
(LG Wiesbaden)

**Stichworte:** *Besorgnis der Befangenheit – Vorbefassung – Cum/Ex-Geschäfte*

## Aus den Gründen

- 1 Das LG hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und drei Monaten verurteilt. Es hat ferner gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen i.H.v. 1.084.500 € angeordnet sowie eine Entscheidung zur Anrechnung von Auslieferungshaft getroffen. Der Angeklagte wendet sich mit seiner auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision gegen seine Verurteilung. Das Rechtsmittel führt zur Abtrennung des Verfahrens, soweit das LG die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet hat; im Übrigen bleibt ihm der Erfolg versagt.
- 2 1. Der Zulässigkeit des Verfahrens steht kein Verfahrenshindernis entgegen.

a) Der Senat muss nicht entscheiden, ob die von dem Angeklagten – einem zugelassenen, derzeit inhaftierten Rechtsanwalt – selbst abgegebene Gegenerklärung vom 15.4.2024, die ein allein „in der Strafvollstreckung“ mandatierter Verteidiger über sein (des Verteidigers) besonderes elektronisches Anwaltspostfach an den BGH „zur weiteren Bearbeitung“ übersandt hat, den Wirksamkeitserfordernissen des § 32d StPO genügt. Die darin erhobenen Einwendungen sind, soweit sie die behauptete Verletzung des Spezialitätsgrundsatzes und damit ein Verfahrenshindernis betreffen, ohnehin von Amts wegen, im Übrigen auf die zulässig erhobene und ordnungsgemäß begründete Sachrüge hin zu prüfen. Sie greifen jeweils nicht durch (vgl. auch nachfolgend unter 3.).

b) Hinsichtlich der mit Schriftsatz vom 18.6.2024 vorgebrachten Rüge einer unzulässigen Vorbefassung des LG (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) ist dem Senat eine Entscheidung in der Sache verschlossen. Eine Verfahrensrüge dieser Stoßrichtung wurde nicht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nach § 345 Abs. 1 StPO erhoben. Entgegen der Ansicht des Angeklagten resultiert aus einer die Besorgnis der Befangenheit begründenden Vorbefassung eines Richters kein von Amts wegen zu prüfendes Verfahrenshindernis (vgl. auch BGH, Beschl. v. 31.1.2023 – 4 StR 67/22 Rz. 2). Nicht jede (behauptete) Verletzung einer der Garantien des Art. 6 EMRK begründet einen derart schwerwiegenden Verfahrensfehler, der es rechtfertigen würde, das Strafverfahren ohne abschließende Sachentscheidung einzustellen. Nach der Rechtsprechung des BGH wird ein Verfahrenshindernis begründet durch Umstände, die es ausschließen, dass über einen Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf. Diese müssen so schwer wiegen, dass von ihnen die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muss (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 17.1.2024 – 2 StR 100/23 Rz. 5 m.w.N.). Bei Besorgnis der Befangenheit eines Berufsrichters infolge Vorbefassung besteht mit Blick auf die dem Angeklagten eröffneten Ablehnungs- und Rügemöglichkeiten gem. §§ 24 ff., 338 Nr. 3 StPO hierzu regelmäßig – wie auch hier – kein Anlass.

2. Den innerhalb der Frist des § 345 Abs. 1 StPO erhobenen 5 Verfahrensbeanstandungen bleibt aus den in der Zuschrift des Generalbundesanwalts dargelegten Gründen der Erfolg versagt.

3. Der Schuld- und Strafausspruch hält aus den Gründen der 6 Antragschrift des Generalbundesanwalts rechtlicher Nachprüfung stand. Der Erörterung bedarf lediglich das Folgende:

Die sachlich-rechtlichen Einwendungen gegen den Schuld- 7 spruch dringen nicht durch. Im Veranlagungszeitraum 2006 unterlagen Dividendenkompensationszahlungen nicht der Kapitalertragsteuer. Beim Erwerb von Aktien im Wege eines Cum-Ex-Geschäfts wäre Kapitalertragsteuer beim Erwerber daher nur dann anzurechnen, wenn ihm die Abführung der Kapitalertragsteuer auf die originäre Dividende zuzurechnen wäre, weil er schon durch den Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie wurde. Dies war aber beim Erwerb vom Leerverkäufer im Veranlagungszeitraum 2006 ebenso wenig der Fall wie in späteren Veranlagungszeiträumen (vgl. BGH, Urt. v. 28.7.2021 – 1 StR 519/20, BGHSt 66, 182 Rz. 74 ff. [= wistra 2021, 479]; BFH, Urt. v. 2.2.2022 – I R 22/20, BFHE 276, 20 Rz. 43). Die Änderungen ab 2007 ließen die Grundsätze des wirtschaftlichen Eigentums unberührt.

- 8 Für Veranlagungszeiträume ab 2007 ist in der Rechtsprechung des BGH und des BFH geklärt, dass auch bei Dividendenkompensationszahlungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG) ein Anspruch auf Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer bestehen kann; dieser steht gegebenenfalls demjenigen zu, dem im Zeitpunkt des Zuflusses der Dividendenkompensationszahlung die Anteile zuzurechnen sind (BFH, Urt. v. 2.2.2022 – I R 22/20, BFHE 276, 20 Rz. 26). Die Finanzbehörden mussten daher nicht schon aufgrund einer schlichten Bezugnahme auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erkennen, dass keine Kapitalertragsteuer hätte angerechnet oder erstattet werden dürfen (vgl. BGH, Beschl. v. 20.9.2023 – 1 StR 187/23 [wistra 2024, 32] m.w.N.). Ohnehin enthält die Behauptung, die R. GmbH habe bei der Abgabe der verfahrensgegenständlichen Körperschaftsteuererklärungen auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG hingewiesen, urteilsfremdes Vorbringen; hierzu hat das LG nichts festgestellt.
- 9 4. Die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen bleibt vorbehalten, denn diese würde die Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat unangemessen verzögern (§ 422 StPO; vgl. BGH, Urt. v. 30.3.2021 – 3 StR 474/19 Rz. 55, insoweit in BGHSt 66, 83 nicht abgedruckt; Beschl. v. 11.1.2023 – 1 StR 345/22 Rz. 3 und v. 23.5.2024 – 5 StR 312/23 Rz. 2).

## Revisionseinlegung per beA durch Kanzleimitarbeiter

StPO § 32a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 44

1. Bei einer Übermittlung einer Revisionseinlegungsschrift, die mit einfacher Signatur des Verteidigers oder Rechtsanwalts als verantwortende Person versehen ist, über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) muss die Übertragung über das Postfach dieses Verteidigers oder Rechtsanwalts geschehen und zudem dieser – und nicht etwa ein Kanzleimitarbeiter – selbst der tatsächliche Versender sein.

2. Das Verschulden des Verteidigers bei der formwidrigen Übermittlung von Schriftsätzen ist dem Angeklagten nicht als eigenes zuzurechnen.  
(alle nicht amlt.)

BGH, Beschl. v. 24.7.2024 – 1 StR 238/24  
(LG München I)

**Stichworte:** Revisionseinlegung – besonderes elektronisches Anwaltspostfach

## Aus den Gründen

1. Das LG München I hat die Angeklagte mit am 15.12.2023 verkündeten Urteil wegen Steuerhinterziehung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und fünf Monaten verurteilt. Mit Schriftsatz vom 21.12.2023, eingegangen beim LG am selben Tage, hat die Verteidigerin der Angeklagten Revision eingelegt. Eine Kanzleiangestellte hat den Revisionschriftsatz über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) ohne qualifizierte elektronische Signatur mittels einer ihr zur Verfügung gestellten beA-Mitarbeiterkarte übermittelt. Mit Zuschrift des Generalbundesanwalts vom 11.6.2024, dem Verteidiger im Revisionsverfahren zugegangen am 4.7.2024, hat dieser beantragt, die Revision der Angeklagten als

unzulässig zu verwerfen, und auf die Formunwirksamkeit der eingelegten Revision gem. § 32d Satz 2, § 32a Abs. 3, Abs. 4 StPO hingewiesen. Mit Schriftsatz vom 10.7.2024 hat der Verteidiger im Revisionsverfahren einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der Revision gestellt. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die Angeklagte ihre Verteidigerin am Morgen des 20.12.2023 mit der Revisionseinlegung beauftragt und diese ihr zugesichert habe, dies am nächsten Tag, dem 21.12.2023, zu erledigen. Nach Übermittlung der Revisionseinlegung durch eine Kanzleimitarbeiterin mittels beA-Mitarbeiterkarte am 21.12.2023 habe diese der Angeklagten per E-Mail bestätigt, dass die Revision auftragsgemäß „soeben per beA“ beim LG eingelegt worden sei. Der E-Mail sei eine Abschrift der Revisionseinlegung, nicht aber das dazugehörige Prüfprotokoll beigefügt gewesen. Weitere Informationen zum genauen Übermittlungsweg der Revision habe die Angeklagte nicht erhalten. Erstmals am Abend des 4.7.2024 habe sie über ihre Verteidiger aufgrund der Zuschrift des Generalbundesanwalts von der Formunwirksamkeit der eingelegten Revision erfahren.

2. Der Angeklagten ist auf ihren Antrag Wiedereinsetzung in den Stand vor Ablauf der Frist zur Einlegung der Revision gegen das Urteil des LG München I vom 15.12.2023 zu gewähren (§ 45 StPO).

a) Die Angeklagte hat die Frist zur Einlegung der Revision (§ 341 Abs. 1 StPO) versäumt. Nach § 32d Satz 2 StPO müssen Verteidiger und Rechtsanwälte die Revision und ihre Begründung als elektronisches Dokument übermitteln. Insoweit handelt es sich um eine Form- und Wirksamkeitsvoraussetzung der jeweiligen Prozesshandlung, welche bei Nichteinhaltung deren Unwirksamkeit zur Folge hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschl. v. 21.3.2024 – 3 StR 300/23 Rz. 7; v. 6.2.2024 – 6 StR 609/23 Rz. 4; v. 12.9.2023 – 5 StR 308/23 Rz. 3 und v. 19.7.2023 – 2 StR 369/22 Rz. 4). Diesen Anforderungen genügt die Revisionseinlegungsschrift vom 21.12.2023 nicht. Denn diese ist weder qualifiziert elektronisch signiert (§ 32a Abs. 3 Alternative 1 StPO) noch einfach signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg i.S.v. § 32a Abs. 4 StPO übermittelt worden (§ 32a Abs. 3 Alternative 2 StPO). Gemäß § 32a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO ist ein sicherer Übermittlungsweg u.a. gegeben bei einer Übermittlung zwischen dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach und der elektronischen Poststelle der Behörde oder des Gerichts. Dies setzt voraus, dass der Verteidiger oder Rechtsanwalt, dessen Name als einfache Signatur in dem Schriftsatz als verantwortende Person aufgeführt ist, selbst die Einreichung eigenhändig vornimmt; bei einer Übermittlung über das besondere elektronische Anwaltspostfach muss die Übertragung mithin über das Postfach dieses Verteidigers oder Rechtsanwalts geschehen und zudem dieser – und nicht etwa ein Kanzleimitarbeiter – selbst der tatsächliche Versender sein (vgl. BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 3 StR 292/23 Rz. 2; v. 20.6.2023 – 2 StR 39/23 Rz. 7; v. 7.2.2023 – 2 StR 162/22 Rz. 8 und v. 3.5.2022 – 3 StR 89/22 Rz. 11). Das Recht, nicht qualifiziert elektronisch signierte Dokumente alternativ formwährend über das besondere elektronische Anwaltspostfach zu versenden, kann der Rechtsanwalt gem. § 23 Abs. 3 Satz 5 Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung (RAVPV) nicht auf Dritte übertragen (vgl. BGH, Beschl. v. 20.6.2023 – 2 StR 39/23 Rz. 9). Geschieht die Übermittlung gleichsam durch einen Boten – wie hier durch eine Kanzleimitarbeiterin mittels

einer dieser gem. § 23 Abs. 2, Abs. 3 RAVPV eingeräumten Berechtigung, wird die Authentizität des elektronischen Dokuments nicht gewährleistet (vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2023 – 2 StR 162/22 Rz. 6 ff. und v. 24.1.2023 – 6 StR 466/22 Rz. 4).

- 4 b) An dieser Fristversäumnis trifft die Angeklagte, wie ihr Verteidiger fristgerecht vorgetragen und glaubhaft gemacht hat (§ 45 Abs. 2 Satz 1 StPO), allerdings kein Verschulden. Das Verschulden des Verteidigers bei der formwidrigen Übermittlung von Schriftsätzen ist der Angeklagten nicht als eigenes zuzurechnen (vgl. BGH, Beschl. v. 6.2.2024 – 6 StR 609/23 Rz. 6). Die Angeklagte hat ihre Verteidigerin rechtzeitig mit der Revisionseinlegung beauftragt und sich die rechtzeitige Revisionseinlegung „per beA“ von dieser ausdrücklich bestätigen lassen. Weitere Informationen zum Übermittlungsweg der Revisionseinlegung hat die Angeklagte nicht erhalten. Die Angeklagte hat daher auf eine formwirksame und rechtzeitige Revisionseinlegung vertrauen dürfen. Es ist somit allein auf der Angeklagten nicht zurechenbares Anwaltsverschulden zurückzuführen, dass die Revision nicht formgerecht und mithin nicht wirksam eingelegt worden ist (vgl. auch BGH, Beschl. v. 6.2.2024 – 6 StR 609/23 Rz. 6, 9; v. 16.8.2023 – 5 StR 322/23 Rz. 4; v. 1.8.2023 – 2 StR 124/23 Rz. 14; v. 6.6.2023 – 5 StR 164/23 Rz. 5; v. 19.4.2023 – 2 StR 56/23 Rz. 4; v. 24.10.2022 – 5 StR 375/22 und v. 9.8.2022 – 6 StR 268/22 Rz. 4).
- 5 c) Die versäumte Handlung hat der Verteidiger frist- und formwirksam nachgeholt (§ 45 Abs. 2 Satz 2 StPO). Die innerhalb der Wochenfrist nach § 45 Abs. 1 StPO eingelegte Revision erfüllt die gesetzlichen Formerfordernisse der §§ 32a, 32d Satz 2 StPO.
- 6 d) Da das LG bereits ein vollständiges Urteil abgefasst hat und dieses zudem wirksam zugestellt worden ist, bedarf es keiner Rückgabe der Akten zur Ergänzung der Urteilsgründe oder deren Zustellung. Mit der Zustellung dieses Beschlusses beginnt die Frist zur Begründung der Revision (vgl. BGH, Beschl. v. 12.3.2024 – 2 StR 15/24 Rz. 3; v. 6.2.2024 – 6 StR 609/23 Rz. 10 und v. 16.8.2023 – 5 StR 322/23 Rz. 5).

## Oberlandesgerichte

### Einziehung des Wertes von Taterträgen beim untauglichen Versuch

StGB § 73 Abs. 1, § 73d Abs. 1

Erwirbt der Täter Wertpapiere in der irrigen Annahme über Insiderinformationen zu verfügen und veräußert diese anschließend weiter, unterliegt der gesamte Erlös aus der Weiterveräußerung der Einziehung nach §§ 73 Abs. 1, 73c Satz 1 StGB. Sowohl für die Bestimmung des Erlangten nach § 73 Abs. 1 StGB als auch für die Frage der Abzugsfähigkeit von Aufwendungen nach § 73d Abs. 1 StGB ist ohne Belang, ob es sich um einen vollendeten oder einen (untauglichen) Versuch eines Insidergeschäfts handelt. (amtl.)

OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.7.2024 – 7 Ws 253/23  
(LG Frankfurt/M.)

**Stichworte:** Einziehung – Insidergeschäft

## Aus den Gründen

I. Die Staatsanwaltschaft Frankfurt/M. ermittelt gegen den Angeklagten wegen des Vorwurfs des Tätigens von Insidergeschäften in insgesamt 154 Fällen. Dem Angeklagten wird vorgeworfen, als (...) der Deutsche Börse AG kurz vor deren Veröffentlichung Kenntnis von 154 ad-hoc Mitteilungen erhalten zu haben und – noch bevor die jeweiligen Mitteilungen bekannt gegeben wurden – über das Depot seiner Ehefrau, das er eingerichtet und auf das allein er Zugriff hatte, entsprechende Aktien und/oder Derivate gekauft und nach öffentlicher Bekanntgabe der Mitteilungen wieder verkauft zu haben. Dabei sollen die den jeweiligen Wertpapierkäufen zugrunde liegenden ad-hoc Mitteilungen in 55 Fällen Insiderinformationen i.S.d. Art. 7 MAR beinhaltet haben (Fälle 1 bis 55), während in den übrigen Fällen die ad-hoc Mitteilungen tatsächlich keine Insiderinformationen zum Gegenstand gehabt haben sollen (Fälle 56 bis 154). In allen Fällen soll der Angeklagte die Wertpapierkäufe aufgrund der (irrigen) Annahme, über Insiderinformationen zu verfügen, getätigt haben.

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hat das LG Frankfurt/M. zur Sicherung der Einziehung des Wertes des Taterlangten gem. § 111e Abs. 1, Abs. 4, § 111j Abs. 1 StPO, § 73 Abs. 1, §§ 73c, 73d StGB den Vermögensarrest i.H.v. 1.273.204 € in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Angeklagten angeordnet. Die Arrestsumme umfasst die Werte, die die Finanzinstrumente, die der Angeklagte aufgrund der Informationen über und aus den ad-hoc Mitteilungen erwarb, nach den Ermittlungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) im Zeitpunkt der Weiterveräußerung hatten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Angeklagten, der die Anordnung des Vermögensarrests auf Grundlage eines untauglichen Versuchs (Fälle 56 bis 154 des Beschlusses) für rechtswidrig hält, da der untaugliche Versuch kein Erfolgsunrecht, sondern ausschließlich die „verwerfliche Gesinnung“ des Handelnden bestraft. Folglich existiere beim untauglichen Versuch per se keine rechtswidrige Vermögenslage, die im Wege des an § 817 Satz 2 BGB angelehnten Vermögensarrests gesichert und im weiteren Verlauf beseitigt werden könnte. Die erzielten Verkaufserlöse stünden objektiv im Einklang mit der (Zivil-) Rechtsordnung. Ihre Einziehung widerspreche dem Grundgedanken der Einziehung als Korrekturinstrument gegen rechtswidrige Vermögenslagen. Im Falle des untauglichen Versuchs sei eine Vermögensabschöpfung demnach ausgeschlossen. Außerdem unterwerfe der Beschluss Geldbeträge dem Vermögensarrest, die niemals in die Verfügungsgewalt des Angeklagten gelangt seien, weil die arrestierten Beträge auch von der Depotbank unmittelbar einbehaltene Provisionen und Kapitalertragssteuern umfassten. Da die Anordnung des Vermögensarrests über den ersten Investitionsbetrag und die in der Folge erzielten Gewinne hinaus rechtswidrig sei, wäre eine spätere (Vollstreckung) unzulässig. Insoweit würde die Anordnung der Sicherung eines überschießenden Betrages den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen und wäre rechtswidrig. Ungeachtet der Gründe, die eine spätere Vollstreckung ausschließen, d.h. auch im Fall des Ausschlusses der Anordnung wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO, sei eine Sicherung von rein rechnerischen Vermögenswerten unzulässig. Andernfalls würde im Rahmen des vorläufigen Sicherungsver-

fahrens „mehr“ gesichert, als jemals tatsächlich vorhanden war oder jedenfalls vollstreckt werden dürfte.

Das LG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und dies näher begründet.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Beschwerde zu verwerfen.

II. Die gem. § 304 Abs. 1 StPO statthafte und auch ansonsten zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Gemäß § 111e Abs. 1 Satz 1 StPO kann zur Sicherung der Vollstreckung der Vermögensarrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Betroffenen angeordnet werden, wenn die Annahme begründet ist, dass die Voraussetzungen der Einziehung von Wertersatz vorliegen. Das erfordert jedenfalls den einfachen Tatverdacht, dass die Voraussetzungen für die spätere gerichtliche Anordnung der Wertersatzeinziehung vorliegen (vgl. *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., § 111e Rz. 4), mithin dass ein einfacher Tatverdacht der Begehung einer Straftat besteht und Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass in dem Urteil die Einziehung des Wertes von Tatertträgen angeordnet werden wird. Weiter ist erforderlich, dass die Anordnung des Arrestes zur Sicherung der Vollstreckung der Einziehung erforderlich und als solche verhältnismäßig ist (vgl. *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., § 111e Rz. 5 und 8). Liegen dringende Gründe für diese Annahme vor, soll der Vermögensarrest angeordnet werden, § 111e Abs. 1 Satz 2 StPO.

1. Gegen den Angeklagten besteht der dringende Verdacht des Tätigens von Insidergeschäften (§ 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG i.V.m. Art. 14 lit. a), 8, 7 MAR) in 154 Fällen. Der Tatverdacht ergibt sich insbesondere aus den geständigen Angaben des Angeklagten sowie – hinsichtlich der durch den Angeklagten konkret getätigten Wertpapiergeschäfte, der diesen zugrunde liegenden Informationen und der erworbenen Finanzinstrumente – aus den Ermittlungen der BaFin. Dies gilt nicht nur für die Annahme von Versuchstaten in den Fällen 56 bis 154, sondern auch soweit das LG in der Arrestentscheidung für die Fälle 1 bis 55 von einem Handeln auf Grundlage von Insiderinformationen ausgeht. Auch wenn diese Einschätzung lediglich auf einer Schnellprüfung der BaFin durch Vergleich der Standardabweichung der logarithmierten Renditen beruht und die jeweilige Informationslage im Zeitpunkt der Wertpapiergeschäfte noch nicht abschließend ermittelt ist, ergeben sich aus dieser ex-post Betrachtung, dringende Gründe für das Vorliegen von Insiderinformation in diesen Fällen. Insoweit kommt der angestellten Betrachtung jedenfalls in den hier vorliegenden Fällen, in denen zwischen den verfahrensgegenständlichen Wertpapiergeschäften und der jeweiligen ad-hoc Mitteilung eine extrem kurze Zeitspanne von maximal 30 Minuten lag, eine ganz erhebliche Indizwirkung zu. Außerdem besteht die Besonderheit, dass neben den noch weiter aufzuklärenden Informationslagen, die Gegenstand der jeweiligen ad-hoc Mitteilung waren, für die aufgrund einer ex-ante Prognose zu bewertende Kursrelevanz (vgl. dazu *Pfüller/Nerz* in Fuchs/Zimmermann, Wertpapierhandelsgesetz, 3. Aufl., VO EU 596/2014 Art. 17 Rz. 177 ff.) vorliegend auch der Umstand, dass eine ad-hoc Mitteilung unmittelbar bevorstand, für sich genommen von Bedeutung sein könnte. Insoweit dürfte es nicht fernliegen, dass ein verständiger – also mit den Marktgegebenheiten vertrauter, börsenkundiger – Anleger, der auch irrationale Reaktionen anderer Marktteilnehmer zu berücksichtigen hat, das unmittelbare Bevorstehen einer ad-hoc Mitteilung, die voraussetzt, dass

der Emittent selbst von einer Insiderinformation und damit auch einer entsprechenden Kursrelevanz ausgeht, bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigt hätte (zum Maßstab vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2011 – XI ZR 51/10, juris Rz. 41 und 44; Beschl. v. 23.4.2013 – II ZB 7/09, juris Rz. 25). Darüber hinaus muss die Feststellung weiterer Anknüpfungstatsachen und deren Bewertung, insbesondere mit Blick auf die öffentliche Informationslage und die Kursrelevanz – auch für die bisher nur als Versuch gewerteten Fälle 56 bis 154 – der Hauptverhandlung überlassen bleiben.

2. Es ist auch die Annahme begründet, dass der Angeklagte durch die Taten etwas i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt hat, nämlich die erworbenen Finanzinstrumente, und – da diese aufgrund der zwischenzeitlichen Veräußerung nicht mehr eingezogen werden können – in einem späteren Urteil ein Geldbetrag, der ihrem Wert im Zeitpunkt der Veräußerung entspricht (§ 73 StGB), eingezogen werden wird. Dabei ist ohne Belang, ob jeweils eine vollendete Tat oder nur der (untaugliche) Versuch eines Insidergeschäfts gegeben ist.

a) Der Angeklagte hat sowohl in den Vollendungs- als auch in den Versuchsfällen durch eine rechtswidrige Tat die jeweils erworbenen Finanzinstrumente und damit etwas i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB erlangt.

Das Erlangte i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB ist nach der Gesetzesnovelle rein gegenständlich zu bestimmen (BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18, juris Rz. 25; *Fischer*, StGB, 71. Aufl., § 73 Rz. 23). Erlangt sind alle Vermögenswerte in ihrer Gesamtheit, die einem Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen sind, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann, ohne dass es insoweit auf eine normative Betrachtung ankommt (vgl. BGH, Urt. v. 7.3.2019 – 5 StR 569/18, juris Rz. 6; Beschl. v. 3.4.2019 – 5 StR 20/19, juris Rz. 21; *Fischer*, StGB, 71. Aufl., § 73 Rz. 23). Danach sind jeweils die erworbenen Finanzinstrumente (Aktien, Call Optionsscheine) als originäre Einziehungsobjekte erlangt. Anderslautende Rechtsprechung des BGH, die nur „rechtlich bemakelte Sondervorteile“ als Erlangtes i.S.d. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB a.F. angesehen hat (zur alten Rechtslage vgl. z.B. BGH, Urt. v. 19.1.2012 – 3 StR 343/11, juris Rz. 13 ff.; Beschl. v. 27.1.2010 – 5 StR 224/09, juris Rz. 29 ff.; Beschl. v. 11.6.2015 – 1 StR 368/14, juris Rz. 40 ff. m.w.N.), ist durch die neue Gesetzeslage überholt (vgl. BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18, juris Rz. 26; Beschl. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, juris Rz. 99; Beschl. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, juris Rz. 49; *Eser/Schuster* in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 73 Rz. 13). Die Gesetzesnovelle hat in § 73 Abs. 1 StGB die Formulierung „aus der Tat“ durch die Formulierung „durch die Tat“ ersetzt und damit zum Ausdruck gebracht, dass auf der ersten Stufe das Erlangte rein gegenständlich ohne Normative Erwägungen zu bestimmen ist und solche Erwägungen erst in einem zweiten Schritt zu berücksichtigen sind, wenn und soweit dies nach der Wertung des § 73d Abs. 1 StGB gerechtfertigt ist (BT-Drucks. 18/9525, 56 und 67 f.). Dieser Gedanke, der gerade auch für die Anschaffung von Wertpapieren durch ein verbotenes Insidergeschäft gilt (vgl. BT-Drucks. 18/9525, 68 in ausdrücklicher Abkehr von BGH, Beschl. v. 27.1.2010 – 5 StR 224/09), würde unterlaufen, wenn man bei der Bestimmung des Erlangten nur auf den Sondervorteil abstellen würde (BGH, Beschl. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, juris Rz. 49) oder aufgrund der

Rechtsnatur der Einziehung bzw. (vermeintlich) normativer Besonderheiten des untauglichen Versuchs von einer rein gegenständlichen Bestimmung abweichen würde.

Dies zugrunde gelegt sind die jeweils erworbenen Aktien und Call Optionsscheine als originäre Einziehungsobjekte erlangt. Die Tathandlung des Insidergeschäftes nach § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG kann sowohl im Erwerb als auch in der Veräußerung des Finanzinstrumentes liegen (vgl. BGH, Beschl. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, juris Rz. 48). In den verfahrensgegenständlichen Fällen stellte sich bereits der Erwerb der Aktien und Derivate durch den Angeklagten als strafbewehrte Handlung des Tätigens eines (versuchten) Insidergeschäftes dar, weil er schon zu diesem Zeitpunkt über die (vermeintlichen) Insiderinformationen verfügte. Die erworbenen Finanzinstrumente sind sowohl in den Vollendungs- als auch in den Versuchsfällen spätestens mit der Buchung auf dem Depot der Ehefrau des Angeklagten dem Vermögen des Angeklagten tatsächlich zugeflossen. Der Angeklagte hat hierzu eingeräumt, dass er das Depot selbst auf den Namen seiner Ehefrau eingerichtet und anschließend allein er Zugriff, d.h. die tatsächliche Verfügungsgewalt, hatte.

In allen Fällen wurden die Finanzinstrumente durch eine rechtswidrige Tat erlangt. Insoweit stellt auch ein (untauglicher) Versuch eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB dar. Dafür, dass der Begriff der rechtswidrigen Tat in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB anders zu verstehen sein könnte als in § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Entsprechend reicht nach der Rechtsprechung zum alten und zum neuen Recht als Anknüpfungstat für die Einziehung auch eine nur versuchte Tatbegehung grundsätzlich aus, sofern dem Täter oder dem Drittbegünstigten aus der Versuchstat ein Vermögensvorteil zugeflossen ist (vgl. BGH, Urt. v. 29.6.2010 – 1 StR 245/09, [= wistra 2010, 477] juris Rz. 37; Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13, [= wistra 2013, 57] juris Rz. 89; Urt. v. 3.12.2013 – 1 StR 53/13, [= wistra 2014, 219] juris Rz. 34; Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, [= wistra 2022, 77] juris Rz. 67; OLG Celle, Urt. v. 14.6.2019 – 2 Ss 52/19, juris Rz. 14). Etwas anderes ergibt sich – anders als die Verteidigung meint – auch keinesfalls aus der „aktuellen Rechtsprechung des 1. Strafsenats zur Vermögensabschöpfung im Fall des Versuchs“. Soweit der 1. Strafsenat des BGH in verschiedenen Entscheidungen zur versuchten Steuerhinterziehung eine Einziehung für nicht zulässig erachtet hat, lag dies jeweils daran, dass in den konkret entschiedenen Fällen die Tatbeteiligten nichts erlangt hatten, weil sich mit Blick auf den Charakter der jeweils hinterzogenen Steuer die Steuerersparnis in Form von ersparten Aufwendungen noch nicht in deren Vermögen niederschlagen hatten (vgl. BGH, Urt. v. 11.7.2019 -1 StR 620/18 [= wistra 2019, 451]; Urt. v. 10.3.2021 – 1 StR 272/20 [= wistra 2021, 358]; Urt. v. 8.3.2022 – 1 StR 360/21 [= wistra 2022, 338]; Beschl. v. 10.3.2022 – 1 StR 515/21). Eine generelle Aussage dahingehend, dass bei einer nur versuchten Anlasstat die Vermögensabschöpfung grundsätzlich ausgeschlossen sein soll, lässt sich diesen Entscheidungen nicht entnehmen.

Schließlich waren die Taten, unabhängig davon, ob versucht oder vollendet, ursächlich für die Kaufentscheidung des Angeklagten. Insoweit besteht auch in den Versuchsfällen an der Kausalität zwischen der strafbewehrten Handlung (versuchter Insiderhandel) und dem Erlangen kein Zweifel. Soweit die Verteidigung meint, der Angeklagte hätte bei Kenntnis, dass die

ad-hoc Meldungen keine Insiderinformationen enthielten, die verfahrensgegenständlichen Orders trotzdem beziehungsweise gerade deswegen erteilt, so dass die irrige Vorstellung und damit die Strafbarkeit seiner Handlungen, hinweggedacht werden könne, ohne dass eine andere Vermögenszuordnung entstanden wäre, ist dies rechtsirrig. Dabei ist bereits die Annahme, der Angeklagte hätte, auch wenn ihm bewusst gewesen wäre, nicht über Insiderinformationen zu verfügen, die Käufe getätigt, zweifelhaft. Vielmehr dürfte er – ohne die Annahme über vermeintlich für ihn vorteilhaftes Sonderwissen zu verfügen – überhaupt keine Geschäfte getätigt haben. Letztlich kommt es hierauf jedoch nicht an. Die strafbewehrte Handlung ist der Erwerb auf der Grundlage von Informationen, die der Täter irrig für Insiderinformationen hält, und nicht die irrige Vorstellung als solche. Hätte der Angeklagte diesen Erwerb unterlassen, hätte er die Wertpapiere nicht erlangt. Auf die Alternativüberlegung, wie der Angeklagte gehandelt hätte, wenn er gewusst hätte, dass es sich bei den in den ad-hoc Mitteilungen enthaltenen Informationen nicht um Insiderinformationen handelte, kommt es damit nicht an.

b) Da nach den bisherigen Ermittlungen der Angeklagte in allen Fällen außer Fall 149 die erworbenen Finanzinstrumente wieder veräußerte, ist deren Einziehung unmöglich geworden, so dass gem. § 73c Satz 1 StGB jeweils ihr Wert im Zeitpunkt der Veräußerung einzuziehen ist. Mit dem Wert einer Sache gem. § 73c Satz 1 StGB ist der gewöhnliche inländische Verkaufswert gemeint. Beim Insiderhandel ist für die Wertbestimmung der Bruttoerlös aus der Veräußerung der Finanzinstrumente maßgeblich (vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, [= wistra 2023, 466] juris Rz. 31). Die bis zum Eintritt der Unmöglichkeit eingetretenen Wertsteigerungen sind zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 24.10.2018 – 5 StR 229/18, juris Rz. 8; Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, [= wistra 2023, 466] juris Rz. 31). Demnach beruht die Arrestentscheidung auch – anders als die Verteidigung meint – nicht auf einem fehlerhaften Verständnis des Begriffs „Verkaufserlös“. Vielmehr beruht die Annahme der Verteidigung, für die Einziehung des Bruttoverkaufserlöses (d.h. Einziehung einschließlich Steuern und Gebühren), fehle es an einem Vermögenszufluss, auf der spätestens durch die Gesetzesnovelle überholten Annahme, erlangt seien nur die Sondervorteile und nicht die Wertpapiere selbst. Wie oben dargelegt, ergibt sich insoweit auch hinsichtlich der Versuchstaten nichts anderes (zur Frage der Abzugsfähigkeit solcher Steuern und Gebühren s. unten II.2.c)).

Soweit der in Fall 149 erworbene Call Optionsschein (KO-Call auf Brenntag SE) noch im Vermögen des Angeklagten vorhanden und nicht bereits veräußert, ausgeübt oder verfallen sein sollte, wäre in einem späteren Urteil der Optionsschein selbst einzuziehen, andernfalls der Wert im Zeitpunkt der Veräußerung, Ausübung oder des Verfalls. Da entsprechende Erkenntnisse hierzu nicht vorliegen, hat das LG im Ergebnis zutreffend für die Arrestentscheidung insoweit keinen Wert angesetzt.

c) Von dem sich hiernach ergebenden Wert des Erlangten sind keine weiteren Abzüge gem. § 73d Abs. 1 StGB oder aufgrund des – auch in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommenden – quasi-konditionellen (bereicherungsrechtlichen) Charakters der Vermögensabschöpfung vorzunehmen. Dabei ist unerheblich, ob die der Einziehung zugrunde liegenden Taten als voll-

endeter oder nur (untauglich) versuchter Insiderhandel zu werten sind.

(1) Zunächst unterfallen die Kosten und Gebühren für die nachträgliche Verwertung der Wertpapiere nicht der Regelung des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB, weil sie keine Aufwendung für das Erlangen der Taterträge – hier der Wertpapiere – darstellen. Selbiges gilt für die aufgrund der Veräußerung angefallenen Steuern, da diese nicht für das Erlangen der Wertpapiere als Tatertrag aufgewendet wurden (vgl. BGH, Beschl. v. 11.12.2019 – 5 StR 486/19, [= wistra 2020, 146] juris Rz. 18; Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, [= wistra 2023, 466] juris Rz. 31; Urt. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, [= wistra 2024, 157] juris Rz. 53 f.).

(2) Die Aufwendungen für den Erwerb der durch den verbotenen Insiderhandel angeschafften Wertpapiere, einschließlich der hierfür möglicherweise aufgewendeten Gebühren, sind ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Diese unterfallen dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 StGB (vgl. BT-Drucks. 18/9525, 68; BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22 [= wistra 2023, 466] Rz. 32; Urt. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, [= wistra 2024, 157] juris Rz. 59). Der Angeklagte hat angesichts des ihn nach § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG i.V.m. Art. 14 lit. a) MAR treffenden Handlungs- und Geschäftsverbotes bewusst in den ihm verbotenen Erwerb der Aktien und Derivate investiert, wobei das Abzugsverbot bereits dann greift, wenn – wie hier nach Art. 14 lit. a) MAR – die zur unmittelbaren Vermögensmehrung führende Handlung verboten war (vgl. BT-Drucks. 18/9525, 55 und S. 68), selbst wenn dies – wie hier – nicht die zivilrechtliche Unwirksamkeit des bewirkten Rechtsgeschäfts nach sich zieht (vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, [= wistra 2023, 466] juris Rz. 32). Insoweit besteht zwischen den Vollendungs- und den Versuchstaten kein Unterschied. In beiden Fällen sind die zugrunde liegenden Wertpapiergeschäfte als solche weder unwirksam noch anfechtbar.

Die Rückausnahme des § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 StGB findet keine Anwendung, da sie nur für Delikte mit individual-schützendem Charakter gilt (BT-Drucks. 18/11640, 80). Um ein individualschützendes Delikt handelt es sich beim Insiderhandel aber nicht (vgl. BT-Drucks. 18/11640, 81; BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, [= wistra 2023, 466] juris Rz. 33; Urt. v. 6.12.2023 – 2 StR 471/22, [= wistra 2024, 157] juris Rz. 60).

(3) Schließlich ergibt sich auch für die Versuchsfälle bei einer wertenden Betrachtung, die im Rahmen des § 73d StGB nicht von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18, [= wistra 2019, 323] juris Rz. 28 ff.; Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, juris Rz. 100; BT-Drucks. 18/9525, 62) bzw. mit Blick auf den von der Verteidigung immer wieder angeführten quasi-konditionellen Charakter der Vermögensabschöpfung, nichts anderes. Eine Nichtberücksichtigung der durch die Versuchstaten tatsächlich erlangten Finanzinstrumente – bzw. nachdem diese nicht mehr vorhanden sind, deren Wertes – oder ein Abzug von Aufwendungen gestützt auf § 73d Abs. 1 StGB unter Berücksichtigung der Rechtsnatur der Einziehung kommt nicht in Betracht.

(a) Dafür spricht bereits der Gesetzeswortlaut.

Von der Formulierung „für die Begehung der Tat“ ist begrifflich auch der Versuch mitumschrieben. Die Abzugsfähigkeit

hängt nach § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 StGB davon ab, ob die Vermögenswerte für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt worden sind, also allein von einer subjektiven Komponente „für“, d.h. ob die Aufwendung „bewusst und willentlich“ (BT-Drucks. 18/9525, 68) getätigt wurde. Daher widerspräche es dem Wortlaut des § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 StGB, wenn trotz des auch in den Versuchsfällen bewussten und willentlichen Vorgehens und der insoweit getätigten Aufwendungen das Erlangte unberücksichtigt bliebe oder ein Abzug vorgenommen werden würde (ähnlich für den Fall nicht genehmigter, aber möglicherweise genehmigungsfähiger internationaler Waffengeschäfte BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, juris Rz. 69 u. 101).

(b) Dies entspricht auch einer historischen und teleologischen Auslegung.

Wie bereits dargelegt, soll nach dem Willen des Gesetzgebers das Tatbestandsmerkmal „für“ eine subjektive Komponente mit der Folge enthalten, dass die Aufwendungen „willentlich und bewusst“ für das verbotene Geschäft eingesetzt worden sein müssen. Die Gesetzesbegründung grenzt insoweit die fahrlässige von der vorsätzlichen Tatbegehung ab (BT-Drucks. 18/9525, 69). Hätte der Gesetzgeber eine ergänzende Regelung dahin treffen wollen, dass das Abzugsverbot bei lediglich versuchten Taten nicht greifen soll, hätte es nahegelegen, dies an dieser Stelle ausdrücklich in die Gesetzesbegründung aufzunehmen (so auch BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, juris Rz. 71 für die Einziehung im Fall der versuchten Ausfuhr von Gütern ohne Genehmigung nach dem Außenwirtschaftsgesetz).

Dem Gesetzgeber war ferner die Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit von Verfallsanordnungen unter Anwendung des Bruttoprinzips bei versuchter Tatbegehung bekannt. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass er sich immer dann explizit von der bisherigen Rechtsprechung abgegrenzt hat, wenn diese nach seinem Willen nach neuem Recht nicht mehr oder nur noch im Ergebnis gelten soll (vgl. BT-Drucks. 18/9525, 69). Das Schweigen der Gesetzesbegründung zur Frage „Abzugsverbot und Versuch“ ist vor diesem Hintergrund dahin zu werten, dass für Versuchstaten das Abzugsverbot genau so gelten soll wie bei vollendeten Taten, wenn und soweit die Aufwendungen für den Versuch – wie in den verfahrensgegenständlichen Vollendungs- und Versuchsfällen – „willentlich und bewusst“ eingesetzt worden sind (vgl. BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, juris Rz. 72).

Insoweit ergibt sich – anders als die Verteidigung meint – auch aus dem Umstand, dass in den Fällen 56 bis 154 nach aktuellem Ermittlungsstand nicht festgestellt werden kann, dass der Angeklagte tatsächlich über Insiderinformationen verfügte, so dass in diesen Fällen jeweils lediglich ein untauglicher Versuch anzunehmen ist, nichts anderes. Die von der Verteidigung für erforderlich gehaltene Differenzierung zwischen objektivem und subjektivem Unrecht führt – unabhängig davon, dass bereits unklar ist, was damit genau gemeint ist – nicht weiter. Soweit man darauf abstellt, dass beim Versuch der Schwerpunkt des Strafvorwurfs auf der subjektiven Komponente liegt, was allerdings für den tauglichen wie den untauglichen Versuch gleichermaßen gilt, führt dies mit Blick darauf, dass das Gesetz – wie soeben dargelegt – für die Begründung des Abzugsverbots gerade auf diese subjektive Komponente abstellt, nicht weiter. Im Gegenteil wäre eine über die gesetzliche Regelung

hinausgehende Beschränkung der Einziehung aufgrund der besonderen subjektiven Komponente vor diesem Hintergrund widersinnig. Vielmehr kann es entsprechend der Gesetzesbegründung allein darauf ankommen, ob die Handlung oder das Geschäft, das unmittelbar zur Vermögensmehrung geführt hat, selbst verboten war oder nicht (BT-Drucks. 18/9525, 68). Dies ist hier der Fall. Das Tätigen von Insidergeschäften und der Versuch hierzu sind gem. Art. 14 lit. a) MAR verboten. Nach § 119 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 WpHG ist dieses Verbot strafbewehrt. Die in verschiedenen Varianten immer wieder vorgebrachte These der Verteidigung, die durch den Angeklagten durchgeführten Transaktionen seien nicht „objektiv rechtswidrig“, „nicht deliktisch“ erfolgt oder sogar „keineswegs verboten“, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Tathandlung, an die die Einziehung anknüpft, ist der Wertpapiererwerb auf der Grundlage von vermeintlichen Insiderinformationen. Dieser Erwerb ist nicht nur aus Sicht des Angeklagten (subjektiv), sondern, da unter Missachtung von Art. 14 lit. a) MAR erfolgt, auch objektiv verboten. Soweit die Verteidigung mit dem Hinweis die Transaktionen seien nicht „zivilrechtlich bemakelt“ dagegen darauf abstellen will, dass das zugrunde liegende Wertpapiergeschäft als solches (zivilrechtlich) nicht verboten bzw. unwirksam ist, kommt es hierauf – wie oben dargelegt und durch den BGH bereits entschieden (BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, [= wistra 2023, 466] juris Rz. 32) – gerade nicht an. Insoweit besteht zwischen dem vollendeten und dem (untauglich) versuchten Insiderhandel auch kein Unterschied, weil in beiden Fällen das zugrunde liegende Wertpapiergeschäft zivilrechtlich wirksam ist.

Soweit die Verteidigung demgegenüber darauf verweist, dass nach der Gesetzesbegründung die Gesetzesneufassung den quasi-konditionellen Charakter der Vermögensabschöpfung unterstreiche (BT-Drucks. 18/9525, 47, S. 55 und S. 62) bzw. den Rechtsgedanken der bereicherungsrechtlichen Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB konkretisiere (BT-Drucks. 18/9524, S. 67 f.), führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Im Gegenteil stützen diese Gesichtspunkte die soeben dargelegte Gesetzesauslegung.

Der Verweis auf den quasi-bereicherungsrechtlichen Charakter der Abschöpfung unterstreicht zunächst das Gebot einer gegenständlichen Betrachtungsweise für die Bestimmung des Erlangten im Rahmen des § 73 Abs. 1 StGB. Dies bedeutet, dass der Tatbeteiligte die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Erlangte haben und sich die erlangten Vermögensvorteile messbar in seinem Vermögen niedergeschlagen haben müssen (vgl. BGH, Urt. v. 10.3.2021 – 1 StR 272/20 [= wistra 2021, 358] Rz. 26). Eingezogen werden können demnach alle „direkt“ oder „indirekt“ durch eine Straftat erlangten wirtschaftlichen Vorteile (BT-Drucks. 18/9525, 55), aber eben auch nur diese und nicht mehr. Nur wenn man auch Vermögenswerte einziehen würde, die der Tatbeteiligte faktisch nicht erlangt hat, käme der Einziehung „Strafcharakter“ zu, was hier jedoch nicht der Fall ist, da der Angeklagte, wie dargelegt, sämtliche Wertpapiere aufgrund der wegen des Handelns auf Grundlage (vermeintlicher) Insiderinformationen verbotenen Geschäfte erlangt hat. Unbillige Ergebnisse, die sich aus der als zu weit empfundenen Regelung des § 817 Satz 2 BGB (zur früheren Einordnung des § 817 Satz 2 BGB als strafähnliche Norm: BGH, Urt. v. 31.1.1963 – VII ZR 284/61, BGHZ 39, 87, 91) ergeben können, sollen nach der Gesetzesbegründung durch die Regelung des § 73d Abs. 1 StGB ausgeglichen werden (BT-

Drucks. 18/9525, 55f, 67f), die wiederum dem quasi-bereicherungsrechtlichen Charakter der Vermögensabschöpfung entspreche (BT-Drucks. 18/9525, 55f, 62). Hieraus folgt, dass das Zusammenspiel von § 73 Abs. 1 StGB und § 73d Abs. 1 StGB die sich aus § 817 Satz 2 BGB ergebenden Härten ausgleichen soll. Keinesfalls sollen durch die strafrechtlichen Regelungen begründete Härten durch eine vermeintlich andere Wertung im Zivilrecht vermieden werden. Das würde die Aussage in der Gesetzesbegründung in ihr Gegenteil verkehren. Dementsprechend hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt, dass über die Regelung der § 73 Abs. 1, § 73d Abs. 1 StGB hinaus „eine mit rechtlichen Unsicherheiten behaftete Korrektur möglicher unvertretbarer Ergebnisse über eine Härteklausele [...] nicht notwendig“ ist (BT-Drucks. 18/9525, 56).

(c) Schließlich kommt es nach Sinn und Zweck des Abzugsverbots maßgeblich auf das verwirklichte Handlungsunrecht an, nicht hingegen auf das Eintreten des Erfolgsunrechts der zugrunde liegenden Erwerbstat. Daher wäre es nicht sachgerecht, einen Aufwendungsabzug zu gestatten, obwohl der Einziehungsbetroffene aus seiner Sicht bereits alles Erforderliche investiert hat, um den Taterfolg herbeizuführen (vgl. BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, juris Rz. 73).

Ferner war es Ziel der Gesetzesänderung, die strafrechtliche Vermögensabschöpfung zu vereinfachen und Abschöpfungslücken zu schließen (BT-Drucks. 18/9525, 2). Die Einziehungsentscheidung sollte von der Klärung komplizierter zivilrechtlicher Fragen entlastet werden. Etwaige unbillige Härten oder Fragen der Entreicherung sollten nach der Streichung des § 73c StGB a.F. im Ermittlungs- und Erkenntnisverfahren außer Betracht bleiben und in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Vor diesem Hintergrund würde es dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen, die Vermögensabschöpfung durch eine auf wertende Gesichtspunkte gestützte Auslegung zu beschränken.

d) Der Einziehung stehen entsprechend keine Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte entgegen. Diese können lediglich im Vollstreckungsverfahren nach § 459g Abs. 5 StPO berücksichtigt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22, [= wistra 2023, 466] juris Rz. 37).

3. Es liegt auch ein Sicherungsbedürfnis i.S.v. § 111e Abs. 1 StPO vor.

Auch nach der Neuregelung des § 111e Abs. 1 StPO und der ersatzlosen Aufhebung des § 111d Abs. 2 StPO a.F. ist die Anordnung eines Vermögensarrests nach der Intention des Gesetzgebers nach wie vor nur zulässig, wenn dies zur Sicherung der Vollstreckung der Einziehung erforderlich ist (vgl. nur OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.4.2019 – 3 Ws 197/19). Es müssen deshalb konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die besorgen lassen, dass ohne die Anordnung und Vollziehung des Arrests der staatliche Zahlungsanspruch in Gestalt der Wertersatzeinziehung ernstlich gefährdet ist. Dies ist der Fall, wenn aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls eine Verschlechterung der Vermögenslage oder eine wesentliche Erschwerung des Zugriffs auf das Vermögen des Betroffenen droht (Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., § 111e Rz. 6 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Die Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Vollstreckung ist schon deswegen zu besorgen, weil nach den bisherigen Erkenntnissen die

Vermögensvorteile durch den Angeklagten durch vermögensbezogene Straftaten erlangt wurden und zu erwarten ist, dass die Arrestforderung bei ihm ohne Anordnung des Vermögensarrests künftig nicht mehr beigetrieben werden kann. Die Vermögenslage des Angeklagten hat sich nach dessen fristloser Entlassung verschlechtert. Vor diesem Hintergrund ist zu befürchten, dass der Angeklagte versuchen wird, noch vorhandenes Vermögen zu verschieben. Zudem haben die Ermittlungen konkrete Beweiszeichen für Verschleierungs- und Verschiebungshandlungen des Angeklagten erbracht, da dieser für die Durchführung der Wertpapiergeschäfte ein Depot unter dem Namen seiner Frau eröffnet und unter diesem gehandelt hat.

4. Angesichts des dringenden Tatverdachts, der hohen Wahrscheinlichkeit, dass der Angeklagte die Aktien und Derivate, wie von der BaFin ermittelt erlangt und weiterveräußert hat sowie des Umstands, dass der Arrest erst nach Anklageerhebung erlassen wurde, das Hauptverfahren mittlerweile eröffnet ist und angesichts der Vielzahl der Fälle umfangreiche Feststellungen für die jeweils notwendige Einzelfallbetrachtung erforderlich sind, ist die Anordnung des Vermögensarrests auch verhältnismäßig.

Soweit die Verteidigung meint, die Anordnung des Arrests sei wegen Unverhältnismäßigkeit der späteren Vollstreckung gem. § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO ausgeschlossen, da andernfalls im Rahmen des vorläufigen Sicherungsverfahrens mehr gesichert würde, als jemals tatsächlich vorhanden war oder jedenfalls vollstreckt werden darf, ist dies rechtsirrig.

Wie dargelegt umfasst der Arrest nur den Wert dessen, was der Angeklagte tatsächlich erlangt hat, hier der erworbenen Finanzinstrumente. Unbillige Härten sind erst im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen. Eine analoge Anwendung des § 459g Abs. 5 StPO im Ermittlungs- oder Erkenntnisverfahren scheidet aus (BGH, Urt. v. 15.5.2018 – 1 StR 651/17, [= wistra 2018, 431] juris Rz. 43 ff.). Sie bleiben deshalb bei der Anordnung des Vermögensarrests außer Betracht; die Formulierung „zur Sicherung der Vollstreckung“ stellt lediglich die Notwendigkeit eines Sicherungsbedürfnisses klar (Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., § 111e Rz. 10). Andernfalls müsste man entgegen der gesetzgeberischen Intention doch bereits im Ermittlungs- oder Erkenntnisverfahren eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen, ganz abgesehen davon, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Vermögenssituation im Zeitpunkt der Vollstreckung abstellt, die naturgemäß Veränderungen unterliegt und nicht vorhergesehen werden kann.

2. Der Tatbestand des Betrugs entfällt im Falle einer freiwilligen Zuwendung auch nicht deshalb, weil sich der Getäuschte der nachteiligen Wirkung seiner Verfügung auf sein Vermögen bewusst ist.

3. Es ist auch im subjektiven Verfahren möglich, neben dem Freispruch eines Angeklagten eine Einziehungsentscheidung zu treffen, ohne dass hierfür der Weg eines selbständigen Einziehungsverfahrens beschritten werden müsste. Eines gesonderten Antrags der Staatsanwaltschaft nach § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO bedarf es nicht.

(alle amtl.)

BayObLG, Beschl. v. 4.4.2024 – 203 StRR 104/24

**Stichworte:** Betrug – love scam

## Aus den Gründen

Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revision hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Die Strafkammer hat auf der Basis einer beanstandungsfreien Beweiswürdigung frei von Rechtsfehlern den objektiven und subjektiven Tatbestand der Geldwäsche zutreffend bejaht.

a. Gegen die von ihr getroffene Feststellung, dass die Überweisungen der Geschädigten auf das Konto der Angeklagten aus Betrugsstraftaten von deren flüchtig Bekannten „O.“ herrührten, ist nichts zu erinnern. Bei der Methode „love scam“, die häufig über Dating-Plattformen im Internet praktiziert wird, spiegelt eine Person einer anderen unter Ausnutzung von deren Gutgläubigkeit eine erfundene Identität, eine erfundene Lebensgeschichte, eine erfundene Vertrauensbasis und einen erfundenen dringenden Geldbedarf vor. Sobald das Opfer die erwünschte(n) Zahlung(en), in der Regel über einen Dritten, geleistet hat, bricht der Täter dem Tatplan entsprechend den Kontakt ab und taucht unerkannt und für das Opfer nicht rückverfolgbar ab. Dieses Verhalten des Bekannten der Angeklagten und etwaiger weiterer Beteiligten erfüllt den Tatbestand von § 263 StGB (vgl. BGH, Beschl. v. 8.12.2022 – 2 StR 395/22 –, juris Rz. 3; LG München I, Urt. v. 27.6.2019 – 12 Kls 319 Js 227596/16, BeckRS 2019, 33417 Rz. 77, und dazu BGH, Beschl. v. 21.11.2019 – 1 StR 482/19 –, juris; Metz, JR 2019, 492, 494). Die für den Betrug erforderliche Irrtumserregung zum Zeitpunkt der Zahlung belegen die Feststellungen des LG auch im Falle der Geschädigten R. Dass das Opfer im Laufe der Ermittlungen auf ihrer Fehlvorstellung beharrte, lässt den objektiven Tatbestand nicht wieder entfallen. Soweit die Revision eine Kündigung des Darlehens vermisst und eine Schenkung ins Feld führt, übersieht sie, dass sowohl ein Darlehensvertrag als auch eine Schenkung unter den konkreten Umständen sittenwidrig i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB wären (zur Sittenwidrigkeit einer Schenkung vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2022 – X ZR 40/20 –, juris Rz. 16 ff.) und den beiden Geschädigten die für eine Realisierung ihres Rückzahlungsanspruchs erforderliche Identität des Vertragspartners nicht bekannt ist. Der Tatbestand des Betrugs entfällt im Falle einer freiwilligen Zuwendung auch nicht deshalb, weil sich der Getäuschte der nachteiligen Wirkung seiner Verfügung auf sein Vermögen bewusst ist (BGH, Urt. v. 12.5.1992 – 1 StR 133/92 –, BGHSt 38, 281-284, juris Rz. 5; BGH, Urt. v. 10.11.1994 – 4 StR 331/94 –, juris Rz. 13; im Ergebnis auch BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – 5 StR 334/05 –, juris Rz. 7 zur Subvention). Dies gilt jedenfalls dann, wenn wie hier der Täter dem Opfer einen bestimmten Zweck für die Ver-

## Betrug durch „love scam“

StGB § 263, § 261 Abs. 10

1. Bei der Methode „love scam“ spiegelt eine Person einer anderen unter Ausnutzung von deren Gutgläubigkeit eine erfundene Identität, eine erfundene Lebensgeschichte, eine erfundene Vertrauensbasis und einen erfundenen dringenden Geldbedarf vor. Sobald das Opfer die erwünschte(n) Zahlung(en), in der Regel über einen Dritten, geleistet hat, bricht der Täter dem Tatplan entsprechend den Kontakt ab und taucht unerkannt und für das Opfer nicht rückverfolgbar ab. Dieses Verhalten erfüllt den Tatbestand von § 263 StGB.

mögenshingabe nur vorgegaukelt hat (zur Zweckverfehlung beim Schenkungsbetrug vgl. *Fischer*, StGB, 71. Aufl., § 263 Rz. 139; des weiteren zur Zweckverfehlung NK-StGB/Kindhäuser/Hoven, StGB, 6. Aufl., § 263 Rz. 296; *Saliger* in Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 263 StGB B IV Rz. 122, 178 ff.; *Beukelmann*, BeckOK/StGB, 60. Ed § 263 Rz. 49 ff.; *Oğlakcioğlu/Mansouri*, NStZ 2023, 129 ff., insb. S. 133 ff.; *Tiedemann* in LK/StGB, 12. Aufl., § 263 Rz. 181 ff., 185a; *Heger* in Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl., § 263 Rz. 56: wenn der mit der Aufwendung verfolgte Zweck verfehlt wurde, obwohl seine Erreichung sich als Grundbedingung für das Vermögensopfer darstellt). Den Bedenken einer Mindermeinung der Literatur (vgl. *Hefendehl* in MünchKomm/StGB, 4. Aufl., § 263 Rz. 1026 ff. zum Meinungsstand; *Perron* in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 263 Rz. 41, 102) vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Das Vermögensdelikt des Betrugs schützt auch vor durch Täuschung veranlassten bewussten Vermögensseinbußen.

b. Gegenstand einer Geldwäsche kann auch ein Bankguthaben sein (vgl. BGH, Urt. v. 15.8.2018 – 5 StR 100/18-, juris Rz. 28, 29; *Hecker* in Schönke/Schröder, a.a.O., § 261 Rz. 4; *Krause* in Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., § 261 Rz. 10).

c. Auch die Tathandlung nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und 4 StGB ist hinreichend ausgeführt. Bei Konten genügt das alleinige Recht des Kontoinhabers, über das Geld zu verfügen (BGH, Urt. v. 12.7.2016 – 1 StR 595/15 -, juris 23; *Krause*, a.a.O., § 261 Rz. 16; *Hecker*, a.a.O., Rz. 19; *Neuheuser* in MünchKomm/StGB, a.a.O., § 261 Rz. 63, 66).

d. Die Beweiswürdigung zum subjektiven Tatbestand hält der materiellrechtlichen Nachprüfung stand. Ein leichtfertiges Handeln der Angeklagten hat das LG unter Beachtung der gebotenen vorsatznahen Auslegung des § 261 Abs. 6 S. 1 StGB (vgl. BGH, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, juris Rz. 41 zu § 261 Abs. 5 StGB a.F.) ausreichend belegt. Leichtfertigkeit liegt vor, wenn sich die Herkunft des Gegenstands aus einer rechtswidrigen Tat nach der Sachlage geradezu aufdrängt und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder großer Unachtsamkeit außer Acht lässt (vgl. BGH, Beschl. v. 10.1.2019 – 1 StR 311/17 -, juris Rz. 7 zu § 261 Abs. 5 a.F.; BGH, Urt. v. 24.6.2008 – 5 StR 89/08 -, juris Rz. 20 m.w.N. zu § 261 Abs. 5 a.F.; *Fischer*, a.a.O., § 261 Rz. 57; *Neuheuser*, a.a.O., Rz. 108; *Hecker*, a.a.O., Rz. 28; *Altenhain* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl., § 261 Rz. 93).

Das LG hat entgegen dem Vorbringen der Revision tragfähig belegt, dass sich der Angeklagten auch unter Berücksichtigung ihrer individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten die Möglichkeit einer betrügerischen Handlung nach den Gesamtumständen, insbesondere aus der zur Verfügungstellung ihres Kontos als „Umschlagsplatz“ für verschleierte Zahlungen von Unbekannten an eine Person, deren Personalien, Wohnort und finanziellen Hintergründe sie ebenfalls nicht kannte, aufdrängen musste, was sie ungeachtet der ungewöhnlichen Transaktionsform aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Betracht ließ. Die Ausführungen der Revision erschöpfen sich in dem erfolglosen Versuch, ihre eigene Würdigung an die Stelle jener der Strafkammer zu setzen. Die Revision lässt dabei insbesondere außer Betracht, dass die Angeklagte nach den Urteilsgründen bereits im Jahre 2019 ihr Konto für die Begehung eines Betrugs zur Verfügung gestellt hatte.

2. Gegen die Einziehungsentscheidung im subjektiven Verfahren bestehen ebenfalls keine Rechtsbedenken. Es ist auch im subjektiven Verfahren möglich, neben dem Freispruch eines Angeklagten eine Einziehungsentscheidung zu treffen, ohne dass hierfür der Weg eines selbständigen Einziehungsverfahrens

beschritten werden müsste (vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 118/19, juris Rz. 1 und BGH, Beschl. v. 21.2.2017 – 3 StR 535/16, juris Rz. 1, 16 jeweils zur Schuldunfähigkeit; BGH, Beschl. v. 14.12.1988 – 3 StR 295/88 -, BGHSt 36, 51-59, juris Rz. 15 zum Freispruch aus rechtlichen Gründen; *Lohse* in Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., § 76a StGB Rz. 45; *Joicks/Meißner* in MünchKomm/StGB, a.a.O., § 76a Rz. 19; vgl. auch BGH, Großer Senat für Strafsachen, Beschl. v. 23.5.2023 – GSSt 1/23 -, juris zur Einstellung). Eines gesonderten Antrags der Staatsanwaltschaft nach § 435 Abs. 1 S. 1 StPO bedarf es nicht (BGH, Großer Senat, a.a.O., Rz. 53 zur Einstellung; vgl. auch *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 435 Rz. 19a). Der Einwand der Verteidigung zu § 76a Abs. 4 StGB geht fehl. Denn eine Konstellation einer tatunabhängigen erweiterten selbständigen Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft liegt hier nicht vor. Gibt es eine Anklage, die das Objekt der Einziehung erfasst, geht der tatunabhängigen Einziehung grundsätzlich die erweiterte Einziehung nach §§ 73 ff. und § 76a Abs. 1 bis 3 StGB vor (vgl. BGH, Beschl. v. 8.3.2022 – 3 StR 238/21-, juris Rz. 20; *Joicks/Meißner*, a.a.O., § 76a Rz. 17; *Eser/Schuster* in Schönke/Schröder, a.a.O., § 76a Rz. 16).

## Akteneinsicht in die Ermittlungsakte bei Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz

StPO § 474 Abs. 2 und 3, § 479; EGGVG §§ 23, 24; SanktDG § 7

1. Die auf § 474 Abs. 2 und 3 StPO gestützte Bewilligung der Akteneinsicht in die Ermittlungsakten durch die Staatsanwaltschaft für die Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung stellt einen für den Beschuldigten nach § 23 EGGVG anfechtbaren Justizverwaltungsakt auf dem Gebiet der Strafrechtspflege dar.

2. Eine Verletzung des Beschuldigten in eigenen Rechten ist möglich (§ 24 Abs. 1 EGGVG), wenn die Staatsanwaltschaft einem Dritten Auskünfte aus einem Strafverfahren gewährt.

3. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, der Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung Einsicht in die Ermittlungsakten zu bewilligen, ist an § 7 Abs. 1 Sanktionsdurchsetzungsgesetz i.V.m. § 474 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 StPO zu messen. Die Vorschrift von § 474 Abs. 3 StPO ist nach ihrem Wortlaut auch anwendbar, wenn eine spezielle gesetzliche Vorschrift (hier § 7 Abs. 1 SanktDG) lediglich eine Auskunft bestimmt.

4. Die Entscheidung, ob ausnahmsweise Akteneinsicht statt lediglich Auskunft gewährt wird, steht im pflichtgemäßen Ermessen der ersuchten Stelle. Anerkannter Zweck der Vorschrift des § 474 Abs. 3 StPO ist eine Entlastung der Justiz. Von Auswertungen der Ermittlungserkenntnisse auf eine mögliche Relevanz für die Aufgaben anderer öffentlicher Stellen sollen die Ermittlungsbehörden und die Gerichte freigehalten werden. Der Aspekt, dass die ersuchte Stelle nicht verlässlich zu prüfen vermag, welchen Informationen aus den Ermittlungsakten eine Bedeutung für die von der ersuchenden Behörde zeitnah anzustellenden Ermittlungen zukommen könnte, darf bei der Ermessensentscheidung Berücksichtigung finden.

(alle amtl.)

BayObLG, Beschl. v. 1.7.2024 – 203 VAs 236/24

**Stichworte:** Akteneinsicht – Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz

## Aus den Gründen

A. Der Antragsteller wendet sich mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 23.5.2024, bei Gericht eingegangen am selben Tage, gegen die Entscheidung der Staatsanwaltschaft München II in deren Schreiben vom 9.4.2024 und vom 8.5.2024, der Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung (im Folgenden Zentralstelle) auf deren Ersuchen hin Akteneinsicht in das gegen den Antragsteller wegen Verstoßes gegen das Außenwirtschaftsgesetz geführte Ermittlungsverfahren 70 Js 35806/22 zu gewähren. Er ist im Wesentlichen der Auffassung, dass die Gewährung einer vollumfänglichen Akteneinsicht rechtswidrig wäre, da die Voraussetzungen von § 474 Abs. 3 StPO nicht vorliegen würden. Die Zentralstelle wäre gehalten, ihr Ersuchen näher zu präzisieren. Zudem erschließe sich mit Blick auf den Umfang der Akten und eine zahlenmäßig begrenzte Zitierung des Firmennamens nicht, weshalb eine Zuordnung von Aktenbestandteilen zum Unternehmen B. GmbH für die Staatsanwaltschaft einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellen könnte. Er beantragt, die Entscheidung der Staatsanwaltschaft München II aufzuheben, hilfsweise die Staatsanwaltschaft zu verpflichten, über den Antrag der Zentralstelle unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des Senats neu zu entscheiden. Mit Schreiben vom 12.6.2024 hat der Antragsteller den zunächst ebenfalls gestellten Antrag auf Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz infolge der Erklärung der Generalstaatsanwaltschaft, vor einer Gewährung von Akteneinsicht werde die Entscheidung des Senats abgewartet, für erledigt erklärt.

Ausgangspunkt für die angefochtene Entscheidung der Staatsanwaltschaft war ein Schreiben der Zentralstelle vom 4.12.2023 gerichtet auf Auskunft aus den Akten und Einsicht in das gegen den Antragsteller geführte Ermittlungsverfahren. Zur Begründung hat die ersuchende Behörde ausgeführt, dass sie gegen den im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Beschuldigten ein gefahrenabwehrrechtliches Ermittlungsverfahren gem. § 1 SanktDG zur Ermittlung von einer Verfügungsbeschränkung unterliegenden Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen führe. Von Interesse seien solche Aktenbestandteile, die Aufschluss über die Struktur von Unternehmen geben würden, die unter die Sanktionsmaßnahme fallende Gelder und wirtschaftliche Ressourcen hielten. In einem weiteren Schreiben vom 20.3.2024 hat die Zentralstelle ihr Ersuchen dahingehend ergänzt, dass sie ein Vermögensermittlungsverfahren nach §§ 1, 12 SanktDG führe. Sie benötige dafür Unterlagen und Erkenntnisse, aus denen sich eine Zuordnung des Unternehmens B. GmbH und der an diesem beteiligten weiteren Firmen zum Beschuldigten ergäben. Nach der Aufnahme des Beschuldigten in den Anhang I der VO (EU) 269/2014 am 28.2.2022 unterlägen nach Art. 2 Abs. 1 der genannten VO (EU) sämtliche Vermögenswerte, die im Eigentum oder Besitz des Beschuldigten stünden oder von ihm gehalten oder kontrolliert würden, einem Verfügungsverbot. Die durchgeführten Ermittlungen der Zentralstelle hätten hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die B. GmbH einem bestimmenden Einfluss des Beschuldigten unterläge und deren Vermögenswerte einzufrieren wären. Auf die Eilbedürftigkeit und die drohende Behinderung des Fortgangs der Ermittlungen nach der von Seiten der Staatsanwaltschaft erfolgten Offenlegung der bislang verdeckt geführten Ermittlungen der Zentralstelle werde hingewiesen.

Mit Schreiben vom 9.4.2024 und 8.5.2024 hat die Staatsanwaltschaft München II dem Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers mitgeteilt, dass sie beabsichtige, der Zentralstelle vollumfängliche Akteneinsicht nach § 474 Abs. 2 und 3 StPO i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 SanktDG zu erteilen. Die Staatsanwaltschaft könne nicht abschließend beurteilen, welche Akteninhalte die Zentralstelle für die Durchführung ihrer Ermittlungen benötige. Auch würde die Sichtung und Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten. Die Vollziehung der Verfügung hat sie bislang zurückgestellt.

Der Generalstaatsanwalt in München beantragt unter Bezugnahme auf die Erwägungen der Staatsanwaltschaft München II, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unbegründet zu verwerfen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens wird auf den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 23.5.2024 nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akteneinsicht ist noch nicht vollzogen worden.

B. I. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 23 EGGVG ist statthaft und zulässig.

1. Die auf § 474 Abs. 2 und 3 StPO gestützte Bewilligung der Akteneinsicht für die Zentralstelle stellt einen für den Beschuldigten anfechtbaren Justizverwaltungsakt auf dem Gebiet der Strafrechtspflege dar (*Gerster* in BeckOK AußenWirtschaftsR, 12. Ed. 1.5.2024, SanktDG § 7 Rz. 8; zur Überprüfbarkeit von Entscheidungen nach § 474 StPO vgl. Senat, Beschl. v. 29.1.2024 – 203 VAs 532/23 –, juris Rz. 8 ff.; KG, Beschl. v. 4.8.2021 – 6 VAs 3/21 –, juris Rz. 26; OLG Hamm, Beschl. v. 21.4.2016 – 1 VAs 100/15, III-1 VAs 102/15, III-1 VAs 103/15, III-1 VAs 105/15, juris Rz. 43; *Singelstein* in MünchKomm/

StPO, 1. Aufl., § 474 Rz. 38; *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., § 480 Rz. 4).

2. Der Subsidiaritätsgrundsatz des § 23 Abs. 3 EGGVG greift vorliegend nicht; gegen die Gewährung von Akteneinsicht kann der Antragsteller weder nach § 406e Abs. 5 Satz 2 StPO noch nach § 480 Abs. 3 Satz 1 StPO jeweils i.V.m. § 162 StPO um gerichtliche Entscheidung durch den Ermittlungsrichternachsuchen (vgl. Senat, a.a.O., Rz. 9; *Gieg* in: KK/StPO, 9. Aufl., § 480 Rz. 5).

3. Der Antrag ist innerhalb der Monatsfrist des § 26 Abs. 1 EGGVG bei dem nach § 25 Abs. 1 und 2 EGGVG i.V.m. Art. 12 Nr. 3 AGGVG zuständigen BayObLG gestellt worden.

4. Eine mögliche Verletzung in eigenen Rechten (§ 24 Abs. 1 EGGVG) hat der Antragsteller geltend gemacht. Gewährt die Staatsanwaltschaft einem Dritten Auskünfte aus einem Strafverfahren, macht sie ihm in der Regel personenbezogene Daten des Betroffenen zugänglich (Senat, a.a.O., Rz. 13; *Gieg*, a.a.O., § 480 Rz. 3 m.w.N.). Nach dem Vortrag des Antragstellers kann er durch die angegriffene Entscheidung in seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt sein.

II. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Denn die Entscheidung der Staatsanwaltschaft München II, die Einsicht zu bewilligen, ist nach § 7 Abs. 1 Sanktionsdurchsetzungsgesetz vom 19.12.2022 (BGBl. I 2606, SanktDG) i.V.m. § 474 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StPO nicht zu beanstanden.

1. Wegen des Gesetzesvorbehalts für Grundrechtseingriffe setzt die Übermittlung personenbezogener Daten zwischen Behörden einfach-gesetzliche Vorschriften voraus, die zum einen die Verwendung von Seiten der ersuchenden Behörde und zum anderen die korrespondierende Übermittlung von Seiten der ersuchten Behörde erlauben. Beide Befugnisse können in einer Norm zusammengefasst sein (*Singelstein*, a.a.O., Vorbem. zu § 474 Rz. 24, 26; zu dem sog. Doppeltürmodell vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13 –, BVerfGE 155, 119-238, juris Rz. 93; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 –, juris).

2. Entgegen der Rechtsansicht der Zentralstelle kann sie ihr Begehren nicht auf § 481 StPO stützen. Denn auch wenn die Ermittlungen und Sicherstellungen von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen zur Sanktionsdurchsetzung grundsätzlich gefahrenabwehrrechtlicher Natur sind – Sanktionen stellen kein Strafinstrument dar, hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen, unter denen der Zentralstelle zu Zwecken der Sanktionsdurchsetzung von Amts wegen Informationen aus den Strafakten zu gewähren sind, abschließend in § 7 Abs. 1 SanktDG geregelt. Dies folgt aus der Einschränkung des Informationsanspruchs auf bestimmte Arten von Ermittlungsverfahren (vgl. im Ergebnis auch *Gerster*, a.a.O., SanktDG § 7 Rz. 6).

3. Dass sie die gewünschten Informationen zur Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit benötigen würde (vgl. § 46 Abs. 2, § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG i.V.m. § 17 Abs. 1 und 3 SanktDG), hat die Zentralstelle nicht vorgetragen.

4. Ob und in welchem Umfang die Ermittlungsbehörde der Zentralstelle Informationen aus ihrer Ermittlungsakte übermit-

teln darf, bestimmt sich hier nach § 474 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 3 StPO i.V.m. § 7 Abs. 1 SanktDG.

a. Nach § 474 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO sind Auskünfte aus (Straf-)Akten an öffentliche Stellen auch zulässig, soweit diesen Stellen in sonstigen Fällen auf Grund einer besonderen Vorschrift von Amts wegen personenbezogene Daten aus Strafverfahren übermittelt werden dürfen.

aa. Bei der Zentralstelle handelt es sich um eine öffentliche Stelle i.S.v. § 474 Abs. 2 StPO (vgl. *Hilger* in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 474 Rz. 8; *Köhler*, a.a.O., § 474 Rz. 5).

bb. Die besondere Rechtsvorschrift, die hier die Verwendung zulässt, stellt § 7 Abs. 1 SanktDG dar. Die Regelung sieht vor, dass Gerichte und Staatsanwaltschaften der Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung personenbezogene Daten in Strafverfahren wegen Verstoßes gegen Vorschriften des Außenwirtschaftsgesetzes oder gegen eine Rechtsverordnung aufgrund des Außenwirtschaftsgesetzes übermitteln dürfen, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben der Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung nach dem Sanktionsdurchsetzungsgesetz erforderlich ist. Die Zentralstelle als ersuchende Stelle hat das Vorliegen der Übermittlungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 SanktDG hinreichend schlüssig dargelegt (zu den Anforderungen vgl. Senat, a.a.O., Rz. 18; *Hilger*, a.a.O., § 474 Rz. 11; *Wittig* in BeckOK/StPO, 51. Ed., § 479 Rz. 18; *Singelstein*, a.a.O., § 474 Rz. 29).

aaa. Der Zweck der Akteneinsicht liegt im Aufgabenbereich der ersuchenden Stelle. Die Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung hat die Aufgabe, die Durchsetzung der vom Rat der Europäischen Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahmen im Inland zu gewährleisten (§ 1 Abs. 1 S. 1 SanktDG). Der Behörde obliegt es nach § 1 Abs. 1 S. 2, §§ 11 und 12 SanktDG zu ermitteln, welche Gelder und wirtschaftliche Ressourcen aufgrund einer Sanktionsverordnung eingefroren sind und dem Zugriff der sanktionierten Person entzogen sein müssen. Sie soll zudem überwachen, dass keine Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen einer sanktionierten Person unter Verletzung eines Bereitstellungsverbotes zugutekommen oder ihr zur Verfügung gestellt werden (vgl. *Wegner* in BeckOK AußenwirtschaftsR, 12. Ed. 1.5.2024, SanktDG § 1 Rz. 3; *Hiller*, NJ 2023, 287 ff.). Sie darf dazu eigene personenbezogene und vermögensbezogene Ermittlungen anstellen und basierend auf § 2 und § 3 SanktDG die erforderlichen Maßnahmen treffen. Bereits bei drohenden Verstößen soll die Behörde gefahrenabwehrrechtlich eingreifen, indem sie etwa Vermögenswerte vorläufig sichert. Die Zentralstelle sowie andere öffentliche Stellen arbeiten nach § 1 Abs. 3 S. 1 und 2 SanktDG zur Durchführung des Gesetzes zusammen, unterstützen sich gegenseitig und informieren sich, soweit erforderlich, gegenseitig über Sachverhalte, die ihnen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben bekannt werden und die der Durchsetzung von wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahmen im Sinne von Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes dienen.

bbb. Die Informationen aus den Ermittlungsakten sind für die Erfüllung der Aufgaben auch erforderlich. Das Wissen um die von der Staatsanwaltschaft gewonnenen Ermittlungserkenntnisse zu möglichen Verstößen des Antragstellers gegen das Außenwirtschaftsgesetz unter Einbeziehung der ihm zuzurechnenden Firmen und Vermögenswerte ist notwendig, um die an-

liegende Aufgabe rechtmäßig, vollständig und mit angemessenem Aufwand in angemessener Zeit erfüllen zu können (vgl. zum Begriff der Erforderlichkeit *Hilger*, a.a.O., § 474 Rz. 10; *Köhler*, a.a.O., § 474 Rz. 4, 6).

ccc. Ein Ausnahmefall, dass ein besonderer Anlass zu einer weitergehenden Prüfung der Zulässigkeit der Übermittlung vorliegen würde (Senat, Beschl. v. 20.12.2021 – 203 VAs 389/21 –, juris Rz. 25 m.w.N.; *Gieg*, a.a.O., § 479 Rz. 5), liegt auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragsschrift nicht vor. Die Zentralstelle war nach § 479 Abs. 4 S. 2 StPO nicht verpflichtet, die Notwendigkeit der Datenübermittlung in ihrem Ersuchen noch näher zu substantiieren (vgl. Senat, Beschl. v. 29.1.2024, a.a.O., Rz. 18 m.w.N.; OLG Hamm, a.a.O., Rz. 59; *Gieg*, a.a.O., § 479 Rz. 5). Die Staatsanwaltschaft musste keine Ermittlungen zu einem möglichen Erkenntnisgewinn der Zentralstelle anstellen (vgl. Senat, Beschl. v. 29.1.2024, a.a.O., Rz. 18; OLG Hamm, a.a.O., Rz. 59).

cc. Ein Übermittlungsverbot i.S.v. § 479 Abs. 1 StPO besteht hier ebenso wenig wie eine Beschränkung nach § 479 Abs. 2 oder 3 StPO.

dd. Dass bislang noch keine Anklage erhoben wurde, schließt die Übermittlung von Informationen nicht aus. Der Begriff des Strafverfahrens i.S.v. §§ 474 ff. StPO erfasst auch das Stadium der Ermittlungen (vgl. *Gerster*, a.a.O., § 7 Rz. 3; *Köhler*, a.a.O., § 479 Rz. 2; *Singelstein*, a.a.O., Vorbem. zu § 474 Rz. 20; *Gieg*, a.a.O., § 483 Rz. 2; a.A. *Diemer* in Erbs/Kohlhaas AWG 250. EL § 26 Rz. 2).

b. Auch die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, Einsichtnahme in die Akte zu gewähren (§ 474 Abs. 3 StPO), ist nicht zu beanstanden.

aa. Nach § 28 Abs. 3 EGGVG prüft das Gericht auch, ob die im Ermessen der Justizbehörde stehende Maßnahme deshalb rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (vgl. Senat, Beschl. v. 20.12.2021, a.a.O., Rz. 16; OLG Hamm, Beschl. v. 21.4.2016, a.a.O., Rz. 44; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 28 EGGVG Rz. 10; *Gieg*, a.a.O., § 474 Rz. 5).

bb. Nach § 474 Abs. 3 StPO kann der öffentlichen Stelle statt einer grundsätzlich vorrangigen Auskunft (vgl. Senat, Beschl. v. 20.12.2021, a.a.O., Rz. 34; *Köhler*, a.a.O., § 474 Rz. 6, 7; *Gieg*, a.a.O., § 474 Rz. 5; *Hilger*, a.a.O., § 474 Rz. 12) auch umfassende Einsicht in die Akten gewährt werden, wenn entweder die Auskunftserteilung gem. Abs. 2 einen unverhältnismäßig hohen und unzumutbaren Aufwand erfordern würde oder die die Akteneinsicht begehrende Stelle unter Angaben von Gründen erklärt, dass die Auskunftserteilung gem. Abs. 2 zur Erfüllung ihrer Aufgabe nicht ausreichen würde. Die Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut auch anwendbar, wenn eine spezielle gesetzliche Vorschrift (hier § 7 Abs. 1 SanktDG) lediglich eine Auskunft bestimmt.

cc. Die Entscheidung, ob ausnahmsweise Akteneinsicht statt lediglich Auskunft gewährt wird, steht nach gefestigter Rechtsprechung im pflichtgemäßen Ermessen der ersuchten Stelle (Senat, Beschl. v. 20.12.2021, a.a.O., Rz. 33; OLG Hamm, a.a.O.; *Singelstein*, a.a.O., § 474 Rz. 26). Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, anstelle der Erteilung von Auskünften gem.

Abs. 3 Akteneinsicht zu gewähren, muss die tatsächliche Ausübung des Ermessens erkennen lassen (Senat, Beschl. v. 20.12.2021, a.a.O., Rz. 33, 37; Köhler, a.a.O., § 474 Rz. 7). Ist die ersuchte Behörde der Auffassung, dass die Erteilung von Auskünften einen „unverhältnismäßigen Aufwand“ erfordern würde, hat sie dies in ihrer Entscheidung zu begründen (Senat, a.a.O., Rz. 33; Gieg, a.a.O., § 474 Rz. 5). Macht die ersuchende Behörde geltend, dass die Auskunftserteilung zur Erfüllung ihrer Aufgabe nicht ausreichen würde, darf sich die ersuchte Stelle auf die begründete Erklärung der ersuchenden Behörde stützen (Hilger, a.a.O., Rz. 12; Singelstein, a.a.O., § 474 Rz. 26; im Erg. auch Wittig, a.a.O., § 479 Rz. 18 und 18.1).

dd. Gemessen daran zeigt die Entscheidung der Staatsanwaltschaft München II, der Zentralstelle auf deren Ersuchen hin vollständige Akteneinsicht zu gewähren, keinen Ermessensfehler auf.

aaa. Die Staatsanwaltschaft hat zum einen nachvollziehbar begründet, dass ihr eine eigene verantwortungsvolle Recherche nach Ermittlungsansätzen i.S.v. §§ 11, 12 SanktDG nur mit einem hohen zeitlichen Aufwand möglich wäre. Anerkannter Zweck der Vorschrift des § 474 Abs. 3 StPO ist eine Entlastung der Justiz (Köhler, a.a.O., § 474 Rz. 7; Singelstein, a.a.O., § 474 Rz. 26; BT-Drucks. 14/1484, 26). Von Auswertungen der Ermittlungserkenntnisse auf eine mögliche Relevanz für die Aufgaben anderer öffentlicher Stellen sollen die Ermittlungsbehörden und die Gerichte freigehalten werden. Einen Ermessensfehler zeigt die Antragsschrift auch mit ihrem Verweis auf eine beschränkte Anzahl der Wiedergabe des Firmennamens in den Akten nicht auf. Es versteht sich von selbst, dass eine Auskunft der Staatsanwaltschaft, die sich auf das Ergebnis einer ausschließlichen Namensrecherche zu einer einzelnen Firma beschränken würde, dem Auftrag der Zentralstelle, die wirtschaftlichen Zusammenhänge und die Struktur sämtlicher dem Antragsteller zuordenbaren Unternehmen umfassend aufzuklären, nicht genügen könnte.

bbb. Zum anderen hat auch die Zentralstelle als ersuchende Behörde hinreichend nachvollziehbar dargelegt, dass die Erfüllung ihrer Aufgabe eine vollständige Sichtung der Ermittlungsakten erfordert. Erfasst vom Informationsanspruch der Behörde werden grundsätzlich alle Informationen, die im Zusammenhang mit der Sanktionsdurchsetzung stehen (Gerster, a.a.O., § 7 Rz. 3). Art. 2 der sog. Ukraine-Verordnung (EU) Nr. 269/2014 regelt das Einfrieren von sämtlichen Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen, die Eigentum oder Besitz der in Anhang I der Verordnung aufgeführten natürlichen oder juristischen Personen, Einrichtungen oder Organisationen oder der dort aufgeführten mit diesen in Verbindung stehenden natürlichen oder juristischen Personen, Einrichtungen oder Organisationen sind oder von diesen gehalten oder kontrolliert werden. Den in Anhang I (der Verordnung) aufgeführten natürlichen oder juristischen Personen, Einrichtungen oder Organisationen oder den dort aufgeführten mit diesen in Verbindung stehenden natürlichen oder juristischen Personen, Einrichtungen oder Organisationen dürfen weder unmittelbar noch mittelbar Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden oder zugute kommen. Die Listung kann nur Wirksamkeit entfalten, wenn Vermögen, werthaltige Gegenstände und Vermögensbeteiligungen rechtssicher zugeordnet werden können (vgl. Hiller, a.a.O., S. 287 f.). Demgegenüber birgt eine nur stufenweise Auskunftserteilung stets die Gefahr von Vereite-

lungsmaßnahmen des Betroffenen. § 1 Abs. 3 SanktDG bestimmt, dass die Zentralstelle und andere öffentlichen Stellen zur Durchführung des Gesetzes zusammenarbeiten, sich gegenseitig unterstützen und sich, soweit erforderlich, gegenseitig über Sachverhalte, die ihnen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben bekannt werden und die der Durchsetzung von wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahmen dienen, informieren. Die Staatsanwaltschaft durfte daher mit Blick auf § 1 Abs. 3 S. 1 und 2 SanktDG zum Ergebnis kommen, dass sie nicht verlässlich zu prüfen vermag, welchen Informationen aus den Ermittlungsakten eine Bedeutung für die von der Zentralstelle zeitnah anzustellenden Ermittlungen zukommen könnte (vgl. zu diesem Aspekt Senat, Beschl. v. 29.1.2024, a.a.O., Rz. 51; OLG Hamm, Beschl. v. 30.4.2009 – 1 VAs 11/09, juris Rz. 23).

c. Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft München II folgt aus § 474 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 480 Abs. 1 S. 1 StPO.

d. Eine vorausgehende Akteneinsicht des Verteidigers sieht das Gesetz nicht vor. Die Rechte des Beschuldigten wurden hier jedenfalls durch die Anhörung gewahrt.

5. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz (zur Zulässigkeit vgl. Mayer in KK/StPO, a.a.O., EGGVG § 28 Rz. 24, 25; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 28 EGGVG Rz. 13; Singelstein, a.a.O., § 474 Rz. 38; Gerster, a.a.O., § 7 Rz. 8) ist mit der Entscheidung der Hauptsache erledigt.

## Anmerkung

Der Beschluss des Bayerischen Obersten LG (BayObLG) befasst sich mit Fragen der Prüfungs- und Begründungstiefe in Bezug auf ein Akteneinsichtsgesuch öffentlicher Stellen nach § 474 StPO. Spezifisch geht es um ein Akteneinsichtsrecht der im Jahr 2023 geschaffenen und bei der Generalzolldirektion angesiedelten Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung (Zentralstelle) nach dem Sanktionsdurchsetzungsgesetz (SanktDG).

Die Entscheidung bietet damit Anlass zur Vergegenwärtigung der allgemeinen Voraussetzungen des § 474 StPO, verbunden mit dem Blick auf Spezifika des Außenwirtschafts(-straf-)rechts, denen aufgrund der laufend extensiven Sanktionspolitik der Europäischen Union und den, damit einhergehend, ausgeweiteten behördlichen Befugnissen auf diesem Gebiet, zunehmend Bedeutung zukommt.

Die Entscheidung liegt dabei innerhalb der bekannten Linien der Rechtsprechung. Das Gericht macht es sich jedoch zu einfach, wenn es zum einen das Vorbringen der Staatsanwaltschaft akzeptiert, dass diese die Ermittlungsansätze der Zentralstelle nach dem SanktDG nicht überprüfen könne und zum anderen der Auffassung der Zentralstelle folgt, dass ihr Informationsverlangen umfängliche Akteneinsicht erfordere. Damit wird das gesetzlich normierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen bloßen Auskünften und umfänglicher Akteneinsicht de facto in sein Gegenteil verkehrt.

I. Im Rahmen der Zulässigkeit bejaht das BayObLG zunächst – wie anerkannt (HK-StPO/Schmidt/Niedernhuber, § 474 Rz. 19) –, dass auch ohne ausdrückliche Regelung, wie etwa in § 406e Abs. 5 S. 2 StPO, gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft zur Akteneinsicht i.R.v. § 474 StPO der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig ist. Dieser richtet sich sodann nach § 23 EGGVG.

II. Auf Ebene der Begründetheit lehnt das BayObLG – aus Verteidigersicht zunächst noch erfreulich – die Rechtsauffassung der Zentralstelle zur Anwendbarkeit des § 481 StPO ab. Stattdessen bindet das

BayObLG die Auskunft und Datenübermittlung an die Zentralstelle in einem ersten Schritt an die (jedenfalls vermeintlich) strengeren Voraussetzungen des § 474 StPO.

Mit der wohl überwiegenden Auffassung, kommt das Gericht zwar zu dem Schluss, dass EU-Wirtschaftssanktionen ein präventives Mittel zur Verhaltensänderung und kein Strafinstrument darstellen (*Sattler*, UKuR 2022, 660, 663; HK-Außenwirtschaftsrecht/*Sachs*, Kapitel IV Rz. 1; vgl. Richtlinie (EU) 2024/1226 Erwägungsgrund 2). Damit könnte die Datenübermittlung zur Sanktionsdurchsetzung also auf den ersten Blick durchaus den gefahrenabwehrrechtlichen Vorgaben des § 481 StPO unterliegen. Jedoch verweist das Gericht sodann darauf, dass der Gesetzgeber im SanktDG mit § 7 eine explizite und spezialgesetzliche Vorschrift zu den zulässigen Zwecken der Datenübermittlung an die Zentralstelle geschaffen habe (so auch BeckOK-AWG/*Gerster*, § 7 SanktDG Rz. 6). Diese begrenzt als *lex specialis* die Übermittlung auf Daten aus Ermittlungsverfahren wegen außenwirtschaftsstrafrechtlichen Delikten.

Nach Ansicht des Gerichts folgt aus dem Wortlaut des § 474 Abs. 3 StPO und der Bezugnahme auf Abs. 2 sodann ohne weiteres, dass auch dieser anwendbar sei, und damit nicht nur die Erteilung von Auskünften, sondern auch die Möglichkeit umfassender Akteneinsicht der Zentralstelle bestehe. Dies gelte auch, wenn die spezialgesetzliche Vorschrift i.S.d. § 474 Abs. 2 StPO, hier also § 7 SanktDG, lediglich eine Auskunft vorsehe.

Dieser Schluss ist jedoch, wie Stimmen in der Literatur anmerken, keinesfalls zwingend (hierzu etwa *Schelzke*, jurisPR-StrafR 18/2024, Anm. 1). Auch andere Obergerichte thematisierten eine solche Auslegung bereits bezüglich vergleichbarer Befugnisnormen (OLG Hamm ZWH 2016, 369, 372, Rz. 76).

III. Sodann bejaht das Gericht, dass die Informationen für die Erfüllung der Aufgaben der Zentralstelle erforderlich seien. Weder sei das Gericht hier gehalten, die Zulässigkeit der Übermittlung weiter zu prüfen, noch sei die Zentralstelle nach der Konzeption des § 479 Abs. 4 S. 2 StPO verpflichtet, die Notwendigkeit der Datenübermittlung in ihrem Ersuchen noch näher zu substantiieren. Bei der Prüfung des „Ob“ der Informationsgewährung handelt es sich also lediglich um eine abstrakte Zuständigkeitsprüfung (BeckOK/StPO/*Wittig*, § 479 Rz. 18 m.w.N.). Zur Begründung ist demnach die bloße Schlüssigkeit des Vorbringens der Antragstellerin ausreichend (vgl. BayObLG, BeckRS 2024, 11453 Rz. 18; OLG Hamm ZWH 2016, 369, 372, Rz. 65; BeckOK/StPO/*Wittig*, § 479 Rz. 18 m.w.N.).

Eine zusätzliche eingehendere Prüfungspflicht der übermittelnden Stelle kann sich nach der gesetzlichen Konzeption nur aus § 479 Abs. 4 S. 3 Halbs. 2 StPO ergeben, wenn ein besonderer Anlass zu einer weitergehenden Prüfung der Zulässigkeit der Übermittlung der personenbezogenen Daten vorliegt. Die Rechtsprechung hat diesen Anlass zu weitergehender Prüfung in der Vergangenheit für gegeben erachtet, wenn sich das Auskunftsbegehren auf eine ungewöhnliche Art von Daten bzw. Daten aus dem persönlichen Lebensbereich bezog oder wenn nach den Erfahrungen der ersuchten Stelle die Kenntnis der angeforderten Daten für den angegebenen Zweck unter gewöhnlichen Umständen nicht erforderlich waren, etwa weil ein Zusammenhang mit dem Übermittlungszweck offensichtlich nicht bestand (vgl. BeckOK/StPO/*Wittig*, § 479 Rz. 18; OLG Koblenz, Beschl. v. 11.6.2010 – 2 VAs 1/10 –, juris Rz. 19 ff.; OLG Hamm ZWH 2016, 369 mAnm *Hüls*; BayObLG, BeckRS 2021, 43105 Rz. 25; OLG Braunschweig, BeckRS 2024, 22510 Rz. 28). Verfassungsrechtlich sei dies aber nicht so auszulegen, dass bereits die Geltendmachung einer Grundrechtsverlet-

zung die Annahme eines Ausnahmefalls bedingen müsse (OLG Karlsruhe, NSStz 2015, 606).

IV. Zwar liegt – wie auch das Gericht feststellt – die daran anschließende Entscheidung darüber, „wie“ die Auskunft erteilt wird, grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der ersuchten Stelle, also der Staatsanwaltschaft. Das Gericht kann diese Entscheidung nur auf Ermessensfehler prüfen (OLG Hamm ZWH 2016, 369, 374 m. Anm. *Hüls*; BayObLG, BeckRS 2021, 43105 Rz. 25 Rz. 33; MünchKomm/StPO/*Singelstein*, § 474 Rz. 2). Nach dem gesetzgeberischen Willen handelt es sich bei der Gewährung von Akteneinsicht jedoch um einen Ausnahmetatbestand (MünchKomm/StPO/*Singelstein*, § 474 Rz. 26). Vorrangig ist also allein die Auskunft (SK-StPO/*Puschkel/Welslau*, § 474 Rz. 23; KK/StPO/*Gieg*, § 474 Rz. 5). Sie ist das weniger eingriffsintensive Mittel. Dies folgt sowohl aus der datenschutzrechtlichen Vorgabe der Datensparsamkeit als auch aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (zum Ganzen *Puschkel/Fett*, ZWH 2023, 113, 119).

Bei der Entscheidung der Staatsanwaltschaft kommt es damit zu Spannungen mit dem ebenfalls vom Gesetzgeber statuierten Zweck des § 474 Abs. 3 StPO, nämlich der Entlastung der Justiz (BT-Drucks. 14/1484, 26). Indes können reine Effizienzüberlegungen wegen des gesetzlichen Rangverhältnisses nicht automatisch (*Puschkel/Fett*, ZWH 2023, 113, 119) bzw. nur in Ausnahmekonstellationen (MünchKomm/StPO/*Singelstein*, § 474 Rz. 26) überwiegen. Insgesamt ist ein strenger Maßstab anzulegen (SK-StPO/*Puschkel/Welslau*, § 474 Rz. 23; KK/StPO/*Gieg*, § 474 Rz. 5).

Dennoch gewährt das BayObLG bei dieser Prüfung recht pauschal Effektivitätserwägungen den Vorrang, ohne näher darzulegen, worin vorliegenden Fall der Ausnahmecharakter liegt.

So habe die Staatsanwaltschaft nachvollziehbar begründet, dass ihr eine eigene verantwortungsvolle Recherche nach Ermittlungsansätzen i.S.v. §§ 11, 12 SanktDG nur mit einem hohen zeitlichen Aufwand möglich wäre. Der Zweck der Entlastung der Justiz gebiete es, die Ermittlungsbehörden und die Gerichte von Auswertungen der Ermittlungserkenntnisse auf eine mögliche Relevanz für die Aufgaben anderer öffentlicher Stellen freizuhalten. Es verstünde sich von selbst, dass eine (einfach durchzuführende) beschränkte Namensrecherche zu einem einzelnen Unternehmen dem Auftrag der Zentralstelle nach dem SanktDG nicht genügen könne.

Zudem habe die Zentralstelle als ersuchende Behörde hinreichend nachvollziehbar dargelegt, dass die Erfüllung ihrer Aufgabe eine vollständige Sichtung der Ermittlungsakten erfordere. Eine weitere Überprüfung dieses Vortrags durch die Staatsanwaltschaft sei nicht erforderlich. Umgekehrt berge eine nur stufenweise Auskunftserteilung stets die Gefahr von Vereitelungsmaßnahmen durch den Betroffenen.

Dies hat im Ergebnis zur Folge, dass die bloße Behauptung der Relevanz für die Zwecke der Zentralstelle zur Auslösung des Ausnahmetatbestands führt. Entgegen dem gesetzlich vorgesehenen Rangverhältnis zwischen Auskunft und Akteneinsicht wird das Akteneinsichtsrecht der Zentralstelle damit de facto zum Regelfall (vgl. auch *Schelzke*, jurisPR-StrafR 18/2024, Anm. 1).

Dabei bleibt äußerst fraglich, ob durch die Gewährung von Akteneinsicht die Justiz bei Beachtung der Datenschutz- und grundrechtlichen Vorgaben wirklich entlastet wird. Denn auch die Akteneinsicht soll nach Nr. 186 RiStBV nur im erforderlichen Umfang erfolgen und kann damit enorme Arbeitsaufwände mit sich bringen. Sie hat also ihrerseits nicht notwendigerweise unbeschränkt, sondern nur beschränkt zu erfolgen (*Puschkel/Fett*, ZWH 2023, 113, 119). Aktenteile sind ggf. zu

entheften bzw. zu schwärzen (vgl. *Löwe-Rosenberg/Tillich*, § 474 Rz. 13). Richtigerweise ist die vollständige Akteneinsicht also sogar in doppeltem Sinne subsidiär. Spätestens wenn der Prüfung des Umfangs der Akteneinsicht erneut ein unverhältnismäßiger Aufwand entgegengehalten wird, wird der Begründungsansatz zirkulär.

V. Die abschließenden Ausführungen des Gerichts zum rechtlichen Gehör sind sodann zweischneidig. Zum einen ist es noch erfreulich, dass das Gericht der Rechtsansicht der Zentralstelle eine Absage erteilt, nach der dem Beschuldigten überhaupt kein rechtliches Gehör zu gewähren sei, da dies die Offenlegung des Vorgehens der Zentralstelle zur Folge habe. Dass der Effektivität nicht auch hier der Vorzug zu geben ist, ist verfassungsrechtlich eindeutig geboten (BVerfG NJW 2007, 1052), wird in der Praxis leider dennoch häufig ignoriert. Zum anderen geht jedoch der Verweis des Gerichts darauf, dass allein durch die Anhörung Beschuldigtenrechte ausreichend gewahrt seien, nicht weit genug. Vielmehr ist, wie hier wohl von Beschuldigtenseite beantragt, ein vorheriges Akteneinsichtsrecht des betroffenen Beschuldigten erforderlich (vgl. *Adick/Bülte/Rettenmaier/Reichling*, 5. Kap. Rz. 53). Ohne Kenntnis der Ermittlungsakte ist es dem Beschuldigten andernfalls nicht möglich, substantiiert zu seinen schutzwürdigen Interessen vorzutragen und somit auf eine Begrenzung und Beschränkung der Auskünfte bzw. Akteneinsicht hinzuwirken.

Die entgegengesetzte Auffassung des BayObLG und eine im luftleeren Raum stattfindende Anhörung wird den möglichen massiven Grundrechtseingriffen im Zusammenhang mit Ermittlungsverfahren wegen mutmaßlichen Verstößen gegen EU-Wirtschaftssanktionen nicht gerecht. Erschwerend kommt hinzu, dass der Auslöser für sowohl das Ermittlungsverfahren als auch die Ermittlungen der Zentralstelle allein die sog. „Listung“ auf Sanktionslisten der EU ist. Auch die hier genannten Begründungen entsprechen jedoch teilweise nicht – wie vom EuG angemahnt (vgl. etwa die gekippten Listungen in EuG Urt. v. 8.3.2023 – T-212/22; EuG Urt. v. 10.4.2024 – T-301/22, T-304/22) – rechtsstaatlichen Anforderungen. Es besteht daher die Gefahr, dass sich diese Mängel durch unterschiedlichste Verfahrensschritte immer weiter perpetuieren.

VI. Die Entscheidung zeugt insgesamt von einem Effektivitätsstreben, das in Bezug auf den Sanktionskontext politisch nachvollziehbar sein mag, jedoch aus Rechtsschutzgesichtspunkten äußerst bedenklich ist. Auch deswegen sollte auf Ebene der Akteneinsicht die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Daten- und Rechtsschutzgesichtspunkten und der Entlastung der Justiz nicht einseitig darin liegen, dieses zu Lasten des von der Akteneinsicht Betroffenen aufzulösen. Leider ist jedoch in der Praxis – nicht nur im Außenwirtschaftsstrafrecht – eine dahingehende Tendenz auszumachen (vgl. so auch *Puschkel Fett*, ZWH 2023, 113, 119; KK/StPO/Gieg, § 474 Rz. 5).

**Rechtsanwalt Ludwig Klose, Frankfurt/M.**

## Andere Gerichte

### Schweigepflichtentbindung eines Berufsgeheimnis-trägers

StPO § 52 Abs. 2 Satz 1, § 53a Abs. 2, § 103

1. Die Entbindung eines Berufsgeheimnisträgers von der Schweigepflicht ist unteilbar. Der Hauptberufsträger und seine mitwirkenden Personen können nur gemeinsam entbunden oder nicht entbunden werden.

2. Die Gewährung einer Abwendungsbefugnis im Durchsuchungsbeschluss nach § 103 StPO ist entbehrlich, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass der Betroffene zur freiwilligen Mitwirkung nicht bereit ist und Verdunkelungsmaßnahmen zu besorgen sind. (alle amtl.)

*LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 8.5.2024 – 12 Qs 2/24*  
(AG Nürnberg)

**Stichworte:** *Berufsgeheimnisträger – Entbindung von der Schweigepflicht – Durchsuchung*

### Aus den Gründen

I. Das AG Nürnberg erließ gegen den Angeklagten einen Strafbefehl wegen versuchter Steuerhinterziehung. Der Angeklagte legte hiergegen Einspruch ein. Im Hauptverhandlungstermin am 24.10.2023 entband der Angeklagte den Zeugen H, seinen Steuerberater, von der Schweigepflicht. Dieser verweigerte jedoch unter Hinweis auf § 55 StPO die Aussage. Das begründete er damit, dass seine Chefin, die Geschäftsführerin der Steuerberater- und Rechtsanwalts-GmbH, bei der der Zeuge angestellt war, ihm vorab gesagt habe, er solle nicht aussagen. Daraufhin unterbrach der Richter die Sitzung, erließ einen auf § 103 StPO gestützten Durchsuchungsbeschluss für die Räume der GmbH und beauftragte Beamte der Steuerfahndung Nürnberg mit dessen Vollzug. Gesucht werden sollte nach Handakten sowie schriftlichen oder elektronischen Aufzeichnungen, soweit sie das Mandatsverhältnis zwischen der GmbH und dem Angeklagten zum Gegenstand hatten. Bei der Durchsuchung wurden Unterlagen sichergestellt.

Die GmbH legte gegen die Durchsuchung Beschwerde ein, die sie mit Schriftsatz vom 8.4.2024 begründete. Die Durchsuchung sei rechtswidrig gewesen, weil sie auf das Auffinden beschlagnahmefreier Gegenstände (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 mit § 97 Abs. 1 StPO) gerichtet gewesen sei. Der Angeklagte habe nur den Zeugen H von der Schweigepflicht entbunden. Mit diesem – dem angestellten Steuerberater – habe das Mandatsverhältnis jedoch nicht bestanden, sondern mit der GmbH. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Verwerfung der Beschwerde als unbegründet.

II. Die zulässig erhobene Beschwerde ist unbegründet. Demgemäß war sie zu verwerfen.

Die Voraussetzungen des § 103 StPO lagen vor.

1. Eine auf § 103 StPO gestützte Durchsuchung darf allerdings nicht angeordnet werden, wenn sie nur darauf gerichtet ist, einen Gegenstand zu finden, dessen Beschlagnahme ausgeschlossen ist (BGH, Beschl. v. 13.8.1973 – StB 34/73, juris Rz. 4; KG,

Beschl. v. 17.3.1983 – ER 9/83, NJW 1984, 1133). Hier durfte sich die Durchsuchung indes auf die im Durchsuchungsbeschluss genannten Gegenstände erstrecken, weil diese nicht beschlagnahmefrei waren.

a) Die Beschlagnahmefreiheit ergab sich nicht aus § 97 Abs. 1 Nr. 1, 2 i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, weil der Angeklagte den Zeugen H wirksam von seiner Schweigepflicht entbunden hat (§ 53 Abs. 2 Satz 1 StPO, vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler*, StPO, 66. Aufl., § 97 Rz. 24), so dass ihm kein Zeugnisverweigerungsrecht mehr zustand.

Anders als die Beschwerde meint, folgt zu ihren Gunsten nichts daraus, dass der Angeklagte nach dem Wortlaut seiner Erklärung allein den Zeugen von der Schweigepflicht entbunden hat. Es ist mangels aktenkundigen Vertrags nicht abschließend klar, ob der Steuerberatungsvertrag zwischen dem Angeklagten und dem Zeugen oder – was naheläge und was die Beschwerdeführerin geltend macht – zwischen dem Angeklagten und ihr abgeschlossen wurde. Das kann aber dahinstehen. Denn in jedem Fall erstreckt sich das Zeugnisverweigerungsrecht auch auf Personen, die mit dem Berufsgeheimnisträger im Rahmen der gemeinschaftlichen Berufsausübung an dessen beruflicher Tätigkeit mitwirken (§ 53a Abs. 1 Nr. 1 StPO). Im Gegenzug bedeutet das aber auch, dass die Entbindung des Berufsgeheimnisträgers von der Schweigepflicht auch für diese weiteren Personen wirkt (§ 53a Abs. 2 StPO), denn die Entbindung von der Schweigepflicht ist unteilbar, der Hauptberufsträger und seine mitwirkenden Personen können nur gemeinsam entbunden werden (*Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt*, StPO, 66. Aufl., § 53a Rz. 14; *LR/StPO/Bertheau/Ignor*, 27. Aufl., § 53a Rz. 14), wovon auch hier auszugehen ist. Dieses Ergebnis entspricht auch der Auslegung der Entbindungserklärung des Angeklagten: Die Steuerberaterseite sollte nach dessen Willen reden und nicht schweigen.

Der GmbH als solcher, die als juristische Person nicht Zeuge sein kann, stand demgegenüber ein Zeugnisverweigerungsrecht von vornherein nicht zu, so dass sich die Frage nach einer Beschlagnahmefreiheit unter diesem Blickwinkel nicht stellte. Sie hatte auch kein vom Willen des Mandanten losgelöstes, eigenes geschütztes Interesse daran, Umstände und Kenntnisse aus dem Mandatsverhältnis verborgen zu halten. Die Schweigepflicht des Steuerberaters besteht nämlich zugunsten des Mandanten (aus berufsrechtlicher Sicht vgl. *StBerG/Koslowski*, 8. Aufl., § 57 Rz. 56) und nicht zur Verdeckung etwaiger eigener Fehler oder Versäumnisse bei der Mandatsbearbeitung.

Die vorstehenden Erwägungen gelten uneingeschränkt für die Handakte des Steuerberaters. Handakten beinhalten nach § 66 StBerG die Vertrauensbeziehung betreffende Unterlagen, die der Berufsträger von seinem Auftraggeber ausgehändigt bekommen hat, Schriftverkehr, den der Berufsträger für seinen Auftraggeber geführt hat, und Notizen des Berufsträgers über Besprechungen mit seinem Mandanten oder Dritten (vgl. *Wulf/Peters*, Stbg 2022, 16, 25). Dies deckt sich weitestgehend mit den in § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO bezeichneten Unterlagen, so dass die Beurteilung der Beschlagnahmefähigkeit von Handakten bei gegebener Schweigepflichtentbindung auch demgemäß erfolgt.

b) Wegen der erteilten Schweigepflichtentbindung kommt eine Unverwertbarkeit auch nicht auf der Grundlage des § 160a Abs. 2 Satz 2, 3 StPO in Betracht.

2. Es war damit zu rechnen, dass sich relevante Unterlagen in Räumen der GmbH finden lassen würden (§ 103 Abs. 1 Satz 1 StPO). Der Tatvorwurf gegen den Angeklagten betraf den Veranlagungszeitraum 2018. Die zehnjährige Aufbewahrungsfrist für die Handakten (§ 66 Abs. 1 Satz 2 StBerG) war bei Erlass des Durchsuchungsbeschlusses noch nicht abgelaufen, die Akten mussten demnach noch vor Ort sein.

3. Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchungsanordnung hegt die Kammer nicht. Es spricht alles dafür, dass der Zeuge H die Auskunft zu Unrecht vollständig verweigert hat (vgl. Kammer, Beschl. v. 8.5.2024 – 12 Qs 1/24, juris). Somit, aber auch unabhängig davon, war der Zugriff auf die Unterlagen geeignet und erforderlich, um den Sachverhalt aufzuklären, wie das AG in der Begründung des Durchsuchungsbeschlusses näher ausgeführt hat.

Gegen die Verhältnismäßigkeit spricht insbesondere nicht, dass der Beschluss keinen Hinweis auf eine Abwendungsbefugnis enthielt. Grundsätzlich ist nichtverdächtigen Betroffenen zumindest vor der Vollstreckung der Zwangsmaßnahme Gelegenheit zur freiwilligen Herausgabe des sicherzustellenden Gegenstandes zu geben. Diese Abwendungsbefugnis ist regelmäßig in die Anordnungsentscheidung aufzunehmen, so dass dem herausgabewilligen Dritten der Eingriff der Durchsuchung erspart werden kann (BGH, Beschl. v. 6.9.2023 – StB 40/23, juris Rz. 21). Umgekehrt kann die Gewährung einer Abwendungsbefugnis ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass der Betroffene zur freiwilligen Mitwirkung nicht bereit ist und Verdunkelungsmaßnahmen zu besorgen sind (BGH, a.a.O.). So lagen die Dinge hier. Nach Aussage des Zeugen H hat ihm die Geschäftsführerin der GmbH, eine Rechtsanwältin, vorgegeben, er solle bei Gericht nicht aussagen, obwohl die Voraussetzungen für die Auskunftsverweigerung – jedenfalls im beanspruchten Umfang – höchstwahrscheinlich nicht vorlagen (vgl. Kammer, Beschl. v. 8.5.2024 – 12 Qs 1/24, juris). Daraus kann auf fehlende freiwillige Kooperation und gegebenenfalls auf eine Neigung zur Verdunkelung geschlossen werden.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO.

geführten Zahlen nicht enthalten und auch anderweitig nicht ermittelbar.

### Ruhestandsgehalt und Korruptionsdelikt

Aus Anlass eines medienwirksam in **Berlin** geführten Ermittlungsverfahrens gegen eine frühere Senatorin wurde im Abgeordnetenhaus danach gefragt, welche finanziellen bzw. statusrechtlichen Risiken bei einer rechtskräftigen Verurteilung drohen würden. Die Senatskanzlei teilt hierzu mit (*Drs. 19/20036*), dass nach § 15 Abs. 2 des Senatorenengesetzes, soweit das Senatorenengesetz nichts anderes bestimmt, die für die Landesbeamten geltenden versorgungsrechtlichen Vorschriften sinngemäß anzuwenden sind. Im Senatorenengesetz ist das **Erlöschen der Versorgungsbezüge** wegen Verurteilung für ehemalige Mitglieder des Senats, die ein Ruhegehalt beziehen, nicht geregelt. Somit kommen die für die beamteten Dienstkräfte des Landes geltenden versorgungsrechtlichen Vorschriften sinngemäß zur Anwendung.

§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Landesbeamtenversorgungsgesetzes regelt, dass ein Ruhestandsbeamter, gegen den wegen einer vor Beendigung des Beamtenverhältnisses begangenen Tat eine Entscheidung ergangen ist, die nach § 21 Nr. 2 i.V.m. § 24 des Beamtenstatusgesetzes zum Verlust der Beamtenrechte geführt hätte, mit der Rechtskraft der Entscheidung seine Rechte als Ruhestandsbeamter verliert. Dies ist der Fall, wenn eine beamtete Dienstkraft im ordentlichen Strafverfahren durch das Urteil eines deutschen Gerichts

1. wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder
2. wegen einer vorsätzlichen Tat, die nach den Vorschriften über Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit, Volksverhetzung oder, soweit sich die Tat auf eine Diensthandlung im Hauptamt bezieht, Bestechlichkeit, strafbar ist, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten

verurteilt wird. Entsprechendes gilt, wenn die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkannt wird oder wenn die beamtete Dienstkraft aufgrund einer Entscheidung des BVerfG nach Art. 18 GG ein Grundrecht verwirkt hat (§ 24 Abs. 1 des Beamtenstatusgesetzes).

### Verfassungsschutzbericht

Im Abgeordnetenhaus von **Berlin** wurde der Verfassungsschutzbericht 2023 vorgelegt (*Drs. 19/1916*). Der Vorgang hat auch wirtschaftsstrafrechtliche Bezüge. So betrifft etwa der Abschnitt 6 „**Spionageabwehr und Wirtschaftsschutz**“. In den Kernpunkten zu den Entwicklungen 2023 heißt es:

- Das Bedrohungspotential durch russische Nachrichtendienste bleibt unverändert hoch.
- Berlin ist auch für andere Nachrichtendienste von großem Interesse. Die operativen Schwerpunkte der Dienste reichen von der politischen Ausforschung über die Beschaffung wirtschaftlicher und technologischer Informationen bis zur Überwachung oppositioneller Organisationen aus den Herkunftsländern.
- Der Berliner Wirtschaftsschutz sensibilisiert Wirtschaftsunternehmen, Wissenschafts- und Forschungseinrichtungen sowie die Ber-

liner Verwaltung bezüglich der Erscheinungsformen und Gefahren von Spionage und Einflussnahme.

Die Spionageabwehr der Verfassungsschutzbehörden hat den Auftrag, Informationen über sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten fremder Mächte zu sammeln. Dabei geht es neben der Aufklärung aktueller Spionagefälle auch darum, die Methoden, Zielrichtungen und Strukturen in der Bundesrepublik Deutschland aktiver ausländischer Nachrichtendienste zu erkennen. Ausländische Nachrichtendienste arbeiten – so wird weiter ausgeführt – offen und verdeckt; sie setzen für ihre Tätigkeit technische Mittel und menschliche Quellen ein. Die Instrumente nachrichtendienstlicher Operationen würden von subtiler Einflussnahme und Desinformation, über offene und verdeckte Informationsbeschaffung oder Cyberattacken oder robusteren Methoden bis hin zu Tötungsoperationen reichen. Mit dem Ausbau moderner Informationstechnologien hätten sich auch die Möglichkeiten der Spionage verändert. Cyberspionage und Cyberangriffe seien zu einem Standardwerkzeug der Nachrichtendienste geworden, welches kontinuierlich fortentwickelt wird.

*Rechtsanwalt Prof. Dr. Carsten Wegner, Berlin*

## Bericht aus der Gesetzgebung

### Modernisierung des Computerstrafrechts; höhere Strafraumen für Insiderhandel; Einziehung bei Live-streams und Videos von Straftaten

#### I. Modernisierung des Computerstrafrechts

Das Bundesministerium der Justiz hat am 4.11.2024 seinen Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Computerstrafrechts“ vorgelegt und den Ländern und Verbänden Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Der Entwurf will strafwürdiges Verhalten und legitime IT-Sicherheitsforschung voneinander abgrenzen. IT-Fachleute, die aus lauterer Motiven Sicherheitslücken nachgehen, nutzen dabei ähnliche Methoden wie kriminelle Hacker und seien deshalb einem Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt (RefE, S. 6), das kontraproduktiv sei, weil es nicht nur von verbotenem, sondern auch von gesellschaftlich erwünschtem Verhalten abschrecke. IT-Sicherheit sei die Achillesferse der Informationsgesellschaft (RefE, S. 1). Sicherheitslücken zu schließen habe daher allergrößte Bedeutung für die Abwehr von Cyberangriffen durch Kriminelle und fremde Mächte (RefE, S. 1). Der Koalitionsvertrag für die 20. Legislaturperiode sieht dazu vor, dass das „Identifizieren, Melden und Schließen von Sicherheitslücken in einem verantwortlichen Verfahren, z. B. in der IT-Sicherheitsforschung, legal durchführbar sein“ soll. Der Gesetzentwurf will nun durch einen Tatbestandsausschluss in den §§ 202a, 202b und 303a StGB die bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen und Konflikte zwischen IT-Sicherheitsinteressen und Strafverfolgung lösen („IT-Sicherheitsforschung ohne Strafbarkeitsrisiken“, RefE, S. 6).

Zum Referentenentwurf s. *Marnau*, CR 2024, 839; zu Strafbarkeitsrisiken für die IT-Sicherheitsforschung s. FZI Forschungszentrum Informatik, Whitepaper zur Rechtslage der IT-Sicherheitsforschung; *Golla/Brodowski*, IT-Sicherheitsforschung und Strafrecht, 2023; *Golla*, JZ 2021, 985; *Hillert*, AnwZert ITR 23/2024 Anm. 2; *Kipker/Rohstock*, ZRP 2020, 240; *Klaas*, MMR 2022, 187; *Schröder* HRRS 2024, 75; *Wagner*, PinG 2020, 66.

Nach § 202a StGB (Ausspähen von Daten) macht sich strafbar, wer sich unbefugt Zugang zu Daten verschafft, die nicht für ihn bestimmt und gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Dabei muss der Täter die Zugangssicherung überwinden. Der Gesetzentwurf (Art. 1 Nr. 1) schlägt eine negative **Legaldefinition von „unbefugt“** vor, die in einem **neuen Abs. 3** verortet sein und wie folgt lauten soll:

(3) Die Handlung ist nicht unbefugt im Sinne des Absatzes 1, wenn

1. sie in der Absicht erfolgt, eine Schwachstelle oder ein anderes Sicherheitsrisiko eines informationstechnischen Systems (Sicherheitslücke) festzustellen und die für das informationstechnische System Verantwortlichen, den betreibenden Dienstleister des jeweiligen Systems, den Hersteller der betroffenen IT-Anwendung oder das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik über die festgestellte Sicherheitslücke zu unterrichten und
2. sie zur Feststellung der Sicherheitslücke erforderlich ist.

Für § 202b StGB (Abfangen von Daten) und § 303a StGB (Datenveränderung) soll diese Regelung entsprechend gelten (jeweils neuer § 202b Abs. 2 und § 303a Abs. 4 StGB-E, Art. 1 Nr. 2, 3).

Weiter sollen die Strafraumen in §§ 202a, 202b StGB durch einen **besonders schweren Fall** auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren angehoben werden (Art. 1 Nr. 1, 2). Der vorgeschlagene neue § 202a Abs. 4 StGB (Art. 1 Nr. 1) lautet wie folgt:

(4) In besonders schweren Fällen des Absatzes 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt,
2. aus Gewinnsucht oder gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von solchen Taten verbunden hat oder
3. durch die Tat die Verfügbarkeit, Funktionsfähigkeit, Integrität, Authentizität oder Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder beeinträchtigt.

Für § 202b soll dieser neue besonders schwere Fall entsprechend gelten (Art. 1 Nr. 2; neuer § 202b Abs. 2 StGB-E). Die Neuregelungen sollen mit Beginn des auf die Verkündung folgenden Quartals in Kraft treten (Art. 2).

### 1. Tatbestandsausschluss bei § 202a StGB

Die nach § 202a StGB tatbestandliche Überwindung von Zugangssicherungen sei eine typische Herangehensweise bei IT-Sicherheitstests. Das Merkmal „unbefugt“ markiert dabei die Grenze zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit. Unbefugt handelt zunächst nicht, wer sich mit Einverständnis des Berechtigten Zugang zu Daten verschafft, so dass ein beauftragter Zugangsversuch („penetration test“) nicht strafbar sei (RefE, S. 7). Die Verteilung von Berechtigungen könne bei IT-Systemen aber komplex sein und sich nicht immer klären lassen (RefE, S. 7). Zudem müssten Sicherheitslücken nicht nur unter „Laborbedingungen“, sondern auch in „natürlicher Umgebung“ aufgespürt werden können, ohne dass zuvor das Einverständnis sämtlicher potentiell Berechtigter eingeholt werden müsste (RefE, S. 7, 16). Viele Unternehmen forderten IT-Sicherheitstester dazu auf, ihre Sicherheitssysteme auf die Probe zu stellen und Schwachstellen ggf. zu

melden. Teilweise würden dafür sogar Prämien ausgelobt („Bug Bounties“, RefE, S. 7).

### a) Feststellungs- und Meldeabsicht

Mit dem neuen § 202a Abs. 3 StGB-E wäre die Zugangsverschaffung nicht mehr unbefugt, wenn sie die Absicht verfolgt, eine Schwachstelle oder ein anderes Sicherheitsrisiko eines informationstechnischen Systems (Sicherheitslücke) festzustellen und den für das informationstechnische System Verantwortlichen, den Betreiber der Datenverarbeitungsanlage, den Hersteller der betroffenen IT-Anwendung oder das BSI davon zu unterrichten. Entscheidend ist danach die Absicht des Handelnden. Um sie festzustellen, seien neben den Einlassungen des Betroffenen die Tatumstände im Übrigen zu würdigen, wie dies auch sonst im Strafrecht üblich sei (RefE, S. 16). Die Absicht müsse sich darauf beziehen, eine Sicherheitslücke festzustellen und zu schließen. Abzugrenzen sei dies vom mutwilligen Ausprobieren, ob sich Systeme „knacken“ ließen und einem Hacking aus rein persönlichen Motiven (RefE, S. 17). Ein bestimmter Meldeweg werde nicht vorgegeben, zumal kein allgemein anerkanntes standardisiertes Verfahren für die sog. „responsible disclosure“ existiere (S. 17). Nutze der Handelnde den vom Verantwortlichen angebotenen Meldeweg, könne das als Nachtatverhalten aber ein sehr starker Beleg für seine lautere Absicht sein (RefE, S. 17). Nicht ausreichend sei es für den Tatbestandsausschluss, wenn der Handelnde nur vorhatte, die Sicherheitslücke irgendjemandem mitzuteilen oder sie sogleich publik zu machen (RefE, S. 17).

Weil es nur auf die Absicht ankommt, bleibt es auch dann bei dem Tatbestandsausschluss, wenn die ursprüngliche Meldeabsicht nach der Tat aufgegeben und die Schwachstelle nicht gemeldet wird (RefE, S. 17). Die Ausgestaltung als Tatbestandsausschluss sei gleichwohl erforderlich, um bereits zum Zeitpunkt der Handlung (also der Zugangsverschaffung) bestimmen zu können, ob der Tatbestand erfüllt sei oder nicht, und einen Schwebezustand zu vermeiden (RefE, S. 17). Ebenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit entscheidet sich der Entwurf auch gegen einen bloßen Rechtfertigungs- oder Strafaufhebungsgrund (RefE, S. 17).

### b) Erforderlichkeit

Der Tatbestandsausschluss setzt weiter voraus, dass die Handlung zur Feststellung der Sicherheitslücke geeignet ist und kein milderes Mittel zur Verfügung steht (wie etwa die Einholung des Einverständnisses des Berechtigten; RefE, S. 17). Dadurch werde sichergestellt, dass diejenigen, die auf mehr oder andere Daten zugreifen als für die Feststellung der Sicherheitslücke notwendig, sich auch in Zukunft strafbar machen (RefE, S. 17). Dass das beabsichtigte Aufspüren einer Sicherheitslücke misslingt, schließe die Erforderlichkeit dagegen nicht aus (RefE, S. 17).

### 2. Entsprechende Geltung für § 202b (Abfangen von Daten) und § 303a StGB (Datenveränderung)

Für § 202b und § 303a StGB soll der Tatbestandsausschluss des § 202a Abs. 3 StGB-E entsprechend gelten. Während § 202b StGB ebenfalls das Merkmal „unbefugt“ enthält, spricht § 303a StGB von „rechtswidrig“, und die Bedeutung dieses Merkmals (allgemeines Verbrechenmerkmal oder Tatbestandseinschränkung) sei umstritten (RefE, S. 29). § 202a Abs. 3 StGB-E solle hier mit der Maßgabe entsprechend gelten, dass das Verhalten nicht rechtswidrig sei (RefE,

S. 20). Denn es sei für die IT-Sicherheitsforschung im Rahmen ihrer Tätigkeiten kaum möglich, nicht auch Daten zu verändern (RefE, S. 20).

Für die **Computersabotage (§ 303b StGB)** soll der Tatbestandsausschluss dagegen **nicht gelten**. Die dort vorausgesetzte erhebliche Störung einer Datenverarbeitung von wesentlicher Bedeutung dürfe nicht straflos bleiben (RefE, S. 14). Allerdings besteht eine der Tatbestandsvarianten des § 303b StGB in der erheblichen Störung einer relevanten Datenverarbeitung durch Begehung einer (rechtswidrigen) Tat nach § 303a Abs. 1 StGB (§ 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB). Die entsprechende Anwendbarkeit des neuen § 202a Abs. 3 StGB-E bei § 303a StGB lässt die Rechtswidrigkeit entfallen. Computersabotage wäre demnach zukünftig nicht mehr strafbar, wenn sie durch eine Datenveränderung (§ 303a Abs. 1 StGB) begangen würde, die ihrerseits unter entsprechender Anwendung von § 202a Abs. 3 StGB-E nicht „unbefugt“ war (RefE, S. 20). Hier komme jedoch das in § 202a Abs. 3 StGB-E vorgesehene Merkmal der Erforderlichkeit ins Spiel. Bei seiner Prüfung sei zu berücksichtigen, dass die Datenveränderung (§ 303a Abs. 1 StGB) vorgenommen worden sei, um für eine Computersabotage nach § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB verwendet zu werden (RefE, S. 20). Eine solche Sabotage könne aber niemals erforderlich sein (RefE, S. 20).

### 3. Strafbarkeit bei Absichtsänderung

Der Gesetzentwurf erörtert auch die Situation, dass eine Sicherheitslücke zunächst in guter Absicht identifiziert, dann aber aufgrund einer späteren Absichtsänderung nicht nur ungemeldet bleibt, sondern missbräuchlich verwendet wird. Eine Strafbarkeit nach §§ 202a, 202b und § 303a StGB scheidet nach der Neuregelung in diesen Fällen aus. Einen gesonderten Tatbestand für den Missbrauch von Daten, zu denen der Täter zuvor straflos Zugang erlangt, kennt das Computerstrafrecht nicht. Das ist angesichts der vorverlagerten Strafbarkeit nach § 202a StGB konsequent, der schon die Zugangverschaffung unter Strafe stellt und nur geringe Anforderungen an die zu überwindende Zugangssicherung enthält (zu „Innentätern“ s. *Popp/Malek/Nadeborn* in *Malek/Popp/Nadeborn*, Strafsachen im Internet, 3. Aufl. 2024, Rz. 135). Dadurch ist regelmäßig jedenfalls eine Strafbarkeit nach § 202a StGB gegeben, so dass es keines allgemeinen „Datenmissbrauchs-Tatbestands“ bedarf. Auch die jetzt vorgesehenen Strafklausuren bei § 202a StGB verursachten nach der Gesetzesbegründung keine unvermeidbaren Strafklausuren (RefE, S. 12). Zum einen werde sich das Problem einer nachträglichen Absichtsänderung in der Praxis nicht allzu oft stellen, da ein solches Nachtatverhalten die Feststellung nahelegen könne, dass der Handelnde von vornherein mit deliktischer Absicht vorgegangen sei (RefE, S. 12).

Habe sich der Handelnde den Datenzugang zunächst tatsächlich in guter Absicht verschafft, so könne er sich zum anderen bei einem anschließenden Missbrauch der Daten nach sonstigen Regelungen strafbar machen. Enthielten die Daten Geschäftsgeheimnisse, so greife das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG; RefE, S. 13). Bei personenbezogenen Daten komme eine Strafbarkeit nach dem BDSG in Betracht (§ 42 Abs. 2 Nr. 1 BDSG; RefE, S. 13). Handele es sich weder um Geschäftsgeheimnisse noch um personenbezogene, sondern nur um „gewöhnliche“ Daten, fehle es an einer Strafbarkeit. Mangels rechtswidriger Vortat bleibe damit auch eine anschließende Hehlerei an den Daten (§ 202d StGB) straflos (RefE, S. 13). Dies könne aber ingenuo angenommen werden, denn die Situation un-

terscheide sich nicht von der im geltenden Recht, wenn jemand berechtigten Zugriff auf Daten hat und diesen dann missbraucht (RefE, S. 13).

### 4. Keine Änderungen bei anderen Straftatbeständen

Keinen Änderungsbedarf sieht der Entwurf bei § 202c StGB, der gelegentlich als „Hackerparagraph“ bezeichnet werde und das Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten (§§ 202a, 202b StGB) mit Strafe bedrohe (RefE, S. 9). Die vorgesehenen Strafbarkeitseinschränkungen bei den beiden Bezugsnormen führe dazu, dass insoweit für die IT-Sicherheitsforschung keine Strafbarkeitsrisiken mehr bestünden (RefE, S. 9).

Der Zugriff auf fremde informationstechnische Systeme kann neben § 202a und § 202b StGB noch den Tatbestand der **Sachbeschädigung (§ 303 StGB)** sowie die nebenstrafrechtlichen Tatbestände des **Urhebergesetzes (UrhG)** und des **GeschGehG** erfüllen. Bei **§ 303 StGB** wird darauf verwiesen, dass die Regelung nur greife, wenn der Tatbestand des § 303b StGB nicht erfüllt sei, der ansonsten § 303 StGB verdränge (RefE, S. 10). Dazu könne es kommen, wenn zwar die Funktionsfähigkeit einer fremden Sache beeinträchtigt werde, dies aber keine erhebliche Störung einer relevanten Datenverarbeitung zur Folge habe (RefE, S. 10). Ein Tatbestandsausschluss werde hier nicht vorgesehen, weil die Sachbeschädigung, die vorsätzlich erfolgen müsse, in diesen Fällen vergleichbar mit anderen Begehungsformen bleibe (RefE, S. 10).

Im Zuge der IT-Sicherheitsforschung können auch **Geschäftsgeheimnisse** erlangt und im Disclosure-Prozess offengelegt werden. Ob eine Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG drohe, hänge vor allem davon ab, ob der Täter zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht handle, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen (RefE, S. 10). Gerichte hätten bei der Prüfung dieser Frage zukünftig zu berücksichtigen, dass die IT-Sicherheitsforschung unter den Voraussetzungen des § 202a Abs. 3 StGB-E regelmäßig ein die Strafbarkeit ausschließendes sonstiges legitimes Interesse (§ 5 GeschGehG) darstelle, sofern der Zugang darauf beschränkt bleibe und auch im Übrigen ein angemessener Schutz des Geschäftsgeheimnisses gesichert werde (RefE, S. 10).

Geschäftsgeheimnisse können auch beim Aufspüren von Sicherheitslücken mittels **Reverse Engineering** verletzt werden. Dabei werde ein Produkt analysiert, um dessen Bestandteile, Funktionsweisen und auch den Herstellungsprozess nachvollziehen zu können (RefE, S. 10). Es handle sich also um einen gedachten umgekehrten Herstellungsprozess, der nicht von der Idee zum Produkt, sondern vom Produkt zur Idee ablaufe (RefE, S. 10). Dafür enthalte das GeschGehG eine Regelung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG), die Reverse Engineering aber nur dann zulasse, wenn der Testgegenstand öffentlich verfügbar gemacht worden sei oder sich im rechtmäßigen Besitz des Testenden befinde und dieser keiner Pflicht zur Beschränkung der Erlangung des Geschäftsgeheimnisses unterliege (RefE, S. 10). An diesen Voraussetzungen könne es häufig fehlen (RefE, S. 10). Aber auch dann könne ein die Strafbarkeit nach dem GeschGehG ausschließendes sonstiges legitimes Interesse gegeben sein; erforderlich sei stets eine Einzelfallabwägung (RefE, S. 10).

Um Software auf Fehler zu untersuchen, müsse man in einigen Fällen auch den Quellcode vervielfältigen, übersetzen oder auf sonstige

Weise bearbeiten. Insbesondere kann eine Dekompilierung des Objektcodes in einen „Quellcode“ erforderlich werden. Darin kann ein **strafbarer Verstoß gegen das UrhG** liegen. Die Vorgaben des Unionsrechts ließen keinen Spielraum dafür, explizit gesetzliche Nutzungserlaubnisse für die IT-Sicherheitsforschung zu schaffen. Nach der Rechtsprechung sei der rechtmäßige Erwerber eines Computerprogramms aber berechtigt, dieses zu dekompile, um Programmfehler zu berichtigen (RefE, S. 10). Lizenzbedingungen für Computerprogramme könnten zwar Grenzen für urheberrechtlich relevante Handlungen setzen, dürften aber nicht jede Möglichkeit einer Fehlerberichtigung ausschließen (RefE, S. 10).

## 5. Erhöhung des Strafrahmens bei § 202a und § 202b StGB

Um die gestiegene Bedeutung der Informationstechnik für Wirtschaft und Gesellschaft sowie die zunehmenden Gefahren für die IT-Sicherheit abzubilden, will der Gesetzentwurf einen besonders schweren Fall mit vier Regelbeispielen und einer höheren Strafandrohung schaffen (§ 202a Abs. 4 und § 202b Abs. 2 StGB-E; RefE, S. 17). Dies trage auch Anliegen der Länder Rechnung, wie sie z.B. in den (vom Bundesrat nicht eingebrachten) Gesetzesanträgen Bayerns (vom 19.4.2019, BR-Drucks. 168/19) und Nordrhein-Westfalens (vom 28.5.2019, BR-Drucks. 248/19) zum Ausdruck kämen (RefE, S. 17; s. auch den vom Bundesrat nicht angenommenen Entschließungsantrag Hamburgs vom 28.5.2019, BR-Drucks. 264/19). Auch die Innenministerkonferenz habe sich in ihrer Frühjahrssitzung im Jahr 2024 mit dem Thema befasst (RefE, S. 17; s. auch den JuMiKo-Beschluss vom 11./12.11.2021: „Angemessene Strafen bei Cybercrime-Delikten“).

Von den vier neuen Regelbeispielen seien drei (Vermögensverlust großen Ausmaßes, Gewerbsmäßigkeit und bandenmäßiges Handeln) dem § 303b Abs. 4 Nr. 1, 2 StGB entlehnt (RefE, S. 17 f.). Ein **Vermögensverlust großen Ausmaßes** (§ 202a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StGB-E) sei zwar nicht gegeben, wenn ein erheblicher Vermögensschaden entstehe, dieser jedoch nicht bei einem einzelnen Geschädigten eintrete, sondern erst in der Summe bei einer Vielzahl Betroffener (RefE, S. 18). Die Rechtsprechung gehe von einem opferbezogenen Schadensbegriff aus (RefE, S. 18). Für Fälle dieser Art müsse es aber kein Regelbeispiel geben, da ein unbenannter besonders schwerer Fall in Betracht komme. Dass die Strafschärfung mit dem Vermögensverlust an die Verletzung eines anderen als des von den §§ 202a, 202b StGB geschützten Rechtsguts anknüpfe, sei nicht ungewöhnlich (RefE, S. 18).

§ 202a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 StGB-E (**banden- bzw. gewerbsmäßige Begehung**) greife nicht, wenn sich mehrere Personen nur für einzelne „Projekte“ zusammenschließen, was bei Hackern häufig vorkomme. Auch hier könne aber auf einen unbenannten schweren Fall zurückgegriffen werden (RefE, S. 18). Das weitere Regelbeispiel in § 202a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 StGB-E (**Handeln aus Gewinnsucht**) werde auch bei anderen Straftatbeständen verwendet und gehe über die allgemeine Bereicherungsabsicht hinaus, was bei § 202a StGB sinnvoll erscheine, um ein besonders schweres Unrecht zu kennzeichnen, weil dieser Tatbestand typischerweise mit „einfacher“ Bereicherungsabsicht begangen werde, diese allein aber nicht zum besonders schweren Fall führen solle (RefE, S. 19).

Das Regelbeispiel in § 202a Abs. 4 S. 1 Nr. 3 StGB-E (**Beeinträchtigung der Verfügbarkeit, Funktionsfähigkeit, Integrität, Authentizität oder Vertraulichkeit einer kritischen Infrastruktur oder**

**der Sicherheit von Bund oder Ländern**) werde aufgenommen, um den Schutz kritischer Infrastrukturen und des Staates selbst zu gewährleisten (RefE, S. 19). Der Begriff „kritische Infrastrukturen“ sei in Anlehnung an die Legaldefinition in § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz zu verstehen (RefE, S. 19). Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass das NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz (BT-Drucks. 20/13184) diesen Begriff durch den Begriff der „kritischen Anlagen“ (§ 2 Nr. 22 BSI-Gesetz-E) ersetzen solle, so dass das Merkmal „kritische Infrastrukturen“ im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens überprüft werden solle (RefE, S. 19, Fn. 5).

## II. Höhere Strafrahmen beim organisierten Insiderhandel

Die **JuMiKo** hat sich bei ihrer Herbstsitzung für höhere Strafrahmen beim organisierten Insiderhandel sowie für effektivere Strafermittlungen bei schweren Kapitalmarktdelikten ausgesprochen und die Bundesregierung um zeitnahe Vorlage eines Gesetzentwurfs gebeten (Beschluss vom 28.11.2024). Das Wertpapierhandelsgesetz sehe Qualifikationstatbestände derzeit nur bei Marktmanipulation (§ 119 Abs. 1, 5 WpHG) vor, nicht aber bei verbotenen Insiderhandel (§ 119 Abs. 3 WpHG). Zugleich sollten der (vorhandene) Qualifikationstatbestand der Marktmanipulation und (die noch zu vertatbestandlichende) qualifizierte Form des Insiderhandels in den Katalog nach § 100a StPO aufgenommen werden, um in diesen Fällen eine Telekommunikationsüberwachung zu ermöglichen. Die aufwendigsten Insideruntersuchungen der letzten Jahre seien allesamt durch eine gemeinschaftliche, organisierte und teils professionalisierte Begehungsweise mit einer Vielzahl einzelner Taten und Schadenssummen (teils im achtstelligen Bereich) gekennzeichnet gewesen und es bestünden in diesem Zusammenhang hohe praktische Nachweisschwierigkeiten.

Die Marktmanipulation mit ihrer geltenden höheren Strafandrohung ist anders als der Insiderhandel kein reines Tätigkeitsdelikt, sondern ein Erfolgsdelikt. Erforderlich ist der Eintritt eines Erfolges in Form der Einwirkung auf die in § 119 Abs. 1 Nr. 1-3 WpHG genannten Preise oder den in § 119 Abs. 1 Nr. 4 WpHG genannten Referenzwert. Dieser Erfolg muss durch die dem Täter vorgeworfene Handlung verursacht worden sein. Daher sind die tatbestandlichen Voraussetzungen und die damit verbundenen Anforderungen an die Nachweisbarkeit bei der Marktmanipulation höher als beim Insiderhandel. Diese erhöhten tatbestandlichen Voraussetzungen sind Ausdruck eines schwereren Unrechtsvorwurfs, was sich auch aus dem Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2014/57/EU ergibt, die die Mitgliedstaaten nur zur Bestrafung von Marktmanipulation und Insiderhandel in schwerwiegenden Fällen verpflichtete. Nach dem Entwurf der Bundesregierung soll ein solcher (strafbegründender) schwerwiegender Fall einer Marktmanipulation nur vorliegen, wenn tatsächlich auf den Preis eines Finanzinstruments oder auf die Berechnung eines Referenzwertes eingewirkt wurde (s. BT-Drucks. 18/7482, 64). Hingegen wurden beim Insiderhandel keine derartigen besonderen Anforderungen geschaffen. Anders als bei der Marktmanipulation werden beim Insiderhandel somit auch nicht schwerwiegende Fälle im Sinne der Richtlinie bestraft.

## III. Einziehung bei Livestreams und Videos von Straftaten

Nachdem der **JuMiKo** bei ihrer diesjährigen Frühjahrskonferenz ein umfangreicher Bericht zur „Optimierung der Vermögensabschöpfung“ vorgelegen hatte (s. dazu *Busch*, wistra 2024, Heft 11, R8), stand bei der folgenden Herbstkonferenz bereits die nächste Abschöpfungslücke auf der Agenda. Die Tagung beschäftigte sich mit dem „Phänomen der öffentlichen Zurschaustellung von Straftaten durch Tatbeteiligte mit dem Ziel, hierdurch nicht unerhebliche Einnahmen zu generieren“. Die Einnahmen erhielten die Täter dabei in der Regel von den Plattformen, auf denen die Videos veröffentlicht würden, entweder „pro Klick“ oder aufgrund der steigenden Anzahl der „Follower“. In ihrem Beschluss stellt die **JuMiKo** fest, dass nach derzeitiger Rechtslage eine Abschöpfung der durch eine solche Zurschaustellung von Straftaten auf Internetplattformen generierten Einnahmen nicht möglich

erscheine. Diese Lücke gelte es zu schließen. An die „Bund-Länder-Arbeitsgruppe des Strafrechtsausschusses zur Optimierung des Rechts der Vermögensabschöpfung“ richtet die JuMiKo die Bitte, unter Erweiterung des bisherigen Auftrages, sich auch dieser Thematik anzunehmen und gegebenenfalls einen Regelungsvorschlag zu unterbreiten.

In der Sache dürfte es um Videomitschnitte bzw. Livestreams von Straftaten wie insbesondere Verbotene Kraftfahrzeugrennen (§ 315d StGB) oder Missbrauch von Notrufen (§ 145 StGB) gehen. Man könnte daran denken, solche Videoaufnahmen bzw. Echtzeitübertragungen selbst als das durch die Tat Erlangte anzusehen. Die Einnahmen aus der Veröffentlichung wären dann aus dem Erlangten gezogene Nutzungen und könnten abgeschöpft werden (§ 73 Abs. 2 StGB). Inwieweit die „Klicks“ auf und damit die Einnahmen aus Internetplattformen gerade auf die darin wiedergegebenen Straftaten zurückgehen, dürfte sich in der Praxis nur schwer feststellen lassen. Dagegen spricht allerdings, dass eine Videoaufnahme bzw. Echtzeitübertragung dem Täter nicht so sehr durch die Tatbestandsverwirklichung zufließen, sondern sie erst durch weitere Handlungen wie die Aufzeichnung bzw. Übertragung des Tatgeschehens entstehen, so dass der Täter sie nicht durch, sondern eher bei „Gelegenheit der Tat“ erlangt. Die „Zurschaustellung“ von Straftaten selbst ist (von wenigen Ausnahmen wie etwa der Gewaltdarstellung nach § 131 StGB abgesehen) nicht strafbar und kann daher für sich keine Einziehung begründen. Neben Videos und Streams auf Online-Plattformen sind noch weitere Formen profitabler Wiedergaben denkbar, so etwa literarische Darstellungen wie etwa „Die

Kinder vom Bahnhof Zoo“, in denen ebenfalls „echte“ Straftaten geschildert werden und die hohe Erlöse erzielen können.

Wird durch eine Straftat jemand verletzt und steht ihm ein Schadenersatzanspruch zu, so gewährt das Opferanspruchssicherungsgesetz (OASG) dem Verletzten ein gesetzliches Pfandrecht an Forderungen, die der Täter aus der Verwertung/Vermarktung der Straftat gegen einen Dritten erlangt hat (§ 1 Abs. 1, 3 OASG). Anlass für diese im Jahr 1998 geschaffene Regelung war, dass „Straftäter ihre Handlungen über Presse, Rundfunk und Fernsehen oder durch eigene schriftstellerische Tätigkeit gewinnbringend vermarkten“ und dabei „eine unzutragliche Situation entsteht“, wenn der Täter aus der öffentlichen Darstellung seiner Tat beträchtliche Vergütungen erhält, das geschädigte Opfer seine berechtigten Schadensersatzansprüche jedoch nicht verwirklichen könne (BT-Drucks. 13/6831, 5). Der Opferverband Anuas fordert derweil zugunsten von Verletzten eine Krimi-Steuer auf die Millionenerlöse der Verlage aus True-Crime-Publikationen (Spiegel-Online vom 16.9.2024).

**Oberstaatsanwalt beim BGH (Referatsleiter im BMJ) Markus Busch LL.M. (Columbia University), Berlin**



Der Text gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

## Impressum

Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra)

**Herausgegeben von:** Dr. Franziska von Freeden, Richterin am BFH · Prof. Dr. Matthias Jahn · Prof. Dr. Markus Jäger, Vorsitzender Richter am BGH · Dr. Matthias Korte, Ministerialdirigent · Dr. Manfred Möhrenschräger, Ministerialrat a.D. · Dr. Martina Müller-Ehlen, Oberstaatsanwältin · Dr. Markus Rübenthal, Mag. iur., Rechtsanwalt (WisteV) · Prof. Dr. Franz Salditt, Rechtsanwalt (FAiStrR, FAiStR) · Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy · Prof. Dr. Roland Schmitz · Prof. Dr. Carsten Wegner, Rechtsanwalt (FAiStrR) · Dr. Martin Wulf, Rechtsanwalt, (FAiStR)

**Redaktion:** Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy · Prof. Dr. Roland Schmitz

Anschrift: Prof. Dr. Roland Schmitz, Institut für Wirtschaftsstrafrecht, Universität Osnabrück, 49069 Osnabrück, Telefon: +49 (541) 9694696 und +49 (170) 5524048. E-Mail: wistra@uni-osnabrueck.de

**Verlag:** C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg. www.cfmuller.de. Geschäftsführung: Prof. Dr. Felix Hey, Joachim Kraft. Telefon: +49 (6221) 1859-444

**Abbonentenservice:** C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg; Telefon: +49 (6221) 1859-599, Telefax: +49 (6221) 1859-598, E-Mail: kundenservice@cfmuller.de

**Anzeigen:** sales-friendly Verlagsgesellschaften, Stefan-Lochner-Str. 9, 50999 Köln; Telefon: +49 (228) 97898-0, Fax: +49 (228) 978982-0, E-Mail: media@sales-friendly.de.

**Druck:** Zimmermann Druck, Balve.

**Erscheinungsweise:** Erscheint 12-mal jährlich (monatlich). **Bezugspreis:** Jahresabonnement Inland 550,10 € inkl. Versandkosten. Ausland: 577,30 € inkl. Versandkosten. Einzelheft 47,- € zzgl. Versandkosten. Alle Preise verstehen sich inkl. MwSt. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt. Abonnement und Bezugspreis be-

inhalten die Printausgabe sowie eine Lizenz für das online-Archiv. Die Bestandteile des Abonnements sind nicht einzeln kündbar. Der Preisanteil des online-Archivs ist auf der Abonnementrechnung separat ausgewiesen. Einbanddecke für einen Jahrgang 46,- €.

**Bestellungen** beim Verlag und bei jeder Buchhandlung. Die Vertragslaufzeit für ein Zeitschriften-Abonnement beträgt 12 Monate. Zeitschriften-Abonnements können jeweils bis vier Wochen vor Ende der Vertragslaufzeit gekündigt werden.

**ISSN:** 0721-6890

**Urheber- und Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet, öffentlich wiedergegeben, zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder verwertet werden. Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben.

**Manuskriptangebote und Beiträge:** Manuskripte und Einsendungen sind an die Schriftleitung (als Datei per E-Mail) zu senden. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlags. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskripts erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

Die Online-Ausgabe mit dem Archiv ab Heft 1/2003 finden Sie unter [www.wistra-online.com](http://www.wistra-online.com).

# „Beeindruckend präzise und unbeschreiblich akribisch“

## VERTEIDIGUNG IM REVISIONSVERFAHREN

Von RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer,  
FA für Strafrecht; RA Dr. Sebastian Wollschläger,  
FA für Strafrecht und FA für Steuerrecht;  
RAin Hannah Milena Piel, FAin für Strafrecht.

4., neu bearbeitete Auflage 2025. 1.304 Seiten. Gebunden.  
€ 162,-  
ISBN 978-3-8114-8772-7

Das Recht der Revision gehört zu den schwierigsten Materien des Strafprozessrechts. Der Verteidiger muss über vertiefte Kenntnisse der zahlreichen möglichen Verfahrensfehler verfügen, damit er die entsprechenden Rügen korrekt formulieren kann.

Das Handbuch navigiert den Nutzer mittels eines fragestützten Leitsystems durch Hauptverhandlungsprotokoll und Urteil. So lässt sich rasch und systematisch erkennen, welche potentiellen Fehlerquellen in Betracht kommen.

Weitere Erläuterungen unterstützen den Nutzer bei der Anfertigung der Revisionsbegründung und bei der Wahrung aller Form- und Fristenfordernisse – von der Einlegung des Rechtsmittels bis zur Entscheidung durch das Revisionsgericht.  
Die Neuauflage berücksichtigt alle wesentlichen Änderungen der



So gelingt  
die Revisions-  
begründung

Strafprozessordnung der letzten Jahre, insbesondere

- im Beweisantragsrecht
- im Befangenheitsrecht
- bei der Besetzungsrüge
- bei den Unterbrechungsfristen
- bei der DNA-Analyse und Telekommunikationsüberwachung
- bei der Erweiterung der Möglichkeit der Video-Vernehmung
- bei den Belehrungspflichten bei der Beschuldigtenvernehmung
- und – nicht zuletzt – bei der Revisionsbegründungsfrist.

„... auch erfahrenen Verteidigern, Staatsanwälten und Nebenklägervertretern gewährt das Meisterwerk neben einer erheblichen Arbeitserleichterung auch ein Höchstmaß an Sicherheit, sich auf dem glatten Parkett der strafrechtlichen Revision sicher zu bewegen. Entsprechend verdient die beeindruckend präzise und unbeschreiblich akribische Ausarbeitung höchste Anerkennung. So wird man mit Recht von dem Standardwerk zur Anfertigung einer Revisionsbegründung sprechen dürfen, das in keiner strafrechtlichen Bibliothek fehlen darf.“

RA Johannes Berg, FA für Strafrecht, auf: [dierezensenten.blogspot.com](http://dierezensenten.blogspot.com) 7/2018

Versandkostenfrei bestellen: [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599, [kundenservice@cfmueller.de](mailto:kundenservice@cfmueller.de)



C.F. Müller  
STRAFRECHT



C.F. Müller

CFM

# Heidelberger Kommentare Kompetenz im Strafrecht



## AnwaltKommentar StGB

Hrsg. von Dr. Klaus Leipold,  
Prof. Dr. Michael Tsambikakis  
und Prof. Dr. Mark A. Zöller.

3. A. 2020. 2.860 Seiten. € 199,-.  
ISBN 978-3-8114-0643-8



## Strafprozessordnung

Hrsg. von Prof. Dr. Björn  
Gercke, Prof. Dr. Dieter  
Temming und Prof. Dr.  
Mark A. Zöller.

7. A. 2023. 2.499 Seiten. € 214,-.  
ISBN 978-3-8114-5801-7



## Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugs- gesetzen

Von Dr. Herbert Diemer,  
Dr. Holger Schatz, Prof. Dr.  
Bernd-Rüdiger Sonnen und  
Prof. Dr. Alexander Baur.

8. A. 2020. 1.263 Seiten. € 119,-.  
ISBN 978-3-8114-0667-4



## Steuerstrafrecht

Hrsg. von Prof. Dr. Silke Hüls  
und RA Prof. Dr. Tilman  
Reichling.

3. A. 2025. 1.200 Seiten. € 159,-.  
ISBN 978-3-8114-6172-7



Versandkostenfrei bestellen bei **otto-schmidt.de**  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599, kundenservice@cfmueller.de

# Unsere Neuen in der gelben Reihe



**Begründet von RA Prof. Dr. Eckhart Müller  
und RA Alexander Eberth, FAe für Strafrecht.  
Fortgeführt von RA Dr. Matthias Schütrumpf und RA Jürgen  
Just, FAe für Strafrecht.**

8., neu bearbeitete Auflage 2025, ca. 310 Seiten, ca. € 49,-  
ISBN 978-3-8114-6053-9

Die Neuauflage ermöglicht durch einen überarbeiteten Aufbau einen noch gezielteren Zugriff auf die praxisrelevanten Fragestellungen des Betäubungsmittelstrafrechts. Dabei wurde die kompakte Darstellung beibehalten.

Neu hinzugefügt wurden zahlreiche Praxishinweise zur Verteidigungstaktik sowie Formulierungsvorschläge, die bei der Mandatsbearbeitung hilfreich sind. Leitsatzentscheidungen werden in den Fußnoten optisch hervorgehoben, um wichtige Rechtsgrundlagen schnell auffindbar zu machen.

Darüber hinaus wurden alle aktuellen Gesetzesänderungen eingearbeitet, einschließlich:

- Das am 1.4.2024 in Kraft getretene Cannabisgesetz
- Das Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts vom 26.7.2023

**Begründet von Prof. Dr. Günter Kohlmann.  
Fortgeführt von Prof. Dr. Thomas Rotsch,  
Prof. Dr. Markus Wagner und Prof. Dr. Petra Wittig.**

2., völlig neu bearbeitete Auflage 2025, 694 Seiten, € 84,-  
ISBN 978-3-8114-0844-9

Das in der Erstauflage von Prof. Dr. Günter Kohlmann verfasste Werk wurde unter Beibehaltung der bisherigen Konzeption von einem neuen Autorenteam völlig neu bearbeitet und wieder auf den aktuellen Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum gebracht.

Das praxisorientierte Handbuch ist wissenschaftlich fundiert und bietet Unternehmensjuristen, GmbH-Geschäftsführern und der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen eine wertvolle Arbeitshilfe.

Themen-Highlights in der 2. Auflage sind u. a.

- » Verantwortungsverteilung im Unternehmen
- » Strafrechtliche Verantwortung im Konzern
- » Strafbarkeitsrisiken trotz Delegation
- » Strafrechtliche Risiken in der Insolvenz der Gesellschaft
- » Steuervergehen zugunsten der Gesellschaft
- » Strafvorschriften des neuen Geschäftsheimnisgesetzes
- » Strafrechtliche Behandlung der Beschäftigung von sog. „Scheinselbstständigen“ nach der Rechtsprechungsänderung des BGH

Digital verfügbar in den Modulen:



Versandkostenfrei bestellen bei **otto-schmidt.de**  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599, kundenservice@cfmueller.de