



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 294/19

vom

28. November 2019

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja
Veröffentlichung: ja

StGB § 73 Abs. 1, § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 73c Satz 1

1. Nutzt der Täter die durch seine rechtswidrigen Taten bereicherte Gesellschaft nur als formalen Mantel, ohne dass deren Vermögenssphäre von seiner eigenen getrennt ist, oder leitet die Gesellschaft die Erträge aus den Taten stets zeitnah an den Täter weiter, so erlangt er selbst im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB die betreffenden Vermögenwerte bereits dann, wenn sie der Gesellschaft zufließen.
2. Unabhängig von einer solchen Zurechnung der bei der drittbegünstigten Gesellschaft eingetretenen Vermögensmehrung aufgrund faktischer Verschmelzung der Vermögensmassen kann der Täter etwas durch die Tat erlangen, soweit die Gesellschaft die inkriminierten Vermögenwerte nachfolgend - ganz oder teilweise - an ihn weiterleitet und sie ihm auf diese Weise persönlich zufließen.
3. Lag einem solchen Vermögenstransfer ein nicht bemakelter Vertrag zugrunde, der mit der Straftat in keinem Zusammenhang stand, so ist die (Wertersatz-) Einziehung regelmäßig ausgeschlossen.

BGH, Urteil vom 28. November 2019 - 3 StR 294/19 - LG Düsseldorf

in der Strafsache

gegen

wegen Vorteilsannahme u.a.

ECLI:DE:BGH:2019:281119U3STR294.19.0

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 28. November 2019, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Schäfer,

die Richterinnen am Bundesgerichtshof
Dr. Spaniol,
Wimmer,

die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Berg,
Hoch

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 8. Februar 2019 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit von der Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen in Höhe von 301.962,50 € abgesehen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hatte den Angeklagten mit Urteil vom 5. Juli 2017 wegen Vorteilsannahme in 529 Fällen sowie Untreue in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt, bestimmt, dass infolge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung sechs Monate der verhängten Strafe als vollstreckt gelten, und (aufgrund der Vorteilsannahme) die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 348.267,24 € angeordnet.
- 2 Mit Beschluss vom 31. Juli 2018 (3 StR 620/17) hat der Senat auf die Revision des Angeklagten das Urteil im Schuldspruch dahin geändert, dass er der Vorteilsannahme in 529 tateinheitlichen Fällen anstatt 529 tateinheitlicher Fälle schuldig ist, es - unter Zurückverweisung der Sache zu neuer Verhand-

lung und Entscheidung - teilweise aufgehoben und das weitergehende Rechtsmittel verworfen. Die Teilaufhebung betraf:

- die Aussprüche über die Einzelstrafen in den von der Schuldspruchänderung erfassten Fällen sowie über die Gesamtstrafe bei Aufrechterhaltung der jeweils zugehörigen Feststellungen,
- den Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen mit den zugehörigen Feststellungen.

3 Nunmehr hat das Landgericht aufgrund des rechtskräftigen Schuldspruchs (der Vorteilsannahme in 529 tateinheitlichen Fällen sowie der Untreue in zwei Fällen) gegen den Angeklagten erneut eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verhängt. Von der Wertersatzeinziehung hat es abgesehen.

4 Die von der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte und vom Generalbundesanwalt vertretene Revision, die sich mit der Sachrüge allein gegen die Nichtanordnung der Wertersatzeinziehung in Höhe von 301.962,50 € richtet, hat Erfolg.

I.

5 1. Hinsichtlich der für eine Vermögensabschöpfung relevanten Fälle der Vorteilsannahme ist das Landgericht von folgenden bindenden Feststellungen ausgegangen:

6 Der Angeklagte war Angestellter der R. AG, deren Kernaufgabe die Bereitstellung des öffentlichen Personennahverkehrs in D. war. Die

Stadt D. hielt - teilweise mittelbar über eine Holding - sämtliche Anteile der Gesellschaft und hatte über den hälftig von ihr besetzten Aufsichtsrat weitgehende Einflussmöglichkeiten auf deren unternehmerische Entscheidungen. Um einen weitreichenden Zugang zum möglichst flächendeckenden Personenverkehr zu gewährleisten, erwirtschaftete die R. AG auf Dauer ein durchschnittliches Defizit von etwas weniger als 20 %, das aus Mitteln der öffentlichen Hand ausgeglichen wurde.

7 Mit einem langfristigen Konzessionsvertrag hatte die R. AG der Firma M. GmbH (nachfolgend: M.) das ausschließliche Recht übertragen, den Gesamtbestand der ihr gehörenden öffentlichen Verkehrsmittel durch Werbung wirtschaftlich zu nutzen. Das Anbringen der Werbung war Sache der M. . In etwa 30 % aller Fälle erteilte diese der Firma W. GmbH (fortan: W.) den Auftrag über die Herstellung der Werbefolien, mitunter zugleich über deren Verklebung. Zum Teil beauftragte auch die R. AG, die sich das Recht vorbehalten hatte, eigene Werbung an ihren Verkehrsmitteln und sonstigen Einrichtungen anzubringen, die W. mit der Herstellung, Verklebung oder Beseitigung von Werbefolien.

8 Der Angeklagte war bei der R. AG insbesondere mit der Verkehrsmittelwerbung des Unternehmens betraut. Er war Ansprechpartner für die M. und die W. . Die M. legte ihm die von ihr beabsichtigte Werbung zur vorherigen Zustimmung seitens der R. AG vor. Als deren Vertreter erteilte er auch die Aufträge an die W. . Der Angeklagte koordinierte das Anbringen und Entfernen der Werbefolien; die Arbeiten wurden in den Werkstätten der R. AG ausgeführt, für die er die erforderlichen Betretens-erlaubnisse erteilte.

9 Der Angeklagte hatte zusammen mit seiner Ehefrau die Firma "
Da. " (im Folgenden: Firma Da.) gegründet, die beide
gemeinsam und arbeitsteilig führten. Um sich das Wohlwollen des Angeklagten
zu sichern und die geschäftlichen Beziehungen zur R. AG nicht zu ge-
fährden, beauftragten sowohl die M. als auch die W. im Tatzeitraum
von Juli 2007 bis September 2011 die Firma Da. insgesamt 529-mal
mit der Verklebung von Werbefolien. Für den gesamten Tatzeitraum belief sich
das Bruttoauftragsvolumen auf 1.278.442,28 €.

10 2. Zur Wertersatzeinziehung hat das Landgericht nunmehr ergänzend
Folgendes festgestellt:

11 Inhaberin des einzigen für die Firma Da. geführten Girokontos
und hierüber allein verfügungsberechtigt war die Ehefrau des Angeklagten. Auf
dieses Konto gingen im Tatzeitraum Zahlungen in einer Gesamthöhe von
1.202.060,13 € ein, welche die M. und die W. auf die der Firma Da.
erteilten Aufträge leisteten. Im nämlichen Zeitraum wurden von dem
Firmenkonto auf ein allein dem Angeklagten zustehendes Bankkonto fünf Be-
träge von insgesamt 301.962,50 € mit dem Verwendungszweck "Rechnung
Nr. ..." überwiesen.

12 3. Nach der Wertung des Landgerichts erfüllen die Feststellungen nicht
die Voraussetzungen für eine Einziehung des Wertes von Taterträgen gegen
den Angeklagten nach § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB:

13 Werde durch die Straftat eine Gesellschaft begünstigt, so komme gegen
den für sie handelnden Täter die Wertersatzeinziehung nur ausnahmsweise in
Betracht. In diesem Fall setze die Anordnung der Maßnahme voraus, dass ent-
weder der Täter die Gesellschaft als formalen Mantel nutze und eine Trennung

zwischen Täter- und Gesellschaftsvermögen tatsächlich nicht existiere oder jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss bei der Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet werde.

14 Hinsichtlich der Überweisungen an die Firma Da. , der als Gesellschaft bürgerlichen Rechts - im Zweifel sogar als offener Handelsgesellschaft - eigene Rechtsfähigkeit zukomme, seien beide Alternativen nicht gegeben. Zum einen habe die Firma ein operatives Geschäft betrieben und Werkverträge zu marktüblichen Preisen durchgeführt, wobei der entsprechende Zahlungsverkehr über das Firmenkonto abgewickelt worden sei. Zum anderen seien von den insgesamt 1.202.060,13 €, die für die Aufträge der M. und der W. auf dieses Konto geflossen seien, lediglich 301.962,50 € auf das Bankkonto des Angeklagten überwiesen worden, ohne dass die betreffenden fünf Vorgänge im zeitlichen Zusammenhang mit den Zahlungseingängen auf dem Firmenkonto gestanden hätten. Überdies habe nicht "festgestellt" werden können, dass diese Überweisungen auf das Bankkonto des Angeklagten rechtsgrundlos vorgenommen worden seien; ein Rechtsgrund "könnte etwa in einer Gesellschafterentnahme oder einer Vergütung für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft ... zu sehen sein" (UA S. 52).

II.

15 1. Die Staatsanwaltschaft hat ihre Revision rechtswirksam auf das Absehen von der Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 301.962,50 € beschränkt.

16 Eingangs ihrer Revisionsbegründungsschrift hat die Beschwerdeführerin zwar allgemein die Beschränkung des Rechtsmittels auf "die Ablehnung einer Anordnung der Einziehung von Wertersatz" erklärt. Indes hat sie abschließend

den Revisionsantrag gestellt, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit "gegen den Angeklagten ... die Anordnung der Einziehung von 301.962,50 € unterblieben ist". In Übereinstimmung hiermit befassen sich die Ausführungen zur Sachrüge allein mit den sich auf diesen Betrag summierenden fünf Überweisungen auf das Bankkonto des Angeklagten.

17 In Anbetracht des Revisionsantrags und des Inhalts der Revisionsbegründung sowie eingedenk der Regelungen in Nr. 156 Abs. 1, 2 RiStBV ist das Revisionsvorbringen dahin zu verstehen, dass die Staatsanwaltschaft - über die ausdrücklich erklärte Rechtsmittelbeschränkung hinaus - das Urteil nicht angreifen will, soweit das Landgericht von der Einziehung des Wertes von 301.962,50 € übersteigenden Taterträgen abgesehen hat (zur Auslegung des Angriffsziels trotz ausdrücklich erklärter Rechtsmittelbeschränkung s. auch BGH, Urteil vom 30. November 2017 - 3 StR 385/17, NStZ-RR 2018, 86). Gegen die Rechtswirksamkeit einer derartigen betragsmäßigen Begrenzung, soweit es das Absehen von der Wertersatzeinziehung im Hinblick auf die fünf Geldeingänge auf dem Bankkonto des Angeklagten in der entsprechenden Gesamthöhe betrifft, bestehen hier keine rechtlichen Bedenken, weil diese Entscheidung losgelöst vom übrigen Urteilsinhalt geprüft werden kann (allgemein zu den Voraussetzungen einer wirksamen Rechtsmittelbeschränkung s. BGH, Urteile vom 2. Dezember 2004 - 3 StR 246/04, NStZ-RR 2005, 104; vom 21. November 2018 - 2 StR 262/18, juris Rn. 5; zur Beschränkung der Revision auf den Ausspruch über die Einziehung von Taterträgen vgl. BGH, Urteile vom 8. Februar 2018 - 3 StR 560/17, NJW 2018, 2141 Rn. 4; vom 15. Mai 2018 - 1 StR 651/17, NStZ-RR 2018, 241).

18 2. Das Absehen von der Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB nF i.V.m. Art. 316h Satz 1 EGStGB) hält sachlich-

rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Zwar hat die Strafkammer - anders als im ersten Durchgang - rechtsfehlerfrei angenommen, dass der jeweilige Eingang der von der M. und der W. überwiesenen Beträge auf dem Girokonto der Firma Da. nicht die Anordnung der Einziehung ihres Wertes gegen den Angeklagten rechtfertigt (nachfolgend a)). Jedoch hat sie nicht in den Blick genommen, dass der Angeklagte auch insoweit etwas durch die Vorteilsannahme erlangt haben kann, als die auf dem Konto der Firma Da. gutgeschriebenen Beträge - auch teilweise und/oder zeitversetzt - an ihn weitergeleitet wurden (unten b)). Soweit die Urteilsgründe dahin verstanden werden können, dass schon der Sache nach nicht von einer bloßen Weiterleitung der von der Firma Da. zunächst vereinnahmten Taterträge auszugehen sei, weil nicht habe "festgestellt" werden können, dass die Überweisungen auf das Bankkonto des Angeklagten rechtsgrundlos vorgenommen worden seien, so erweist sich diese Beurteilung als rechtsfehlerhaft (unten c)).

- 19 a) Im rechtlichen Ansatz ist die Strafkammer zutreffend von den Rechtsätzen ausgegangen, die der Bundesgerichtshof in Anlehnung an Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Anordnung des Verfalls gegen den Täter bei Drittbegünstigung einer Gesellschaft nach dem alten Recht der Vermögensabschöpfung formuliert hat. Hierauf hat der Senat die Aufhebung der im ersten Durchgang mit Urteil vom 5. Juli 2017 getroffenen Einziehungsentscheidung gestützt, indem er diese rechtlichen Maßstäbe für das - durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geschaffene - neue Recht übernommen hat (s. Beschluss vom 31. Juli 2018 - 3 StR 620/17, juris Rn. 26).

20 aa) Danach gilt:

21 Die Anordnung der Einziehung von Taterträgen setzt voraus, dass der hiervon Betroffene den Vermögenswert tatsächlich erlangte. Erforderlich ist insoweit die tatsächliche Verfügungsgewalt oder - bei Mittätern zumindest - wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt. Die Vermögensmehrung bei einem Drittbegünstigten eröffnet dagegen nicht den Anwendungsbereich von § 73 Abs. 1 StGB nF zum Nachteil des handelnden Täters. Bei einer derartigen Sachverhaltsgestaltung, in der durch das Täterverhalten ein Vermögenszuwachs allein bei dem Tatunbeteiligten entsteht, kann gegebenenfalls eine selbständige Anordnung der Einziehung von Taterträgen gegen den Drittbegünstigten nach § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nF (sog. Vertreterfälle) zu treffen sein.

22 Ausgangspunkt des § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nF ist der Gedanke, dass der Drittbegünstigte als Rechtssubjekt über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die vom Vermögen des Täters zu trennen ist. So verhält es sich regelmäßig auch bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften. Handelt der Täter für eine solche Gesellschaft und tritt die Vermögensmehrung ausschließlich bei ihr ein, kann demnach nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Täter - auch in Fällen einer (legalen) Zugriffsmöglichkeit - eigene Verfügungsgewalt über das Erlangte hat. Für die Anordnung der Einziehung von Taterträgen gegen den Täter bedarf es daher einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, dass er selbst etwas erlangte, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz führte. Umstände, die eine solche Feststellung rechtfertigen, können namentlich darin liegen, dass der Täter die juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft als formalen Mantel nutzt, eine Trennung zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft aber tatsächlich nicht vornimmt, oder

darin, dass jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird. Wird der Vermögensvorteil hingegen von der Gesellschaft vereinnahmt, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der wirtschaftliche Wert der Geschäftsanteile im Privatvermögen des Täters durch den Zufluss steigt oder dieser sich auf die Höhe einer späteren Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen auswirkt (für das alte Recht s. BVerfG, Beschlüsse vom 3. Mai 2005 - 2 BvR 1378/04, NJW 2005, 3630, 3631; vom 29. Mai 2006 - 2 BvR 820/06, NStZ 2006, 639 Rn. 6 ff.; vom 17. Juli 2008 - 2 BvR 2182/06, WM 2008, 1588, 1589; BGH, Urteile vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227 Rn. 126; vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 505/12, NStZ 2014, 89 Rn. 47 [in BGHSt 59, 45 nicht abgedruckt]; Beschluss vom 7. September 2016 - 2 StR 352/15, BGHR StGB § 73 Erlangtes 22; Urteil vom 29. November 2017 - 2 StR 271/17, BGHR StGB § 73 Verfallsbeteiligte 6 Rn. 15; ferner BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2004 - 2 BvR 1136/03, StV 2004, 409, 411; BGH, Beschlüsse vom 29. Juni 2010 - 1 StR 245/09, NStZ 2011, 83 Rn. 52; vom 11. Juni 2015 - 1 StR 368/14, BGHR StGB § 73 Erlangtes 18; nachfolgend für das neue Recht s. BGH, Beschlüsse vom 23. Oktober 2018 - 5 StR 185/18, NZWiSt 2019, 195, 197; vom 14. November 2018 - 3 StR 447/18, wistra 2019, 187 Rn. 10 f.; vom 17. Januar 2019 - 4 StR 486/18, NZWiSt 2019, 321, 322 f.).

- 23 In den Fällen, in denen der Täter die Gesellschaft als formalen Mantel nutzt, ohne dass die Vermögenssphären getrennt sind, oder sie die Taterträge stets zeitnah an ihn weiterleitet, wird ihm die bei ihr eingetretene Vermögensmehrung aufgrund dieser faktischen Verschmelzung der Vermögensmassen zugerechnet. Bereits dann, wenn die betreffenden Vermögenswerte der Gesellschaft zufließen, erlangt sie der Täter selbst im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB nF (s. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2018 - 5 StR 185/18, NZWiSt 2019, 195,

197 mwN; ferner GJW/Wiedner, 2. Aufl., § 73 StGB Rn. 31 f. ["faktisch wirtschaftliche Identität"].

24 bb) Nach diesen rechtlichen Maßstäben ist die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen gegen den Angeklagten nicht schon deshalb zulässig, weil die Zahlungen, welche die M. und die W. auf die Aufträge leisteten, auf dem Girokonto der vom Angeklagten und dessen Ehefrau geführten Firma Da. eingingen.

25 Nach den bindenden und den weiteren rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen liegt keine Fallkonstellation vor, in der bereits die bei der drittbegünstigten Gesellschaft eingetretene Vermögensmehrung dem für sie handelnden Täter aufgrund faktischer Verschmelzung der Vermögensmassen zuzurechnen wäre. Weder tragen die Feststellungen die Bewertung, es habe sich bei dem Unternehmen, das von beiden Eheleuten gemeinsam und arbeitsteilig geleitet wurde, werthaltige Leistungen zu marktüblichen Preisen erbrachte und für die Abwicklung der Zahlungsvorgänge ein eigenes Bankkonto unterhielt, um einen formalen Mantel ohne Trennung der Vermögenssphären gehandelt; noch ist festgestellt, dass fortwährend die zeitnahe Weiterleitung einer jeden Überweisung vom Firmenkonto an den Angeklagten praktiziert wurde.

26 b) Allerdings hat die Strafkammer nicht bedacht, dass - unabhängig von einer solchen Zurechnung der bei der drittbegünstigten Gesellschaft eingetretenen Vermögensmehrung - der Täter auch dann etwas durch die Tat erlangen kann, wenn die Gesellschaft den Taterlös tatsächlich - ganz oder teilweise - an ihn weiterleitet. Ist der Täter wirtschaftlicher Nutznießer der Tat, indem die Gesellschaft ihm ohne Gegenleistung Taterträge zuwendet, so ist deren Einziehung nicht deshalb ausgeschlossen, weil es sich um einen indirekten Vermögenszufluss handelt.

27 aa) Die unter II. 2. a) aa) zitierte Rechtsprechung zur Vermögensabschöpfung im Fall der Drittbegünstigung insbesondere einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft steht dem nicht entgegen.

28 (1) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auf der Basis von tatrichterlichen Urteilen ausgeformt worden, in denen aus den - für die sachlich-rechtliche Nachprüfung maßgebenden - Feststellungen nicht hervorging, dass die begünstigte juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft die Taterträge dem für sie handelnden Täter zumindest zum Teil weitergeleitet hatte. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang dargelegt, dass eine Vermögensabschöpfung auch dann in Betracht kommt, wenn eine solche Weiterleitung unter dem Deckmantel einer Vergütung des Täters vorgenommen wurde (s. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 505/12, NStZ 2014, 89 Rn. 48 [in BGHSt 59, 45 nicht abgedruckt]; Beschluss vom 17. Januar 2019 - 4 StR 486/18, NZWiSt 2019, 321, 323). Was das vorliegende Verfahren betrifft, waren in dem mit Senatsbeschluss vom 31. Juli 2018 (3 StR 620/17) teil aufgehobenen ersten Urteil Feststellungen lediglich zu dem von der Firma Da. aus den Aufträgen der M. und der W. erzielten Bruttoerlös und Nettogewinn getroffen worden, jedoch nicht dazu, inwieweit der Angeklagte hiervon wirtschaftlich profitierte.

29 (2) Die zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind zu dinglichen Arresten im Ermittlungsverfahren ergangen. Die dort entwickelten Rechtssätze, die der Bundesgerichtshof anschließend im Wesentlichen übernommen hat (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227 Rn. 126), betrafen gerichtliche Anordnungen, die jeweils auf den dringenden Verdacht gestützt waren, dass der Vermögenszuwachs bei einer Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung bzw. Komman-

ditgesellschaft eingetreten war, für die der vom Arrest betroffene Beschuldigte gehandelt hatte.

30 Lediglich eine Entscheidung verhält sich dazu, dass nach der Verdachtslage von der durch Kapitalanlagebetrug zunächst begünstigten Gesellschaft ein - geringer - Teil der deliktisch erlangten Vermögenswerte in der Folgezeit an den Beschuldigten weitergeleitet wurde, indem dieser vom Anlagekonto mittels Barschecks Geld abhob. Bezüglich dieses Teilbetrages hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil der Beschwerdeführer nicht aufgezeigt habe, dass die Anordnung des dinglichen Arrests ihn insoweit möglicherweise in seinem Eigentumsgrundrecht verletzt habe (s. Beschluss vom 17. Juli 2008 - 2 BvR 2182/06, WM 2008, 1588, 1589). Obgleich das Bundesverfassungsgericht die Problematik auf der Zulässigkeitsebene behandelt hat, geht aus den dortigen Ausführungen hervor, dass es in Fällen der bloßen Weiterleitung eines Teils der Taterträge nicht ohne weiteres auf die - in der Entscheidung zuvor behandelten - Grundsätze der Zurechnung eines bei der drittbegünstigten Gesellschaft eingetretenen Vermögenszuflusses zurückgreift, um die Schranken des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu bestimmen (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1, 23 f.).

31 bb) Bereits für den Verfall nach altem Recht galt, dass beim Täter in dem Umfang abgeschöpft werden konnte, in dem vom zunächst Begünstigten Taterträge an ihn weitergeleitet wurden. Dies gilt erst recht für die Einziehung von Taterträgen nach neuem Recht.

32 (1) Vor der Reform des Vermögensabschöpfungsrechts setzte ein Erlangen aus der Tat im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF nicht voraus, dass die Vermögenswerte vom Opfer an den Täter ohne Zwischenschritte überge-

gangen waren (s. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2011 - 1 StR 336/11, NStZ-RR 2012, 81, 82). Vielmehr war es beispielsweise ausreichend, dass der Taterlös zunächst von einem anderen Tatbeteiligten vereinnahmt worden war, bevor er dem vom Verfall betroffenen (Mit-)Täter selbst übertragen wurde (s. BGH, Urteile vom 22. Oktober 2002 - 1 StR 169/02, BGHR StGB § 73 Erlangtes 4; vom 19. Oktober 2011 - 1 StR 336/11, NStZ-RR 2012, 81, 82). Das galt auch dann, wenn in den Vermögenstransfer eine vom anderen Beteiligten beherrschte Kapitalgesellschaft eingebunden war, der das Erlangte zwischenzeitlich zugeflossen war (s. BGH, Beschluss vom 5. September 2013 - 1 StR 162/13, NJW 2014, 401 Rn. 83 ff.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 17. September 2013 - 5 StR 258/13, NStZ 2014, 32).

33 Mit der für den Verfall geforderten Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen Tat und Vermögensvorteil war es vereinbar, dass die Maßnahme auch einen solchen indirekten Vermögenszufluss beim Täter erfasste. Hiernach musste die Abschöpfung spiegelbildlich dem aus der Tat unmittelbar erlangten Vermögensvorteil entsprechen. Ein lediglich mittelbarer Vermögenszuwachs schied hingegen als Verfallsobjekt aus, worunter ein Vorteil fiel, der dem Vermögen eines Täters durch Verwendung des ursprünglich erlangten Gegenstands (s. LK/Schmidt, StGB, 12. Aufl., § 73 Rn. 19) oder auch infolge Abwicklung eines ursprünglich erlangten Vertrages (str.; vgl. BGH, Urteile vom 21. März 2002 - 5 StR 138/01, BGHSt 47, 260, 269; vom 2. Dezember 2005 - 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 310; dagegen BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227 Rn. 102 ff.) zugutekam. Im Fall des nach § 73 Abs. 3 StGB aF gegen einen Drittbegünstigten angeordneten Verfalls entfiel der Unmittelbarkeitszusammenhang durch ein dazwischengeschaltetes nicht bemakeltes Rechtsgeschäft, das Grundlage der Übertragung des Vorteils an den Dritten

war (sog. Erfüllungsfall; vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1999 - 5 StR 336/99, BGHSt 45, 235, 247 f.).

34 (2) Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung spricht nichts dafür, dass ein Erlangen durch die Tat im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB nF erfordern könnte, dass die Vermögenswerte an den Täter ohne Zwischenschritte übergegangen sind. Im Gegenteil teilen die Gesetzesmaterialien ausdrücklich mit, das neue Recht trage den Art. 2 Nr. 1, Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2014/42/EU Rechnung, wonach in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sicherzustellen sei, dass nicht nur "direkt", sondern auch "indirekt" durch eine Straftat erlangte wirtschaftliche Vorteile der Einziehung unterliegen (s. BT-Drucks. 18/9525, S. 55).

35 Da das Erfordernis einer Unmittelbarkeitsbeziehung dem dargelegten Verständnis schon bislang nicht entgegensteht, ist es vorliegend ohne Belang, dass der Reformgesetzgeber dieses Merkmal - jedenfalls partiell (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 - 3 StR 560/17, BGHR StGB § 73 Abs. 3 Nr. 1 Surrogat 1; ferner Fischer, StGB, 67. Aufl., § 73 Rn. 28 mwN) - auch mit Blick auf indirekte Vermögenszuflüsse aufgeben wollte (s. BT-Drucks. 18/9295, S. 55 f., 62, 67; BT-Drucks. 18/11640 S. 78).

36 cc) Nach alledem kommt im Fall der Weiterleitung von Taterträgen - entgegen der Ansicht der Strafkammer (s. UA S. 52) - die Wertersatzeinziehung gegen den Täter nicht nur dann in Betracht, wenn ihm von der begünstigten Gesellschaft unverzüglich alle diese Erträge übertragen wurden. Vielmehr kann es genügen, dass das erlangte Etwas nur zum Teil und ohne einen derart engen zeitlichen Zusammenhang auf den Täter überging. Wurde darüber hinaus - anders als hier - eine regelmäßige zeitnahe Weiterleitung der deliktisch erlangten Vermögenswerte praktiziert, so ist, wie ausgeführt (s. II. 2. a) aa)),

Grundlage für die Bemessung des Erlangten (auch) das Vermögen der Gesellschaft, nicht (allein) dasjenige des Täters.

37 c) Soweit die Urteilsgründe dahin verstanden werden können, dass der Sache nach nicht von einer bloßen Weiterleitung der von der Firma Da.

zunächst vereinnahmten Taterträge auszugehen sei, weil nicht habe "festgestellt" werden können, dass die Überweisungen auf das Bankkonto des Angeklagten rechtsgrundlos vorgenommen worden seien, so ist dies nicht frei von Rechtsfehlern.

38 aa) Ob und in welchem Umfang Taterträge in diesem Sinne an den Täter weitergeleitet wurden, ist Tatfrage, für deren Beantwortung bedeutsam ist, inwieweit hierfür ein Rechtsgrund bestand. Lag dem Vermögenstransfer ein nicht bemakelter Vertrag zugrunde, der mit der Straftat in keinem Zusammenhang stand, so ist die Einziehung regelmäßig ausgeschlossen. So kann etwa die in einem Geschäftsführerverhältnis wurzelnde Vergütung nur als ein derartiger Transfer beurteilt werden, wenn das im Sinne des § 73 Abs. 1 Alternative 1 StGB "durch" die Tat Erlangte (Taterlös) lediglich unter dem Deckmantel dieses Gehalts von der Gesellschaft dem Täter zugewandt wurde (s. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 505/12, NStZ 2014, 89 Rn. 48 [in BGHSt 59, 45 nicht abgedruckt]; Beschluss vom 17. Januar 2019 - 4 StR 486/18, NZWiSt 2019, 321, 323 mwN).

39 Eine Weiterleitung von Taterträgen liegt schon begrifflich nicht vor, soweit die dem Täter übertragenen Vermögenswerte aus einer anderen legalen Einkunftsquelle stammen (s. BGH, Beschluss vom 17. Januar 2019 - 4 StR 486/18, NZWiSt 2019, 321, 323). Solche Vorteile können nur abzuschöpfen sein, soweit sie nach § 73 Abs. 1 Alternative 2 StGB - vollständig oder anteilig - "für" die Tat gewährt wurden (Tatentgelt), mithin eine Gegenleistung für die

Tatbeteiligung darstellen (s. BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, juris Rn. 62 ff. [in BGHSt 52, 227 nicht abgedruckt]).

40 bb) Gemessen daran stößt die Beurteilung der Strafkammer auf durchgreifende rechtliche Bedenken. Auf der Grundlage der Feststellungen kommt in Betracht, dass mit den fünf Überweisungen auf das Bankkonto des Angeklagten die Taterträge teilweise - in Höhe von 301.962,50 € - gezielt an ihn weitergeleitet wurden. Sämtlichen Einnahmen der Firma Da. lagen von der M. und der W. erteilte Aufträge zugrunde; andere Auftraggeber hatte das Unternehmen nicht. Die Urteilsausführungen, wonach sich die Strafkammer nicht habe überzeugen können, dass diese Gutschriften auf dem Bankkonto des Angeklagten ohne Rechtsgrund vorgenommen worden seien, halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand:

41 (1) Zu Unrecht hat die Strafkammer eine Gesellschafterentnahme ohne weiteres als einen - nicht ausschließbar vorliegenden - Umstand erachtet, aufgrund dessen eine Weiterleitung der Taterträge ausscheide. Unter einer Gesellschafterentnahme ist jede vermögenswerte Leistung aus dem Vermögen der Gesellschaft an den Gesellschafter in dieser Eigenschaft zu verstehen (vgl. MüKoHGB/Priester, 4. Aufl., § 122 Rn. 5), worunter auch verdeckte Zuwendungen fallen (vgl. Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 38. Aufl., § 122 Rn. 1). Der Ansicht, nur im Fall eines Drittgeschäfts des Gesellschafters (zur Abgrenzung s. Baumbach/Hopt/Roth aaO, § 109 Rn. 11; MüKoHGB/Priester aaO, Rn. 6) könne von einer bei ihm abzuschöpfenden Vermögenmehrung ausgegangen werden, ist nicht zu folgen.

42 (2) Ebenso wenig tragfähig hat die Strafkammer eine Weiterleitung der Taterträge mit der - nicht konkretisierten - Erwägung ausgeschlossen, die Überweisungen auf das Bankkonto des Angeklagten stellten möglicherweise eine

"Vergütung für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft" dar. Auf der Grundlage der Feststellungen ist nichts ersichtlich, was für ein solches vertragliches Entgelt sprechen könnte. In den Urteilsgründen sind Anhaltspunkte hierfür nicht genannt. Namentlich die Anzahl, die Höhe und der Verwendungszweck der Überweisungen sind mit einem Entgelt für (das Angebot von) Arbeitsleistungen nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen. Zu all dem verhält sich das Urteil nicht. Vielmehr ist das Landgericht zugunsten des Angeklagten von Annahmen ausgegangen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keinen konkreten tatsächlichen Anhalt erbracht hat. Dies begegnet - jedenfalls in Anbetracht dessen, dass das Urteil insoweit eine Beweiswürdigung gänzlich vermissen lässt - durchgreifenden rechtlichen Bedenken (vgl. BGH, Urteil von 29. September 2016 - 4 StR 320/16, NStZ-RR 2016, 380, 381 mwN).

43 Hinzu kommt, dass gemäß dem oben Dargelegten je nach den konkreten Modalitäten einer solchen Vergütung zu prüfen sein könnte, inwieweit sie als Tatentgelt der Wertersatzentziehung unterliegt.

III.

44 Im Umfang der Aufhebung bedarf die Sache erneuter Verhandlung und Entscheidung.

45 Die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer wird unter Beachtung der bindenden Feststellungen zum Schuld- und Strafausspruch erneut solche zur Einziehung des Wertes von Taterträgen zu treffen haben. Sollte gegen den Angeklagten auf eine Wertersatzentziehung zu erkennen sein, hätte das

neue Tatgericht Bedacht auf eine etwaige gesamtschuldnerische Haftung zu nehmen (vgl. hierzu die Zuleitungsschrift des Generalbundesanwalts vom 9. Juli 2019, S. 7 Ziffer 5).

Schäfer

Spaniol

Wimmer

Berg

Hoch

Vorinstanz:

Düsseldorf, LG, 08.02.2019 - 130 Js 46/11 10 KLS 4/18