



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 471/22

vom

6. Dezember 2023

BGHSt: ja
BGHR: ja
Nachschlagewerk: ja
Veröffentlichung: ja

WpHG § 119 Abs. 3 Nr. 1

StGB § 73 Abs. 1, § 73c, § 73d Abs. 1 Satz 1

1. Erwirbt der Täter durch ein verbotenes Insidergeschäft Finanzinstrumente, unterfallen diese – ersatzweise deren Wert – der Einziehung.
2. Die Aufwendungen für die Anschaffung mindern diesen Wert ebenso wenig wie die Transaktionskosten der Veräußerung oder angefallene Kapitalertragssteuern. Etwaige Doppelbelastungen sind auf der steuerlichen Ebene auszugleichen.
3. Die Reinvestition von Taterträgen lässt – bei der gebotenen tatbezogenen Betrachtung – die Einziehung des Veräußerungserlöses aus dem einzelnen Insidergeschäft unberührt.

4. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit steht der Einziehung nach den vorstehenden Grundsätzen nicht entgegen. Die Strafprozessordnung sieht mit § 459g Abs. 5 StPO ein Regulativ vor, das geeignet ist, unbillige Härten auszuräumen und die Verhältnismäßigkeit zu wahren.

BGH, Urteil vom 6. Dezember 2023 – 2 StR 471/22 – LG Frankfurt am Main

in der Strafsache

gegen

wegen Tätigen von Insidergeschäften

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 25. Oktober 2023 in der Sitzung am 6. Dezember 2023, an denen teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Appl

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Zeng,

Dr. Grube,

Schmidt,

Dr. Lutz,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten,

Amtsinspektorin in der Verhandlung,

Justizangestellte bei der Verkündung

als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 18. Februar 2022, soweit es diesen Angeklagten betrifft, im Rechtsfolgenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere als Wirtschaftsstrafkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Tätigen von Insidergeschäften in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und acht Monaten verurteilt und die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 6.776.755,78 € angeordnet. Hiergegen richtet sich die auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten sowie die zuungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft, die „die Anordnung der Wertersatzeinziehung“ mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts beanstandet.

2 Die Revision des Angeklagten hat den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet. Das – vom Generalbundesanwalt vertretene – Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat in vollem Umfang Erfolg; es führt – insoweit zu Ungunsten des Angeklagten – ebenfalls zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs.

I.

3 Das Landgericht hat – soweit hier von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 1. Der Angeklagte war aufgrund seines beruflichen Werdegangs im Bereich des Wertpapierhandels erfahren. Er kam mit dem nicht revidierenden Mitangeklagten Ra. Anfang 2018 überein, diesem zugängliche Informationen über anstehende Unternehmensübernahmen für Insidergeschäfte zu nutzen, da im Falle von freundlichen Unternehmensübernahmen die Kurse der Aktien des zu übernehmenden Unternehmens regelmäßig bereits aufgrund der Ankündigung der Übernahme ansteigen. Dabei spiegelte der Angeklagte dem Ra. vor, die von diesem erhaltenen Insiderinformationen an einen Daytrader weiterzugeben, der in entsprechende Wertpapiere bis zu einer Höhe von maximal 100.000 € investieren sollte. Die erwirtschafteten Gewinne sollten – nach Beteiligung des Daytraders – zwischen ihm und dem Mitangeklagten Ra. geteilt werden. Entgegen der Absprache beabsichtigte der Angeklagte die Wertpapiergeschäfte im eigenen Namen und mit eigenen Mitteln zu tätigen. Das Landgericht hat folgende sechs Einzelfälle festgestellt.

- 5 a) Im Frühjahr 2018 informierte Ra. den Angeklagten, dass eine Übernahme der deutschen G. AG durch einen chinesischen Investor kurz bevorstehe. Der Angeklagte erwarb daraufhin zwischen dem 11. Mai und dem 16. Mai 2018 für 23.370 € 180.000 Call Optionsscheine (COS) mit Basispreisen zwischen 55 € und 60 € bei einer Restlaufzeit bis zum 15. Juni 2018 auf die Aktie der G. AG sowie 800 Aktien der G. AG für weitere 43.186,25 €. Am 29. Mai 2018 machte der Bieter den Aktionären ein Übernahmeangebot zu einem Kurs von 61,25 €, worauf der Kurs der G. -Aktie auf über 61 € stieg. Der Angeklagte verkaufte die von ihm gehaltenen Finanzinstrumente am 30. Mai 2018 „in 17 Transaktionen gewinnbringend zu einem Veräußerungserlös von € 129.583,70“. Nach Einbehalt der Kapitalertragsteuer schrieb die Depotbank des Angeklagten dessen Konto 113.767,26 € gut. Aus dem Erlös erhielt Ra. letztlich 16.000 € (Fall 1 der Urteilsgründe).
- 6 b) Anfang Dezember 2018 informierte Ra. den Angeklagten über sich „auf der Zielgeraden“ befindende Übernahmeverhandlungen zwischen der S. AG und einem Private Equity Unternehmen. Aufgrund dieser Information erwarb der Angeklagte am 11. Dezember 2018 insgesamt 165.000 COS auf die Aktie von S. als Basiswert mit einem Basispreis von 36 € und einer Laufzeit bis zum 19. März 2019 im Gegenwert von 44.500 €. Daneben kaufte er am 12. und 13. Dezember 2018 insgesamt 1.665 Contracts for Difference (CFD) auf die Aktie von S. als Basiswert mit einem Gegenwert von 60.401 € und einer Laufzeit bis zum 18. Januar 2019. Hierfür musste er eine Sicherheitsleistung (Margin) in Höhe von 20 Prozent – rund 12.070 € – investieren. Bei CFD handelt es sich nach den Urteilsfeststellungen um Finanzprodukte, bei denen der Anleger außerbörslich einen Vertrag auf die Differenz des Kurses eines Basisproduktes abschließt und die Differenz am Ende des Vertrags ausbezahlt erhält, wenn er auf einen steigenden Kurs des Basisprodukts gesetzt hat und die Kurssteigerung nach Vertragsschluss eintritt.

- 7 Zusätzlich erwarb er am 13. Dezember 2018 eine Calloption auf S. - Aktien als Basiswert mit einem Basispreis von 36 € im Wert von 1.903 € und einer Laufzeit von 36 Tagen. Zwischen dem 11. und 13. Dezember 2018 bewegte sich der Kurs der Aktie zwischen 36,07 € und 36,36 €. Der Angeklagte investierte für die vorgenannten Finanzinstrumente inklusive Margin insgesamt rund 58.473 € „für den Erwerb von Produkten im Gegenwert von 106.804 €“.
- 8 Am Abend des 13. Dezember 2018 veröffentlichte die Financial Times einen Bericht über Übernahmeverhandlungen zwischen S. und Investoren, woraufhin der Kurs der Aktie am Folgetag um 12,7 Prozent stieg. Der Angeklagte verkaufte zwischen dem 14. und 17. Dezember 2018 sämtliche von ihm erworbene Finanzinstrumente für insgesamt 165.869 € „mit einem Gewinn von 59.063 €“. Dieser „Gewinn“ betrug – so die Feststellung der Strafkammer – im Verhältnis zu dem für den Erwerb der Finanzinstrumente eingesetzten Betrag etwa 100 Prozent. Nach Einbehalt der Kapitalertragsteuer schrieb die Depotbank dem Angeklagten 151.761,87 € gut. An Ra. übergab er 15.000 € als Gewinnanteil (Fall 2 der Urteilsgründe).
- 9 c) Ra. gab spätestens am 2. Juni 2019 die Information an den Angeklagten weiter, dass eine Übernahme der Sp. bevorstand. Aufgrund dieser Information erwarb der Angeklagte ab dem 3. Juni 2019 insgesamt 920.000 COS auf die Sp. -Aktie zu einem Preis von 190.569,62 €, wobei die Restlaufzeiten zwischen einem Monat und sechs Monaten lagen. Die COS hatten Basispreise zwischen 52 € und 76 €. Der Kurs der Sp. -Aktie lag am 3. Juni 2019 zwischen 53,90 € und 55,40 €. Daneben kaufte der Angeklagte am 3. Juni 2019 insgesamt 890 CFD auf die Aktie von Sp. als Basiswert mit einem Gegenwert von 48.601,38 €. Hierfür leistete er eine Margin in Höhe von 9.720 €. Nach den Feststellungen der Strafkammer erwarb der Angeklagte damit „Deri-

vate im Wert von insgesamt € 239.171,- und investierte aus seinem liquiden Vermögen € 200.290,- für diese“. Nach Veröffentlichung der Übernahmemitteilung am 12. Juni 2019 kündigte Sp. ein freiwilliges Übernahmeangebot für die Aktionäre zu 63 € auf Basis einer Investorenvereinbarung an. Der Aktienkurs stieg um 10,9 Prozent. Der Angeklagte verkaufte die COS und die CFD am 12. Juni 2019 für 481.740,50 €. Nach Einbehalt der Kapitalertragsteuer wurden 419.100,64 € auf seinem Konto gutgeschrieben. Der Angeklagte erzielte „durch den Verkauf der COS einen Gewinn von € 235.590 und durch den Verkauf der CFD einen solchen von € 6.980“ (Fall 3 der Urteilgründe).

- 10 d) Am Nachmittag des 4. Juni 2019 teilte Ra. dem Angeklagten mit, dass mit einer zeitnahen Bekanntmachung eines Übernahmeangebotes für die Firma O. zu rechnen sei. Aufgrund dieser Information kaufte der Angeklagte am 5. Juni 2019 insgesamt 713.000 COS auf die O.-Aktie als Basiswert bei einer Restlaufzeit zwischen einem Monat und sechs Monaten. Die Basispreise lagen zwischen 25,50 € und 30 €, während die O.-Aktie am 5. Juni 2019 zwischen 25,92 € und 26,70 € notierte. Am 12. Juni 2019 kaufte der Angeklagte weitere 2.462.000 COS auf die O.-Aktie als Basiswert mit Restlaufzeiten zwischen einem Monat und drei Monaten. Die Basispreise lagen zwischen 25,50 € und 32 €, während der Kurs der O.-Aktie am 12. Juni 2019 zwischen 25,89 € und 26,40 € lag. Schließlich erwarb der Angeklagte zwischen dem 12. Juni 2019 und dem 27. Juni 2019 insgesamt 4.165 CFD auf die O.-Aktie als Basiswert mit einem Gegenwert von 112.515,50 € und leistete dafür eine Margin in Höhe von 22.500 €. Damit erwarb er – so die Feststellung der Strafkammer – „mit einem Kapitaleinsatz von insgesamt € 515.680 [...] Derivate im Wert von € 605.696“. Als O. am 3. Juli 2019 eine Übernahme-Mitteilung veröffentlichte und ein freiwilliges Übernahmeangebot für die Aktionäre zu 35 € pro Aktie ankündigte, erfolgte ein Kursanstieg um 11,5 Prozent gegenüber dem Vortageskurs.

Noch am selben Tag verkaufte der Angeklagte 2.225.000 COS und seinen Gesamtbestand von 4.165 CFD. Am 9. Juli 2019 verkaufte er die restlichen 950.000 COS. Er erzielte durch die Verkäufe „einen Veräußerungserlös von insgesamt € 1.213.018,50“, von dem – nach Abzug der Kapitalertragsteuer – 1.057.385,88 € auf seinem Konto gutgeschrieben wurden. Ra. übergab er für die Wertpapiergeschäfte im Zusammenhang mit O. und Sp. 88.000 € (Fall 4 der Urteilgründe).

- 11 e) Am 16. Juli 2019 erwarb der Angeklagte 100.000 Aktien der A. im Wert von 318.361 €. Ebenfalls am 16. Juli 2019 und am 22. Juli 2019 investierte er in 40.000 CFD auf die A. -Aktie als Basiswert mit einem Gegenwert von 125.990 € und hinterlegte dafür eine Margin in Höhe von 41.996 €. Zuvor hatte er von Ra. die Information erhalten, dass eine freundliche Übernahme von A. bevorstehe. Der Kurs der A. -Aktie bewegte sich im Kaufzeitraum zwischen 3,16 € und 3,20 €. Dadurch erwarb der Angeklagte – so die Strafkammer – „die Firma A. betreffende Wertpapiere und Derivate im Wert von insgesamt € 444.351,-“. Am 23. Juli 2019 veröffentlichte A. eine Übernahmemitteilung und kündigte ein freiwilliges Übernahmeangebot an die Aktionäre zu je 3,75 € an. Der Aktienkurs stieg daraufhin im Verhältnis zum Vortagesschlusskurs um 15,5 Prozent. Der Angeklagte veräußerte noch am 23. Juli 2019 die am 16. Juli 2019 erworbenen Aktien für 368.000 € und erzielte dadurch einen Gewinn in Höhe von 49.637 €. Am selben Tag veräußerte er sämtliche A. betreffende CFD und erzielte dadurch einen Gewinn von 21.214 €. Der von der Strafkammer festgestellte Gesamtveräußerungserlös betrug 515.200 €. Nach Einbehalt der Kapitalertragsteuer wurden den Depotkonten des Angeklagten 503.845,28 € gutgeschrieben (Fall 5 der Urteilsgründe).

- 12 f) Ra. informierte den Angeklagten am 9. Februar 2020 darüber, dass eine Übernahme der Firma R. zu erwarten sei. Daraufhin erwarb der Angeklagte am Folgetag 2.450.000 COS auf die R. -Aktie als Basiswert mit Restlaufzeiten von sechs Wochen. Der Angeklagte investierte hierfür 169.600 €, wobei sich der Kurs der R. -Aktie zum Kaufzeitpunkt zwischen 18,46 € und 18,94 € bewegte. Daneben erwarb der Angeklagte 3.000 Call-Optionen auf die R. -Aktie als Basiswert mit Basispreisen zwischen 20 € und 23 € und einer Laufzeit bis zum 20. März 2020. Dafür setzte er einen Betrag in Höhe von 81.564 € ein. Zusätzlich investierte er am 10. Februar 2020 in 10.480 CFD auf die Aktie von R. als Basiswert mit einem Gegenwert von 193.575 € und hinterlegte dafür eine Margin in Höhe von 64.525 €. Schließlich erwarb der Angeklagte am selben Tag noch weitere 100 COS auf die R. -Aktie als Basiswert mit einer Laufzeit bis zum 19. März 2020 und einem Basispreis von 20 €. Hierfür setzte er 3.893 € ein.
- 13 Am 13. Februar 2020 veröffentlichte R. eine Übernahmemitteilung und kündigte ein freiwilliges Übernahmeangebot an die Aktionäre an. Der Kurswert der Aktie stieg daraufhin um 40,74 Prozent im Vergleich zum Vortag und schloss bei 29,02 €. Am 14. Februar 2020 verkaufte der Angeklagte die 100 COS für 89.000 €; die Strafkammer vermochte insoweit keine Feststellungen hinsichtlich einer korrespondierenden Gutschrift auf dem Konto des Angeklagten zu treffen. Die weiteren Finanzinstrumente verkaufte der Angeklagte am 27. und 28. Februar 2020 für insgesamt 5.843.957 €. Nach Abzug der Kapitalertragsteuer wurden ihm insgesamt 4.530.894,85 € gutgeschrieben (Fall 6 der Urteilsgründe).
- 14 2. Auf der Grundlage dieser Feststellungen hat die Strafkammer die Höhe „der jeweils erlangten Verkaufserlöse bzw. Erlösgutschriften“ in allen sechs Fällen strafscharfend gewertet. Für den Wert der einzuziehenden Taterträge in Höhe von 6.776.755,78 € hat sie auf die Summe der „tatsächlichen Kontogutschriften“

abgestellt, nachdem die Finanzinstitute „von den Verkaufserlösen Gebühren und Kapitalertragsteuern [...] abgezogen“ hatten.

II.

15 Die Revision des Angeklagten führt auf die Rüge der Verletzung materiel-
len Rechts zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs. Im Übrigen bleibt sie
ohne Erfolg.

16 1. Die Verfahrensrügen führen aus den vom Generalbundesanwalt in sei-
ner Zuschrift ausgeführten Gründen nicht zum Erfolg. Der Erörterung bedarf nur
das Folgende:

17 a) Die Verfahrensrüge, mit der die Revision eine Verletzung der Mittei-
lungspflicht aus § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO geltend macht, ist nicht zulässig erho-
ben (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Der Vortrag zu den Verfahrenstatsachen erweist
sich als unrichtig, soweit in der Revisionsbegründung behauptet wird, der Vorsit-
zende habe den Inhalt der Verfügung vom 3. März 2021 nicht wiedergegeben
(vgl. BGH, Beschluss vom 10. Mai 2011 – 4 StR 584/10, juris Rn. 8 mwN). Tat-
sächlich ist diese im Zusammenhang mit der Mitteilung nach § 243 Abs. 4 Satz
1 StPO – wie sich aus dem Protokoll ergibt (§ 274 StPO) und von der Verteidi-
gung im weiteren Verlauf des Revisionsverfahrens auch nicht in Abrede gestellt
wird – verlesen worden. Damit ist auch der Verweis auf die Entscheidung des
Bundesgerichtshofs vom 16. Dezember 2021 unbehelflich, da diese eine Kons-
tellation betraf, in welcher der Inhalt eines in einer ausgesetzten Hauptverhand-
lung unterbreiteten Verständigungsvorschlags nicht mitgeteilt wurde (vgl. BGH,
Beschluss vom 16. Dezember 2021 – 1 StR 418/21, NStZ 2022, 371 Rn. 11).

18 Die Rüge wäre im Übrigen auch unbegründet, weil der Inhalt des Vermerks den an die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO zu stellenden Anforderungen genügt (vgl. dazu BVerfGE 133, 168, 216 Rn. 85; BGH, Beschluss vom 16. September 2020 – 2 StR 459/19, NStZ-RR 2021, 180). Insbesondere lässt sich ihm entnehmen, dass die Initiative zu einem verständigungsbezogenen Erörterungsgespräch – nachdem zuvor lediglich den organisatorischen Ablauf der Hauptverhandlung betreffende Fragen thematisiert wurden – vom Verteidiger ausging.

19 Soweit die Verteidigung in der Revisionshauptverhandlung aus ihrer Sicht gegebene „Merkwürdigkeiten“ des verlesenen Vermerks thematisiert und damit die inhaltliche Richtigkeit desselben in Frage gestellt hat, hat sie der Verfahrensrüge eine weitere Angriffsrichtung verliehen, deren Unzulässigkeit bereits aus dem zwischenzeitlichen Ablauf der Revisionsbegründungsfrist folgt. Abgesehen davon bietet die Verfügung bei verständiger Lesart keinen Anlass an ihrer inhaltlichen Richtigkeit zu zweifeln.

20 b) Auf die allein auf den Rechtsfolgenausspruch in den Fällen 2 bis 6 der Urteilsgründe abzielende Aufklärungsrüge wegen „unterlassener Feststellungen zum Umfang des Kapitaleinsatzes und zu den erzielten Veräußerungserlösen im Rahmen von Insidergeschäften“ kommt es aufgrund der insoweit erfolgreichen Sachrüge nicht an.

21 2. Der Schuldspruch weist keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Er wird von den rechtsfehlerfreien Feststellungen getragen.

22 3. Demgegenüber begegnen der Straf- und Einziehungsausspruch durchgreifenden Bedenken.

- 23 a) Der Strafausspruch hat keinen Bestand. Die Urteilsgründe leiden im Hinblick auf die festgestellten Veräußerungserlöse aus den sechs Insidergeschäften sowie den darauf fußenden Kontengutschriften jeweils an einem durchgreifenden Darstellungsmangel.
- 24 aa) Berücksichtigt das Tatgericht – rechtlich unbedenklich (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 180 Rn. 25) – in Fällen des Insiderhandels das Handelsvolumen der Insidergeschäfte bzw. die hieraus resultierenden Kontengutschriften als Gewinn strafscharfend, muss das Revisionsgericht anhand der schriftlichen Urteilsgründe überprüfen können, ob die als strafzumessungsrelevant herangezogenen Verkaufserlöse und die Kontenzuflüsse rechtsfehlerfrei festgestellt sind.
- 25 bb) Diesem Erfordernis genügen die Urteilsgründe nicht; sie erweisen sich zur Höhe der Veräußerungserlöse und der nachfolgenden Kontengutschriften als widersprüchlich und lückenhaft.
- 26 (1) Im Fall 1 der Urteilsgründe stehen die Feststellungen zur Berechnung des Kontenzuflusses in Höhe von 113.767,26 € in einem unauflösbaren Widerspruch zur Begründung der Einziehungsentscheidung in gleicher Höhe. Während die Strafkammer einerseits feststellt, der vorgenannte Betrag stelle den um die Kapitalertragsteuer geminderten Gesamtveräußerungserlös dar, führt sie zu ihrer Einziehungsentscheidung in identischer Höhe aus, dass diese nicht nur den Abzug der Kapitalertragsteuer, sondern auch den Abzug – nicht näher umschriebener – Gebühren berücksichtige.
- 27 Unabhängig davon fehlen hier die erforderlichen Feststellungen zur Höhe der aufgeschlüsselten Erlöse aus dem Verkauf der G. -Aktien sowie der COS auf den Basiswert der G. -Akte, so dass dem Senat die Möglichkeit

genommen ist, den festgestellten Gesamterlös von 129.583,70 € im Fall 1 der Urteilsgründe nachzuvollziehen.

28 (2) Auch die Urteilsfeststellungen in den Fällen 2 bis 6 genügen den aufgezeigten Darstellungsanforderungen nicht.

29 (a) Sie leiden an demselben Widerspruch zwischen der Begründung der Berechnung der Kontenzuflüsse und der Begründung der Einziehungsentscheidung. Zudem fehlen die Feststellungen zu den Verkaufserlösen der einzelnen Finanzinstrumente in den Fällen 2, 4 und 6 der Urteilsgründe, bei denen sich auch unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Urteilsgründe und den weiteren Feststellungen zu den „Gewinnen“ des Angeklagten, anders als in den Fällen 3 und 5 der Urteilsgründe, die Verkaufserlöse der vom Angeklagten eingesetzten Finanzinstrumente nicht durch Rückrechnung ermitteln lassen.

30 (b) Darüber hinaus lassen die Ausführungen der Strafkammer in den Fällen 2 bis 6 der Urteilgründe besorgen, dass sie – auch soweit der Angeklagte in CFD investierte – von einem Handel der Basiswerte selbst ausgegangen ist und dem Angeklagten damit auch insoweit jedenfalls den vollen Basiswert und ein überhöhtes Handelsvolumen sowie möglicherweise zu hohe Veräußerungserlöse angelastet hat.

31 (aa) Im Fall 2 der Urteilsgründe steht bereits die Feststellung der Strafkammer, der Angeklagte habe durch seine Investition von 58.473 € Produkte im Gegenwert von 106.804 € erworben, im Widerspruch zu dem von ihr festgestellten Wesen der CFD. Die dem CFD zugrundeliegende und vom Angeklagten genutzte Vertragsgestaltung zeichnete sich dadurch aus, dass gerade nicht der Basiswert erworben, sondern stattdessen ein Vertrag auf die Differenz des Kurses eines Basisproduktes abgeschlossen, der Basiswert somit gerade nicht durch

den entsprechenden Kapitaleinsatz erworben wurde (vgl. Otto, wistra 2011, 401, 402).

32 Dieser Fehler setzt sich im Rahmen der Feststellungen zu den vermeintlichen Veräußerungserlösen fort, wenn die Strafkammer feststellt, der Angeklagte habe die von ihm erworbenen Finanzinstrumente für insgesamt 165.869 € mit einem Gewinn von 59.063 € veräußert. Denn zum einen läge bei einem investierten Betrag von 58.473 € und einem Veräußerungserlös von 165.869 € der „Gewinn“ nicht bei „etwa 100%“. Zum anderen errechnet sich der von der Strafkammer festgestellte „Gewinn“ erkennbar aus der Differenz zwischen dem Veräußerungserlös in Höhe von 165.869 € und dem „Gegenwert“ der erworbenen Produkte in Höhe von 106.804 €, was wiederum den Erwerb des Basisproduktes voraussetzte.

33 (bb) Der gleiche Rechtsfehler unterläuft der Strafkammer in den Fällen 3 bis 6 der Urteilsgründe, in denen der Angeklagte ebenfalls in CFD investierte, für die er nur einen Bruchteil der in Bezug genommen Basiswerte investieren musste. Hierzu in Widerspruch stehen ihre Feststellungen, nach denen der Angeklagte insoweit Derivate im Gegenwert der vollständigen Basiswerte erworben habe. Auch die Feststellungen zu den Verkaufsvorgängen in den Fällen 3 (Sp.) und 5 (A.) der Urteilsgründe offenbaren, dass die Strafkammer ihrer Betrachtung auch bei der Veräußerung der CFD den Wert der Basiswerte zugrunde gelegt hat.

34 Im Fall 3 der Urteilsgründe hat sie den Gesamtveräußerungserlös – vor dem Abzug von Kapitalertragsteuern und Transaktionskosten – mit 481.740,50 € und den Gewinn aus der Veräußerung der COS mit 235.590 € sowie den der CFD mit 6.980 € festgestellt. Die Summe aus dem eingesetzten Kapital

(190.569,62 € für die COS und 9.729 € für die CFD) und den aufgezeigten Gewinnen führt indes nicht zu dem von der Strafkammer festgestellten Gesamtveräußerungserlös. Dieser addiert sich erst, wenn statt des eingesetzten Kapitals für die CFD deren Gegenwert (48.601,38 €) in die Berechnung eingestellt wird.

35 Gleiches gilt im Fall 5 der Urteilsgründe. Hier hat die Strafkammer einen Gesamtveräußerungserlös – wiederum vor dem Abzug von Kapitalertragsteuern und Transaktionskosten – von 515.200 € bei Gewinnen in Höhe von 49.367 € (A. -Aktien) und 21.214 € für die CFD auf die A. -Aktie festgestellt. Auch hier führt die Summe aus dem eingesetzten Kapital in Höhe von 360.357 € (318.361 € für die Aktien sowie 41.996 € für die CFD) und den festgestellten Gewinnen nicht zum ausgewiesenen Gesamtveräußerungserlös. Dieser errechnet sich wiederum nur unter Berücksichtigung des „Gegenwerts“ der CFD in Höhe von 125.990 € zuzüglich des Gewinns aus deren Veräußerung in Höhe von 21.214 €.

36 In den Fällen 4 (O.) und 6 (R.) der Urteilsgründe hat die Strafkammer keine Feststellungen zur Ermittlung der Gesamtveräußerungserlöse getroffen. Da der Angeklagte in beiden Fällen ebenfalls CFD veräußerte, besorgt der Senat, dass die Strafkammer dem Angeklagten auch in diesen beiden Fällen ein zu hohes Handelsvolumen und möglicherweise einen zu hohen Veräußerungserlös angelastet hat.

37 cc) Die vorstehenden Rechtsfehler führen zur Aufhebung der sechs Einzelstrafen. Dies entzieht der Gesamtstrafe die Grundlage.

38 b) Die Einziehungsentscheidung leidet ebenfalls unter einem den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler. Denn die widersprüchlichen und lückenhaften Feststellungen zu den erzielten Verkaufserlösen wirken sich möglicherweise auch auf die Bestimmung des Wertes der Taterträge gemäß § 73c Satz 1

StGB aus. Sofern die Strafkammer den Verkaufserlösen fehlerhaft den Wert der Basisprodukte bei der Veräußerung zugrunde gelegt haben sollte, vermag der Senat nicht auszuschließen, dass der Wert der Taterträge gemäß § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB zu hoch angesetzt ist. Dabei verkennt er nicht, dass sich die Strafkammer bei ihrer Einziehungsentscheidung auf die Höhe der „tatsächlichen Kontengutschriften“ nach Abzug von „Gebühren und Kapitalertragsteuer“ gestützt hat. Dies vermag die aufgezeigten Widersprüche im Lichte des konkreten Zahlenwerks jedoch nicht zu überwinden. Die Höhe des Wertes des Erlangten bedarf deshalb ebenfalls neuer Prüfung und Entscheidung.

III.

39 Die Revision der Staatsanwaltschaft hat im Umfang der Anfechtung Erfolg.

40 1. Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ist – insoweit wirksam – auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt. Die weitergehende Beschränkung auf die Entscheidung über die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen ist demgegenüber unwirksam.

41 a) Zwar kann die Einziehungsentscheidung nach § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB grundsätzlich einer isolierten Prüfung durch das Revisionsgericht unterzogen werden. Denn bei dieser handelt es sich nicht um eine Strafe oder strafähnliche Maßnahme, so dass der Strafausspruch von ihr in der Regel nicht berührt wird (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 – 3 StR 560/17, NJW 2018, 2141; Beschluss vom 19. September 2023 – 1 StR 281/23). Nach allgemeinen Grundsätzen gilt dies aber nur, wenn der angefochtene Teil der Entscheidung losgelöst und vom übrigen Urteilsinhalt selbstständig geprüft werden kann und

die bei Teilrechtskraft stufenweise entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleibt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 13. April 2022 – 2 StR 1/21, juris Rn. 10 mwN). Auch die Doppelrelevanz von Tatsachen in dem Sinne, dass sie zugleich einem nicht angefochtenen Teil der Entscheidung zugrunde liegen, kann nach ständiger Rechtsprechung dazu führen, dass die Beschränkung eines Rechtsmittels unwirksam ist (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2015 – 2 StR 258/15, juris Rn. 13). Allerdings kann ein Ausschluss widerspruchsfreier Feststellungen auch dadurch erreicht werden, dass das Rechtsmittelgericht bzw. das neue Tatgericht im Falle der Aufhebung und Zurückverweisung des angefochtenen Urteils an die für den nicht angegriffenen Teil der Vorentscheidung bedeutsamen Tatsachen gebunden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 1971 – 4 StR 184/71, BGHSt 24, 185, 187 f.). Dies ist indes nach allgemeinen Grundsätzen nicht möglich, wenn die dem angefochtenen Urteil zugrundeliegenden Feststellungen unklar, lückenhaft oder widersprüchlich sind (vgl. BGH, Beschluss vom 27. April 2017 – 4 StR 547/16, BGHSt 62, 155, 161 f.).

42 b) Ausgehend von diesen Maßstäben kann hier der Einziehungsauspruch nicht isoliert angefochten werden. Denn die Staatsanwaltschaft wendet sich – wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausführt – im Hinblick auf die Einziehungsentscheidung gegen die Höhe der dem Angeklagten zugeflossenen Tateträge. Die durch die Tat erwirtschafteten Erlöse stellen aber neben dem Wert des Erlangten zugleich einen bestimmenden Strafzumessungsfaktor dar (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 180 Rn. 25) und sind von der Strafkammer auch entsprechend berücksichtigt worden. Eine losgelöste Bewertung der Einziehungsentscheidung von den widersprüchlichen und lückenhaften Feststellungen zur Höhe der als strafzumessungsrelevant erkannten Vermögenszuflüsse ist damit hier nicht möglich.

43 2. Soweit die Staatsanwaltschaft die unterbliebene beziehungsweise fehlerhafte Ermittlung des Wertes der Taterträge beanstandet, hat das Rechtsmittel Erfolg. Dies führt – auch zuungunsten des Angeklagten – zur Aufhebung der Einziehungsentscheidung und des Strafausspruchs.

44 a) Die Bestimmung der Höhe des Wertes von Taterträgen gemäß § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB erweist sich als rechtsfehlerhaft. Die Strafkammer hat – neben den bereits dargestellten Rechtsfehlern zum Nachteil des Angeklagten (§ 301 StPO) – insoweit auch den Angeklagten begünstigende, rechtsfehlerhafte Maßstäbe angelegt. Danach erweist sich sowohl die unterbliebene Feststellung zu den durch die Veräußerung der inkriminierten Aktien und Derivate erzielten Verkaufserlöse wie auch der Abzug der Kapitalertragsteuer sowie etwaiger Transaktionskosten als rechtsfehlerhaft.

45 aa) Bei der Bestimmung des einzuziehenden Gegenstandes oder dessen Wertes findet ein zweistufiges Verfahren Anwendung: Zunächst ist unter Berücksichtigung des Bruttoprinzips der ursprünglich gegenständliche Einziehungsanspruch bzw. dessen Wert zu bestimmen; in einer zweiten Stufe ist sodann zu prüfen, ob gemäß §§ 73d, 73e StGB ausnahmsweise Aufwendungen vom Wert des Erlangten in Abzug zu bringen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 4. November 2020 – 2 StR 32/20, NStZ 2021, 749, 750 Rn. 11; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., § 73c Rn. 13; BT-Drucks. 18/9525, S. 56, 62). Daraus ergibt sich sodann der Betrag, der gemäß § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB der Einziehung unterliegt.

46 bb) Der Angeklagte hat durch die Tat die von ihm in den jeweiligen Einzelfällen erworbenen Finanzinstrumente erlangt, § 73 Abs. 1 StGB.

47 (1) Ein Vermögenswert ist im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber

die tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 3. April 2019 – 5 StR 20/19, juris Rn. 21 mwN). Maßgeblich ist dabei nicht, ob die erlangte Verfügungsmacht rechtlicher Billigung unterliegt, sondern ob sie sich als wirtschaftlich wertvoll erweist (LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., § 73 Rn. 28). Die Einziehung knüpft allein an einen durch die Tat tatsächlich beim Täter eingetretenen Vermögensvorteil an (vgl. BGH, Beschluss vom 4. November 2020 – 2 StR 32/20, NStZ 2021, 749, 750 Rn. 11).

48 (2) Danach sind die jeweiligen Aktien, COS und CFD 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 (Schwark/Zimmer/Böse/Jansen, WpHG, 5. Aufl., § 119 Rn. 43). Hier stellte sich bereits der Erwerb der Aktien und Derivate durch den Angeklagten als strafbewährte Handlung des Tätigens eines Insidergeschäftes dar, weil er schon zu diesem Zeitpunkt über die Insiderinformationen verfügte. Diese waren gerade ursächlich für seine Kaufentscheidung.

49 Soweit die Rechtsprechung in der Vergangenheit bei einem verbotenen Insidergeschäft nur den erwirtschafteten Sondervorteil als erlangt angesehen und damit zur Grundlage der Einziehungsentscheidung gemacht hat (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 – 5 StR 224/09, NJW 2010, 882, 884 zur Veräußerung von Aktien aufgrund von Insiderinformationen; vgl. auch Urteil vom 27. November 2013 – 3 StR 5/13, BGHSt 59, 80, 93 Rn. 31; OLG Stuttgart, wistra 2016, 37, 39), ist dem jedenfalls nach der Reform des Einziehungsrechts nicht mehr zu folgen (krit. dazu Pananis, ZWH 2023, 155, 159). Mit dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 hat der Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung dahingehend getroffen, dass das Erlangte im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB rein

gegenständlich zu bestimmen ist und etwaige Aufwendungen nur unter den Voraussetzungen des § 73d Abs. 1 StGB Berücksichtigung finden können (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 56, 62). Dieser Gedanke, der gerade auch für die Anschaffung von Aktien durch ein verbotenes Insidergeschäft gilt (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 68 in ausdrücklicher Abkehr von BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 – 5 StR 224/09, NJW 2010, 882), würde unterlaufen, wenn man bei der Bestimmung des Erlangten nur auf den Sondervorteil abstellen würde (vgl. Schwark/Zimmer/Böse/Jansen, WpHG, 5. Aufl., § 119 Rn. 70 mwN). Unabhängig davon ist der verbotene Erwerb von Finanzinstrumenten unter Nutzung einer Insiderinformation ohnehin nicht mit einer Veräußerung unter Nutzung derartiger Informationen vergleichbar, da im ersten Fall mittels der Insiderinformation das Finanzinstrument als solches in Gänze erworben wird.

50 cc) Da die Einziehung der Finanzinstrumente aufgrund der Veräußerung durch den Angeklagten unmöglich geworden ist, unterliegt deren Wert der Einziehung, § 73c Satz 1 StGB.

51 (1) Als Wert einer Sache im Sinne des § 73c Satz 1 StGB ist grundsätzlich der Verkehrswert, also der gewöhnliche inländische Verkaufswert in Ansatz zu bringen (vgl. BeckOK StGB/Heuchemer, 58. Ed., § 73c Rn. 9 mwN). Beim Insiderhandel stellt der Bruttoerlös aus der Veräußerung der Finanzinstrumente den Wert des Tatertrages dar und unterliegt damit der Einziehung (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 180 Rn. 28 ff; Rönnau/Saathoff, JR 2024, 49 ff.; MüKoStGB/Panaris, WpHG, 4. Aufl., § 119 Rn. 274 mwN; Schwark/Zimmer/Böse/Jansen, WpHG, 5. Aufl., § 119 Rn. 70 mwN). Wertsteigerungen, die bis zum Eintritt der Unmöglichkeit im Sinne des § 73c Satz 1 StGB – hier dem Verkauf der Finanzinstrumente – eingetreten sind, werden berücksichtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023

– 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 180 Rn. 31; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., § 73c Rn. 18).

52 (2) Die danach gebotene Feststellung zum Wert der Aktien und Derivate hat die Strafkammer unterlassen. Der Heranziehung des Bruttoverkaufspreises als Bemessungsgrundlage für den nach § 73c Satz 1 StGB in Ansatz zu bringenden Wert steht nicht entgegen, dass dem Angeklagten lediglich ein um An- bzw. Verkaufsgebühren und die einbehaltene Kapitalertragsteuer geminderter Verkaufserlös unmittelbar zugeflossen ist. Weder die Kapitalertragsteuer noch etwaige angefallene Gebühren sind nämlich geeignet, den nach § 73c Satz 1 StGB zu bestimmenden Verkehrswert zu minimieren. Dies hat die Strafkammer verkannt, als sie im Zuge der Bestimmung des Tatertrags die Abzüge für die Kapitalertragsteuer und die Transaktionskosten berücksichtigt hat.

53 (a) Dass Abzüge für die Kapitalertragsteuer den Verkehrswert des Erlangten nicht minimieren, folgt – unabhängig davon, dass es sich hier um ohnehin nicht zu berücksichtigende Verwertungskosten handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 180 Rn. 31) – auch daraus, dass diese Steuer erst entsteht, wenn die Kapitalerträge dem Gläubiger – hier dem Angeklagten – zugeflossen sind, § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG. Die Abführung der Steuer durch das Kreditinstitut setzt einen Zufluss also gerade voraus; sie erfolgt gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG für Rechnung des Gläubigers. Ausschlaggebend für einen Zufluss ist entsprechend dem in § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG verankerten Zuflussprinzip die Erlangung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über die Kapitalerträge (Kirchhof/Seer/Bleschick, EStG, 22. Aufl., § 44 Rn. 6; vgl. auch Brandis/Heuermann/Martini, EStG, 168. EL., § 11 Rn. 20 mwN). Dass der Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG mit dem Steuerabzug zusammenfällt, ändert an dem tatsächlichen Zufluss nichts. Es

entspricht zudem dem Willen des Gesetzgebers, dass Steuern, die auf das strafrechtswidrig erlangte Vermögen als steuerrechtliche Einkünfte zu entrichten sind, nicht abzugsfähig sind. Etwaige Doppelbelastungen sollen stattdessen auf steuerrechtlicher Ebene vermieden werden (vgl. BT-Drucks. 18/11640, S. 78 f.).

54 (b) Auch die Gebühren, die für den Kauf oder die Veräußerung der Finanzinstrumente einbehalten bzw. gezahlt wurden, haben auf die Bestimmung des Verkehrswertes der Derivate und Aktien zum Zeitpunkt ihrer Veräußerung keinen Einfluss. Es handelt sich dabei lediglich um eine Forderung, die das Kreditinstitut dem Gläubiger der Kapitalerträge für ihre Leistungen in Rechnung stellt. Auf den Wert der veräußerten Finanzinstrumente können sich solche Forderungen nicht auswirken.

55 dd) Von dem nach § 73c Satz 1 StGB bestimmten Wert des Erlangten sind auf Grundlage der Feststellungen im zweiten Prüfungsschritt auch keine Aufwendungen nach § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB in Abzug zu bringen. Aufwendungen im Sinne von § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB sind nur solche Vermögensopfer, die im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Erlangen des Vermögensvorteils aus der Tat stehen; Aufwendungen, die dem Erlangen zeitlich nachfolgen, sind unbeachtlich (vgl. BT-Drucks. 18/11640, S. 78). Ebenfalls unberücksichtigt bleiben diejenigen Aufwendungen, die für die Begehung der Tat oder ihre Vorbereitung aufgewendet wurden (§ 73d Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz StGB), soweit es sich nicht um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten handelt (§ 73d Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz StGB).

56 (1) Danach hat die Strafkammer zutreffend erkannt, dass die zum Erwerb der Finanzinstrumente eingesetzten Gelder dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB unterliegen (vgl. Rönnau/Saathoff, JR 2024, 49, 53 f.;

MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl., § 73d Rn. 18 mwN; BT-Drucks. 18/9525, S. 68).

57 (2) Auch die Kapitalertragsteuer und die Gebühren für die An- und Verkäufe der Finanzinstrumente können nicht gemäß § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB vom Wert des Erlangten abgezogen werden. Sie unterliegen nämlich – soweit es sich bei ihnen überhaupt um Aufwendungen im Sinne des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB handelt – ebenfalls dem Abzugsverbot aus § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB.

58 (a) Die Kapitalertragsteuer unterfällt bereits nicht dem Anwendungsbereich des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB. Denn bei Steuern handelt es sich – wie dargestellt – nicht um Aufwendungen für das Erlangen des Tatertrages (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2019 – 5 StR 486/19, juris Rn. 18; Köhler, NStZ 2017, 497, 506). Sie folgen dem tatsächlichen Vermögenszufluss – hier dem Erwerb der Finanzinstrumente – zeitlich nach und stellen demnach nach allgemeinen Grundsätzen keine abzugsfähigen Aufwendungen dar (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 180 Rn. 31).

59 (b) Auch Gebühren, die für den Handel mit den Finanzinstrumenten aufgebracht wurden, sind vom Wert des Erlangten nicht gemäß § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB in Abzug zu bringen. Es ist den Urteilsgründen bereits nicht zu entnehmen, ob die Gebühren für den Erwerb der Wertpapiere oder für ihren Verkauf erhoben wurden. Darauf kommt es jedoch nicht an. Denn Gebühren, die für den Verkauf angefallen sind, stellen schon im Ausgangspunkt keine Aufwendungen im Sinne des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB dar (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 180 Rn. 31). Soweit hingegen bereits für den Erwerb der Finanzinstrumente Transaktionskosten angefallen sind, unterliegen diese Aufwendungen dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB. Diese

Kosten sind nämlich Kapital, welches der Angeklagte bewusst in verbotene Geschäfte investiert hat. Gerade für solche Fälle hat der Gesetzgeber das Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB vorgesehen (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 68).

60 (c) Die Rückausnahme des § 73d Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz StGB findet keine Anwendung, da sie nur für Delikte mit individualschützendem Charakter gilt (vgl. LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., § 73d Rn. 17 mwN; BT-Drucks. 18/11640, S. 80). Um ein individualschützendes Delikt handelt es sich beim Insiderhandel aber nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 181 Rn. 33; BT-Drucks. 18/11640, S. 81; vgl. auch Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl., Kap. 7.1 Rn. 18).

61 (d) Ebenso wenig wirkt sich auf den Umfang der Einziehungsentscheidung aus, dass der Angeklagte das aus den Taten Erlangte in die Folgetaten reinvestiert hat. Da die Einziehung tatbezogen erfolgt, ist dem Einziehungsrecht die Gesamtbetrachtung einer Tatserie fremd (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 2 StR 204/22, NZWiSt 2023, 177, 181 Rn. 34 ff.; vgl. zur Unbeachtlichkeit von Reinvestitionen auch OLG Stuttgart, NStZ-RR 2023, 157, 159). Demnach sind für die Einziehungsentscheidung die Werte sämtlicher Derivate im Veräußerungszeitpunkt maßgeblich, da diese dem Angeklagten durch die Straftaten zugeflossen sind. Die Unbeachtlichkeit von wiederholten Investitionen für die Einziehungsentscheidung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Es war gerade das Ziel des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, die Reinvestition von Verbrechensgewinnen in kriminelle Unternehmungen zu verhindern (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 45).

62 ee) Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit steht der Einziehung nach den vorstehenden Grundsätzen nicht entgegen. Die Strafprozessordnung hält mit § 459g Abs. 5 StPO nämlich – weiterhin – ein Regulativ vor, das geeignet ist, unbillige Härten auszuräumen und die Verhältnismäßigkeit zu wahren.

63 (1) Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung eine bewusste Entscheidung dahingehend getroffen, dass – abweichend vom früheren Recht – Härten, die im Einzelfall mit der Einziehungsentscheidung verbunden sein können, nicht im Erkenntnisverfahren, sondern ausschließlich im Vollstreckungsverfahren Berücksichtigung finden sollen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – 1 StR 651/17, BGHR StGB § 73c Verhältnismäßigkeit 1 Rn. 45). Der mit dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung eingefügte § 459g Abs. 5 StPO in der bis zum 30. Juni 2021 geltenden Fassung, wonach die Vollstreckung auf Anordnung des Gerichts unterblieb, soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig war, sah dementsprechend ein wirksames Mittel vor, etwaige Unbilligkeiten der Einziehung im Erkenntnisverfahren durch die Nachholung im Vollstreckungsverfahren hinreichend zu kompensieren (vgl. BVerfGE 156, 354, 396 Rn. 121 mwN; BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – 1 StR 651/17, BGHR StGB § 73c Verhältnismäßigkeit 1 Rn. 55, 57).

64 (2) Hieran hat sich – unbeschadet der Frage, ob für vor dem 1. Juli 2021 begangene Taten überhaupt die Neufassung anwendbar ist (so OLG Hamm, Beschluss vom 18. August 2022 – 5 Ws 211/22, juris Rn. 19; OLG Stuttgart, NStZ-RR 2023, 157, 158; HansOLG Hamburg, NZI 2023, 229, 230 und wistra 2023, 477, 478 f.; OLG Nürnberg, Beschluss vom 31. Mai 2023 – Ws 307/23, juris Rn. 11 ff.; aA OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Mai 2022 – 1 Ws 122/22, juris

Rn. 10 ff.; OLG Brandenburg, NZI 2022, 954, 955 und NZWiSt 2023, 274, 276 f.; KK-StPO/Appl, 9. Aufl., § 459g Rn. 17 mwN) – durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Strafverfahrensrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juni 2021, mit welchem § 459g Abs. 3 bis 5 StPO neu gefasst wurden, nichts geändert. Da der Gesetzgeber die pauschale und zwingende gesetzliche Einordnung der Entreicherung als Fall der Unverhältnismäßigkeit als zu weitreichend angesehen hat (vgl. BT-Drucks. 19/27654, S. 111), wurde diese mit Wirkung zum 1. Juli 2021 gestrichen. Der Schutz über die zivilprozessualen Pfändungsschutzvorschriften (§ 459g Abs. 2, § 459 StPO i.V.m. § 6 JBeitrG) wurde als ausreichend angesehen und die Ausbildung von weiteren Fallgruppen, in denen die Vollstreckung der Einziehungsentscheidung unverhältnismäßig erscheint, der Rechtsprechung überlassen (vgl. BT-Drucks. 19/27654, S. 112).

65 (3) Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 459g Abs. 5 StPO ist anzunehmen, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer mit der Vollstreckung der Einziehung eine außerhalb des Einziehungszwecks liegende Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann (vgl. OLG Stuttgart, NStZ-RR 2023, 157, 158 f.). Zu solchen Besonderheiten zählen zwar nicht diejenigen Umstände, die der Gesetzgeber im Erkenntnisverfahren bewusst als nicht abzugsfähig normiert hat, wie etwa dem Abzugsverbot nach § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB unterliegende Aufwendungen (vgl. BeckOK StPO/Coen, 49. Ed., § 459g Rn. 26). Im Übrigen sind dem für die Entscheidung nach § 459g Abs. 5 StPO zuständigen Gericht (vgl. § 462a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 462 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 462a Abs. 2 Satz 1 StPO) vom Gesetzgeber aber keine Beschränkungen auferlegt worden, welche Gesichtspunkte es bei seiner Entscheidung berücksichtigen darf. Auch die Entreicherung kann im Sinne einer Gesamtschau grundsätzlich weiterhin bei der Prüfung des § 459g Abs. 5 StPO Berücksichtigung finden (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 459g Rn. 13), wengleich diese – ausgehend vom Willen des Gesetzgebers – nur in besonderen Ausnahmefällen

geeignet sein wird, eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 459g Abs. 5 StPO zu begründen. Ein solcher Ausnahmefall ist beispielsweise gegeben, wenn dem Einziehungsadressaten das Erlangte auf schicksalhafte und von ihm nicht zu vertretene Weise – etwa infolge schwerer Krankheit – verlustig gegangen ist (vgl. BT-Drucks. 19/27654, S. 112).

66 Ein „schicksalhafter Verlust“ des Erlangten ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für die Annahme einer Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 459g Abs. 5 StPO. Diese wird vielmehr immer bei Verletzung des Übermaßverbotes anzunehmen sein (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2015 – 1 StR 321/15, NStZ 2016, 279, 280 zu § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB a.F.; KK-StPO/Appl, 9. Aufl., § 459g Rn. 18). Wann das Übermaßverbot verletzt ist, ist jeweils aufgrund einer Gesamtwürdigung im Einzelfall zu prüfen. Die Umstände, die das für die Entscheidung nach § 459g Abs. 5 StPO berufene Gericht heranziehen kann, sind demnach vielfältig. In dieser Gesamtwürdigung können beispielsweise auch entrichtete Steuern Berücksichtigung finden, soweit dies im Besteuerungsverfahren nicht möglich ist (vgl. KK-StPO/Appl, 9. Aufl., § 459g Rn. 18 mwN; BeckOK StPO/Coen, 49. Ed., § 459g Rn. 28; Korte, wistra 2018, 1, 10). Auch Resozialisierungsaspekte sind im Grundsatz geeignet, bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit im Vollstreckungsverfahren Bedeutung zu erlangen (vgl. KK-StPO/Appl, 9. Aufl., § 459g Rn. 18; BeckOK StPO/Coen, 49. Ed., § 459g Rn. 32; Löwe/Rosenberg/Graalman-Scheerer, StPO, 27. Aufl., § 459g Rn. 38; vgl. auch OLG Schleswig, NStZ-RR 2021, 63, 64). Diese Beispiele zeigen, dass aufgrund der Regelung des § 459g Abs. 5 StPO nicht zu besorgen steht, dass durch die strikte Anwendung der Regelungen des Einziehungsrechts im Erkenntnisverfahren der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz verletzt wird; das Vollstreckungsverfahren stellt sich insoweit als wirkungsvolles – wenngleich auf Ausnahmefälle beschränktes – Korrektiv dar.

67 b) Die fehlerhafte Ermittlung der für die Veräußerung der Finanzprodukte vereinnahmten Beträge bedingt die Aufhebung der sechs Einzel- sowie in deren Folge der Gesamtstrafe. Die Strafkammer hat ihrer Strafzumessung in allen Fällen die „jeweils erlangten Verkaufserlöse bzw. Erlösgutschriften“ strafscharfend zugrunde gelegt. Der Senat kann daher nicht ausschließen, dass die Strafkammer bei rechtsfehlerfreier Ermittlung der – gegebenenfalls höheren – Taterträge in allen Einzelfällen auch zu höheren Einzelstrafen gelangt wäre.

IV.

68 Die Sache bedarf daher im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung.

69 Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die strafscharfende Berücksichtigung der abredewidrigen Verteilung der Erlöse zum Nachteil des Mitangeklagten keinen Wertungswiderspruch begründet, da die lediglich interne Verschiebung von Taterträgen zwischen Mittätern keine Geldwäschebehandlung darstellt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Dezember 2022 – 2 StR 395/22, juris Rn. 10 mwN; vom 15. August 2023 – 5 StR 177/23, juris Rn. 10). Auch die Vielzahl der Transaktionen durch den Angeklagten ist hinreichend belegt, da er in allen Fällen die Aktien bzw. Derivate über mehrere Tage in unterschiedlichen Tranchen erwarb und ebenso veräußerte. Dieses Vorgehen ist mit den von der Verteidigung

aufgezeigten – durch einen einheitlichen Kauf- oder Verkaufsauftrag veranlass-
ten – Zufälligkeiten in der technischen Abwicklung durch mehrere Transaktionen
nicht vergleichbar.

Appl

Zeng

Grube

Schmidt

Lutz

Vorinstanz:

Landgericht Frankfurt am Main, 18.02.2022 - 5/14 KIs 7500 Js 233740/19 (15/20)