

# Der Umfang der Vermögensabschöpfung beim Unternehmen in Deutschland und Italien

Ein Vergleich zwischen Verfall (§§ 73 ff. StGB) sowie Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG) einerseits und “confisca” (Art. 19 d.lgs. 231/2001) andererseits

Qual è la *misura* del *profitto* confiscabile, e con quali criteri deve essere effettuata la relativa valutazione da parte del giudice penale?

Questa la domanda centrale oggetto del presente contributo, che offre un prezioso quadro comparato delle soluzioni – tutt’altro che univoche e definitive – cui sono pervenute sinora le massime giurisdizioni tedesca e italiana, in particolare con riguardo alla determinazione del profitto confiscabile a carico delle *imprese* i cui dirigenti abbiano ottenuto la *stipulazione di un contratto* tramite un’attività delittuosa (ad es. mediante corruzione dei pubblici funzionari preposti all’aggiudicazione di un appalto).

Con riguardo alla situazione tedesca, l’autore ricostruisce nel dettaglio, a beneficio del lettore italiano, la normativa codicistica in materia di confisca (*Verfall*) di cui ai §§ 73 e ss. StGB, che si estende, secondo la normativa vigente, a *tutto ciò* (letteralmente, a “qualsiasi cosa che”) che *l’autore o il partecipe abbia ricavato* per la, *ovvero* dalla *commissione di un fatto antiggiuridico*: formula generica, questa, con la quale il legislatore del 1992 intendeva chiaramente orientare l’interprete verso l’adozione del c.d. “*Bruttoprinzip*”, o “principio del lordo”, in contrapposizione alla situazione normativa preesistente che imponeva la confisca del “profitto patrimoniale” ricavato dal reato. Nell’ipotesi in cui l’autore abbia agito (anche senza formale investitura) per conto di *un terzo*, e in particolare di *un’impresa*, la confisca dovrà essere disposta nei confronti di quest’ultima, che potrà esercitare il proprio diritto di difesa nell’ambito del medesimo processo penale celebrato contro l’imputato-persona fisica (in un sistema, si rammenti, che *non* prevede una formale responsabilità penale della persona giuridica).

Così fissate le coordinate normative, l’autore evidenzia come la definizione dell’oggetto della confisca (ossia del *quantum* confiscabile) sia tuttora oggetto di interpretazioni contrastanti in seno alla stessa giurisprudenza tedesca di legittimità.

Vengono qui analizzate, in particolare, due recenti sentenze, rispettivamente della quinta e della prima sezione della Cassazione federale tedesca (*Bundesgerichtshof*).

Nella prima, relativa a un caso di corruzione che aveva consentito a un’impresa di aggiudicarsi un appalto con la pubblica amministrazione relativo alla costruzione di un impianto inceneritore di rifiuti del valore di circa 792 milioni di euro, il *Bundesgerichtshof* statui il principio secondo cui in casi siffatti ciò che l’impresa “ricava dal” fatto antiggiuridico (la corruzione) è lo stesso *ottenimento dell’appalto*, e non già il *prezzo concordato per la sua esecuzione*. Oggetto della confisca è, allora, il *valore economico complessivo dell’appalto al momento della conclusione del contratto*; valore che deve essere stimato principalmente in relazione al *profitto che l’impresa si attendeva in quel momento*, secondo i propri calcoli di guadagno. Nel caso di specie, l’impresa aveva calcolato di ricavare dal contratto un profitto di 8-9 milioni di euro, profitto che venne

in effetti conseguito in via provvisoria dall'impresa; essendo tuttavia stata costretta a prestare una serie di garanzie supplementari nel corso dei lavori, l'impresa finì in concreto per sopportare *costi addirittura superiori, seppur di poco, ai 792 milioni di euro complessivamente percepiti* quale corrispettivo dell'appalto. In queste condizioni, il *Bundesgerichtshof* ritenne che non vi fossero i presupposti per procedere ad alcuna confisca ex §§ 73 ss. StGB, se non già per mancanza di un *quantum* confiscabile, almeno per evitare un'iniqua asprezza della confisca nel caso concreto (§ 73c StGB) nei confronti di un'impresa che nel frattempo era addirittura fallita.

Nella seconda pronuncia, relativa a un caso di pubblicità ingannevole tramite cataloghi inviati via posta a clienti anziani, i quali avevano poi effettivamente ordinato merci contro bonifici per un valore complessivo di circa 54 milioni di euro - di cui rispettivamente 32 milioni, 1,7 milioni e 670.000 euro circa confluiti sui conti delle tre società coinvolte nel processo penale celebratosi in Germania contro le persone fisiche che avevano commesso il fatto -, il *Bundesgerichtshof* affermò il principio secondo cui ciò che le società in questione avevano "ricavato dal fatto antigiuridico" non era stata semplicemente la *conclusione dei contratti*, ma anche le *somme effettivamente corrisposte dai clienti in esecuzione degli stessi*, somme che pertanto - nella misura in cui effettivamente erano pervenute alle varie società coinvolte - furono *integralmente sottoposte a confisca*.

Nonostante i tentativi compiuti dalla prima sezione per negare l'esistenza di un contrasto con la precedente pronuncia della quinta sezione e per sottrarsi, conseguentemente, all'obbligo di sottoporre la questione alle sezioni unite del *Bundesgerichtshof*, le due sentenze appaiono ad avviso dell'autore difficilmente conciliabili, ed evidenziano pertanto lo stato di incertezza in cui versa il diritto d'oltralpe su questo delicatissimo tema.

Una simile situazione di incertezza, ad avviso dell'autore, caratterizza d'altronde anche il diritto italiano, nonostante la nota sentenza *Impregilo* della Sezioni unite della nostra Cassazione (2008). Come si ricorderà, in quella pronuncia le Sezioni unite rigettarono espressamente il principio del "netto", ma affermarono che - quanto meno con riferimento alle ipotesi in cui per effetto dell'attività delittuosa l'autore del reato, ovvero la persona giuridica nell'interesse della quale quegli agisca, abbia ottenuto la stipula di un contratto, poi regolarmente eseguito - il profitto confiscabile è costituito dal "vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale [...] concretamente determinato al *netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente*". Richiamando le perplessità espresse in proposito anche da una parte della dottrina italiana, l'autore evidenzia qui i dubbi applicativi che tuttora circondano la determinazione di tale "effettiva utilità" conseguita dal contraente "danneggiato" dal reato, alternativamente identificata nel valore delle prestazioni così come stabilite nel contratto, ovvero nel valore di mercato delle stesse.

## ZUSAMMENFASSUNG

1. EINLEITUNG. – 2. DEUTSCHLAND: RECHTSLAGE ZUR ABSCHÖPFUNG BEIM UNTERNEHMEN. – 2.1. EINFÜHRUNG ZUM RECHTSINSTITUT DES VERFALLS (§§ 73 FF. STGB). – 2.2. DAS ERLANGTE ETWAS BEIM VERFALL (§§ 73 FF. STGB). – 2.3. VERFALL DES ERLANGTEN BEIM UNTERNEHMEN (§ 73 ABS. 3 STGB). – 2.4. AUSSCHLUSS DURCH ANSPRÜCHE DRITTER (§ 73 ABS. 1 S. 2 STGB) – TYPISCHERWEISE NICHT BEI AMTSTRÄGERKORRUPTIONSDELIKTEN. – 2.5. ENTWICKLUNG DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG ZUM ABSCHÖPFUNGSBETRAG IM SINNE DES § 73 ABS. 1 S. 1 STGB. – 2.5.1. MÜLLVERBRENNUNGS-ENTSCHEIDUNG (5. STRAFSENAT). – 2.5.2. WERBEPOST-ENTSCHEIDUNG (1. STRAFSENAT). – 2.6. STELLUNGNAHME IN DER LITERATUR. – 2.6.1. "FÜR DIE TAT" EINSCHLÄGIGE TATBESTANDSVARIANTE MIT DER FOLGE DES SYNALLAGMAS ZWISCHEN GEWÄHRTEM VORTEIL UND SONDERVORTEIL AUS DER (PFLICHTWIDRIGEN ODER WETTBEWERBSWIDRIGEN) HANDLUNG. – 2.6.2. ANALOGIE ZUM ZIVILRECHTLICHEN BEREICHERUNGSRECHT

(§§ 812, 818, 819 BGB). – 2.7. KRITIK. – 2.8. EXKURS: ALTERNATIVE ABSCHÖPFUNG DES GEWINNS AUS STRAFTATEN BEI UNTERNEHMEN DURCH EINE UNTERNEHMENSGELDBUSSE GEM. §§ 30, 17 ABS. 4 OWiG. – 3. ITALIEN: RECHTSLAGE ZUR ABSCHÖPFUNG BEIM UNTERNEHMEN. – 3.1. ALLGEMEINES ZUR “CONFISCA” GEM. ART. 19 DES LEGISLATIVDEKRETS NR. 231 VOM 8. JUNI 2001. – 3.2. BESTIMMUNG DER HÖHE DES ABSCHÖPFUNGSBETRAGS (“PROFITTO”). – 3.2.1. NETTOPRINZIP. – 3.2.2. BRUTTOPRINZIP. – 3.2.3. VERMITTELNDE AUFFASSUNG DER VEREINIGTEN STRAFSENATE DER CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEIT DER IMPREGILO-ENTSCHEIDUNG (2008). – 3.2.4. KRITIK IN DER LITERATUR. – 4. DEUTSCHLAND UND ITALIEN: ERSTE RECHTVERGLEICHENDE ANMERKUNGEN ZUR VERMÖGENSABSCHÖPFUNG BEIM UNTERNEHMEN AUS DEUTSCHER PERSPEKTIVE.

## 1 EINLEITUNG

Der Verfall von Vermögen beim Unternehmen wegen Straftaten zum Beispiel gem. §§ 263 ff., 299, 333 ff. StGB nach den §§ 73 ff. StGB bzw. die Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen beim Unternehmen im Bußgeldverfahren (§§ 30, 17 Abs. 4 OWiG) ist in Deutschland eine gleichermaßen brisante wie höchstrichterlich teilweise ungeklärte Materie<sup>1</sup>, genau wie lange Zeit das – sinngemäß entsprechende – Rechtsinstitut der “confisca” gem. Art. 19 d.lgs. 231/2001 nach italienischem Recht<sup>2</sup>. Von besonderer Bedeutung und in beiden Rechtsordnungen umstritten ist der Umfang des abzuschöpfenden Vermögens bei durch Wirtschaftsstraftaten erlangten synallagmatischen Verträgen bzw. die wirtschaftlichen und rechtlichen Maßstäbe, nach denen dieses zu ermitteln ist<sup>3</sup>.

Die Streitigkeit der Bestimmung des beim Unternehmen “abzuschöpfenden Etwas” (im Weiteren: “Abschöpfungsbetrag”) beruht zum Einen – in Deutschland – formal darauf, dass diese Rechtsfolge jedenfalls gem. § 73 StGB unter der Herrschaft des “Bruttoprinzips” einen strafähnlichen Charakter erlangen kann, obwohl der Verfall nach h. M. nur ausgleichend-kondiktionsrechtliche Natur hat<sup>4</sup>.

Substantiell sind die Maßstäbe zur Ermittlung des Abschöpfungsbetrags von entscheidender Bedeutung, weil deren strenge Ausgestaltung und Anwendung vielfach zur wirtschaftlichen Existenzvernichtung des gem. § 73 StGB als Dritten betroffenen Unternehmens führen kann<sup>5</sup>. Daraus dass sich zwei grundsätzlich verschiedene Bewertungsmethoden mit wirtschaftlich ganz unterschiedlichen Folgen für das Unternehmen gegenüber stehen, leitet sich die große praktische Bedeutung des bislang nicht entschiedenen Meinungsunterschieds zwischen dem 5. Strafsenat und dem 1. Strafsenat über die Bestimmung des “erlangten Etwas” im Sinne des § 73 StGB bei in Folge von Straftaten abgeschlossenen gegenseitigen Verträgen ab<sup>6</sup>.

Im Folgenden soll zunächst – insbesondere für den italienischen Leser eingehend – die derzeitige Rechtslage in Deutschland (2) sodann kurz die Rechtslage in Italien (3) hinsichtlich der Abschöpfung bei Unternehmen dargestellt werden. Anschließend erfolgt eine vergleichende Würdigung, in deren Verlauf zum angemessenen Umfang der Abschöpfung bei Unternehmern Stellung genommen wird (4). Überwiegend erfolgen die Erläuterungen am Beispiel der Korruptionsdelikte.

1. Vgl. einerseits BGH (5. und 3. Strafsenat) BGHSt 47, 260, 269 f.; BGHSt 50, 299, 310 ff.; BGH, Urt. v. 29.6.2006 – 5 StR 482/05 –, juris, NVwZ-RR 2006, 338 (nur LS); BGH, Urt. v. 19.1.2012 – 3 StR 343/11, NJW 2012, 1159 und andererseits (1. Strafsenat) BGHSt 52, 227, 248 f.; BGH NJW 2010, 882, 884; BGH, Urt. v. 29.6.2010 – 1 StR 245/09, in: NSTZ 2011, 83.

2. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 1-8 mit weiteren Nachweisen zur Rspr. und Lit.  
3. Vgl. für Deutschland etwa die aktuellen Aufsätze von Schlösser NSTZ 2011, 121 ff.; Burghart wistra 2011, 241 ff.; vgl. für Italien u.a. Alessandri, La confisca, in: AA.VV., Il nuovo diritto penale della società, Milano 2002, S. 104 ff.; ders. Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103 ff.; sowie Mongillo, rivista italiana di diritto e procedura penale (“RIDPP”) 2008, Nr. 4, S. 1758 ff. zur Entscheidung der Vereinigten Strafsenate der Corte Suprema di Cassazione, Urt. v. 27.03.2008, Nr. 26654, mit dem die italienische Rspr. eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsprechung zur “confisca” des “profitto” herstellte.

4. So etwa Schlösser NSTZ 2011, 121.

5. Vgl. zutreffend Schlösser NSTZ 2011, 121.

6. Vgl. Nachweise Fn. 1.

## 2

### DEUTSCHLAND: RECHTSLAGE ZUR ABSCHÖPFUNG BEIM UNTERNEHMEN

## 2.1

### EINFÜHRUNG ZUM RECHTSINSTITUT DES VERFALLS (§§ 73 FF. STGB)

Das Rechtsinstitut des Verfalls bezweckt die Abschöpfung unrechtmäßig erlangten Vermögenszuwachses und ist deshalb nach h. Rspr. keine Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme zur Wiederherstellung des verletzten Rechts in dem Sinne, dass ein dem Täter anders bzw. durch Andere nicht entziehbarer unrechtmäßiger Gewinn abgeschöpft werden soll<sup>7</sup>. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB schreibt daher vor, dass (immer) dann, wenn eine rechtswidrige Tat – z. B. ein aktiver Bestechungstatbestand gem. §§ 299 Abs. 2, 333-335 StGB – begangen worden ist und der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus dieser Tat “etwas” erlangt hat, das Gericht dessen “Verfall” – im Regelfall im ordentlichen gerichtlichen Hauptverfahren gegen verfolgbare Täter oder Teilnehmer des Korruptionsdelikts (§ 76 StGB), andernfalls im selbständigen Strafverfahren gegen das Unternehmen (§ 76a StGB; §§ 442 i. V. m. 440, 441 StPO) – “anordnet”, d.h. an sich zwingend anordnen muss<sup>8</sup>. Laut § 73e Abs. 1 S. 1 StGB ist “Wirkung des Verfalls”, dass dann, wenn der Verfall eines Gegenstandes (rechtskräftig) angeordnet wird, das Eigentum an der Sache oder das verfallene Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat übergeht, wenn es dem von der Anordnung Betroffenen zu dieser Zeit zusteht.

## 2.2

### DAS ERLANGTE ETWAS BEIM VERFALL (§§ 73 FF. STGB)

Erlangtes “Etwas” im Sinne des § 73 StGB ist jede Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes eines Vermögens, die dem Täter oder Teilnehmer aufgrund der Tat zugeflossen ist (Vermögenszuwachs). Es ist daher nicht notwendig eine Sache oder ein Recht, sondern kann auch in einer tatsächlichen, wirtschaftlich begünstigenden Besitzposition, in Gebrauchsvorteilen, Kapitalnutzung und ersparten Aufwendungen bestehen<sup>9</sup>. Alles, was im Sinne des deutschen Zivilrechts gem. § 812 Abs. 1 BGB Gegenstand einer Bereicherung sein kann, kommt auch als Gegenstand des Verfalls in Frage<sup>10</sup>. Die zur Erlangung des Vermögenszuwachses gemachten Aufwendungen bzw. entstandenen Kosten sind – abweichend vom früheren Recht<sup>11</sup> – nicht mehr von dem Verfallsbetrag abziehbar (“Netto-Prinzip”). Es gilt vielmehr seit 1992 das sog “Brutto-Prinzip”<sup>12</sup>. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Änderung des AWG, des StGB und anderer Gesetze vom 28.2.1992<sup>13</sup> zielgerichtet in § 73 Abs. 1 S. 1 StGB den zuvor verwandten Begriff “Vermögensvorteil” durch den unbestimmteren und weitergehenden Begriff des “etwas” ersetzt. Wille des Gesetzgebers war erklärtermaßen mit dem neuen Gesetzeswortlaut, vom “Netto-Prinzip” zum “Brutto-Prinzip” überzugehen<sup>14</sup>. Letzteres bedeutet, dass der Vermögenszuwachs als solcher, d. h. der jeweilige Gesamterlös, dem Verfall unterliegt. Was der Täter für seine Erlangung aufgewendet hat, ist unerheblich<sup>15</sup>. Das gilt nicht nur für Kosten im engeren Sinne (z. B. Reisekosten usw.), sondern auch für das, was zur Erlangung des Zuwachses als Ausgleich hingegeben wurde (z. B. der Kaufpreis, Aufwendungen oder Herstellungskosten)<sup>16</sup>. § 73 Abs. 2 StGB erstreckt den Verfall zwingend (§ 73 Abs. 2 S. 1 StGB, Nutzungen i.S.d. § 100 BGB) oder fakultativ (§ 73 Abs. 2 S. 2 StGB, rechtsgeschäftliche u. a. Surrogate) auf bestimmte mittelbar erlangte Vermögenszuwächse<sup>17</sup>. Der Umfang des erlangten Etwas und dessen Surrogate können grundsätzlich geschätzt werden (§ 73b StGB).

7. Gesetzesbegründung in: BT-Drs. V/4095, S 39; BGHSt 31, 145 ff.; NJW 2002, 2257; BGH NJW 2002, 3339; ständige Rechtsprechung.

8. BGH NStZ 1989, 436.

9. BGHSt 36, 251 ff.; Lackner/Kühl § 73 Rn. 3; AG Köln NStZ 1988, 274; Franzheim wistra 1986, 253 und 1989, 87.

10. BGH NStZ-RR 2001, 82; Brenner DRiZ 1977, 203.

11. Zur früheren Rechtslage (“Netto-Prinzip”): BGHSt 28, 369 ff.; BGHSt 31, 145 ff.

12. Zur Reichweite des “Brutto-Prinzips” u.a. BGH NStZ 2004, 440; BGH NStZ 2007, 150. Die Verfassungsmäßigkeit des “Brutto-Prinzips” wurde durch BVerfG StV 2004, 409, 410 bestätigt.

13. BGBl. 1992, I, 372.

14. BT-Drs. XII/1134, S. 12; BGH NStZ 1994, 123; BGH NStZ 1996, 539; BayObLG wistra 1997, 317.

15. BGH NStZ-RR 2000, 57.

16. BT-Drs. 12/1134, S. 12; Lackner/Kühl § 73 Rn. 4b.

17. BGH NStZ 1996, 332.

## 2.3

### VERFALL DES ERLANGTEN BEIM UNTERNEHMEN (§ 73 ABS. 3 STGB)

Hat der Täter für einen Dritten gehandelt, ohne selbst etwas erlangt zu haben, ist nur eine Verfallsanordnung nach § 73 Abs. 3 StGB gegen den Dritten, nicht aber gegen den Täter möglich<sup>18</sup>. Für die Abschöpfung beim Unternehmen zentral ist mithin die Norm des § 73 Abs. 3 StGB, wonach dann, wenn der Täter oder Teilnehmer der Straftat *“für einen anderen”* gehandelt hat und dadurch dieser etwas erlangt, sich die Anordnung des Verfalls gegen diesen anderen richtet. Ein solcher *“anderer”* – entsprechend der üblichen Diktion: *“Dritter”* – kann unstrittig auch eine juristische Person oder ein sonstiger Personenverband sein. Tauglicher Dritter im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB ist daher grundsätzlich ein Unternehmen jeder Rechtsform<sup>19</sup>. Da es nach h. M. auf den Rechtscharakter der Beziehung des Täters zu dem Dritten (Unternehmen) – z. B. Handeln als offener oder verdeckter Stellvertreter, als Organ einer Gesellschaft, als Mitarbeiter eines Unternehmens – nicht ankommt, ist ganz unstrittig, dass ein Mitarbeiter eines Unternehmens, der zu dessen wirtschaftlichem Vorteil Straftaten begeht, den Verfall bei diesem Unternehmen auslösen kann (sogenannter *“Vertreterfall”* des § 73 Abs. 3 StGB)<sup>20</sup>. Insbesondere einer Organstellung des Täters oder einer formalen Vertretungsberechtigung für das Unternehmen bedarf es nach h. M. nicht. Eine Anstellung bei dem Unternehmen reicht regelmäßig aus, wenn der Angestellte in Ausübung seiner betrieblichen Tätigkeit und mit dem Handlungsziel der Förderung der Interessen des Unternehmens handelt (*“für einen Dritten”*)<sup>21</sup>. Der Bereicherungszusammenhang zwischen Täter und Unternehmen wird von der Rspr. aus einem so genannten *“betrieblichen Zurechnungsverhältnis”* abgeleitet, d.h. aus der Betriebszugehörigkeit und der Begehung der Straftat in Ausübung der betrieblichen Aufgaben. Eine Bösgläubigkeit des Dritten – oder der Unternehmensführung bzw. der Unternehmensorgane – und ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Handlung und dem durch das Unternehmen erlangten Etwas ist laut dem BGH zur Zurechnung nicht erforderlich<sup>22</sup>. Auch ist eine bestimmte innere Einstellung des Mitarbeiters betreffend seines Unternehmens – etwa dass er die strafbare Handlung mit der Finalität beging, dessen Interesse oder dessen (wirtschaftlichen) Vorteil zu dienen – nach h. Rspr. aus dem Merkmal *“für einen anderen”* des § 73 Abs. 3 StGB wohl nicht abzuleiten<sup>23</sup>. Es soll vielmehr ausreichen, wenn der Täter bei Begehung der Straftat rein faktisch – gemeint ist wohl: allgemein – auch im Interesse des Unternehmens handelte<sup>24</sup>. Für einen Dritten im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB kann zudem grundsätzlich auch ein Täter handeln, der primär im eigenen Interesse tätig wird<sup>25</sup>. Die Auslegung der Rspr. führt in der Praxis außerdem zu dem Ergebnis, der Täter handele bei der Straftat im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB *“für”* seine gutgläubigen Gläubiger (so genannte Erfüllungsfälle)<sup>26</sup>. Generell scheint das Merkmal

18. LG Bonn StraFo 2001, 283.

19. BGHSt 45, 235, 245 f.; BGHSt 47, 260, 269 f.; BGHSt 47, 369, 377; BGHSt 50, 299, 310 ff.; BGH wistra 2004, 465, 466; BGH, Urt. v. 29.6.2006 – 5 StR 482/05 –, juris, NVwZ-RR 2006, 338 (LS); BGHSt 52, 227, 248 f.; BGH NJW 2010, 882, 884; BGH NStZ 2011, 83.

20. BT-Drs. 5/4095, S. 40; BGHSt 45, 235, 245 f.

21. Vgl. BGHSt 45, 235, 245.

22. Zentral ist BGHSt 45, 235, 245 f. = BGH NJW 2000, 297, 299 f.: *“Zu den Vertretungsfällen (im engeren Sinne) gehört zunächst das Handeln als Organ, Vertreter oder Beauftragter i.S. des § 14 StGB. Vertretungsfälle im weiteren Sinne kann man bei sonstigen Angehörigen einer Organisation annehmen, die im Organisationsinteresse tätig werden. Das können bei betrieblichen Organisationen etwa die Angestellten sein, .... Gerade die Vertretungsfälle im weiteren Sinne in Betrieben hatte der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform im Auge, so den Angestellten ... den Buchhalter, der eine Steuerminderzuehung zugunsten des Betriebsinhabers begeht, ohne dass dieser davon weiß ... und den Contergan-Fall, bei dem der Chemiker Täter, die Unternehmensleitung jedoch gutgläubig ist .... Fließt in solchen Fällen dem Dritten der Vorteil zu, so hat der Täter oder Teilnehmer für den Dritten gehandelt und dieser dadurch den Vorteil erlangt. Er hat zumindest faktisch auch in dessen Interesse gehandelt. Der Bereicherungszusammenhang ist durch das (betriebliche) Zurechnungsverhältnis gegeben. Auf eine Unmittelbarkeit im Sinne von “durch ein- und dieselbe Handlung” kann es im Regelfall schon deshalb nicht mehr ankommen, weil - insbesondere bei Warenermingsgeschäften, Scheckreitereien, Steuer- oder Umweltdelikten - nicht selten ein komplexer Geldkreislauf in Gang gesetzt wird. Auch bei dem Contergan-Fall trat die Vermögensmehrung erst durch zahlreiche zwischengeschaltete Handlungen ein. Zudem werden in der Regel - oft auch zur Verschleierung - mehrere Geschäfte dazwischengeschaltet sein. Selbst auf eine Kenntnis des Dritten kann es nicht ankommen ...; er muss sich die bei ihm zu Unrecht eingetretene Bereicherung zurechnen lassen.”*

23. Vgl. BGHSt 45, 235, 245 f. = BGH NJW 2000, 297, 299 f.

24. BGH NJW 1991, 267, 371; BGH NStZ 2001, 257, 258; *“im Organisationsinteresse”*, BGHSt 45, 235, 245 f. = BGH NJW 2000, 297, 299 f.

25. BGH wistra 2010, 406.

26. BGHSt 45, 235, 247 f.



wenig trennkraftig und – zur Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 73 Abs. 3 StGB auf Unternehmen – von äußerst geringer praktischer Bedeutung.

## 2.4

### AUSSCHLUSS DURCH ANSPRÜCHE DRITTER (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB) – TYPISCHERWEISE NICHT BEI AM- TSTRÄGERKORRUPTIONSDELIKTEN

Die Anwendung der Verfallsvorschrift ist allerdings ausgeschlossen, soweit dem Verletzten – bei aktiven und passiven Korruptionsdelikten könnte man intuitiv an die Anstellungsbehörde bzw. -körperschaft des Amtsträgers oder das Unternehmen des Angestellten oder Beauftragten, in gewissen Konstellationen (wirtschaftlich fehlgeschlagene aktive Bestechung) auch das Unternehmen des Gebers denken – aus dieser Straftat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des “aus der Tat” Erlangten entziehen würde (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB). In der Regel begrenzt diese Klausel eine Verfallanordnung auf Vermögenswerte, die aus Straftaten stammen, welche vorrangig Kollektivrechtsgüter verletzen, wie z. B. Betäubungsmittel-, Rechtspflege-, Staatsschutz-, Wirtschafts- und Umweltdelikte. Hingegen scheidet der Verfall regelmäßig aus, sofern durch Straftaten konkrete Individualinteressen von natürlichen oder juristischen Personen betroffen sind, so insbesondere bei den Eigentums- und Vermögensdelikten<sup>27</sup>.

Nach unstrittiger Rechtsprechung ist der Dienstherr des bestechlichen Amtsträgers grundsätzlich nicht Verletzter der passiven Korruptionsdelikte gem. §§ 331, 332 StGB<sup>28</sup> und daher auch nicht im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB. Anders ist dies – grundsätzlich – bzgl. des Geschäftsherrn im Sinne § 299 Abs. 1 StGB, der nach h. M. durch die Vorschrift gegen passive Bestechungsdelikte seiner Angestellten und Beauftragten mit geschützt und somit Geschädigter ist, da das Vermögen des Geschäftsherrn vom sekundären Schutzzweck bzw. einem Schutzreflex des § 299 StGB geschützt werde<sup>29</sup>.

Bei passiven Korruptionsdelikten ist zudem anerkannt, dass § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nicht eingreift, da der Vorteilsgeber seinen Vorteil nicht aus der (passiven) Korruptionsstrafat erlangt, sondern “für” diese; letztere Variante des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB erfasst aber § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nach seinem eindeutigen Wortlaut gerade nicht<sup>30</sup>. “Für die Tat” wird etwas nach herrschender Rechtsprechung erlangt, wenn Vermögenswerte, die nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen, als Gegenleistung für ein rechtswidriges Handeln gewährt werden<sup>31</sup>. Vor diesem Hintergrund ist § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nach h. M. nicht auf das durch passive Bestechungsdelikte seitens des Nehmers Erlangte – das Bestechungsgeld – anwendbar. Diese Vorschrift steht somit einer Abschöpfung nicht entgegen.

Die h. Rspr. ist der Auffassung, dass ein “etwas” – zu dessen genauer Bestimmung siehe weiter unten – das der Täter eines aktiven Bestechungsdelikts nach §§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB erlangt, allerdings “aus der Tat” und nicht “für die Tat” gewonnen wird<sup>32</sup>, so dass § 73 Abs. 1 S. 2 StGB grundsätzlich einschlägig sein kann. Voraussetzung dieses Verfallausschlusses ist aber, dass dem durch die Tat *Verletzten* aus dieser Ansprüche erwachsen sind und Verletzter nur derjenige sein kann, dessen Individualinteressen durch das vom Täter übertretene Strafgesetz geschützt werden sollen<sup>33</sup>. Anerkanntermaßen schützen aber auch die Amtsträgerdelikte der §§ 333, 334, 335 StGB, 1 ff. EU-BestG, 1 ff. IntBestG ausschließlich Kollektivrechtsgüter, so dass eine Verletztenstellung gem. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB des Staates, von Behörden oder öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtspersonlichkeiten bzgl. der Tatbestände der aktiven Amtsträgerbestechung

27. NK/Herzog § 73 Rn. 23; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 26; Lackner/Kühl § 73 Rn. 6.

28. BGHSt 33, 38 ff.; BGHSt 47, 22, 31; BGH NStZ 1999, 560; 2000, 589; 2003, 423, stdg. Rspr.; vgl. Hohn wistra 2003, 321 und Wohlers JR 2003, 160.

29. BGHSt 31, 207, 209 ff.; MK-Diemer/Krick § 299 Rn. 2; Fischer § 299 Rn. 2; Lackner/Kühl § 299 Rn. 1; SK-Rudolphi § 299 Rn. 1; Dölling ZStW 112 (2000), 334, 351; Wolters JuS 1998, 1100, 1103; vgl. Pragal ZIS 2006, 62, 67 ff.

30. Fischer § 73 Rn. 17; anders, wenn in der Tat zugleich eine Untreue (§ 266 StGB) zu Lasten des Dienstherrn liegt, BGH NStZ 1999, 559 f.

31. BGHSt 30, 46, 47; BGHSt 50, 299, 309 f.; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 4; BGH NStZ-RR 2002, 366.

32. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGHSt 52, 227, 247f. Rn 99ff.; krit. Schlösser NStZ 2011, 121, 125.

33. BGH JR 2002, 296, 297 (Verletzeneigenschaft des Staates bei Steuerstrafaten); OLG Karlsruhe wistra 2004, 478.

ausgeschlossen ist<sup>34</sup>. Vor diesem Hintergrund steht der Abschöpfung des Erlangten beim Dritten (Unternehmen) gerade beim aktiven Amtsträgerbestechungsdelikt typischerweise kein rechtliches Hindernis entgegen.

In Fällen der aktiven Bestechung unter Privaten gem. § 299 Abs. 2 StGB kommt der höchstrichterliche Rspr. zufolge der Ausschluss gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 StGB durch Schadensersatzansprüche der Geschädigten hingegen in Betracht<sup>35</sup>, jedoch ist in der Praxis festzustellen, dass auf instanzgerichtlicher Ebene der Verfall beim Unternehmen auch im Fall des § 299 Abs. 2 StGB praktiziert bzw. zur Herbeiführung einer einvernehmlichen Lösung über eine Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG (s.u.) umgangen wird.

Der Ausschluss gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 StGB kann laut BGH auch bei der passiven Bestechung unter Privaten gem. § 299 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Bestechungsgeldes in Betracht kommen<sup>36</sup>. Jedenfalls dann, wenn ein Bestechungslohn quasi spiegelbildlich den Mindestschaden oder Nachteil des Geschäftsherren im Rahmen eines Betrugs (§ 263 StGB) oder einer Untreue (§ 266 StGB) des Bestochenen darstellt, muss eine Verfallsanordnung bei diesem zur Vermeidung doppelter Inanspruchnahme zwingend unterbleiben<sup>37</sup>; dies gilt jedoch nicht für den Verfall beim Unternehmen der Geberseite.

Am Rande sei darauf hingewiesen, dass das Verfallsrecht in Gestalt des § 73c Abs. 1 StGB eine nach Billigkeitskriterien zu handhabende "Härtevorschrift" enthält, die zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit vorsieht, dass der Verfall nicht angeordnet wird – d. h. nicht angeordnet werden darf – soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre; die Verfallsanordnung kann – aber muss nicht – unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat<sup>38</sup>. Aus letzterem ist nach h. M. zu schließen, dass bei Entreicherung nicht zwingend eine unbillige Härte vorliegt<sup>39</sup>. § 73c StGB schränkt nach der bisherigen Praxiserfahrung die Abschöpfung beim Unternehmen kaum effektiv ein.

## 2.5

### ENTWICKLUNG DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG ZUM ABSCHÖPFUNGSBETRAG IM SINNE DES § 73 ABS. 1 S. 1 STGB

## 2.5.1

### MÜLLVERBRENNUNGS- ENTSCHEIDUNG (5. STRAFSENAT)

Die eingangs erwähnten Entscheidungen des 5. Strafsenats und des 1. Strafsenats des BGH zum Abschöpfungsbetrag lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

**Sachverhalt:** Eine von einer Kommune beherrschte Abfallentsorgungsgesellschaft (eine GmbH, A) verfolgte das Ziel der Errichtung einer Restmüllverbrennungsanlage. Die Aufträge zur Planung und zum Bau der Anlage wurden ausgeschrieben. Auf die Ausschreibung hin gaben mehrere Firmen, wie auch das Unternehmen L, eine GmbH, Angebote ab. Daraufhin wurde unter anderem zwischen dem Geschäftsführer der A und dem Geschäftsführer der L vereinbart, dass im Falle der Auftragsvergabe an die L von dieser ein Schmiergeld in Höhe von 3% des Auftragsvolumens unter anderem an den Geschäftsführer der A bezahlt werde, und zwar ein Drittel nach Vertragsschluss, ein Drittel nach Baubeginn und das letzte Drittel nach Abschluss der Bauarbeiten. Der

34. BGHSt 30, 46, 47; BGHSt 33, 37, 38; BGH NStZ 2000, 589; BGH NStZ-RR 2004, 242; vgl. auch BGH wistra 2001, 295; SK-Horn § 73 Rn 17; Fischer § 73 Rn 22. Anderes gilt hier wiederum für § 299 Abs. 2 StGB.

35. Vgl. zu § 299 StGB etwa BGH NJW 2006, 925, 930 = BGHSt 50, 299, 310 ff. ("Schadensersatzansprüche der ... stehen nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB einer Verfallsentscheidung zu Lasten der Verfallsbeteiligten zumindest in der Höhe entgegen, in denen diese Ansprüche noch nicht durch Zahlungen der Angekl. erfüllt worden sind."); a.A. offenbar Fischer § 73 Rn. 22; LK/Schmidt § 73 Rn. 38.

36. BGH: Beschluss vom 31.03.2008 - 5 StR 631/07, in: BeckRS 2008, 07838: "Dem Verfall stehen ...auch Ansprüche der Arbeitgeberin der Angeklagten..., auf Herausgabe der erlangten Bestechungsgelder nach § 687 Abs. 2, § 681 Satz 2, § 667 BGB entgegen. Verletzter der gewerblichen Bestechung ist jedenfalls der Geschäftsherr des Bestochenen .... Der Anspruch auf Herausgabe der Schmiergelder dient letztlich der Kompensation der Interessen des Geschäftsherrn. Solche Sondervorteile lassen regelmäßig eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Geschäftsherrn besorgen ..."

37. BGHSt 47, 22, 31 f.; BGH NStZ 2003, 423; BGHR StGB § 73 Verletzter 4.

38. BGHSt 47, 369, 377; BGH NJW 2009, 2755; BGH NStZ 1995, 495; BGH NStZ-RR 2000, 367.

39. BGH NJW 2009, 2755; BGH wistra 2003, 424; BGH StraFo 2009, 295; BGH NStZ-RR 2009, 234.

Auftrag wurde an die L vergeben und es wurde vereinbart, dass die Restmüllverbrennungsanlage zu einem Festpreis von 792 Mio. EUR zu errichten sei. In diesem Preis war durch verschiedene Aufschläge auf einzelne Bau-Lose eine schmiergeldbedingte Erhöhung des Werklohns von rund 24 Mio. DM (= ca. 12 Mio. EUR) enthalten. Da sich dieser Betrag aus Sicht der L lediglich als Durchlaufposten darstellte, wäre der Geschäftsführer der L auch bereit gewesen, für die L zu einem um den Schmiergeldbetrag verminderten Preis den Vertrag abzuschließen. Die A zahlte den vereinbarten Werklohn einschließlich des darin enthaltenen Schmiergeldanteils fast vollständig an die L. Die L rechnete das Projekt Restmüllverbrennungsanlage – trotz der Erhöhung des Festpreises um den Betrag des Schmiergelds – im Ergebnis nach einem zwischenzeitlichen vorläufigen Gewinn in Höhe von ca. 8 bis 9 Mio. EUR – wegen verschiedener Gewährleistungsarbeiten mit einem *Verlust* von 688.000 EUR ab<sup>40</sup>.

**Entscheidungsgründe:** Nach der Rechtsprechung des 5. Strafsenats erfüllte das Verhalten der Geschäftsführer der A und der L hier den Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in einem besonders schweren Fall (§§ 299 Abs. 1 bzw. 2, 300 Nr. 1 StGB)<sup>41</sup>. In Folge dieser bereits mit der Absprache über die zukünftigen Provisionszahlungen an den Geschäftsführer von A eingetretenen Tatbestandsverwirklichung (“sich versprechen lässt”, “verspricht”) kam es zum Vertragsabschluss zwischen der A und der L über den Bau der Restmüllverbrennungsanlage. Durch diesen Vertragsabschluss realisierte die L dann Einnahmen in Höhe von gut 792 Mio. EUR und im Endergebnis (größere) Ausgaben von ca. 792,688 Mio. EUR, d.h. einen Verlust von 688.000 EUR. Aus Sicht des 5. Strafsenats ist *“durch Bestechung (im geschäftlichen Verkehr) erlangt i.S.v. § 73 Absatz 1 S. 1 StGB ... bei der korruptiven Manipulation einer Auftragsvergabe nicht der vereinbarte Preis, sondern der gesamte wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. ... Der wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt der Auftragserlangung bemisst sich vorrangig nach dem zu erwartenden Gewinn. Aussagekräftiges Indiz hierfür wird regelmäßig die Gewinnspanne sein, die der Auftragnehmer in die Kalkulation des Werklohns hat einfließen lassen.”*<sup>42</sup>. Maßgeblich zur Bestimmung des Wertes ist danach die Gewinnprognose bzw. -kalkulation ex ante bzw. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Der 5. Strafsenat begründet dies mit einem – ungeschriebenen, vgl. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB – Unmittelbarkeitsprinzip und dem Begriff des Erlangens. Unmittelbar aus einer (aktiven) Bestechung – im geschäftlichen Verkehr oder auch gegenüber Amtsträgern – erlange ein Werkunternehmer im Rahmen korruptiver Manipulationen bei der Auftragsvergabe nämlich lediglich die Auftragserteilung – also den Vertragsabschluss – selbst, nicht hingegen den vereinbarten Werklohn<sup>43</sup>. Die Tat als solche führe unmittelbar nur zu dem Vorteil des schuldrechtlichen Vertragsschlusses, nicht aber auch zu dessen Erfüllung, durch den der Werklohn tatsächlich erst erlangt wird<sup>44</sup>. Die Vorteile aus der Ausführung des Auftrags wären nicht mehr unmittelbar aus der “Tat” erlangt; strafrechtlich bemakelt sei lediglich die Art und Weise, wie der Auftrag erlangt ist, nicht dass der Auftrag ausgeführt wird<sup>45</sup>. Daher unterlagen laut dem 5. Strafsenat in der “Müllverbrennungs-Entscheidung” die von der L vereinnahmten gut 792 Mio. EUR (Umsatz) nicht dem Verfall, sondern nur der zum Zeitpunkt der Auftragserlangung zu erwartende Gewinn – d.h. regelmäßig der kalkulierte Gewinn – und etwaige weitergehende durch den Vertragsschluss als solchen

40. Zum Sachverhalt: BGH NJW 2006, 925 = BGHSt 50, 299 ff.

41. BGHSt 50, 299 ff. Aus hier nicht interessierenden Gründen ordnete der BGH die A als eine nicht durch die öffentliche Hand beherrschte GmbH ein, weshalb eine Amtsträgerstellung des Geschäftsführers gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB ausschied und die §§ 331 ff. StGB nicht zur Anwendung kamen.

42. BGHSt 50, 299, 309; vgl. auch BGH NSTZ-RR 2006, 338.

43. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGH NSTZ-RR 2006, 338.

44. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGH NSTZ-RR 2006, 338.

45. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGH NSTZ-RR 2006, 338.



erlangte Vorteile<sup>46</sup>. Dieser belief sich hier wohl auf 8-9 Mio. EUR, da ein Gewinn in dieser Höhe nach den Feststellungen zwischenzeitlich auch realisiert worden war. Im konkreten Fall konnte nach Auffassung des 5. Strafsenates jedoch ausnahmsweise nach § 73c Abs. 1 StGB überhaupt von einer Verfallsanordnung abgesehen werden, weil das Projekt nach Erbringung von Gewährleistung mit einem Verlust von ca. 0,7 Mio. EUR abgeschlossen werden musste und gegenüber dem Vermögen der L das Insolvenzverfahren eröffnet wurde<sup>47</sup>. Andernfalls wäre wohl von der Abschöpfbarkeit der zwischenzeitlich realisierten 8-9 Mio. EUR auszugehen gewesen.

**Bemerkung:** Auch wenn der 5. Strafsenat die Bemakelung der Auftragsdurchführung nur für den Fall einer Korruptionstat verneint hat, wird die Entscheidung in der Literatur so interpretiert, dass die obigen Grundsätze nicht auf die Abschöpfung bei Bestechungsdelikten beschränkt bleiben, sondern – außer bei Betäubungsmitteldelikten und Embargoverstößen – generell gelten sollen<sup>48</sup>. Jedenfalls ist dies m. E. für den Fall von durch deliktisches Verhalten erlangten synallagmatischen Verträgen anzunehmen, wenn nur deren Zustandekommen, nicht aber deren Durchführung strafrechtlich bemakelt ist. Die Bezugnahme des 5. Strafsenats auf die fehlende Bemakelung der Auftragsdurchführung zeigt, dass aus seiner Sicht Voraussetzung für eine Bemakelung auch des erhaltenen Tatentgelts offensichtlich die Strafbarkeit der Vertragsdurchführung ist und damit diese nicht über eine Ausgangsstraftat abgeleitet werden kann, denn die Durchführung von verbotenen Betäubungsmittelgeschäften und Embargoverstößen – zumindest hinsichtlich der “verbotenen Güter” – ist für sich strafbar nach den § 29 BtMG und § 34 AWG<sup>49</sup>. Mit einer entsprechenden Entscheidung zum Verfallsbeitrag beim “Insidertrading” – beschränkt auf den bemakelten Gewinn – bestätigte der 5. Strafsenat kürzlich seine Rechtsauffassung<sup>50</sup>. Auch der 3. Strafsenat äußerte sich in ähnlicher Weise, indem er für den Fall, dass entgegen § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG genehmigungsfähige Güter ohne die erforderliche Genehmigung exportiert werden, nicht den Kaufpreis, sondern lediglich die durch das Unterbleiben des Genehmigungsverfahrens ersparten Aufwendungen als abschöpfbar ansieht<sup>51</sup>.

Ergänzend ist zu erläutern, dass die Anwendung des Bruttoprinzips in der oben beschriebenen Weise bei strafrechtlich bemakelten synallagmatischen Verträgen paradoxer Weise zu Ergebnissen führt, die im Wesentlichen der Anwendung des Nettoprinzips entsprechen. Darin liegt jedoch keine Umgehung der gesetzlichen Vorgabe des Bruttoprinzips. Logisch und nach der Vorgabe des § 73 Abs. 1 StGB ist zunächst das durch die Straftat erlangte Etwas zu ermitteln, nachrangig stellt sich die Frage der Abschöpfung eines Brutto- oder Nettobetrags. Nur das erlangte Erwas – hier der Vertragswert und damit der prognostizierte Gewinn aus dem Vertrag – kann brutto, d. h. ohne Abzüge, abgeschöpft werden. Die in den kalkulierten Gewinn bereits eingeflossenen Abzugsposten können auf dieser Stufe nicht heraus gerechnet werden, denn brutto abzuschöpfen ist nur der Wert, der erlangt wurde – der Vertragswert, der dem kalkulierten Gewinn entspricht.

## 2.5.2

### WERBEPOST-ENTSCHEIDUNG (1. STRAFSENAT)

**Sachverhalt:** Über ausländische Marketinggesellschaften wurden in Deutschland zahlreiche Werbepostsendungen verschickt, die nach § 16 UWG strafbare irreführende Werbung enthielten. Bei den Auslandsgesellschaften gingen aufgrund dessen

46. BGHSt 50, 299, 310 f.

47. BGHSt 50, 299, 311 f.

48. Schlösser NSTZ 2011, 121, 124 m.w.N.

49. Schlösser NSTZ 2011, 121, 124 m.w.N.

50. BGH NSTZ 2010, 339, 341 Rn. 29 ff.

51. BGH, Urt. v. 19.1.2012, in: NJW 2012, 1159 ff.

Warenbestellungen mit einem Umsatzerlös von ca. 54 Mio. EUR ein. Hieraus wurden dann gut 32 Mio. EUR an die deutsche Gesellschaft O weitergeleitet, die den erforderlichen Warenversand abwickelte und die Werbepost vorbereitete. Die O gehörte der I, einer Domizilgesellschaft in der Schweiz, die auch die o. g. Auslandsgesellschaften eingesetzt hatte. Der von O aus den Warenbestellungen letztendlich gezogene Gewinn belief sich auf ca. 1,7 Mio. EUR, der dann in vollem Umfang an die Muttergesellschaft I ausgezahlt wurde. Die Adressdaten der Kunden wurden über P, eine zu diesem Zweck und im Interesse der I. gegründete Gesellschaft, an externe Unternehmen "vermietet". Hieraus erzielte die P Einnahmen in Höhe von 671.136 EUR<sup>52</sup>.

**Entscheidungsgründe:** Der *1. Strafsenat* ging hier davon aus, dass durch das Verschicken der Werbepost zusammen mit den Warenkatalogen der Tatbestand der strafbaren Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG erfüllt worden ist und diese Straftaten ursächlich für die Warenbestellungen waren<sup>53</sup>. Nach der Auffassung des *1. Strafsenats* seien daher "aus" der strafbaren Werbung i.S.v. § 16 Abs. 1 UWG<sup>54</sup> unmittelbar Warenbestellungen erlangt worden. Insofern knüpft der *1. Strafsenat* an die Überlegungen des *5. Strafsenats* aus der Müllverbrennungs-Entscheidung an und lehnt die Auffassung der Vorinstanz ab, wonach aus den Taten nur die Chance auf Warenbestellungen erlangt worden sei<sup>55</sup>. Der *1. Strafsenat* nimmt jedoch – anders als im deutschen Zivilrecht grundsätzlich üblich und vom *5. Strafsenat* praktiziert (s.o.) hier keine Differenzierung zwischen dem Verpflichtungsgeschäft – dem Vertragsabschluss über die Waren – und dem Erfüllungsgeschäft – der Übergabe der Waren auf der einen und des Geldes auf der anderen Seite – vor. Jedenfalls tatbezogen bewertet er beide Vorgänge einheitlich: "Aus den Taten erlangt wurden hier nicht nur die Warenbestellungen, also die Vertragsabschlüsse, die durch das Verschicken der Werbesendungen zusammen mit den Warenkatalogen kausal hervorgerufen wurden, sondern auch die von den Kunden in Erfüllung der Kaufverträge geleisteten Zahlungen ... Insofern besteht nach Auffassung des Senats hier kein sachlicher Grund, zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft und ‚dinglichem‘ Verfügungsgeschäft zu differenzieren"<sup>56</sup>. Er begründet dies damit, dass auch die Durchführung der Kaufverträge strafrechtlich bemakelt sei, da es Schutzzweck von § 16 UWG sei, den Verbraucher vor zweckverfehltem und vermögensschädigendem Mitteleinsatz zu bewahren, weshalb der Mitteleinsatz selbst nicht als strafrechtlich neutral beurteilt werden könne<sup>57</sup>. Eine strafrechtliche Bemakelung setze aber nicht voraus, dass die Handlung – hier das Erfüllungsgeschäft – strafbar sein müsse. Es sei mithin für eine Abschöpfung gem. § 73 StGB nicht erforderlich, dass das bei Alltagsgeschäften regelmäßig nicht strafrechtlich verbotene Erfüllungsgeschäft strafbar sei<sup>58</sup>. Die anscheinend entgegengesetzte Auffassung des *5. Strafsenats* und dessen enges Verständnis des Unmittelbarkeitskriteriums sei laut dem *1. Strafsenat* nicht ohne weiteres mit der gesetzlichen Systematik von § 73 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StGB vereinbar. Jedenfalls gehe die Annahme zu weit, dass sich aus § 73 Abs. 2 StGB ergeben solle, das vom Anwendungsbereich des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB stets nur

---

52. Sachverhalt: BGHSt 52, 227, 228 ff. (Rn 9 ff.).

53. BGHSt 52, 227, 234 ff. (Rn. 42ff.).

54. UWG (Unlauterer Wettbewerb-Gesetz), Verkündungsstand: 12.04.2012, in Kraft ab: 31.10.2009:

"§ 16 *Strafbare Werbung*

(1) Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt, Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, sie würden entweder vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

55. BGHSt 52, 227, 247 f. (Rn. 99ff.).

56. BGHSt 52, 227, 248f. (Rn. 102).

57. BGHSt 52, 227, 249 (Rn. 105).

58. BGHSt 52, 227, 250 (Rn. 107).

ein vertraglicher Anspruch, nicht aber das zu seiner Erfüllung Geleistete (Erfüllungsgeschäft, Zahlung etwa des Kaufpreises) erfasst sei<sup>59</sup>. Für den konkreten Fall bedeutete dies, dass der Verfall jeweils die vollen Beträge erfasste, die die auf Täterseite beteiligten Gesellschaften erhielten. Gegenüber O wurde der Verfall in Höhe der Umsatzerlöse von ca. 32 Mio. EUR, gegenüber I in Höhe von 1,7 Mio. EUR und gegenüber P im Umfang von 671.136 EUR angeordnet<sup>60</sup>. Der *1. Strafsenat* sah in dieser Rechtsprechung trotz der anklingenden rechtsdogmatischen Meinungsunterschiede keine die Entscheidung tragende Abweichung von der Rechtsprechung des *5. Strafsenats* und wich so (vorerst) einer Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* (§ 132 GVG, sog. Divergenzvorlage) aus<sup>61</sup>. Er begründet dies damit, dass § 299 Abs. 2 StGB nicht den Vertragsabschluss und seine Durchführung strafrechtlich bemakelt, sondern nur den Umstand, dass dies wettbewerbswidrig geschieht, was sich aus dem Schutzzweck des § 299 StGB ergebe<sup>62</sup>. Dieser Unterschied zwischen § 299 StGB und § 16 UWG könnte laut dem *1. Strafsenat* fallbezogen die im Ergebnis unterschiedliche Rechtsprechung der beiden Strafsenate rechtfertigen. Obiter dictum hält der *1. Strafsenat* allerdings allgemein fest – und darin dürfte seine eigentliche Rechtsauffassung zum Ausdruck kommen – dass auch bei einer Straftat, die zu einem bemakelten schuldrechtlichen und einem unbemakelten dinglichen Vertrag führe, die Bestimmung dessen, was erlangt wurde, nach dem Bruttoprinzip es nahe lege, „auch beim schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft den Anspruch auf Leistung ... so zu bewerten, dass die Verpflichtung zur Gegenleistung ... unberücksichtigt bliebe“<sup>63</sup>.

**Bemerkung:** Der Sache nach dürfte der *1. Strafsenat* damit zum Ausdruck bringen, dass er zwar für Fälle der aktiven Bestechung (§§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB) den durch den schuldrechtlichen Vertrag erlangten Wert als das Erlangte im Sinne des § 73 StGB ansieht, die durch den Vorteilsgeber zu erbringende Gegenleistung jedoch eigentlich gerade nicht wertmindernd berücksichtigen möchte. Es erscheint nicht fernliegend, dass sich der *1. Strafsenat* zu § 299 StGB der Sichtweise des *5. Strafsenats* nur anschloss, um ohne Divergenzvorlage über den Fall zu § 16 UWG entscheiden zu können. Entgegen des ersten Eindrucks – und den anscheinend prozesstaktisch motivierten Ausführungen des Urteils – dürfte der *1. Strafsenat* mithin an sich zur Abschöpfung des gesamten Umsatzes aus einem durch aktive Korruption erlangten Vertrag (bzw. Auftrag) tendieren. Jedenfalls läge dies in der Konsequenz seiner allgemeinen Ausführungen. Vor dem Hintergrund der abweichenden Auffassung des *5. Strafsenats* ist daher jedenfalls hinsichtlich des Abschöpfungsbetrags bei aktiven Korruptionsdelikten derzeit von einem – verdeckten – Dissens zwischen diesen beiden Strafsenaten des BGH auszugehen, der früher oder später zu einer Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen des BGH führen könnte, insbesondere, wenn der *1. Strafsenat* über den Verfall bei aktiven Bestechungsstraftaten oder auch bei Betrugsstraftaten zu entscheiden hat. Derzeit kann nicht prognostiziert werden, welche Auffassung sich in der Rechtsprechung des BGH durchsetzen wird. Die anderen Strafsenate haben bislang von einer veröffentlichten Stellungnahme zu dieser Rechtsfrage abgesehen, wobei der *3. Strafsenat* der Sichtweise des *5. Strafsenats* zuzuneigen scheint<sup>64</sup>.

---

59. BGHSt 52, 227, 251 f. (Rn 108).

60. BGHSt 52, 227, 246 Rn. 91, Rn 98 und Rn 117. Auffällig ist hier die Abschöpfung des Betrages ggü. I, da dieser bereits in dem bei O abgeschöpften Betrag enthalten war. Der *1. Strafsenat* behandelt die Beträge offenbar wie in einer Handelskette weitergegeben, vgl. BGH NStZ-RR 2007, 121; StrFo 2008, 336, und schöpft nach dem Bruttoprinzip bei allen Beteiligten den vollen Betrag ab. Die Grundsätze der gesamtschuldnerischen Haftung sind offenbar insoweit gewahrt, als insgesamt mehr als der abgeschöpfte Betrag aus den Straftaten erlangt wurde (54 Mio. EUR bei den Auslandsgesellschaften), so dass nicht insgesamt zuviel abgeschöpft wurde. Es stellt sich aber die Frage, ob O und I nicht als Gesamtschuldner des durch O erlangten Betrags von 32 Mio. EUR anzusehen sind, und max. nur dieser gesamtschuldnerisch bei beiden hätte abgeschöpft werden dürfen, vgl. BVerfG StV 2004, 409; BGH NStZ 2004, 440; Fischer § 73 Rn. 16.

61. Vgl. Ausführungen BGHSt 52, 227, 249 Rn. 105.

62. BGHSt 52, 227, 249 Rn. 105.

63. BGHSt 52, 227, 251 Rn. 108.

64. BGH NJW 2012, 1159, 1160.

## 2.6

### STELLUNGNAMEN IN DER LITERATUR

## 2.6.1

### “FÜR DIE TAT” EINSCHLÄGIGE TATBESTANDSVARIANTE MIT DER FOLGE DES SYNALLAGMAS ZWISCHEN GEWÄHRTEM VORTEIL UND SONDERVORTEIL AUS DER (PFLICHTWIDRIGEN ODER WETTBEWERBSWIDRIGEN) HANDLUNG

In der Literatur wird dem 5. *Strafsenat* bzgl. der Müllverbrennungs-Entscheidung im Ergebnis bzgl. des Abschöpfungsbetrags vielfach zugestimmt. Jedoch wird darauf verwiesen, dass der Vorteilsgeber entgegen der Annahme des *BGH* nicht aus der aktiven Bestechungstat etwas erlange. Der rechtliche Anknüpfungspunkt für die Verfallsanordnung gegen den Vorteilsgeber sei hier vielmehr § 73 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB (“für die Tat”)<sup>65</sup>.

Da sich das Unmittelbarkeitsprinzip auch auf diese Tatvariante beziehe, erstrecke sich die Bemakelung hier allein auf die unmittelbar durch die Korruptionstat erlangte Gegenleistung mit der Folge, dass der durch den schuldrechtlichen Vertrag erlangte Wert im Sinne des § 73 StGB maßgeblich ist<sup>66</sup>. Der Wert dieses Erlangten sei anhand einer Gegenüberstellung von Leistungspflicht und Forderungsrecht zu ermitteln, so dass der Verfallsumfang sich nach dem Gewinn und etwaigen weiteren wirtschaftlichen Vorteilen richtet<sup>67</sup>. Diese Auffassung hätte – anders als die des 5. *Strafsenats* – zur Folge, dass Ansprüche des Geschädigten gem. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB einer Abschöpfung nicht entgegenstehen, da diese Vorschrift nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur aus der Tat, nicht aber für die Tat erlangte Vermögenswerte erfasst. Sie dürfte also in der Praxis den Anwendungsbereich des Verfalls für aktive Korruptionsdelikte – entsprechendes dürfte für Betrugsdelikte gelten – erweitern.

## 2.6.2

### ANALOGIE ZUM ZIVILRECHTLICHEN BEREICHERUNGSRECHT (§§ 812, 818, 819 BGB)

Nach einer anderen Auffassung ist das “aus einer Straftat” – in Fallkonstellationen strafbarer Vertragsanbahnung u. a. durch aktive Korruption (§§ 299 Abs. 2, 333 ff. StGB) aber auch durch strafbare Werbung (§ 16 UWG) oder Betrug (§ 263 StGB) – erlangte “Etwas” im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB nach dem Vorbild der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu bestimmen<sup>68</sup>.

Der Zugang zum Vertrag als Zwischenziel des Täters beschreibt in dieser Fallgruppe die Abgrenzung zu anderen Tatmustern etwa der Eigentums- und Vermögensdelikte<sup>69</sup>. Mit der dort geläufigen Unterscheidung von Bereicherungsgegenstand (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) und dem Gegenstand des Bereicherungsanspruchs (§§ 818, 819 BGB) sei eine entscheidende Auslegungshilfe gegeben. Der Verfall erweise sich nach dieser Auffassung unter Heranziehung zivilrechtlicher Terminologie als Einnahmeabschöpfung ohne Entreicherungseinwand<sup>70</sup>. Die analoge Heranziehung bereicherungsrechtlicher Grundsätze wird vorwiegend darauf gestützt, dass die Vorschriften der §§ 73 ff. StGB zahlreiche Begrifflichkeiten des bürgerlichen Rechts verwendeten und implizit deren zivilrechtliche Bedeutung zugrunde legen würden. Zudem enthalte § 73 Abs. 1 S. 1 StGB mit dem Begriff des Erlangten eine sinntragende Verweisung auf die Zentralnorm des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) nach deren Maßstäben im Wesentlichen das erlangte Etwas gem. § 73 StGB zu bestimmen sei, sowie auf die Begrifflichkeiten der §§ 818, 819 BGB<sup>71</sup>. Auch der Entstehungsgeschichte und

65. Eingehend Schlösser NSTZ 2011, 121, 125-130 m.w.N.

66. Schlösser NSTZ 2011, 121, 131 unter Verweis auf BGHSt 47, 260, 268 f.; LK/Schmidt § 73 Rn 17 sowie Rn. 28.

67. Schlösser NSTZ 2011, 121, 131.

68. Burghart wistra 2011, 241 ff.

69. Burghart wistra 2011, 241, 242 f.: “Dem Betrüger und dem Bestechenden kommt es hingegen darauf an, eine gegenseitige Bindung einzugehen, deren Bedingungen und Inhalt sie unerkant (Betrug, verbotenes Insidergeschäft, strafbare Werbung) oder gemeinsam zu Lasten eines Dritten (Bestechung) diktieren. Sie wollen sich die vom Recht vorgehaltenen Formen und Verfahren nutzbar machen. Wenn es dem Täter gelingt, die Geschäftsgegner zum Verzicht auf Rechtsschutz zu veranlassen oder sie über die Voraussetzungen zu täuschen, gelangt er zu dem angestrebten, unlauteren Gewinn nicht durch eine Überwindung und Durchbrechung des Rechts, sondern durch seine Anwendung (verkürzt um die Beachtung der Nichtigkeitsfolgen: §§ 123, 142 I, 134, 138 BGB). Die vom Täter übernommene Verpflichtung und der Aufwand zur Pflichterfüllung durch Leistung an den Geschäftspartner sind die gemeinsamen Eigenarten aller Varianten der strafbaren Vertragsanbahnung, die die Verfallsbeurteilung in den Streit geraten läßt... Die Fälle der strafbaren Vertragsanbahnung gleichen sich in den für die Verfallsbeurteilung wesentlichen Merkmalen der Art und Weise der Vermögensverschiebung. Daß der betrügerische Verkäufer den Kaufgegenstand leistet, den er zuvor als unzutreffend wertvoll beschrieben hat, kennzeichnet keinen maßgeblichen Unterschied zu anderen Fällen, etwa der Bestechung zur Auftragserrlangung.”

70. Burghart wistra 2011, 241 f.

71. Burghart wistra 2011, 241, 244.

dem Sinn und Zweck der §§ 73 ff. StGB sei zu entnehmen, dass der Gesetzgeber eine sinngemäße Übertragung des Bereicherungsrechts in das Strafrecht gewollt habe<sup>72</sup>. Das strafrechtliche Verfallsrecht sei somit analog dem zivilrechtlichen Bereicherungsrecht auszulegen, soweit der Gesetzgeber nicht ersichtlich gerade abweichende Regelungen treffen wollte. Letzteres sei insofern der Fall, als der Gesetzgeber bewusst in den §§ 73 ff. StGB – auch in § 73c StGB – nicht den Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) als Ausschlussgrund des Verfalls vorgesehen hat<sup>73</sup>. Bei Straftaten im Vertragsanbahnungsbereich lasse sich der Ausschluss des Entreicherungsseinwands auch aus dem bereicherungsrechtlichen Vorbild der verschärften Haftung bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit der empfangenen Leistung ableiten (§§ 819, 818 Abs. 4 BGB)<sup>74</sup>. Wer – wie der unter Verstoß gegen (z. B. Korruptions-)Strafrecht einen Vertrag Anbahnende – schon zur Zeit der Vereinnahmung des Vermögensvorteils wisse, dass er rechtsgrundlos (§ 819 Abs. 1 BGB) oder gar verboten (§ 819 Abs. 2 BGB) die Gegenleistung empfangen werde, daher sofort nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4 BGB), d.h. unter Ausschluss der Entreicherungsseinrede<sup>75</sup>. Unter Heranziehung der Rechtsgedanken des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB sei Erlangtes die aus dem (nichtigen) strafbar angebahnten Vertrag (§§ 134, 138, 142 Abs. 1 BGB) erlangte scheinbare Forderung, die wirtschaftlich wertvoll sei, denn solange der (Schein-)Schuldner den Mangel nicht kennt, werde er sich auf Erfüllung in Anspruch nehmen lassen (müssen). Der Täter erlange also wenigstens eine sichere Erfüllungsaussicht<sup>76</sup>. Er habe seine auf dem Vertrag beruhende einredebehaftete Zahlungsforderung, die dem Verfall unterliegt. Die gegen ihn gerichtete – eventuell ebenfalls einredebehaftete – Forderung auf Lieferung oder Leistung, bleibe für den Verfall wegen des Brutto-Prinzips (und analog §§ 818 Abs. 3, Abs. 4, 819 BGB, s.o.) rechtlich irrelevant, so dass ein Abzug von deren Wert beim Verfall entgegen dem 5. Strafsenat nicht in Betracht komme<sup>77</sup>.

Diese Auffassung erreicht mithin für strafrechtlich bemakelte synallagmatische Verträge dasselbe Ergebnis, das der 1. Strafsenat bisher nur zu § 16 UWG vertrat und dehnt dessen Ergebnis auf eine deutlich größere Fallgruppe aus. Danach ist – z. B. auch etwa in Fällen des Eingehungsbetrugs – stets der gesamte Umsatz bzw. der Nominalwert der Forderung abzuschöpfen, der aus einer strafbaren Vertragsanbahnung gewonnen wird<sup>78</sup>. Dies gelte insbesondere auch für aktive Korruptionsdelikte, denn bei dieser Konstellation könne man nicht ausschließen, dass ohne die strafbare Manipulation nicht der Täter, sondern ein Mitbewerber den Vertrag geschlossen hätte und dass der Werklohn dann nicht an den Täter, sondern in geringerer Höhe an den Mitbewerber gezahlt worden wäre<sup>79</sup>. Das zumindest durch den 5. Strafsenat in § 73 Abs. 1 S. 1 StGB “hineingelesene” ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der “Unmittelbarkeit” sei für die Bestimmung des Erlangten bei Korruptionsdelikten gänzlich untauglich, da letztlich unbestritten ist, dass durch die mit dem Vorteil erkaufte Dienst- oder Wettbewerbshandlung nie oder fast nie unmittelbar der Vermögenszufluss beim Geber oder Dritten eintritt, weil sich die Bestechungshandlungen häufig auf Akte im Vorfeld des Vertragsabschlusses oder gar der Auszahlung der Umsatzerlöse beziehen<sup>80</sup>.

72. Burghart wistra 2011, 241, 244 f.

73. Burghart wistra 2011, 241, 245.

74. Burghart wistra 2011, 241, 245.

75. Burghart wistra 2011, 241, 245: “Die eigene Leistung des Bereicherungsschuldners, das Kernstück der anspruchsmindernden Saldierung, kann während der Zeit verschärfter Haftung dem Anspruch nur entgegengehalten werden, wenn sie im Vertrauen auf die Beständigkeit des eigenen Rechtserwerbs erbracht wurde. Dieses Vertrauen genießt der Täter nicht, der die Leistung des Gegenübers durch eine Straftat veranlaßt. Das Bruttoprinzip, das jeden Entreicherungsseinwand ausschließt, entspricht damit so weitgehend der verschärften Haftung des Bereicherungsschuldners, daß auch hier zivilrechtliche Auslegungshilfen in Anspruch genommen werden können.”

76. Burghart wistra 2011, 241, 247 m.w.N.

77. Burghart wistra 2011, 241, 247-248.

78. Burghart wistra 2011, 241.

79. Burghart wistra 2011, 241, 243.

80. Burghart wistra 2011, 241, 244 mit Beispielen aus der Rspr.



Nach dieser Auffassung führt eine Straftat bei der Anbahnung von synallagmatischen Verträgen zur Abschöpfbarkeit der gesamten – auch durch Dritte, d.h. Unternehmen – erzielten Umsatzerlöse aus dem Vertrag ohne Abzüge für Aufwendungen oder den Wert der Gegenleistung. Dies gilt jedenfalls vorbehaltlich des Eingreifens der Reduzierung des Verfallsbetrags aus Billigkeitsgründen, § 73c StGB<sup>81</sup>.

## 2.7 KRITIK

Zunächst einmal ist im Anschluss an die Auffassung *Schlössers* darauf hinzuweisen, dass die Auffassung des 1. *Strafsenats* und des 5. *Strafsenats*, die unhinterfragt zu Grunde legen, dass bei aktiven Korruptionssachverhalten bzgl. der seitens des Bestochenen erlangten Gegenleistung die Alternative “aus der Tat” einschlägig sei, bei näherer Betrachtung nicht überzeugt<sup>82</sup>. Dies folgt aus einer sinnvollen Abgrenzung mit der einzigen weiteren Tatbestandsvariante (“für die Tat”), die nach gewöhnlichem Verständnis solche Vermögenswerte erfasst, die nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen, sondern als Gegenleistung für ein rechtswidriges Handeln gewährt werden<sup>83</sup>.

“Aus der Tat” erlangt sollen hingegen die Vermögenswerte sein, die dem Tatbeteiligten *unmittelbar* aus der Verwirklichung des Tatbestandes zufließen<sup>84</sup>. Werk- oder Kaufverträge und die daraufhin erfolgten Zahlungen – wie in der Kölner Müllverbrennungs-Entscheidung – sind m. E. nie unmittelbare Folge der Bestechungszahlung im Sinne der §§ 333, 334, 299 Abs. 2 StGB. Für deren Zustandekommen müssen zunächst vielmehr die (Tat-)Handlungen des bestochenen Amtsträgers bzw. Angestellten oder Beauftragten insbesondere die Annahme des Vorteils und das Zustandekommen einer bilateralen Unrechtsvereinbarung erfolgen. Durch die Bestechungstat an sich sind die Verträge und die mit diesen verbundenen Vermögensvorteile noch nicht “in der Welt”, d. h. erlangt. Zum Erlangen der Verträge bedarf es vielmehr einer weiteren (nicht mehr tatbestandsmäßigen) Handlung, nämlich des Vertragsabschlusses. Der Vermögensvorteil stammt “aus” dem Vertrag respektive der Vertragsabschlusshandlung und nicht schon aus einer dieser vorausgehenden aktiven Bestechung. Die Vertragsabschlusshandlung wird aber (als Gegenleistung) “für” die Bestechung gewährt<sup>85</sup>. Dass dies dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht, ergibt sich auch aus § 73 Abs. 2 StGB, in dem es um den Verfall von Nutzungen und Surrogaten und damit von mittelbaren Vorteilen geht. Aus dieser Vorschrift geht laut der Gesetzesbegründung und laut dem BGH für § 73 Abs. 1 S. 1 StGB hervor, dass der Vermögensvorteil “unmittelbar” aus der Tat erlangt sein muss, auch wenn sich dies nicht aus dessen Wortlaut ergibt<sup>86</sup>. Vor diesem Hintergrund kann bzgl. des durch Bestechung bemakelten Vertragsabschlusses argumentiert werden, dass ein solcher, da er – ganz oder hinsichtlich bestimmter Klauseln – nicht unmittelbar “aus” der Schmiergeldzahlung stammt, nur eine Gegenleistung “für” die zuvor versprochenen Schmiergeldzahlungen darstellen kann, d.h. als Gegenleistung für rechtswidriges Handeln und damit “für die Tat” des aktiven Bestechungsdelikts gewährt wird<sup>87</sup>. Dafür spricht, dass in der Literatur der Bestechungslohn – der Vorteil gem. §§ 299 Abs. 1, 331, 332 StGB – als ein Vermögensvorteil angesehen wird, der “für die Tat”, nämlich richtigerweise als Gegenleistung für die geäußerte Bereitschaft zur

81. Burghart wistra 2011, 241, 248 f.

82. Schlösser NSTz 2011, 121, 125 f.

83. Zur Definition von “für die Tat” vgl. BGHSt 30, 46, 47; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 4; BGH NSTz-RR 2002, 366; BGHSt 50, 299, 309f.; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 8.

84. OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 161; BGH JZ 2002, 296, 297; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 25; LK/Schmidt § 73 Rn. 26, 40 m. w. N.

85. Schlösser NSTz 2011, 121, 125 f.

86. BT-Drs. 5/4095, S. 39; BGHSt 47, 260, 268 f., h. Rspr., vgl. BGHSt 36, 251, 252; BGHSt 51, 65, 68; BGH NSTz 2001, 155, 156; BGH NSTz-RR 2002, 366; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 4; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 5; Rn 14; BGH wistra 2009, 23; ebenfalls h. M. in der Lit.: MK-StGB/Joecks § 73 Rn. 30, 32f.; NK-StGB/Herzog § 73 Rn. 9; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 16, 22; LK/Schmidt § 73 Rn. 17, 26; Fischer § 73 Rn. 10; Lackner/Kühl § 73 Rn 5; Odenthal wistra 2002, 338; Nack GA 2003, 879, 881; Hohn wistra 2006, 321, 322; Saliger NJW 2006, 3377, 3380 f.; Kudlich/Noltensmeier wistra 2007, 121, 122; Lohse JR 2009, 188, 189.

87. Schlösser NSTz 2011, 121, 125 f.

Vornahme einer Diensthandlung bzw. wettbewerbswidrigen Handlung (Unrechtsvereinbarung seitens des Nehmers) erlangt wird<sup>88</sup>. Der Einwand der Rspr., dass der Vorteil als Gegenleistung für die vielfach per se nicht strafbare Diensthandlung gegeben werde, und damit nicht für die (Straf-)Tat der §§ 299 Abs. 1, 331, 332 StGB<sup>89</sup>, greift im Ergebnis nicht durch. Bei natürlicher Betrachtung wird der Vorteil zwar mit der Finalität der (Dienst- bzw. Wettbewerbs-)Handlung, jedoch regelmäßig dann gewährt, wenn seitens des Nehmers eine (schriftliche, verbale oder konkludente) Selbstverpflichtung zur Vornahme der Handlung erfolgt (Unrechtsvereinbarung). Es erscheint daher nicht verfehlt, davon zu sprechen, dass der Vorteil zu deren Erlangung und damit “für” den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gewährt wird. Selbst wenn der tatbestandsmäßige Zusammenhang ein anderer ist, darf hier (“für die Tat”) wie bzgl. der Variante “aus der Tat”<sup>90</sup> nicht nur auf die Tat im materiell-rechtlichen Sinn (§ 52 StGB), sondern auf die Tat im prozessualen Sinn (§ 264 StPO) und damit auf den Lebenssachverhalt abgestellt werden. Sogar wenn der Einwand griffe, würde er für die hier relevante, umgekehrte Konstellation nicht gelten. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht auch die spiegelbildliche Bereicherung, also der Vorteil, der in der nicht strafbaren Diensthandlung bzw. Wettbewerbshandlung liegt, nach § 73 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB (“für die Tat”) dem Verfall unterliegen soll, lässt sich doch die nicht strafbare Dienst- oder Wettbewerbshandlung, also vorliegend der Vertragsabschluss, regelmäßig als Gegenleistung für die aktive (Korruptions-)Tat beschreiben, da sie empirisch als Gegenleistung für den Bestechungsvorteil bzw. dessen Versprechung gewährt wird<sup>91</sup>, auch wenn die Korruptionstatbestände eine solche Finalität normativ nicht vorsehen. Richtigerweise ist das durch aktive Korruption erlangte Etwas faktisch als ein solcher für die Straftat – strafbares Angebot, Versprechen oder Gewährung des Vorteils – anzusehen. Hierzu muss nicht auf § 264 StPO rekurriert werden; eine tatbestandsbezogene Betrachtung reicht bei §§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB anders als bei den passiven Korruptionsdelikten aus. Dementsprechend muss auch das erlangte Etwas vor diesem Hintergrund bestimmt werden – als synallagmatische Gegenleistung des Korruptionsvorteils<sup>92</sup>, und damit als Wert des durch diesen Vorteil erlangten Vertrages, wie es der 5. Strafsenat tut.

Hinsichtlich der die Abschöpfung des Umsatzerlöses bejahenden Auffassung *Burgharts* ist ergänzend anzumerken, dass die pauschale Übertragung der Maßstäbe des Bereicherungsrechts (insbesondere der §§ 818, 819 BGB) auf §§ 73 ff. StGB schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Gesetzgeber bei Einführung des Bruttoprinzips in Kenntnis der bereicherungsrechtlichen Normen – und unter Berücksichtigung der Unterschiede von Zivil- und Strafrecht – von einem Verweis auf die §§ 812 ff. BGB abgesehen hat, sondern lediglich punktuell die im Bereicherungsrecht verwandten Begrifflichkeiten genutzt hat. Es fehlt jeder Hinweis in den Gesetzesmaterialien, dass auch im Übrigen bzw. allgemein oder auch nur subsidiär eine entsprechende Geltung der §§ 812 ff. BGB gewollt sei. Es ist methodisch nicht überzeugend, im Recht des Verfalls gem. §§ 73 ff. StGB lediglich diejenigen Grundsätze des Bereicherungsrechts als ausgeschlossen anzusehen, bzgl. derer der Gesetzgeber explizit die Nichtgeltung konstatierte. Das die Auffassung *Burgharts* auch ergebnisorientiert nicht sinnvoll ist, ergibt sich daraus, dass diese gerade bei Bestechungszahlungen für wenig gewinnträchtige oder sogar verlustträchtige Aufträge mit großem Volumen (z. B. im Rüstungswesen, im Anlagen- oder Großmaschinenbau) – die bei hartem Wettbewerb durchaus gebräuchlich sind (s.o.) – vielfach zur Insolvenz des Unternehmens führen würde und daher in der Sache einen eindeutig punitiven Charakter erlangen würde, da die Wirkung der Abschöpfung weit

88. Rönna, Die Vermögensabschöpfung in der Praxis (2003), Rn. 176; LK-Schmidt § 73 Rn. 28 Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn 8; Lohse JR 2009, 188, 189.

89. BGHSt 30, 46, 47; unklar BGHSt 33, 37 ff.

90. OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 161; BGH JZ 2002, 296, 297; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 25; LK/Schmidt § 73 Rn. 26, 40 m. w. N.

91. Schlösser NStZ 2011, 121, 125 f.

92. Vgl. Schlösser NStZ 2011, 121, 125 ff.

über den Zweck der Ausglei­chung von aus Straftaten resultierenden Vorteilen hinausginge. Man könnte sogar argumentieren, dass hierdurch eine Art “Todesstrafe” für Unternehmen durch die Hintertür eingeführt würde, obwohl dem deutschen Strafrecht Unternehmenssanktionen dieser Art – sowie überhaupt Unternehmensstrafen – fremd sind. Der Verweis des Autors auf die Milderungsmöglichkeiten des § 73c StGB ist angesichts der sehr zurückhaltenden Anwendungspraxis der Rspr. untauglich. Das Beispiel der Entscheidung des 5. Strafsenats legt nahe, dass die Vorschrift regelmäßig wohl nur bereits insolventen Unternehmen “helfen” dürfte. Insbesondere soll § 73c StGB nach dem Willen des Gesetzgebers nämlich gerade nicht die durch Einführung des “Brutto-Prinzips” entstandenen Härten ausgleichen<sup>93</sup>. Dies wäre aber, folgt man dem hier kritisierten Auslegungsvorschlag, regelmäßig erforderlich. Anerkannt ist zudem, dass dann, wenn sich der Verfall gegen einen Dritten i.S.d. § 73 Abs. 3 StGB richtet, die Gutgläubigkeit des Dritten einen ganz zentralen Ermessensgesichtspunkt bei der Feststellung der unbilligen Härte nach § 73c Abs. 1 S. 1 StGB darstellt. Vielfach werden aber Korruptionsdelikte unter Beteiligung des Managements oder sogar der Geschäftsführungorgane begangen, so dass eine Privilegierung gemäß § 73c StGB nach jetziger Rspr. schwer begründbar wäre<sup>94</sup>. Insgesamt sind die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der für besonders gelagerte Einzelfälle<sup>95</sup> bestimmten Vorschrift nicht geeignet, die erforderliche Rechtssicherheit für die überwiegende Zahl der Fälle des Verfalls bei Unternehmen zu bieten. Die Auffassung *Burgharts* ist daher de lege lata und de lege ferenda abzulehnen.

## 2.8

### EXKURS: ALTERNATIVE ABSCHÖPFUNG DES GEWINNS AUS STRAFTATEN BEI UNTERNEHMEN DURCH EINE UNTERNEHMENSGELDBUSSE GEM. §§ 30, 17 ABS. 4 OWiG

Vor dem Hintergrund, dass in der Verfahrenspraxis bei Unternehmen gerade in Korruptionsverfahren – aus verfahrensökonomischen und beweisrechtlichen Gründen – des Öfteren nicht die an sich zwingende Abschöpfung durch Verfall bei Dritten gem. § 73 Abs. 1, 3 StGB zur Anwendung kommt, sondern die den Gewinn aus Straftaten abschöpfende Unternehmensgeldbuße gem. §§ 30 Abs. 1, Abs. 3 i. V. m. 17 Abs. 4 OWiG<sup>96</sup>, kann von deren Vorstellung hier sinnhafterweise nicht abgesehen werden. § 30 OWiG – überschrieben “*Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*” – sieht in Abs. 1 vor, dass dann, wenn jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs (Nr. 1), als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes (Nr. 2), als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Nr. 3), als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nr. 2 oder 3 genannten Personenvereinigung (Nr. 4) oder als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nr. 2 oder Nr. 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört (Nr. 5), eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, durch die

93. BGH NStZ 2004, 457 f.

94. BGH wistra 2004, 465; BGH wistra 2006, 384 f.

95. Als hier nicht einschlägige, praktisch relevant sind Fälle zu nennen (NK/Herzog § 73c Rn. 3), in denen der Täter die dem Verfall unterliegende Sache unentgeltlich weitergibt, die Sache einer gemeinnützigen Einrichtung zuwendet (OLG Hamm NJW 1973, 719), sich unverhältnismäßig lange Zeit in U-Haft befand oder eine Gewinnabschöpfung bereits im Ausland vollstreckt wurde (BGH NStZ 2005, 455).

96. Zusammenfassend zur Unternehmensgeldbuße Trüg ZWH 2012, 6 ff. m.w.N. Vgl. Pressemitteilung der StA München I vom 10.12.2009 - 11/09 zum Bußgeldbescheid gegen die Firma MAN Nutzfahrzeuge AG, <http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/ml/presse/archiv/2009/02346/>: “Die Staatsanwaltschaft München I hat heute in dem Ermittlungskomplex MAN einen Bußgeldbescheid in Höhe von 75.300.000,- Euro gegen die Firma MAN Nutzfahrzeuge AG erlassen. Der Bescheid ahndet die Verletzung der Aufsichtspflicht des Vorstandes der MAN Nutzfahrzeuge AG, einer 100%igen Tochtergesellschaft der MAN SE, durch mangelhafte Compliancestruktur der Aktiengesellschaft. Dadurch kam es in den Geschäftsbereichen der MAN Nutzfahrzeuge AG zur Zahlung von Bestechungsgeldern in einer Vielzahl von Fällen. Die hiermit erzielten Gewinne werden durch den heute erlassenen Bescheid abgeschöpft. Die Verletzung der Aufsichtspflicht stellt nach § 130 OWiG eine Ordnungswidrigkeit dar, für deren Verfolgung die Staatsanwaltschaft zuständig ist. ...Mit dem Erlass dieses Bußgeldbescheides sind die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft München I gegen die MAN Nutzfahrzeuge AG als juristische Person abgeschlossen. ...”

Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, gegen diese (d. h. das Unternehmen) eine Geldbuße festgesetzt werden kann. Naturgemäß kommen Straftaten im Sinne der §§ 263 ff., 299, 331 ff. StGB als Straftaten im Sinn des § 30 Abs. 1 OWiG in Betracht.

Gemäß § 30 Abs. 2 S. 1 OWiG beträgt die Geldbuße im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu einer Million Euro (Nr. 1), im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünfhunderttausend Euro (Nr. 2). Im Falle einer Ordnungswidrigkeit – etwa der (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verletzung der Aufsichtspflicht gem. § 130 OWiG<sup>97</sup>, die sich ebenfalls auf die Nichtverhinderung von Korruptionsdelikten durch die Aufsichtspflichtigen beziehen kann – beläuft sich das Höchstmaß der Geldbuße auf das für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße, wenn sich die Verletzung der Aufsichtspflicht hingegen auf eine Straftat bezieht, auf eine Million Euro.

Entscheidend für die absolute Höhe des Unternehmensbußgelds und wirtschaftliche Belastung des Unternehmens ist aber nicht diese sogenannte „Ahndungskomponente“ des Bußgelds, sondern die Abschöpfung des Gewinns gem. § 30 Abs. 3 OWiG, der anordnet, dass u.a. § 17 Abs. 4 OWiG entsprechend zu gelten hat („Abschöpfungskomponente“). Die Vorschrift sieht vor, dass die Geldbuße *„den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat“*, übersteigen soll (S. 1), selbst dann, wenn das gesetzliche Höchstmaß von 1 Mio. EUR hierzu nicht ausreicht. In diesem Fall kann das gesetzliche Höchstmaß – bis zur vollen Abschöpfung des aus der Ordnungswidrigkeit (bzw. Straftat) erlangten Vorteils überschritten werden (S. 2). Aus diesen Vorgaben folgt, dass der wirtschaftliche Vorteil, der dem Unternehmen aus der Tat zugeflossen ist (d.h. die „Abschöpfungskomponente“), rechnerisch die untere Grenze der Geldbuße darstellen soll, zu der eine „Ahndungskomponente“ von bis zum gesetzlichen Höchstmaß hinzukommt<sup>98</sup>.

Der Begriff des „wirtschaftlichen Vorteils“ im Sinne des § 17 Abs. 4 OWiG bezeichnet nach h. M. im Wesentlichen den erzielten Habensaldo, der sich aus dem Vergleich der wirtschaftlichen Position vor und nach Begehung der Tat („Saldierung“) ergibt, wobei tatunabhängige Besserstellungen des Unternehmens abzuziehen sind<sup>99</sup>. Hingegen gehören zum „wirtschaftlichen Vorteil“ ersparte Aufwendungen und Gebrauchsvorteile sowie Tatentgelte<sup>100</sup>. Bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils ist nach h. M. – anders als beim erlangten Etwas gem. § 73 StGB – grundsätzlich vom „Nettoprinzip“ auszugehen<sup>101</sup>. Wie bei jeder echten Saldierung sind die zur Erlangung des Vermögenszuwachses vom Betroffenen tatsächlich getätigten eigenen Aufwendungen finanzieller Art mindernd zu berücksichtigen<sup>102</sup>. Das folgt nicht nur aus dem Begriff des „Vorteils“, sondern auch daraus, dass der Gesetzgeber den Wortlaut des § 17 Abs. 4 OWiG bei der Einführung des Bruttoprinzips in den Verfallsvorschriften § 29a

---

97. § 130 Abs. 1 OWiG: *„Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.“* Gemäß § 130 Abs. 3 S. 1 OWiG kann die Ordnungswidrigkeit, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe – nicht nur mit Bußgeld – bedroht ist, mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden, d.h. in den Fällen, dass es sich bei den Zuwiderhandlungen etwa um Korruptionsdelikte gem. §§ 299, 331 ff. StGB handelt.

98. BGH NJW 1975, 269, 270; OLG Karlsruhe NJW 1975, 793 f.; NJW 1974, 1883; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 121; OLG Hamm MDR 1979, 870; Brenner NSTZ 1998, 557.

99. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 117; mit Verweis auf BayObLG NJW 1998, 2461, 2462; KG Grundeigentum 1998, 1022; Göhler OWiG § 17 Rn. 44; Brenner NSTZ 1998, 537.

100. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 122 m.w.N.; Göhler OWiG § 17 Rn. 41; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 47 f.; Brenner NSTZ 1998, 557 f.

101. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 122; Bohnert OWiG § 30 Rn. 42; Göhler OWiG § 17 Rn. 42; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 48, 50; Schmitz/Taschke WiB 1997, 1175; Wegner NJW 2001, 1982; Wegner PStR 2003, 182; a. A. Brenner NSTZ 2004, 256, 259; Brenner ZfZ 2003, 185, 186.

102. BFH DStR 1999, 1518; OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1003; KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 118; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 48, 50 f.; Göhler OWiG § 17 Rn. 42.

OWiG (und des § 73 StGB) unangetastet gelassen hat<sup>103</sup>. Dies führt zu einer im Ergebnis schwer nachvollziehbaren Diskrepanz zwischen den Verfallsvorschriften des StGB und des OWiG, bei denen nunmehr das “Brutto-Prinzip” gilt, und der nach dem “Netto-Prinzip” berechneten Unternehmensgeldbuße gem. §§ 17 Abs. 4, 30 Abs. 3 OWiG, die grundsätzlich auf dieselben Anknüpfungsstraftaten (direkt oder indirekt über § 130 OWiG) anwendbar sind<sup>104</sup>.

Der Vorteil im Sinne des § 17 Abs. 4 OWiG umfasst neben dem reinen Gewinn auch weitere Vorteile hinsichtlich der Situation des Unternehmens am Markt – etwa die Verbesserung der eigenen Marktposition durch Zurückdrängen eines Mitbewerbers oder durch die Übernahme eines bisherigen Konkurrenzunternehmens mit der Folge des Erwerbs wirtschaftlich bedeutsamer Marktanteile<sup>105</sup>. Bei der Berücksichtigung von Gewinnen ist die faktische Besserstellung entscheidend, die nach der wirtschaftlich ausgerichteten tatsächlichen Betrachtungsweise ermittelt wird. Die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen “unmittelbarem” und nur “mittelbarem” Gewinn spielt aus diesem Grunde bei § 17 Abs. 4 OWiG keine Rolle. Nutzungen und Surrogate sind einzubeziehen<sup>106</sup>. Rein hypothetisch erzielbaren – nicht realisierten – Gewinnen ist allerdings naturgemäß keine Relevanz beizumessen<sup>107</sup>. Der Vorteil muss zudem einen Bezug zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters aufweisen. Rein persönliche Vorteile, wie Ansehensmehrung u. ä., die sich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht auswirken, bleiben außer Betracht<sup>108</sup>.

Bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des “Netto-Prinzips” ist – wie gesagt – eine (bußgeldmindernde) Berücksichtigung von Aufwendungen des Unternehmens geboten, wenn sie durch den Erwerbsvorgang veranlasst sind. Notwendig ist daher eine Saldierung von Einnahmen und Kosten<sup>109</sup>. Bei dem (z. B. betrügerischen) Verkauf geldwerter Sachen ist z. B. deren Geldwert vom Verkaufserlös abzuziehen<sup>110</sup>. Der Täter bzw. das Unternehmen kann auch erbrachte Arbeitsleistungen (Arbeitskraft, Einsatz von Produktionsmitteln etc.) in Anrechnung stellen<sup>111</sup>. Es soll nach h. M. nicht zwischen proportionalen und (abgrenzbaren) Fixkosten unterschieden werden<sup>112</sup>.

Abzugsfähig sind auch die sog. Verkehrssteuern wie etwa die Mehrwertsteuer<sup>113</sup>. Nach überwiegender Auffassung ist sogar durch das Unternehmen auf den Gewinn noch zu zahlende Einkommen-, Körperschaft- oder Gewerbesteuer bußgeldmindernd anzurechnen, wenn eine Berechnung möglich ist<sup>114</sup>.

Zweifelhaft ist, ob heute noch von der Rechtsordnung missbilligte Aufwendungen – wie etwa die zur Auftragerlangung gezahlten Schmiergelder – den gezogenen Gewinn mindern dürfen<sup>115</sup>. Nach überwiegender Ansicht sollen jedenfalls zivilrechtliche Ersatzansprüche des Geschädigten im Rahmen des § 17 Abs. 4 OWiG nicht mindernd zu berücksichtigen sein, da es an einer § 73 Abs. 1 S. 2 StGB entsprechenden Vorschrift fehlt<sup>116</sup>. Auch ein späterer Wegfall des erlangten Vorteils führt regelmäßig

---

103. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 122.

104. Kritisch Brenner NSTZ 2004, 256 ff.; zustimmend aber Bohnert OWiG § 30 Rn. 42.

105. OLG Karlsruhe NJW 1975, 793.

106. BT-Drs. V/2600 S. 3 f.; KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119; ähnlich Göhler OWiG § 17 Rn. 44.

107. OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 49.

108. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 118.

109. OLG Oldenburg wistra 2009, 328; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 124; Schmitz/Taschke WiB 1997, 1172; vgl. neuerdings zum Verfall auch OLG Celle, Beschluss vom 30.08.2011 - 322 SsBs 175/11, in: BeckRS 2011, 23747.

110. BGH v. 7. 2. 1986 - 2 StR 697/87 (unveröffentlicht).

111. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 125.

112. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119.

113. BGH wistra 1991, 268; Göhler OWiG § 17 Rn. 42a; KK-OWiG § 30 Rn. 124.

114. BGH wistra 1991, 268, 269; BayObLG wistra 1995, 360, 361 m. Anm. Cramer wistra 1996, 248; Odenthal wistra 2002, 246.

115. Göhler OWiG § 17 Rn. 39, 42; Lemke OWiG § 17 Rn. 33 (“sittenwidrig”), a.A. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119 m.w.N. zur älteren Lit. u. Rspr.

116. BGHSt 23, 23 = NJW 1969, 1725 f.; BGH MDR 1953, 146; OLG Celle MDR 1954, 54 f.; BGH MDR 1957, 140; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 47; mit Einschränkungen KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 126 f.



nicht zum Unterbleiben der Abschöpfung<sup>117</sup>. Bloße - nicht erfüllte - schuldrechtliche Verbindlichkeiten schmälern den gezogenen Gewinn nicht<sup>118</sup>.

Der Umfang des Erlangten sowie dessen Wert müssen und dürfen nach h. M. letztlich vielfach geschätzt werden, § 29a Abs. 3 OWiG analog, was allerdings nicht von der verfahrensrechtlich korrekten Feststellung der Schätzungsgrundlagen – in dubio pro reo – befreit<sup>119</sup>. Dabei hat sich die (zumindest grobe) Schätzung darauf zu beziehen, welche Situation bestanden hätte, wenn das Unternehmen nicht zu dem inkriminierten Verhalten – etwa Schmiegeldzahlungen – gegriffen hätte. Dieser hypothetische Sachverhalt ist wirtschaftlich mit der nach der Tat tatsächlich eingetretenen Situation zu vergleichen<sup>120</sup>. Der durch die Straftat oder die Ordnungswidrigkeit erzielte wirtschaftliche Vorteil darf daher nicht mit hypothetischen Gewinnen verrechnet werden, die im Falle eines ordnungsgemäßen Verhaltens voraussichtlich eingetreten wären<sup>121</sup>. Insoweit kommt es allein auf die Feststellung an, dass das Unternehmen den Vorteil tatsächlich erhalten hat. Hinweg zu denken ist das rechtswidrige Verhalten, nicht jedoch ist ein legales Verhalten hinzuzudenken, das tatsächlich nicht stattgefunden hat. Hypothetische legale Gewinne haben daher außer Betracht zu bleiben und können den Bußgeldbetrag nicht mindern<sup>122</sup>.

In der Verfahrenspraxis ist für die Strafverfolgungsbehörden beim Unternehmensbußgeld (im Verhältnis zum Verfall) von Vorteil, dass gem. § 30 Abs. 4 S. 1 OWiG, dann wenn wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren – gegen Individuen – nicht eingeleitet wird, oder es eingestellt wird oder von Strafe abgesehen wird, die Geldbuße durch die zuständige Behörde selbständig – direkt gegen das Unternehmen – festgesetzt werden kann. Ein gerichtliches Hauptverfahren ist dann nicht erforderlich. Das Bußgeld wird durch die zuständige Behörde – im Strafverfahren die Staatsanwaltschaft (§§ 35, 40, 41, 88 OWiG) – per schriftlichem Verwaltungsakt (Bußgeldbescheid, §§ 88 i. V. m. 65, 66 OWiG) festgesetzt und – falls durch das Unternehmen kein Einspruch (§ 67 OWiG) eingelegt wird – innerhalb von 2 Wochen (oder bei Rechtsmittelverzicht sofort) rechtskräftig. Gemäß § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG ist die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung nur dann ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann<sup>123</sup>. Das selbständige Bußgeldverfahren gegen das Unternehmen kann mithin eine erhebliche Arbeitserleichterung für die Justiz darstellen, da eine Beweisaufnahme in mündlicher Hauptverhandlung und überhaupt die Befassung eines (zumeist: Kollegial-)Gerichts entfällt.

Wird – alternativ – über das Bußgeld gegen das Unternehmen wegen Korruptionssdelikten der Mitarbeiter nicht in einem (selbständigen) Bußgeldverfahren gegen das Unternehmen (s.o.) entschieden, sondern im Rahmen des Strafprozesses gegen die individuellen Angeklagten, richtet sich das Verfahren gegen das Unternehmen nach § 444 StPO und erfordert grundsätzlich eine öffentliche Hauptverhandlung. Das Unternehmen wird als Verfahrensbeteiligter (§§ 432 ff. StPO) zur Hauptverhandlung beigegeben (§ 444 Abs. 1 StPO). Das für das Strafverfahren zuständige Gericht erster Instanz entscheidet im Rahmen des Urteils auch über die Unternehmensgeldbuße<sup>124</sup>. Auch im Strafverfahren ist ein selbständiges Verfahren gegen das Unternehmen allein möglich, dieses richtet sich nach den §§ 444 Abs. 3 i. V. m. 440, 441 StPO.

---

117. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 128 m.w.N.

118. BGHSt 23, 23, 24.

119. Bohnert OWiG § 30 Rn. 43 i.V.m. § 17 Rn. 18.

120. BGH NStZ-RR 2008, 13, 15; eine betriebswirtschaftliche Berechnung ist nicht zwingend erforderlich, Krumm NJW 2011, 196, 197.

121. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 368 = wistra 1996, 354; OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 49; Göhler OWiG § 17 Rn. 40, Sannwald GewArch. 1986, 84, 85.

122. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 368; OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; OLG Stuttgart VRS 46, 144, 145 f.

123. Insbesondere auch im Fall der Verjährung bzgl. der natürlichen Person, BGH NJW 2001, 1436.

124. Meyer-Goßner, StPO § 444 Rn. 15, 18.

Aus der Sicht des Unternehmens dürfte sich ein Vorgehen nach § 30 OWiG (vorzugweise in der Variante des selbständigen Verfahrens) unter Zugrundelegung des “Netto-Prinzips” anbieten, weil dies nach h. M. eine – u. U. weitergehende, jedenfalls in Fällen, in denen die Rspr. des 1. Strafsenats Anwendung fände – Abschöpfung im Wege des Verfalls sowohl nach OWiG als auch besonders nach § 73 StGB sperrt, die nach dem “Brutto-Prinzip” zu erfolgen hätte<sup>125</sup>. Gemäß der expliziten Vorgabe des § 30 Abs. 5 OWiG schließt nämlich die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung aus, gegen diese wegen derselben Tat den Verfall nach den §§ 73, 73a StGB oder nach § 29a OWiG anzuordnen<sup>126</sup>. Es darf deshalb hinsichtlich derselben Tat Verfall auch nicht etwa insoweit angeordnet werden, als eine Gewinnabschöpfung *nicht* durch das festgesetzte Bußgeld erfolgt ist<sup>127</sup>. Dem liegt die – möglicherweise irri- ge – Annahme des Gesetzgebers zugrunde, dass die Geldbuße die weitergehende Maßnahme sei, weil sie den wirtschaftlichen Vorteil, den der Betroffene aus der Tat gezogen hat, übersteigen soll, indem sie zusätzlich die “Ahndungskomponente” zum Tragen bringt (§§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG). Der Zweck des § 30 Abs. 5 OWiG liege also darin, der Gefahr einer unzulässigen doppelten Sanktionierung zu begegnen<sup>128</sup>.

Letztlich wird man – jedenfalls unter Zugrundelegung der Rspr. des 5. Strafsenats, die beim erlangten Etwas aus Korruptionsstraftaten trotz “Brutto-Prinzip” beim Verfall zur Abschöpfung des Gewinns kommt (s.u.) – zu einem recht weitgehenden Gleichlauf der Abschöpfung gemäß § 73 StGB und gem. §§ 30 Abs. 1 und 3, 17 Abs. 4 OWiG gelangen. Sehr viel günstiger wäre ein Unternehmensbußgeld für Unternehmen hingegen, wenn sich die Rechtsauffassung des 1. Strafsenats zum Verfallsbetrag (Umsatzerlös) auch für Betrugs- und Korruptionsdelikte (s.o.) durchsetzen sollte bzw. bereits nach jetziger Rspr. gilt.

Ein gewisses Potential zur Besserstellung des Unternehmens bei der Bußgeldverhängung liegt zudem darin, dass § 17 Abs. 4 OWiG durch die Formulierung “kann” nach herrschender Meinung ein gebundenes, aber verbleibendes Ermessen der Behörde bzw. des Richters vorschreibt. Grundsätzlich ist mithin also der wirtschaftliche Vorteil zu entziehen, falls nicht ausnahmsweise sachliche Gründe hiergegen sprechen<sup>129</sup>. § 73 StGB sieht hingegen den Verfall des erlangten Etwas in voller Höhe zwingend vor. Grundsätzlich kann mithin die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens zu einer Reduzierung der Geldbuße unter den Betrag des erlangten Vorteils führen<sup>130</sup>. Unter Umstände soll auch die Entreicherung gerade um den Teil des Vorteils etwa bei Weiterreichung an Dritte zur Reduzierung des Verfallsbetrags herangezogen werden können<sup>131</sup>. Auch bei Eintritt wirtschaftlicher Schäden aufgrund der Ordnungswidrigkeit bzw. der Straftat wird eine Reduzierung der (Unternehmens-)geldbuße als ermessensgerecht angesehen<sup>132</sup>. Gerade bei großen Korruptionsverfahren, die Unternehmen als Verfahrensbeteiligte involvieren, wird man auch den Eintritt mittelbarer wirtschaftlicher Schäden beim Unternehmen durch die Ordnungswidrigkeit bzw. Straftat zu erwarten haben (Verteidigungskosten, Kosten der internen Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts, steuerliche Folgen etc.), bzgl. derer Billigkeitserwägungen zu einer bußgeldmindernden Wirkung führen sollten, die bei den §§ 73 ff. StGB nur sehr eingeschränkt möglich sind (§ 73c StGB). Weiter werden in der Praxis der durch das (gebundene) Ermessen gegebene rechtliche Spielraum einerseits und die vielfach gegebenen tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils

125. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 135.

126. BGH NStZ-RR 2008, 13, 15.

127. BGH NStZ-RR 2008, 13, 15.

128. EEGStGB, BT-Drs. 7/550, S. 344; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 135.

129. OLG Karlsruhe, NJW 1974, 1883; Krumm NJW 2011, 196, 197.

130. OLG Celle NJW 2004, 2396; Krumm NJW 2011, 196, 197.

131. Krumm NJW 2011, 196, 197; Fromm, VRR 2009, 408, 409.

132. Krumm NJW 2011, 196, 197; weitergehend KK-OWiG/Bohnert, § 47 Rn 113.

nicht selten dazu führen, dass die Behörde den zusätzlichen Aufwand umständlicher Beweiserhebungen zur Höhe des Vorteils – unter Wahrung der Amtsermittlungspflicht – vermeidet und ggf. ihre Vorstellung von der festzusetzenden Geldbuße reduziert (und reduzieren kann)<sup>133</sup>.

Aus den oben genannten verfahrensökonomischen und wirtschaftlichen Gründen, aber auch, weil die Unternehmensgeldbuße im schriftlichen Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit und damit unter Vermeidung zusätzlicher Imageschäden verhängt werden kann, wird ein Unternehmen in Deutschland bei drohendem Verfall nach Möglichkeit regelmäßig ein einvernehmliches Vorgehen nach den §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG anstreben und versuchen, die Verhängung des Verfalls gem. § 73 Abs. 3 StGB zu vermeiden. Aus verfahrensökonomischen Gründen sind die Strafverfolgungsbehörden zu diesem Vorgehen vielfach bereit.

### 3

#### ITALIEN: RECHTSLAGE ZUR ABSCHÖPFUNG BEIM UNTERNEHMEN

In Italien ist mit Art. 19 des Legislativdekrets (“decreto legislativo”) Nr. 231 vom 8. Juni 2001 (“Dekret”) – das allgemein eine strafrechtsähnliche Unternehmenshaftung für Straftaten<sup>134</sup> einführte – Anfang des Jahrtausends eine spezielle Vorschrift zur Abschöpfung (“confisca”) des Gewinns (“profitto”) und Preises (“prezzo”) unternehmensbezogener Straftaten von Mitarbeitern in Kraft getreten. Die Vorschrift lautet auf Deutsch sinngemäß wie folgt:

*“Gegenüber dem Unternehmen<sup>135</sup> wird im Falle einer Verurteilung<sup>136</sup> stets die Abschöpfung des Preises oder Profits der Straftat angeordnet, mit Ausnahme desjenigen Anteils, der dem Verletzten der Straftat herausgegeben werden kann.*

*Wenn eine Abschöpfung gemäß Absatz 1 nicht möglich ist, kann die Abschöpfung statt dessen Geld, Güter oder andere Vorteile im Wert des Preises oder Profits der Straftat zum Gegenstand haben”.*

### 3.1

#### ALLGEMEINES ZUR “CONFISCA” GEM. ART. 19 DES LEGISLATIVDEKRETS NR. 231 VOM 8. JUNI 2001

Im Rahmen des Dekrets ist die Abschöpfung nach h. Lit. nicht allein als präventive Maßnahme, sondern als primäre und vor allem – anders als gem. Art. 240 Codice Penale (CP) – obligatorische Sanktion bei allen Katalogstraftaten gem. den Art. 24 ff. des Dekrets – darunter die italienischen Amtsträgerkorruptionsdelikte (Art. 25 des Dekrets i. V. m. Art. 318 ff. CP) sowie Betrugsdelikte zu Lasten des Staates (Art. 24 des Dekrets) – zu verstehen<sup>137</sup>. Ungeachtet dieser Rechtsnatur ist Ziel der “confisca” gem. Art. 19 (nur) die Entziehung jedes wirtschaftlichen Vorteils des Unternehmens aus der Straftat zwecks Wiederherstellung des durch die Tat gestörten wirtschaftlichen Gleichgewichts<sup>138</sup>. Die gesetzlich vorgesehene Einschränkung der “confisca” durch Rückerstattungs- bzw. Herausgabeansprüche des Verletzten (“pretesa restitutoria”; typischerweise dinglicher Natur<sup>139</sup>) scheint – anders als § 73 Abs. 1 S. 2 StGB in Deutschland – einen recht engen Anwendungsbereich zu haben. Deliktische und vertragliche Schadensersatzansprüche (“pretesa risarcitoria”) des Verletzten gegen das Unternehmen stehen der statlichen Abschöpfung nach Art. 19 des Dekrets nach h. Rspr. gerade nicht entgegen<sup>140</sup>.

133. Minogio, Unternehmensstrafrecht, Rn. 1119; Krumm NJW 2011, 196, 197.

134. Formal ist von einer verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens für Straftaten die Rede.

135. Genauer: “ente” = Verband o.ä., der Sache nach handelt es sich in der Praxis aber fast ausschließlich um Unternehmen unterschiedlicher rechtlicher Struktur.

136. D. h. wenn die sonstigen Voraussetzungen einer Unternehmenssanktion nach dem Legislativdekrets Nr. 231 vom 8. Juni 2001 gegeben sind, vgl. Art. 1 ff. und insbesondere Art. 5, 6 des Legislativdekrets; vgl. dazu im Einzelnen Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. III 1 f.

137. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. I 1.

138. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. I 2.

139. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. IV 1.

140. Cassazione, Urt. v. 28.04.2010, Nr. 16526; Urt. v. 13.01.2010, Nr. 1116 (unveröffentlicht, zit. nach Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3.

Gegenstand der Abschöpfung sind Güter, deren Herkunft bzw. Entstehung kausal auf die Verwirklichung des Straftatbestandes zurückzuführen sind<sup>141</sup>, bezeichnet als “prezzo” und “profitto”.

Als Preis (“prezzo”) der Straftat – nach deutschem Verständnis wohl eher: Gegenleistung – ist nach h. Rspr. die Kompensation anzusehen, die gewährt oder versprochen wird, um eine andere Person zur Begehung der Katalogstraftat zu veranlassen, also das, was (motivatorisch) verursacht hat, dass der andere die Straftat begangen hat<sup>142</sup>. Bei Korruptionstatbeständen wird als Preis der Straftat in der Rspr. insbesondere der gewährte Vorteil angesehen<sup>143</sup>.

Der – hier primär interessierende – Begriff des Profits (“profitto”) ist demgegenüber seinem Inhalt und seinen Grenzen nach weniger klar bestimmt. Insbesondere stellt sich bei Unternehmen die Frage, ob und inwieweit wirtschaftswissenschaftlich-buchhalterische Maßstäbe anzuwenden sind<sup>144</sup>. Die h. M. versteht unter Profit das “empirische Resultat des Unrechts” (“risultato empirico dell’illecito”), den wirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen durch die Begehung der Straftat erlangt bzw. dasjenige Etwas, das als Verdienst bzw. Gewinn aus der rechtswidrigen Tat resultiert<sup>145</sup>.

## 3.2

### BESTIMMUNG DER HÖHE DES ABSCHÖPFUNGSBETRAGS (“PROFITTO”)

Ähnlich wie in Deutschland wurde in Italien nach Einführung der “confisca” gem. Art. 19 des Dekrets im Hinblick auf die Höhe des Abschöpfungsbetrags zunächst diskutiert, ob das Bruttoprinzip (“profitto lordo”) oder das Nettoprinzip (“profitto netto”) zur Anwendung kommen müsse.

## 3.2.1

### NETTOPRINZIP

In der Literatur wurde überwiegend die Auffassung vertreten, das Nettoprinzip sei anzuwenden. Schon im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei der Begriff des “profitto” im Sinne eines Reingewinns (“guadagno netto”) des Unternehmens zu verstehen. Nur dieser dürfte abgeschöpft werden<sup>146</sup>. Die Abschöpfung des Umsatzes bzw. der Bruttoeinnahmen (im Sinne des Bruttoprinzips) gehe über die Absicht des Gesetzgebers hinaus, denn es sei nicht der Gesamtumsatz per se, der zu (Korruptions-) Straftaten anrege, sondern die Erwartung, hierdurch höhere Einnahmen zu erzielen, als sonst möglich wären<sup>147</sup>. Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff des Profits schließe zudem aus, dass auch im Falle eines negativen Geschäftsergebnisses eine Abschöpfung nach Art. 19 des Dekrets erfolgen solle. Zudem habe der Gesetzgeber offenbar bewusst die zur Begehung der Straftat eingesetzten Mittel von der Abschöpfung gem. Art. 19 ausgenommen<sup>148</sup>. Auch in der instanzgerichtlichen Rspr. wurde teilweise eine Art “Netto-Profit” (“profitto netto”) als abzuschöpfendes Etwas bestimmt, d.h. wohl ebenfalls der Gewinn<sup>149</sup>.

---

Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. IV 1).

141. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 1.

142. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263 und Urt. v. 03.07.1996, in: Cassazione Penale (CP) 1997, S. 971; Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 2.

143. Tribunale di Milano, Urt. v. 07.07.1998, in: FA 1999, 1 ff.

144. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 2.

145. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263 und Urt. v. 03.07.1996, in: Cassazione Penale (CP) 1997, S. 971.

146. Manna, Corso di Diritto Penale del Impresa, 1. Aufl. (2010), S. 64; Fornari, La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione: profili problematici, RTPDE 2005, 63, 83.

147. Alessandri Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103, 2104.

148. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 6.

149. Vgl. etwa Tribunale di Milano, Urt. v. 31.07.2007, in: CM 2007, Nr. 12, S. 1439, das auch diese Begrifflichkeit verwendet (Schätzung auf 10% des Umsatzes/Auftragswertes).

## 3.2.2

### BRUTTOPRINZIP

Die insbesondere untergerichtliche Rspr. gerade zur vorläufigen Vermögensbeschlagnahme (“sequestro preventivo”, Art. 53 des Dekrets) in Höhe der späteren “confisca” ging – auch ohne explizite dahingehende Aussage – eher vom Bruttoprinzip bzw. von einer Abschöpfbarkeit aller Bruttoeinnahmen aus einem strafrechtlich bemakelten Geschäft aus. Zunächst wurden zudem auch Tatvorteile, die mittelbar aus der Straftat resultierten, als Gegenstand der “confisca” akzeptiert. Z. B. wurden der Gesamtwert der Lieferungen des (korrumpierenden) Werkunternehmers, der Wert zukünftiger Service-Verträge, das wirtschaftliche Interesse des Unternehmens am Markteintritt und eine durch die Korruptionsstraftat erreichte Monopolstellung als abschöpfbarer Profit im Sinne des Art. 19 des Dekrets behandelt<sup>150</sup>. Insbesondere wurde eine Abziehbarkeit von Kosten bzw. Investitionen bei synallagmatischen Verträgen zur Bestimmung des Profits gem. Art. 19 des Dekrets verneint<sup>151</sup>. In der Lit., besonders aber in der Rspr. wurde auch vertreten, dass bei aktiven Korruptionsdelikten oder Betrugsstaten der “Gesamtwert des Vertrages” (“intero valore del contratto”) – offenbar verstanden als Umsatz bzw. Preis, da er begrifflich vom Gewinn bzw. Verdienst (“guadagno”) unterschieden wird – abzuschöpfen sei, ohne Abzug von Kosten<sup>152</sup>.

## 3.2.3

### VERMITTELNDE AUFFASSUNG DER VEREINIGTEN STRAFSENATE DER CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEIT DER IMPREGILO- ENTSCHEIDUNG (2008)

Beide Auffassungen setzten sich in der Rspr. letztlich nicht durch und wurden 2008 durch eine Grundsatzentscheidung der Vereinigten Strafsenate der Corte Suprema di Cassazione korrigiert (Impregilo-Entscheidung)<sup>153</sup>. Die höchstrichterliche Rspr. betont seither, dass nicht auf betriebswirtschaftliche Größen wie Bruttoergebnis oder Nettoergebnis zurückzugreifen sei, die Abschöpfung aber jedenfalls nicht von vornherein auf das Nettoergebnis beschränkt sei<sup>154</sup>. Auch einem im Sinne des Bruttoprinzips ausufernden Verständnis trat die jüngere Rspr. sowohl im Hinblick auf schwer quantifizierbare Vorteile der Tat, als auch im Hinblick auf mittelbare Vorteile aus der Tat zunehmend entgegen. Abgeschöpft werden sollte bei Betrug oder Korruption die objektive Bereicherung des Unternehmens unmittelbar aus der Sphäre des Geschädigten (bei Korruptionsdelikten und Betrugsdelikten zu Lasten des Staates)<sup>155</sup>.

Im Hinblick auf Straftaten, die zum Abschluss strafrechtlich bemakelter synallagmatischer Verträge führen, stellte die höchstrichterliche Rechtsprechung schließlich 2008 grundsätzlich klar, dass nicht das gesamte Volumen (bzw. der gesamte Umsatz) des durch Bestechung erlangten Vertrags abzuschöpfen ist, sondern zur Ermittlung des Profits des Unternehmens der wirtschaftliche Wert der Leistung des Unternehmens vom Umsatz abzuziehen ist<sup>156</sup>. 2008 hielten die Vereinigten Strafsenate der *Corte Suprema di Cassazione* (“Cassazione”)<sup>157</sup> fest, dass Profit allein derjenige wirtschaftliche Vorteil ist, der direkt und unmittelbar ursächlich aus der Straftat (als solcher) stammt. Dieser sei (u.a.) unter Abzug des Wertes der durch den Geschädigten im konkreten Fall aufgrund des synallagmatischen Vertrags effektiv erlangten Gegenleistung zu bestimmen<sup>158</sup>. Im konkreten, durch die *Cassazione* zu entscheidenden Fall standen Mitarbeiter eines Bauunternehmens (Impregilo S.p.A.) im Verdacht, durch eine Betrugsstraftat von der öffentlichen Hand den Auftrag zur entgeltlichen Betreibung einer noch

150. Tribunale di Milano, Urt. v. 14.12.2004, in: FI 2005, 2, S. 527 (Siemens/ENEL), vgl. aber auch Cassazione, Urt. v. 02.10.2006, in: Rivista Penale (RP) 2007, Nr. 10, S. 1074.

151. Zusammenfassend Giarda/Spangher, *Codice di Procedura Penale*, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 5.

152. Cassazione, Urt. v. 19.10.2005, in: CED Nr. 232623; Urt. v. 20.12.2005, in: GD 2006, Nr. 15, S. 59; Urt. v. 16.02.2006, in: RP 2007, Nr. 1, 110; Tribunale di Milano, Urt. v. 22.10.2007, in: CM 2008, Nr. 1, S. 84.

153. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; in der Lit. zu Korruptionsdelikten etwa Fornari RTDPE 2005, 1 ff.; Alessandri *Criminalità economica e confisca del profitto*, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103 ff.

154. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082; Cassazione, Urt. v. 29.01.2010, Nr. 4064 (unveröffentlicht).

155. Cassazione, Urt. v. 20.12.2005, in: GD 2006, Nr. 15, S. 59.

156. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; vgl. auch Cassazione, Urt. v. 26.06.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.

157. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; vgl. auch Cassazione, Urt. v. 26.06.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.

158. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263.



zu erbauenden Abfallentsorgungsanlage erlangt zu haben. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hatten die im Ermittlungsverfahren zuständigen Richter im Vermögen des Unternehmens folgenden Posten entsprechende Werte vorläufig – im Hinblick auf eine “confisca” gem. Art. 19 des Dekrets – sichergestellt (Art. 53 des Dekrets): Die der ausschreibenden Behörde aufgrund unzureichender Vertragserfüllung des Unternehmens entstandenen Kosten, eine durch das Unternehmen nicht geleistete Kautionsleistung, den Wert der auf Kosten des Unternehmens erstellten Gewerke zur Erbauung des Kraftwerks und die Mehrwertsteuer (IVA) auf Zahlungen der Behörde sowie der Bruttobetrag der Zahlungen der Behörde (ohne Mehrwertsteuer (IVA)) für die Entsorgung der Abfälle. Über den hiergegen erhobenen Rechtsbehelf des Unternehmens hatte die *Cassazione* zu entscheiden. Die Vereinigten Strafsenate der *Cassazione* haben dazu am 27. März 2008 festgehalten, dass die Kosten der Behörde aufgrund unzureichender Vertragserfüllung, die durch das Unternehmen nicht geleistete Kautionsleistung, der Wert der auf Kosten des Unternehmens erstellten Gewerke zur Erbauung des Kraftwerks und die Mehrwertsteuer (IVA) auf Zahlungen der Behörde nicht zum abschöpfbaren Profit gem. Art. 19 des Dekrets gehören<sup>159</sup>. Hingegen sei – jedenfalls grundsätzlich bzw. teilweise – der Bruttobetrag der Zahlungen der Behörde (ohne Mehrwertsteuer) für die Entsorgung der Abfälle abschöpfbarer Profit im Sinne des Art. 19 des Dekrets. Hiervon ist jedoch nach der *Cassazione* der Wert der durch das Unternehmen im Rahmen der synallagmatischen Verpflichtung korrekt erbrachten Gegenleistung (hier wohl: der Wert der Bau- bzw. Entsorgungsleistungen) abzuziehen<sup>160</sup>. Die *Cassazione* hob daher die Entscheidung des Instanzgerichts ganz überwiegend auf.

Zunächst hält die *Cassazione* zur Begründung fest, dass der Begriff des Profits gem. Art. 19 nach italienischem Verständnis die effektive Erlangung des Abzuschöpfenden voraussetzt. Ausgeschlossen von der Abschöpfung sind daher nach h. Rspr. wirtschaftliche Werte, die zu erwarten, aber noch nicht effektiv erlangt sind, wie noch nicht ausgezahlte Darlehen (s.o.)<sup>161</sup>, sowie solche Profite, die nicht bei dem Unternehmen des Mitarbeiters eintreten, der die Katalogstraftat im Sinne des Dekrets begangen hat<sup>162</sup>. In diesem Zusammenhang ist fallbezogen zu berücksichtigen, dass durch das Unternehmen auf eigene Kosten errichtete Gewerke naturgemäß nicht durch die Betrugsstraftat erlangt sind bzw. überhaupt keinen Vermögenszuwachs des Unternehmens darstellen. Dasselbe gilt für die Kosten der ausschreibenden Behörde wegen unzureichender Vertragserfüllung (s.o.). Diese hat das Unternehmen als solche nicht bzw. nicht als Profit erlangt. Abschöpfbar könnten allenfalls hieraus mittelbar entstehende Vermögenszuwächse auf der Seite des Unternehmens sein, falls es sich nicht bloß um ersparte Aufwendungen handelt. Ersparte Aufwendungen (“risparmi di spesa”) sind nämlich aus Sicht der *Cassazione* ebenfalls nicht als effektiv erlangt anzusehen und daher auch nicht vom Begriff des Profits erfasst<sup>163</sup>. Ersparte Aufwendung ist zudem die durch das Unternehmen nicht geleistete Kautionsleistung, die nach der *Cassazione* ebenfalls nicht als Profit abschöpfbar war. Dass im Bereich der Betrugs- und (aktiven) Korruptionsstraftaten zur Auftragserrlangung im Ergebnis nicht der Gesamtwert des synallagmatischen Kauf- und Werksvertrages als Profit angesehen wird, sondern vielmehr der Werklohn bzw. der Kaufpreis, der für die effektive und korrekte Leistung des Unternehmens geschuldet sei, abzuziehen sei, begründet die *Cassazione* damit, dass die öffentliche Hand sich nicht am Unternehmen bereichern dürfe. Dies geschähe aber, wenn die öffentliche Hand (als

159. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.

160. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082. Wie dieser Wert zu ermitteln ist, wird nicht mitgeteilt.

161. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082; Cassazione, Urt. v. 13.01.2009, in: CED Nr. 242568; Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 6 m.w.N.

162. Cassazione, Urt. v. 10.01.2007, in: RP 2008, Nr. 3, 293; Urt. v. 12.02.2010, Nr. 5822 (unveröffentlicht); vgl. bereits Alessandri Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103, 2152; so sind etwa die Anteile an einer Gesellschaft nicht bei diesem Unternehmen abzuschöpfen, sondern nur, wenn die Voraussetzungen der Abschöpfung auch bei den Gesellschaftern vorliegt.

163. So verstehen Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 die Entscheidung Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.

Vertragspartner) zum einen die vertraglichen Leistungen erhalte, zum anderen (als Strafjustiz) den Betrag des Gegenwertes mit abschöpfe. Die durch werthaltige Gegenleistungen abgedeckten Beträge seien nicht als unrechtmäßig erlangt anzusehen nur weil das Zustandekommen des Vertrags durch Betrug oder Korruption bemakelt sei. Der (abzuschöpfende illegale) Profit müsse einen direkten und unmittelbaren Effekt der Straftat darstellen, was bei den genannten, leistungsgerechten Beträgen (als Kaufpreis bzw. Werklohn) nicht der Fall sei<sup>164</sup>. Die Auffassung der *Cassazione*, dass ein – dem Dekret nicht direkt zu entnehmender – Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen dem Erlangten und der rechtswidrigen Tat bestehen müsse, könne sich auf den Willen des Gesetzgebers stützen, der in der Begründung des Dekrets als Leitkriterium die unmittelbare Verbindung zur Straftat hervorgehoben hat<sup>165</sup>.

Für andere Sachverhaltskonstellationen ist diese Rspr. zwischenzeitlich weiter präzisiert worden: Hinsichtlich eines korruptionsbemakelten Immobilienverkaufs bezeichnete die aktuelle Rspr. als abschöpfbaren Profit denjenigen Teil des erzielten Kaufpreises, der den wirtschaftlichen Wert der Immobilie übersteigt<sup>166</sup>. Auch z. B. Zinsgewinne aufgrund eines strafrechtlich bemakelten Finanzierungsvertrags – etwa bei einer Erlangung durch Korruption – seien Teil des abschöpfbaren Profits<sup>167</sup>. Bei der Erlangung von Aufträgen durch Straftaten sind der Rspr. zufolge insbesondere Kosten für die Abwicklung sowie Steuern und Abgaben vom Abschöpfungsbetrag abzuziehen<sup>168</sup>.

Die Grundsätze der Entscheidung von 2008 sind jedoch laut der höchstrichterlichen Rspr. nicht auf alle Sachverhaltskonstellationen anwendbar. Zur Bestimmung des konkret erlangten Profits nach diesen Maßstäben ist entscheidend, dass die per se nicht rechtswidrige Erfüllung – durch Korruption oder Betrug – bemakelter Verträge und deren Wert von “vollständig rechtswidrigen Handlungen” (“condotte pienamente illecite”) abgegrenzt werden müssen<sup>169</sup>. Die beschriebenen Einschränkungen der Abschöpfung gelten laut der Rspr. nur für Erlangtes aus Straftaten im Zusammenhang mit grundsätzlich legaler unternehmerischer Tätigkeit im Rahmen synallagmatischer Verträge (“reati in contratto”).

Bei uneingeschränkt illegalen Aktivitäten (“condotte pienamente illecite”) und für sich genommen strafrechtswidrigen Vertragsverhältnissen (“reati contratto”) seien hingegen die Bruttoeinnahmen bzw. der Umsatz abzuschöpfen<sup>170</sup>. Voll abzuschöpfen sei vor diesem Hintergrund etwa eine seitens des Unternehmens durch Betrug oder Korruption erlangte Finanzierungsleistung (Subvention)<sup>171</sup>.

## 3.2.4

### KRITIK IN DER LITERATUR

In der Lit. wird die (neue) Linie der Rspr. – die erstaunlicherweise offenbar als eine Anwendung des “Brutto-Prinzips” unter Berücksichtigung diverser Ausschlussregeln verstanden wird<sup>172</sup> – nicht uneingeschränkt begrüßt. Dies hängt zum Einen damit zusammen, dass de lege lata das Nettoprinzip als in Art. 19 des Dekrets verankert angesehen wird (s.o.)<sup>173</sup>. Ein Ausgehen von den Bruttoeinnahmen sei mit verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar, widerspreche dem Wortlaut des Art. 19 und der Systematik

164. Cassazione, Urt. v. 26.03.2009, in: CED Nr. 243319.

165. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 4.

166. Cassazione, Urt. v. 16.04.2009, in: CED Nr. 243198.

167. Cassazione, Urt. v. 29.01.2010, Nr. 4064 (unveröffentlicht).

168. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 6.

169. Cassazione, Urt. v. 15.05.2009, in: CED Nr. 243198.

170. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082; vgl. im Einzelnen Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

171. Cassazione, Urt. v. 06.05.2003, in: FiR 2003, 903.

172. So Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

173. Manna, Corso di Diritto Penale del Impresa, 1. Aufl. (2010), S. 64; Fornari, La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici, RTPDE 2005, 63, 83; Alessandri Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103, 2104; Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

**4**  
**DEUTSCHLAND UND ITALIEN:  
ERSTE RECHTSVERGLEICHENDE  
ANMERKUNGEN ZUR  
VERMÖGENSABSCHÖPFUNG BEIM  
UNTERNEHMEN AUS DEUTSCHER  
PERSPEKTIVE**

der anderen Normen zur Abschöpfung. Richtigerweise sei das “Netto-Prinzip” anzuwenden, indem Einnahmen und Kosten vollumfänglich nach betriebswirtschaftlichen Kriterien saldiert werden, mit der Ausnahme, dass Aufwendungen für illegale Handlungen nicht zur Saldierung zuzulassen seien<sup>174</sup>. Zudem wird in der Lit. durchaus kritisch gesehen, dass die Kriterien für die Bestimmung des abzuziehenden Wertes der Gegenleistung des Unternehmens nicht hinreichend bestimmt sind<sup>175</sup>. Im Ergebnis wird zumindest verhalten kritisiert, dass die Rspr. der *Cassazione* – je nach Bestimmung des Wertes der Gegenleistung des korrumpierenden bzw. betrügerischen Unternehmens – u. U. dazu führen kann, dass kein relevanter Abschöpfungsbetrag verbleibt bzw. unüberwindliche Nachweisprobleme auftreten könnten, da die Justiz für die Abschöpfung beweisen muss, dass der (Markt-)Wert der Gegenleistungen hinter dem Vertragsvolumen bzw. dem Nominalwert der Forderung des Unternehmens zurück bleibt. Nicht zuletzt werden die Grundsätze der Rspr. insofern als paradox angesehen, als der grundsätzlich ausgehend vom Bruttoumsatzbetrag zu ermittelnde Abschöpfungsbetrag aufgrund der genannten Unwägbarkeiten durchaus hinter einem nach dem Nettoprinzip ermittelten Gewinn zurückbleiben könnte<sup>176</sup>.

Wie oben ausgeführt ist – sowohl nach §§ 30, 17 OWiG (“Netto-Prinzip”) als auch nach §§ 73 StGB (“Brutto-Prinzip”) – in Deutschland bei aktiven Korruptions- oder Betrugsdelikten nach zutreffender bisheriger h. Rspr. (5. *Strafsenat*) im Wesentlichen der Betrag des (kalkulierten) positiven Ergebnisses aus dem durch Straftaten erlangten Auftrag beim Unternehmens abzuschöpfen.

Nach neuer italienischer Rspr. ist gem. Art. 19 des Dekrets Abschöpfungsgegenstand das unmittelbar aus der strafrechtlichen Bemakelung des durch Betrug oder Korruption erlangten Geschäfts Erlangte, was – verkürzt – zum einen dazu führt, dass nur realisierte Erträge des Geschäfts – Zuflüsse – abschöpfbar sind, zum anderen dazu, dass dieser Betrag um den Wert der dem Geschädigten durch das Unternehmen effektiv gewährten synallagmatischen Gegenleistung zu vermindern ist. Das “Netto-Prinzip” soll hingegen jedenfalls nicht direkt und uneingeschränkt Anwendung finden. Stimmen in der italienischen Lit. sehen hierin – wie gesagt – eine Anwendung des “Brutto-Prinzips” unter Berücksichtigung von sehr weit reichenden Ausschlussregeln<sup>177</sup>.

Aus deutscher Perspektive ist hierzu zunächst zu bemerken, dass angesichts des italienischen Wortlauts (“profitto” = Profit, Nutzen, Vorteil, Gewinn) intuitiv nicht leicht nachvollziehbar ist, weshalb die italienische Rspr. nicht generell mit dem “Netto-Prinzip” operiert. Weiter ist festzuhalten, dass hier hinsichtlich des Abschöpfungsbetrags bei Korruptionsdelikten offenbar große Schnittmengen zwischen dem deutschen und dem italienischen Konfiskationsgut bestehen, aber – mutmaßlich – keine Deckungsgleichheit. Die (ungewisse) Einschränkung knüpft insbesondere an den (in Italien) abzuziehenden Betrag des Wertes der Gegenleistung des Unternehmens an. Wie in der italienischen Lit. überzeugend ausgeführt wird, ist dieser Begriff – jenseits der nur umrisshaften Ausführungen im von der *Cassazione* entschiedenen Fall Impregilo und der dort gegebenen Beispiele – äußerst unbestimmt<sup>178</sup>. Zugrunde gelegt werden könnten wahlweise – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – etwa (1.) der vertraglich vereinbarte Wert der Leistung, d.h. der vereinbarte Preis bzw. Umsatzerlös, ggf. anteilig gemindert um nicht erbrachte oder minderwertige Teilleistungen; (2.) der Marktwert der effektiv erbrachten Leistung, der ggf. durch vergleichende Schätzung zu ermitteln ist;

174. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

175. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

176. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

177. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

178. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

(3.) die Kosten für die Erbringung dieser Leistung, erhöht um eine mittlere statistische Gewinnquote<sup>179</sup>. Hinsichtlich der letztgenannten Variante lässt sich allerdings in Frage stellen, ob sie mit der Rspr. der *Cassazione* im Übrigen vereinbar wäre. Jedenfalls weckt bereits diese begriffliche Unbestimmtheit gewisse Zweifel an der rechtsdogmatischen und praktischen Eignung der durch die *Cassazione* vorgegebenen "Abzugsregel".

Demgegenüber lässt sich das in Deutschland als maßgeblich angesehene Kriterium des Gewinns bzw. Ergebnisses eines Geschäfts im Grundsatz unter Heranziehung der Kalkulation des Unternehmens und unter Verwendung anerkannter betriebswirtschaftlicher Kriterien ermitteln<sup>180</sup>. Schwierigkeiten können sich hier in tatsächlicher Hinsicht<sup>181</sup> und insoweit ergeben, als die Rspr. wohl noch nicht abschließend geklärt hat, welcher der betriebswirtschaftlich anerkannten Gewinn- bzw. Ergebnisbegriffe für die Abschöpfung zugrunde zu legen ist.

Folgt man den Ausführungen des 5. *Strafsenats* zu § 73 StGB, liegt nahe, dass der sogenannte "Deckungsbeitrag<sup>182</sup> 1" ("DB1"<sup>183</sup>), d. h. das Ergebnis nach Abzug von variablen Kosten und vor Abzug von Fix- und Gemeinkosten sowie Schmiergeldern – in der Kalkulation ex ante – gemeint sein dürfte<sup>184</sup>. Da es sich projektbezogen um die wesentliche betriebswirtschaftliche Messgröße des wirtschaftlichen Erfolgs handelt, liegt dieser Gedanke nicht fern.

Hinsichtlich der §§ 30, 17 OWiG hingegen scheint die Rspr. eher den (regelmäßig geringeren und damit unternehmensgünstigeren) "Deckungsbeitrag 2" ("DB2") heranzuziehen, der zusätzlich den Abzug von (anteiligen) Fixkosten<sup>185</sup> (nicht aber von Gemeinkosten<sup>186</sup>) erlaubt<sup>187</sup>.

Der bloße Reingewinn<sup>188</sup> nach Abzug von Vollkosten (und vor Steuern) wird hingegen in der aktuellen Rspr. soweit ersichtlich nicht (mehr) für maßgeblich gehalten, jedoch in Teilen der Lit. sowie der früheren Rspr.<sup>189</sup>. Vor dem Hintergrund der Maßstäbe der Vollkostenrechnung, die einen Zusammenhang zwischen fixen Kosten und der Menge der Produkte bejaht, ist m.E. ein Fixkostenanteil projektbezogen zurechenbar.

179. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

180. Vgl. BGH NJW 2006, 925, 929 ff.; BGH, BGHR StGB § 73 Erlangtes 4; Janssen, Gewinnabschöpfung im Strafverfahren, Rn. 268 m.w.N.; Wehnert/Mosiek StV 2005, 568 ff.

181. NK/Herzog § 73 Rn. 17; Saliger NJW 2006, 3377, 3381.

182. Der Deckungsbeitrag (engl. contribution margin) ist in der Kosten- und Leistungsrechnung die Differenz zwischen den erzielten Erlösen (Umsatz) und den variablen Kosten. Es handelt sich also um den Betrag, der zur Deckung der Fixkosten zur Verfügung steht. Anders formuliert, der Betrag, der zur Deckung aller anderen Kosten und als Gewinn verbleibt. Zieht man von den Umsätzen eines Produkts die variablen Kosten ab, erhält man den Deckungsbeitrag 1. Es gibt Fixkosten, die den Produkten verursachungsgerecht zugeordnet werden können. Diese bezeichnet man als ergebnisfixe Kosten. Zieht man sie vom Deckungsbeitrag 1 ab, so erhält man den Deckungsbeitrag 2. Kann man Fixkostenanteile nicht mehr dem einzelnen Erzeugnis, sondern nur noch bestimmten Erzeugnisgruppen zuordnen, so handelt es sich um ergebnisgruppenfixe Kosten. Zieht man diese vom Deckungsbeitrag 2 ab, so erhält man den Deckungsbeitrag 3. Schließlich bleiben Fixkosten übrig, die das Unternehmen betreffen und nicht mehr verursachungsgerecht zugeordnet werden können, die unternehmensfixen Kosten. Erst wenn man sie abzieht, zeigt die Summe den Gewinn an, den man mit dem jeweiligen Produkt erwirtschaftet hat, <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm>

(engl. contribution margin; profit contribution; contribution to fixed cost and profit combined).

183. Der Deckungsbeitrag 1, auch DB I genannt, zeigt an, was der einzelne Artikel, das Produkt usw., zur Deckung der Strukturkosten eines Unternehmens beitragen. Er ist die maßgebliche Größe für die Produktbeurteilung, <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm>. Im Handel entspricht der Deckungsbeitrag I der Differenz zwischen dem Verkaufspreis netto und dem Einstandspreis eines Gutes und wird als Handelsspanne bezeichnet, <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm>.

184. Vgl. BGH NJW 2006, 925, 929 ff.; BGH, BGHR StGB § 73 Erlangtes 4.

185. Fixkosten sind Kosten, die in konstanter Höhe anfallen, unabhängig davon, welche Menge von einem Produkt erbracht wird. ... Anders gesagt sind Fixkosten Kosten, die zur Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit im allgemeinen während eines Betrachtungszeitraumes - unabhängig vom jeweiligen Beschäftigungsgrad (jedoch im Rahmen einer Kapazitätsstufe) - erforderlich sind. ... Die traditionellen Vollkostenrechnungen bejahen jedoch den Zusammenhang zwischen fixen Kosten und Menge der erstellten Produkte und belasten mit Hilfe einer künstlichen Proportionalisierung die Kostenträger mit einem Fixkostenanteil. Hilfsinstrument ist dabei die Verwendung von Bezugsgrößen (z.B. der Fertigungszeit).

186. Kosten, die sich keinen bestimmten Produkten bzw. Leistungseinheiten (Kostenträger, Kostenstelle) zurechnen lassen, z. B. Mietkosten, Geschäftsführergehalt. ... Gemeinkosten sind Kosten, die einer Bezugsgröße nicht direkt zurechenbar sind. <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/gemeinkosten/gemeinkosten.htm>.

187. Vgl. BayObLG, Beschl. v. 13.06.2003 - 3 ObOWi 50/03, in: BeckRS 2003 30320736.

188. <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm>.

189. So aber noch zum Verfall alter Fassung: BGH v. 3. 8. 1988 - 2 StR 357/88 (unveröffentlicht); und zu § 17 OWiG: OLG Saarbrücken VRS 38, 471, 474; OLG Celle DRZ 1949, 262; Peltzer DB 1977, 1445; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 48, 50; KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119.

Bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Wertes eines durch Korruption erlangten Auftrags ist daher m. E. der Abzug des dazugehörigen Fixkostenanteils zur korrekten betriebswirtschaftlichen Bestimmung des darin liegenden Vorteils nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen möglich und nötig. Da auch bei § 73 StGB gerade der Wert des Vertrages bzw. Auftrags abgeschöpft werden soll, muss nach zutreffender Auffassung – entgegen der Tendenz in der Rspr. des 1. Strafsenats – auch in diesem Rahmen auf den DB2 und nicht auf den DB1 als Abschöpfungsbetrag zurückgegriffen werden.

Es lässt sich auf den ersten Blick auch nicht erkennen, weshalb nicht auch in Italien in entsprechender Weise – und unter Vermeidung der oben genannten Unbestimmtheit – der “profitto” im Sinne des Art. 19 des Dekrets so bestimmt wird. Im Hinblick auf die mit dem nach den Grundsätzen der *Cassazione* ermittelten Profit denkbaren Varianten (1.-3., s.o.), ist zudem festzustellen, dass deren erste (1.) Gefahr läuft, den Abschöpfungsgedanken bei Korruptionsdelikten ad absurdum zu führen, da der Preis des korruptionsbemaakelten Auftrags typischerweise kein unmanipulierter Marktpreis ist, sondern dieser regelmäßig um das Bestechungsgeld, vielfach um einen weiteren, erheblich höheren Betrag überhöht ist<sup>190</sup>. Hinsichtlich der anderen beiden in der italienischen Lit. vorgeschlagenen Varianten ergeben sich mangels klarer Bestimmbarkeit des Marktwertes (2.) und eines statistischen mittleren Gewinnaufschlags (3.) zusätzliche Bestimmtheitsbedenken. Jedoch ist festzuhalten, dass abgesehen von Variante (1.) davon auszugehen ist, dass die Ergebnisse der Theorie der *Cassazione* vielfach in der Nähe der Ergebnisse des “Netto-Prinzips” liegen könnten. Bezüglich der Varianten (2.) und (3.) besteht allerdings potentiell die Gefahr oder Chance – je nach Sichtweise – dass der Abschöpfungsbetrag sogar deutlich niedriger liegt als nach dem “Netto-Prinzip” bzw. den deutschen Verfallskriterien. Jedenfalls wirkt das Erfordernis der Ermittlung eines Marktwertes der Gegenleistungen bzw. das der Ermittlung eines mittleren Gewinns wohl erhebliche zusätzliche Beweisschwierigkeiten auf. Da diese Zweifel letztlich nach dem Prinzip “in dubio pro reo” zugunsten des Unternehmens wirken, muss man befürchten, dass die Effektivität der Vermögensabschöpfung in Italien hierunter leiden könnte.

Insbesondere wäre es wohl bedenklich, wenn in der Variante (3.) ein “Normalgewinn” auch bei korruptionsbemaakelten Geschäften von der Abschöpfung auszuschließen sein sollte. Hier werden hypothetische Handlungsverläufe unterstellt, d.h. hypothetische Handlungen hinzugedacht – insbesondere der Vertragsabschluss trotz Wegfall der Bestechung, die hinweg gedacht wird – was nach deutschem Verständnis zur Ermittlung des Vorteils systematisch unzulässig wäre. Die inhaltliche Angemessenheit der italienischen Lösung – auch unter Berücksichtigung des aus Sicht der *Cassazione* zu berücksichtigenden Unmittelbarkeitsgedankens – würde zudem wohl davon abhängen, ob das Unternehmen ohne Korruption überhaupt in den Genuss des Auftrags gekommen wäre bzw. eine (gleichhohe) Gewinnspanne erzielt hätte. In der Praxis wird dies vielfach nicht der Fall oder jedenfalls nicht leicht zu ermitteln sein. Der Normalgewinn könnte ersterenfalls wohl nur bei 0 liegen.

Variante (2.) käme der deutschen Lösung (und dem Netto-Prinzip) wohl dann am Nächsten, wenn man den Marktwert als Einkaufspreis für das Unternehmen zu ermitteln hätte und nicht den Marktwert im Verkauf berücksichtigen würde. Da die *Cassazione* auf den Wert der Leistung, die beim Geschädigten “ankommt” abzustellen scheint, meint sie aber wohl Letzteres. Unterstellt man dies, müsste man davon ausgehen, dass die *Cassazione* annimmt, zum Marktwert im Verkauf hätte das Unternehmen seine Leistungen auch ohne Korruptionsstraftaten verkaufen können. Dies ist aber in der Praxis nicht zwingend oder durchgehend der Fall. Hinzu kommt, dass sich der wahre Marktwert wohl nur ermitteln ließe, wenn das Unternehmen sein Angebot von Korruptionsabsprachen unbeeinflusst – und daher u. U. niedriger - abgegeben hätte.

---

190. BGH NJW 2006, 925, LS.



Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der dem Abzugsprinzip in allen drei Varianten zugrundeliegende Gedanke der *Cassazione*, dass der Staat sich den Abschöpfungsbetrag nicht zweifach aneignen dürfe, nur bei synallagmatischen Verträgen mit der öffentlichen Hand nachvollziehbar ist, da andernfalls der Vertragspartner eben nicht mit dem Staat identisch ist. Selbst wenn es sich bei dem Vertragspartner um eine italienische Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt (Gemeinde, Provinz, Region) ist diese rechtlich nicht mit dem Justizfiskus – der der Republik Italien zuzuordnen ist – identisch.

Diese kritischen Betrachtungen führen zu der – angesichts der Unklarheit der Kriterien und der fortdauernden Diskussion in Literatur und Rspr. in Deutschland notwendigerweise vorläufigen – Einschätzung, dass eine Abschöpfung nach den nicht völlig transparenten und nachvollziehbaren Maßstäben der italienischen Rspr. für Unternehmen vielfach günstiger sein dürfte als nach deutschem Recht, auch wenn ein Unternehmensbußgeld nach §§ 17, 30 OWiG unter Berücksichtigung des “Netto-Prinzips” zur Anwendung kommt. Weitere Diskrepanzen verstärken diesen Eindruck:

Nach italienischem Recht sind ersparte Aufwendungen anscheinend nicht vom Begriff des Profits gem. Art. 19 des Dekrets umfasst. Sie sind hingegen sowohl gem. § 17 OWiG als auch gem. § 73 StGB in Deutschland abzuschöpfen (s.o.)<sup>191</sup>. Die italienische Rechtsordnung verbindet den Begriff des Profits offenbar mit realen geldwerten Zuflüssen beim Unternehmen. Die Rede ist auch von (Wirtschafts-)Gütern und Vorteilen (“beni e utilità”). Vor dem Hintergrund, dass Bestechungstaten gegenüber Amtsträgern z. B. gerade auch zur Vermeidung der Feststellung, Geltendmachung oder Durchsetzung von Steuerforderungen oder zur Vermeidung jeder anderen Art von Abgaben, Beiträgen, Rückerstattungen oder sonstigen vertraglichen Zahlungsansprüchen etc. denkbar sind, stellt sich die Frage nach der kriminalpolitischen und wirtschaftlichen Rechtfertigung eines Ausschlusses zumindest des anfallenden Verzinsungsbetrags (falls die Zahlung durch die Tat nicht endgültig vereitelt wird). Insbesondere kann in den einschlägigen Fällen – man denke etwa an eine Zahlung an einen Finanzbeamten als Gegenleistung für den Verzicht auf die Feststellung von (tatsächlich anfallender) Mehrsteuer – kaum das Argument herangezogen werden, die Ersparnis resultiere nicht unmittelbar aus dem Makel der Korruptionsstraftat.

Generell stellt sich die Frage, ob es kriminalpolitisch und bei wirtschaftlicher Betrachtung angemessen ist, eine faktische Besserstellung – etwa durch Marktvorteile – aus dem Bereich des Profits auszugliedern. Hierfür mag aus italienischer Perspektive sprechen, dass “profitto” unter den Begrifflichkeiten, die das abzuschöpfende Etwas benennen, wie etwa auch der wohl weitergehende Begriff des “prodotto”, erkennbar nur eine bestimmte Teilmenge des Gesamtergebnisses einer Straftat (provento”) erfassen sollte (vgl. auch Art. 240, 322ter CP)<sup>192</sup>. Soweit man als gemeinsamen Grundsatz gelten lässt, dass durch die Unternehmensabschöpfung geldwerte Vorteile erfasst werden sollten, die gerade aus der strafrechtlichen Bemakelung einer Handlung resultieren, könnte es angemessen, wenn auch in tatsächlicher Hinsicht schwierig erscheinen, jedenfalls (durch Schätzung) bezifferbare faktische Besserstellungen zu erfassen, und nicht allein Barzuflüsse und greifbare.

Begrüßenswerte Einigkeit besteht in Deutschland und Italien vor dem Hintergrund der Wiederherstellungsfunktion der Abschöpfung hingegen dahingehend, dass hypothetisch zu erlangende Vorteile nicht abgeschöpft werden können (s.o.).

Grundsätzlich nachvollziehbar erscheinen zwar die Bedenken gegen das “Netto-Prinzip”, soweit dieses auch Aufwendungen für intrinsisch rechtswidrige Ausgaben (Schmiergeldzahlungen, Zahlungen für den Drogeneinkauf usw.) für abziehbar erklärt

191. OLG Düsseldorf wistra 1995, 75 f.

192. Eingehend Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

<sup>193</sup>. Nach deutschem Recht würde selbst ein solches Verständnis kaum zu dramatischen Folgen führen, als der Betrag gem. § 74 StGB – im Wege der Einziehung der Tatmittel (“instrumenta sceleris”) – beim Geber oder Unternehmen abschöpfbar wäre<sup>194</sup>, andernfalls gem. § 73 StGB beim Empfänger<sup>195</sup>, womit jedenfalls die betragsmäßige Erfassung gesichert ist. Zudem geht die deutsche h. M. auch im Bereich des § 17 Abs. 4 OWiG unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht davon aus, dass ein Abzug der Schmiergeldzahlung zulässig ist (s.o.).

Abschließend ist festzuhalten, dass ein fundamentaler Unterschied hinsichtlich des Abschöpfungsumfangs hypothetisch dann bestünde, falls die Auffassung des *1. Strafsenats* des BGH – Abschöpfung des Gesamtumsatzes aus dem bemakelten Geschäft – wie tw. in der Literatur vorgeschlagen zukünftig auch auf ein durch Betrug oder Korruption angebahntes Vertragsverhältnis anzuwenden wäre. Zugleich ist zu konstatieren, dass ein entsprechender Schritt in Italien aufgrund der vor kurzem erst in die entgegengesetzte Richtung erfolgten Änderung der Rspr. wohl b.a.w. auszuschließen ist, insbesondere auch deshalb, weil die *Cassazione* Unternehmen mit legalem Geschäftsmodell offenbar hierdurch gerade insoweit privilegieren wollte, als durch Wirtschaftsstraftaten wie Betrug und Korruption angebahnte Geschäfte betroffen sind.

Hinsichtlich in sich strafrechtlich bemakelter Geschäfte (“reati contratto”) – bei denen der *1. Strafsenat* des BGH (wie bei illegaler Werbung, § 16 UWG, oder BtM-Geschäften) den gesamten Umsatzerlös als abschöpfungsfähig bezeichnet hat – besteht soweit ersichtlich ebenfalls im Wesentlichen Übereinstimmung, denn auch die *Cassazione* geht insoweit offenbar von der Geltung des “Brutto-Prinzips” und der Abschöpfung des gesamten Umsatzerlöses als Profit aus. Insofern kann für beide Rechtsordnungen – in denen jeweils seitens der Rspr. die nicht punitive Funktion der Abschöpfung betont wird (s.o.) – die Frage aufgeworfen werden, ob die Umsatzabschöpfung bei rein kriminellen Geschäften – faktisch wohl insbesondere im Bereich der gewerbsmäßigen oder sogar organisierten Kriminalität – in legitimer Weise eine verstärkte Pönalisierung bestimmter unternehmensnütziger Straftaten anstrebt, nämlich solcher, von denen zumindest typischerweise gewerbsmäßig kriminell agierende Unternehmen begünstigt werden. Eine solche offenbar kriminalpolitisch veranlasste Differenzierung erscheint aus den gesetzlichen Grundlagen des deutschen und italienischen Abschöpfungsrechts nicht ohne Weiteres ablesbar.

---

193. Vgl. auch Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

194. BGH NJW 1985, 752.

195. Fischer § 73 Rn. 22 m.N. zur Rspr.