

keinen Strafantrag gestellt haben, mit insgesamt 31 % und seine Schwestern (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB), die nach den Urteilsfeststellungen nicht innerhalb der Frist des § 77b StGB binnen drei Monaten ab Kenntniserlangung Strafantrag gestellt haben, mit 17 % am Kommanditkapital beteiligt (also zusammen mit 52 %).

Vermögensnachteil bei Untreue; Strafmilderung bei Beihilfe zur Untreue; Geldwäsche

StGB §§ 261, 266

1. Der Vermögensnachteil i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB ist durch einen Vergleich des Wertes des Gesamtvermögens vor und nach der pflichtwidrigen Handlung zu ermitteln und zu beziffern. Ist gegen den Geschädigten ein Insolvenzverfahren eröffnet worden, bedarf es der Feststellung, in welcher konkreten Höhe die Insolvenzmasse verringert worden ist.

2. Bei einem Helfen, der nicht selbst in einem Treueverhältnis (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) zu dem Geschädigten einer Untreue stand, ist eine Strafmilderung nach §§ 28 Abs. 1, 49 StGB neben der Milderung nach §§ 27 Abs. 2, 49 StGB zu erörtern. Eine doppelte Strafmilderung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn der Sache nach Mittäterschaft vorliegt und die Gehilfenstellung allein auf dem Fehlen der Vermögensbetreuungspflicht beruht.

3. Als Vortat einer Geldwäsche nach § 261 StGB kommt bereits nach dem Gesetzeswortlaut eine Untreue nur dann in Betracht, wenn diese banden- oder gewerbsmäßig begangen worden ist. Zudem muss der tatsächliche Zugriff auf den aus der Vortat stammenden Gegenstand durch die Tathandlung konkret erschwert werden. Bloße Vorbereitungshandlungen erfüllen den Tatbestand noch nicht.

4. Leichtfertigkeit i.S.v. § 261 Abs. 5 StGB bezieht sich nur auf die Herkunft der deliktisch verstrickten Gegenstände. Im Übrigen ist zumindest bedingter Vorsatz erforderlich.

KG, Beschl. v. 02.04.2012 – (4) 161 Ss 30/12 (67/12)

Aus den Gründen: Das *SchöG Tiergarten* in Berlin hat den Angekl. wegen Beihilfe zur Untreue und leichtfertiger Geldwäsche in zwei Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 220 TS zu je 65 Euro verurteilt und zugleich den Verfall des Wertersatzes in Höhe von 101.960,25 Euro angeordnet. Gegen dieses Urte. wendet sich der Angekl., der die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Er erzielt einen (vorläufigen) Teilerfolg.

I. 1. Der Verurteilung des Angekl. wegen Beihilfe zur Untreue hat das *SchöG* im Wesentlichen die folgenden Feststellungen zu Grunde gelegt:

Die Ehefrau des Angekl., die gesondert Verfolgte R., führte bis zum Jahre 2005 die aus mehreren Firmen bestehende R.-Gruppe als Geschäftsführerin. In den Jahren 2003 bis 2005 entzog sie diesen Firmen ohne entsprechenden Anspruch erhebliche Vermögenswerte und führte die Gesellschaften systematisch in die Insolvenz.

Bestandteil der R.-Gruppe war die T. GmbH, deren Gesellschafter seit dem 30.05.2001 je zur Hälfte die Objektgesellschaft A. GmbH

und Herr I. waren. Nach dem 31.03.2003 – dieses Datum trägt der später unterzeichnete Vertrag – unterschrieben der Angekl. als vermeintlicher Darlehensgeber und seine Ehefrau für die T. GmbH als Darlehensnehmerin einen Darlehensvertrag. Darin verpflichtete sich der Angekl., der T. GmbH ein Darlehen von maximal 1.000.000 Euro, beginnend ab Februar 2003, zu gewähren. Im Gegenzug sollte die T. GmbH auf das Darlehen Zinsen in Höhe von 6 % pro Jahr zahlen, auf erstes Anfordern ein notarielles Schuldanerkenntnis abgeben und ihr einziges Anlagevermögen, ein am M.-Platz 1 in Berlin gelegenes Grundstück, zu Gunsten des Angekl. mit einer Zwangshypothek in Höhe der Darlehenssumme belasten. Diese Vereinbarung umsetzend, gab die gesondert Verfolgte R. am 09.01.2004 im Namen der T. GmbH zu Gunsten des Angekl. ein notariell beurkundetes abstraktes Schuldanerkenntnis über einen Betrag von einer Million Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 % pro Jahr ab und unterwarf die Gesellschaft der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die in der notariellen Urkunde anerkannte Forderung des Angekl. gegen die T. GmbH aus dem Darlehensvertrag v. 31.03.2003 bestand in Wirklichkeit nicht, was sowohl der Angekl. als auch seine Ehefrau wussten. Weder erfolgte eine Auszahlung in der vereinbarten Höhe, noch war der Angekl. dazu überhaupt in der Lage. Die T. GmbH schuldete dem Angekl. vielmehr lediglich einen Betrag in Höhe von weniger als 100.000 Euro. Gleichwohl beantragte der Angekl. mit einem undatierten, von seiner Ehefrau formulierten Schreiben, das er mit seiner Unterschrift versah und am 16.03.2003 bei dem *AG Tempelhof-Kreuzberg* einreichte, die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek, die am 21.07.2004 antragsgemäß erfolgte.

Durch die Belastung des Anlagevermögens der T. GmbH mit der Zwangssicherungshypothek wurde – dem Plan der gesondert Verfolgten R. entsprechend – die zur Verteilung der Insolvenz vorhandene Masse geschmälert und dem Angekl. ein Absonderungsrecht verschafft.

2. Diese rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bilden eine ausreichende Grundlage für den Schuldspruch wegen Beihilfe zur Untreue (§§ 266 Abs. 1, 27 StGB) und führen zur Verwerfung der insoweit unbegründeten Revision nach § 349 Abs. 2 StPO.

a) Das *SchöG* hat konkrete Feststellungen zu einer durch die gesondert Verfolgte R. begangenen vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat nach § 266 Abs. 1 StGB und den Unterstützungshandlungen des Angekl. getroffen sowie in vertretbarer Weise begründet, worauf diese Feststellungen beruhen.

aa) Als alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der T. GmbH war die Ehefrau des Angekl. zur Wahrung deren Vermögensinteressen verpflichtet. Die gesellschaftsinternen Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers einer GmbH, der nach §§ 35 Abs. 1 S. 1, 37 GmbHG ohne Beschränkung im Außenverhältnis befugt ist, über das Vermögen der Gesellschaft zu verfügen und sie Dritten gegenüber zu verpflichten, ergeben sich im Grundsatz aus § 43 Abs. 1 GmbHG. Danach obliegt es dem Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft, deren Vermögensinteressen mit der Sorgfalt eines ordentlichen, dem Gesellschaftsvertrag verpflichteten Geschäftsmannes wahrzunehmen. Daraus folgt umgekehrt, dass der Geschäftsführer einer GmbH eine Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB begeht, wenn er die ihm verliehene Macht, über das Vermögen der Gesellschaft (unmittelbar) durch Rechtsgeschäft zu verfügen bzw. diese schuldrechtlich zu verpflichten, pflichtwidrig missbraucht (1. Alt.), oder seine ihm gegenüber der Gesellschaft obliegende Vermögensbetreuungspflicht pflichtwidrig verletzt (2. Alt.) und dadurch der Gesellschaft einen Vermögensnachteil zufügt (vgl. *Thür. OLG*, Beschl. v. 12.01.2011 – 1 Ws 352/10 = wistra 2011, 315).

Indem die Ehefrau des Angekl. der T. GmbH eigenmächtig und ohne gleichwertige Gegenleistung Vermögenswerte zur eigenen Verwertung entzogen und durch die gewählte und vollzogene Vertragsgestaltung (abstraktes Schuldanerkenntnis auf erstes Anfordern und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung) noch dazu keine rechtliche Handhabe belassen hat, gegen eine in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung vorzugehen, hat sie unter Ausnutzung der ihr kraft Gesetzes (§ 37 GmbHG) eingeräumten Vertretungsbefugnis ihre Pflicht zur Betreuung des ihr anvertrauten Vermögens verletzt.

bb) Diese Handlungen waren pflichtwidrig, da die der T. GmbH nachteiligen Verfügungen gerade zu dem Zweck erfolgt sind, eine ordnungsgemäße Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu verhindern. Anhaltspunkte für ein Einverständnis der Gesamtheit der Gesellschafter (Objektgesellschaft A. straße GmbH und I.) als oberstem Willensorgan der GmbH und wirtschaftlichem Inhaber des zu betreuenden Vermögens, dem – wenn es wirksam ist – eine die Pflichtwidrigkeit des Handelns und damit zugleich den Tatbestand ausschließende Wirkung zukäme (vgl. *BGH*, Urt. v. 27.08.2010 – 2 StR 111/09 – = *NJW* 2010, 3458 [= *StV* 2011, 20]; *Thür. OLG*, a.a.O.), lassen sich den Feststellungen nicht entnehmen und liegen angesichts der Höhe der anerkannten Forderung und der Ausgestaltung der dem Angekl. vertraglich eingeräumten Vollstreckungsbefugnisse auch fern.

cc) Durch die pflichtwidrigen Handlungen entstand der T. GmbH ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB. Aufgrund des zu ihren Lasten erklärten abstrakten Schuldanerkenntnisses und der durch Eintragung der Zwangssicherungshypothek umgesetzten sofortigen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung ist ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten.

Entgegen der Rechtsauffassung der Verteidigung bewirkte das am 09.01.2004 notariell beurkundete abstrakte Schuldanerkenntnis gem. § 780 BGB die Schöpfung einer neuen, eigenständigen Verbindlichkeit (vgl. *Habersack* in *MüKo* zum BGB, § 780 Rn. 47), nämlich des Zahlungsanspruchs des Angekl. in Höhe von 1.000.000 Euro nebst Zinsen, den er ohne Rücksicht auf den Bestand des Kausalverhältnisses – hier den zum Schein geschlossenen Darlehensvertrag – geltend machen konnte. Da die notarielle Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO einen unabhängig vom Bestehen eines Grundgeschäfts vollstreckbaren Titel darstellt, geht auch der Hinweis der Verteidigung auf die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) fehl. Die dem Schuldner gleichwohl verbliebene Bereicherungseinrede (§ 821 BGB), mit der er grundsätzlich geltend machen kann, dass die Forderung aus dem zu Grunde liegenden Kausalverhältnis nicht besteht, war der T. GmbH bzw. dem Insolvenzverwalter wegen der weiteren Vereinbarung, der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und der nachfolgenden Bestellung einer Hypothek zur Sicherung der abstrakten Forderung, verschlossen. Bei dieser Sachlage waren die belasteten Werte dem Zugriff der T. GmbH bzw. des Insolvenzverwalters bereits endgültig entzogen. Dies zeigt sich auch daran, dass es der – mit 35.000 Euro entgoltenen – Zustimmung des Angekl. zur Löschung der auf dem Grundstück der T. GmbH lastenden Hypothek bedurfte.

dd) Das *SchöG* hat eine schadensausschließende Kompensation durch Erlöschen einer Verbindlichkeit in gleicher Höhe (1.000.000 Euro) fehlerfrei verneint. Entgegen der Auffassung der Verteidigung hat das *SchöG* ausgeführt, dass dem abstrakten Schuldanerkenntnis – mit Ausnahme von zwei kleineren Beträgen (20.000 Euro und 65.000 Euro) bzw. höchstens 100.000 Euro – keine Zahlungen des Angekl. gegenüberstanden, und die vollständige Erfüllung des Darlehensvertrags auch nicht beabsichtigt gewesen ist.

b) Der Angekl. hat – auch davon ist das *SchöG* ohne Rechtsfehler ausgegangen – die Tat seiner Ehefrau willentlich gefördert, indem er zum Schein einen Darlehensvertrag unterzeichnet und die für die notarielle Beurkundung, die sofortige Zwangsvollstreckung und die Eintragung der Hypothek erforderlichen Erklärungen abgegeben hat. Die insofern vom Revisionsführer beanstandete Beweiswürdigung hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

Die Erwägungen des *AG*, mit denen es die Einlassung des Angekl., er habe alle finanziellen Tätigkeiten seiner Ehefrau überlassen und von deren strafrechtlich relevanten geschäftlichen Aktivitäten erst im Jahre 2006 – nach der Durchsuchung des gemeinsamen Wohnsitzes – erfahren, als widerlegt angesehen hat, sind nicht zu beanstanden. Gleiches gilt für die Ausführungen, mit denen das *SchöG* die Vereinbarung eines Scheingeschäfts in Gestalt eines Darlehensvertrags begründet hat, der auch nach Kenntnis des Angekl. einen fiktiven, in der vertraglich angenommenen Höhe nicht begründeten Anspruch enthält. Die willentliche Verknüpfung einer Forderung in Höhe von 1.000.000 Euro, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Zahlung des Angekl. von lediglich 20.000 Euro gegenüberstand, mit einem abstrakten Schuldanerkenntnis und der zusätzlichen, eine Darlehenszahlung ebenfalls nicht voraussetzenden Vereinbarung einer sofortigen Zwangsvollstreckung, lassen nicht nur – was ausreichend wäre – den möglichen Schluss auf seinen Entschluss zu, seine Ehefrau darin zu unterstützen, der durch sie vertretenen Gesellschaft rechtsgrundlos Vermögenswerte zu entziehen. Sie legen diesen vielmehr nahe.

3. Hingegen muss der Strafausspruch betreffend die Beihilfe zur Untreue aufgehoben werden, weil der Schuldumfang der Untreuehandlung aufgrund lückenhafter Feststellungen zur Höhe des der T. GmbH tatbedingt entstandenen Vermögensnachteils unklar bleibt. Dies führt zugleich zur Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs.

a) Die für den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat bedeutsame Höhe des Vermögensnachteils ist – wie der Vermögensschaden nach § 263 StGB – durch einen Vergleich des Wertes des Gesamtvermögens vor und nach der pflichtwidrigen Handlung zu ermitteln und konkret zu beziffern (vgl. *BVerfG*, *Beschl.* v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = *NJW* 2010, 3209 [= *StV* 2010, 564]; *Fischer*, *StGB*, 59. Aufl., § 266 Rn. 115 m.w.N.).

aa) Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Urt. nicht. Den entstandenen Vermögensnachteil, der auch in der Strafzumessung lediglich als »große Summe« bezeichnet worden ist, hat das *AG* weder konkret beziffert, noch ist er dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe zweifelsfrei zu entnehmen.

Das *SchöG* hat lediglich mitgeteilt, dass der Angekl. in dem gegen die T. GmbH betriebenen Insolvenzverfahren am 26.11.2005 Forderungen von insgesamt 1.102.289,05 Euro (984.800 Euro und Zinsen i.H.v. 117.489,05 Euro) zur Insolvenztabelle angemeldet, für die Ablösung der zu seinen Gunsten eingetragenen Hypothek die Feststellung weiterer 80.000 Euro zur Insolvenztabelle begehrt und eine gleichlautende Verpflichtungserklärung des Insolvenzverwalters erreicht sowie 35.000 Euro aus dem der Insolvenzverwaltung unterliegenden Gesellschaftsvermögen erhalten habe. Ob er mit der Geltendmachung seiner Forderungen (teilweise) Erfolg hatte, d.h. in welcher Höhe die Insolvenzmasse der T. GmbH tatbedingt geschmälert worden ist, lässt sich den Urteilsgründen indessen nicht entnehmen.

Die Anmeldung einer Forderung zur Insolvenztabelle zieht nicht automatisch die Auskehrung des begehrten Betrages, noch dazu in voller Höhe, nach sich. Unabhängig von der Frage, ob die nicht näher beschriebene Geltendmachung durch den Angekl. den Formvorschriften des § 174 InsO Genüge getan hat und die Voraussetzungen für eine Eintragung nach § 175 Abs. 1 S. 1 InsO erfüllt worden sind, ist nichts über den Verlauf des anschließenden Prüfungsverfahrens und darüber bekannt, ob die erhobene Forderung – mit der Wirkung eines rechtskräftigen Urts. – gem. § 178 Abs. 3 InsO in die Tabelle eingetragen oder – was hier nach den sonstigen Feststellungen, wonach sich die Parteien im Mediationsverfahren befunden haben, nahe liegt – der Angekl. aufgrund eines Widerspruchs des Insolvenzverwalters auf den Klageweg (§ 184 Abs. 1 InsO) verwiesen wurde.

Soweit das *SchöG* an anderer Stelle ausgeführt hat, dass dem Angekl. ein Absonderungsrecht verschafft worden sei, hat es ersichtlich ein solches nach § 49 InsO gemeint, allerdings nicht mitgeteilt, in welcher Höhe dieses – durch die Löschung der Hypothek nachträglich erloschene – Recht erteilt worden ist. Auch die Feststellung, dass der zuständige Insolvenzverwalter die Verpflichtung eingegangen sei, einen Betrag zur Insolvenztabelle festzustellen, lässt keine Rückschlüsse auf den weiteren Verfahrensgang zu, insbes. auf die Umsetzung der Verpflichtung, die Rangstelle, die die Forderung entsprechend den Vorschriften des 2. Abschnitts (2. Teil) der InsO eingenommen hat und ggf. die Höhe, in der der eingetragene Anspruch befriedigt worden ist.

bb) Den Urteilsgründen lässt sich weiterhin nicht hinreichend sicher entnehmen, ob das *SchöG* der Nachteilsberechnung bestehende Rückzahlungsansprüche des Angekl. (in Höhe von nicht mehr als 100.000 Euro, 85.000, oder 65.000 Euro) zu Grunde gelegt hat. In Anbetracht der festgestellten Zahlung von 360.000 Euro (Fall 2), die in Erfüllung eines – nicht näher bezeichneten – Darlehens an den Angekl. geleistet worden sein soll und in diesem Fall einen Erfüllungsanspruch des Angekl. in Höhe von maximal 100.000 Euro zum Erlöschen gebracht hätte, hätte zudem geprüft werden müssen, ob die Zahlungen des Angekl. überhaupt hätten verrechnet werden dürfen.

cc) Nach alledem bedarf es der Feststellung, in welcher konkreten Höhe die Insolvenzmasse der T. GmbH verringert worden ist und welchen Betrag der Angekl. aufgrund eigener, nicht anderweitig erfüllter Ansprüche berechtigterweise hätte geltend machen dürfen.

b) Rechtsfehlerhaft ist ferner, dass das AG den Strafrahmen des § 266 Abs. 1 StGB lediglich gem. §§ 27 Abs. 2, 49

StGB gemildert (Freiheitsstrafe bis zu 3 J. und 9 M. oder Geldstrafe bis zu 270 TS), eine weitere Strafrahmenverschiebung gem. §§ 28 Abs. 1, 49 StGB jedoch nicht in Betracht gezogen hat. Bei einem Gehilfen, der – wie der Angekl. – im Zeitpunkt der Gehilfenhandlung nicht selbst in einem Treueverhältnis zu der Geschädigten stand, welches als besonderes persönliches Merkmal (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) die Strafbarkeit seiner Ehefrau als Täterin begründet, ist eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB neben der Mildereung nach § 27 Abs. 2 StGB zu erörtern. Eine doppelte Strafmilderung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn der Sache nach Mittäterschaft vorliegt und die Gehilfenstellung allein auf dem Fehlen der Vermögensbetreuungspflicht beruht, andernfalls ist der Strafrahmen zwingend doppelt zu mildern (vgl. *BGH*, Beschl. v. 01.03.2005 – 2 StR 507/04 – = *NSStZ-RR* 2006, 109, m.w.N. [= *StV* 2005, 330]). Hier hätte die weitere Strafrahmenmilderung gem. § 28 Abs. 1 StGB erörtert werden müssen, denn das *SchöG* ist davon ausgegangen, dass der Angekl. bereits nach allg. Regeln als Gehilfe anzusehen ist, weil er »im Wesentlichen angeleitet durch seine Ehefrau« gehandelt habe, die das »Heft des Handelns« in der Hand gehabt und die »Initiative ergriffen« habe.

Einer Aufhebung des Strafausspruchs hätte es nur dann nicht bedurft, wenn die Festsetzung einer milderen Strafe auszuschließen gewesen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall, da die Geldstrafe mit 150 TS im oberen Bereich des doppelt gemilderten Strafrahmens festgesetzt worden ist.

c) Eine Begründung für die Höhe des Tagessatzes lässt sich den Urteilsgründen ebenfalls nicht entnehmen. Selbst unter Zugrundelegung des festgestellten Einkommens von 12.500 Euro in den Monaten Januar bis August 2011 und daraus folgenden monatlichen Einkünften von umgerechnet 1.562,50 Euro lässt sich nach § 40 Abs. 2 S. 2 StGB lediglich eine Tagessatzhöhe von 52 Euro, nicht hingegen – wie festgesetzt – von 65 Euro nachvollziehen. Auch bleibt unklar, ob es sich um Brutto- oder Nettoeinnahmen handelte und wie sich die finanzielle Situation des Angekl. in den Folgemonaten (bis zur Urteilsverkündung) entwickelt hat.

II. Die Feststellungen des *SchöG* tragen ferner nicht den Schuldpruch wegen leichtfertiger Geldwäsche in zwei Fällen (§§ 261 Abs. 1 und 5, 53 StGB). Die insofern erforderliche Aufhebung des angefochtenen Urts. führt zugleich zur Aufhebung der gem. §§ 73, 73a StGB getroffenen Anordnung.

1. Die Urteilsgründe enthalten hierzu im Wesentlichen die folgenden Feststellungen:

a) Am 11.04.2005 überwies die gesondert verfolgte R. rechtgrundlos einen der T. GmbH aus einem Bauprojekt zustehenden Kaufpreisüberschuss in Höhe von 364.000 Euro zunächst auf das Geschäftskonto der B. KG, deren alleinige Geschäftsführerin und zweite Gesellschafterin sie war, und von dort aus am 12.04.2005 auf ihr privates Konto bei der Postbank Berlin. Am 19.04.2005 leitete sie einen Teilbetrag von 360.000 Euro auf das Konto des Angekl. bei der Berliner Sparkasse (Nr. 64746658) weiter.

Die Ehefrau des Angekl. wollte mit den Transaktionen, die sie nicht ordnungsgemäß als Einnahmen und Ausgaben der beteiligten Firmen verbuchte, erreichen, dass der Betrag,

den sie für sich selbst sichern wollte, dem Vermögen der T. GmbH entzogen wird. Zu diesem Zeitpunkt wusste sie bereits, dass sie einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der T. GmbH stellen würde, was sie schließlich am 17.06.2005 auch tat. Der Angekl. hatte seiner Ehefrau das Konto mit der Nr. 64746658 am 11.04.2005 für Geldtransaktionen zur Verfügung gestellt.

Das Verhalten des Angekl. hat das *SchöG* wie folgt bewertet: Der Angekl. habe zwar nicht gewusst, dass seine Ehefrau das Konto nutzen werde, um Beute aus einer Untreue zu sichern; dies hätte er jedoch einfach und klar erkennen können, wenn er ihre Handlungen betreffend dieses Konto hinterfragt hätte. Da er gewusst habe, dass die Geschäfte seiner Ehefrau in einer ihm im Einzelnen nicht bekannten Weise gesetzeswidrig gewesen seien, habe er die Augen davor verschlossen.

b) In der Zeit v. 10.06. bis zum 02.07.2004 eröffnete die gesondert Verfolgte R. unter Vorlage eines vom Angekl. am 10.06.2004 unterschriebenen Antrags auf Eröffnung eines Wertpapierdepots auf seinen Namen das Depot mit der Nr... bei der Berliner Sparkasse. Am 01.07.2004 übertrug sie Wertpapiere der A. GmbH, deren Geschäftsführerin und alleinige Gesellschafterin sie war, von deren Depot zunächst auf ihr privates Depot bei der Berliner Sparkasse und am 02.07.2004 weiter auf das neu eröffnete Depot des Angekl., um der A. GmbH systematisch Gesellschaftsvermögen zu entziehen und dieses in ihren privaten Verfügungsbereich zu übertragen.

Diese Feststellungen hat das *SchöG* wie folgt beurteilt: Bei genauerem Hinsehen hätte der Angekl. erkennen können, dass das Depot unlauteren Zwecken, der Sicherung von den Gesellschaften entzogenen Vermögenswerten, also einer Untreue habe dienen sollen. Hiervor habe er die Augen verschlossen.

2. Die GStA Berlin hat dazu ausgeführt:

»Als Vortat einer Geldwäsche nach § 261 StGB kommt bereits nach dem Gesetzeswortlaut eine Untreue nur dann in Betracht, wenn diese banden- oder gewerbsmäßig begangen worden ist. Für eine betreffend die gesondert verfolgte Ehefrau des Angekl. vorliegend allein in Betracht kommende gewerbsmäßige Untreue fehlt es indes in den Gründen des angefochtenen Ur. an jeglichen erforderlichen (vgl. *Hans. OLG Hamburg* NStZ 2011, 523) Ausführungen und Belegen. Die Gewerbsmäßigkeit kann auch nicht allein aus der Anzahl der – drei – Taten und der Formulierung ‚... führte die gesondert verfolgte R. die genannten Gesellschaften *systematisch* in die Insolvenz...‘ hinreichend hergeleitet werden, denn die Ausführungen des Gerichts zur Frage des Vorliegens eines besonders schweren Falles für die Person des Angekl. und die in diesem Zusammenhang wiedergegebene Feststellung des Vorliegens eines besonders schweren Falles der Untreue bei der gesondert verfolgten Ehefrau des Angekl. *wegen des Vermögensverlustes in besonders großen Ausmaß* lassen vielmehr besorgen, dass das AG die Frage der Gewerbsmäßigkeit überhaupt nicht in den Blick genommen hat.

Darüber hinaus fehlt es im Fall 3 auch schon an ausreichenden Feststellungen hinsichtlich der Vortat einer Untreue. Ausweislich der Urteilsgründe handelt es sich bei der A.

GmbH – im Gegensatz zur T. GmbH – offenbar um eine sog. ›Ein-Mann-GmbH‹. Dass durch die am 01.07.2004 erfolgte Übertragung der Wertpapiere bereits eine Existenz- oder Liquiditätsgefährdung dieser Gesellschaft eingetreten ist, welche die Pflichtwidrigkeit des Handelns trotz des offensichtlichen – ansonsten tatbestandsausschließenden – Einverständnisses der Alleingesellschafterin begründen würde (vgl. *Fischer*, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn. 95ff.), hat das Gericht nicht festgestellt und ist auch den sonstigen Ausführungen nicht zu entnehmen, da sich – anders als im Fall 2 – etwa die zeitnahe Stellung eines Insolvenzantrages für diese Gesellschaft den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt.

Die Urteilsgründe enthalten weiterhin auch keine ausreichenden Feststellungen zum Vorliegen einer Geldwäschehandlung. Das bloße Zurverfügungstellen einer Zugangsmöglichkeit zu einem Bankkonto bzw. zu einem Wertpapierdepot erfüllt den Tatbestand noch nicht, weil zu diesem Zeitpunkt noch kein aus einer (etwaigen) Katalogtat herrührender Vermögensgegenstand vorhanden war und sich dieses Verhalten daher letztlich nur als ursächlich für die Vortat erweisen kann (vgl. *OLG Karlsruhe* NStZ 2009, 269, 270 [= StV 2009, 417; *Altenhain* in Nomos Kommentar StGB, 3. Aufl., § 261 Rn. 130b). Feststellungen zu einer konkreten Geldwäschehandlung des Angekl. *nach* Eingang der Gelder bzw. Wertpapiere auf dem Konto bzw. Wertpapierdepots lassen die Urteilsgründe jedoch vermissen. Hinzu kommt, dass sich dem Ur. auch nicht zweifelsfrei entnehmen lässt, welche der Tatalternativen des § 261 Abs. 1 StGB vorliegen soll (vgl. *Hans. OLG Hamburg* NStZ 2011, 523, 524), zumal wegen der naheliegenden tatsächlichen Verfügungsbefugnis auch des Angekl. über die auf seinen Namen laufenden Konten und Depots auch die Alternative des Wahrens i.S.d. § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Betracht käme (vgl. *KG*, Beschl. v. 04.08.2010 – (4) 1 Ss 167/10 (151/10) –).

Schließlich erweisen sich auch die Darlegungen zur subjektiven Tatseite einer leichtfertigen Geldwäsche als zu lückenhaft. Zwar genügt in Bezug auf die ›Illegalität‹ der Herkunft des Tatobjekts Leichtfertigkeit, jedoch muss hinsichtlich des Tatobjekts selbst Vorsatz vorliegen (vgl. *Neuheuser* in MüKo StGB, § 261 Rn. 62 – richtig: 78 –). Ausreichende Feststellungen und Anknüpfungstatsachen dahingehend, dass der Angekl. – entgegen seiner Einlassung – überhaupt vom Eingang der fraglichen Gelder bzw. Wertpapiere Kenntnis erlangt hatte, fehlen jedoch; sie können auch nicht ausreichend allein durch den bloßen Verweis auf das Tatgeschehen zum Fall 1 ›ersetzt‹ werden.«

3. Dies trifft zu. Das *SchöG* hat weder (ausreichende) Feststellungen zu einer – hier allein in Betracht kommenden – gewerbsmäßig begangenen Untreue als möglicher Vortat (§ 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4a) StGB), noch zu Verhaltensweisen *des Angekl.* getroffen, die eine Tathandlung i.S.d. § 261 Abs. 1 oder 2 StGB darstellen könnten.

a) Der objektive Tatbestand auch der leichtfertigen Geldwäsche (§ 261 Abs. 5 StGB) setzt voraus, dass der tatsächliche Zugriff auf den aus der Vortat stammenden Gegenstand durch die Tathandlung konkret erschwert wird (vgl. *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 21.11.2008 – 3 Ss 100/08 – = NStZ 2009, 269). Bloße Vorbereitungshandlungen – hier die Er-

öffnung des Kontos (Fall 2) und des Wertpapierdepots (Fall 3) – reichen nicht aus, weil zu diesem Zeitpunkt noch kein Vermögensgegenstand vorhanden war, auf den der Zugriff der Berechtigten vereitelt oder gefährdet werden konnte (vgl. *OLG Karlsruhe*, a.a.O.). Die auf die Konten des Angekl. transferierten Vermögenswerte wurden der T. GmbH und der A. GmbH erst nach den festgestellten Handlungen des Angekl. entzogen. Handlungen des Angekl., die der Verdeckung ihrer Herkunft dienen sollten, hat das *SchöG* nicht festgestellt.

b) Die Annahme der Leichtfertigkeit i.S.v. § 261 Abs. 5 StGB, die sich nur auf die Herkunft der deliktisch verstrickten Gegenstände bezieht, während im Übrigen zumindest bedingter Vorsatz erforderlich ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 24.06.2008 – 5 StR 89/08 – = NJW 2008, 2516 [= StV 2009, 412]), setzt grundlegend die Kenntnis der durch seine Ehefrau veranlassten Wertstellungen voraus. Auch hierzu fehlt es an Ausführungen. Unklar bleibt, ob seine Ehefrau den am 10.06.2004 unterschriebenen Antrag auf Eröffnung eines Wertpapierdepots mit Wissen und Willen des Angekl. bei der Berliner Sparkasse einreichte, des Weiteren ob und ggf. welche Absprachen die Eheleute über die Nutzung des Bankkontos und des Wertpapierdepots getroffen haben. Die in den Urteilsgründen angenommenen, allesamt in die Zukunft gerichteten Vorstellungen des Angekl., wonach es sich ihm hätte aufdrängen müssen, dass seine Ehefrau Bankkonto und Wertpapierdepot zu Untreuehandlungen nutzen werde, weisen demgegenüber daraufhin, dass das *SchöG* rechtsirrig allein Vorstellungen des Angekl. bezüglich der vorbereitenden Handlungen für erforderlich gehalten hat...

Mitgeteilt vom 4. Strafsenat des KG.

Leichtfertige Geldwäsche

StGB §§ 261 Abs. 1, Abs. 5, 263a; StPO § 267

Leichtfertige Geldwäsche wegen gewerbs- bzw. bandenmäßig begangenen Computerbetrugs.

Hans. OLG Hamburg, Beschl. v. 08.03.2011 – 2-39/10 (REV)

Aus den Gründen: I. Der Angekl. ist mit zur Hauptverhandlung zugelassener Anklage vorgeworfen worden, durch zwei Straftaten jeweils eine zumindest fahrlässige Geldwäsche begangen zu haben, »indem sie 1. und 2.) ihr Konto unbekannt gebliebenen Tätern zur Verfügung stellte, die sich unberechtigt Zugriff auf die Online-Konten der Geschädigten verschafften und mittels ihnen bekannter Kontodaten (Kontonummer, PIN, TAN) unberechtigt im Wege des Online-Bankings Überweisungen von den Konten der Geschädigten auf das Konto der Besch. bei der Deutschen Bank mit der Nr. 600 veranlassten, nämlich 1. am 22.11.2006 vom Konto der Geschädigten K. mit der Kontonummer 140 bei der Citiprivatkundenbank einen Betrag von 3.874,31 €, 2. am 23.11.2006 vom Konto des Geschädigten V. mit der Kontonummer 010 bei der V-Bank Darmstadt einen Betrag von 4.761,23 €, woraufhin die Aufträge von den jeweiligen Banken durchgeführt wurden, die Besch. die erhaltenen Beträge abhob und in bar an die unbekannteten Täter übergab, wobei sie aus grober Unachtsamkeit oder aus besonderer Gleichgültigkeit verkannte, dass diese Gelder aus Vergehen stammten, obwohl sich die kriminelle Herkunft des Geldes nach der Sachlage aufdrängte.« [...]

II 1. [...] b) Das LG hat die Angekl. wegen leichtfertiger Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 S. 1 und 2 Nr. 4a), Abs. 5

StGB verurteilt. Als Vortaten hat es Computerbetrug angenommen (§ 263a StGB). Die Subsumtion wird durch die Feststellungen in objektiver wie in subjektiver Hinsicht nicht getragen.

aa) In objektiver Hinsicht muss u.a. die konkrete Vortat einer Geldwäsche in ihren wesentlichen tatsächlichen Merkmalen festgestellt werden (s. auch *OLG Köln* StV 1999, 156, 161 f.); allein die tatrichterliche Gewissheit eines deliktischen Ursprungs des betroffenen Gegenstandes reicht nicht aus (vgl. *BGH* StV 2000, 67).

Diesen Anforderungen genügen die Urteilsfeststellungen hier nicht.

Das LG hat zum Vortatgeschehen und den von den Vortätern mit der Angekl. getroffenen Vereinbarungen festgestellt, »unbekannt gebliebenen Personen« sei es »durch nicht autorisierte Online-Überweisungen unter Verwendung der zuvor mittels sog. Trojanerprogrammen ausgespähten Kontodaten sowie der ausgespähten PIN- und TAN-Nummern bei den berechtigten Kontoinhabern« gelungen, »am 21. 11. 2006 von dem Konto mit der Kontonummer 140 – Inhaberin Frau Anna K. – bei der Citibank D. einen Betrag von 3.874,31 €« und »am 23.11.2006 von dem Konto mit der Kontonummer 010 – Inhaber Herr Kai V. – bei der V-Bank Darmstadt einen Betrag von 4.761,23 € unberechtigt abbuchen zu lassen«. Spätestens kurz vor den jeweiligen Abbuchungen sei »die Angekl. in Kontakt mit den unbekannt gebliebenen Personen« gekommen. Diese hätten sie veranlasst, für die jeweiligen Abbuchungen von den fremden Konten ihr Konto als Empfängerkonto zur Verfügung zu stellen und die Gelder »dann jeweils sofort abzuheben und weiterzugeben«.

Damit fehlt es an den erforderlichen Feststellungen zu einer Gewerbs- oder Bandenmäßigkeit der Vortatbegehung, wie sie gem. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4a) StGB Tatbestandsvoraussetzung der Geldwäsche ist (vgl. *BGH* JR 2008, 478, 479).

Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende und nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen will (vgl. *Fischer*, StGB, 58. Aufl., Vor § 52 Rn. 62 m.w.N.). Bandenmäßig wird gehandelt, wenn sich eine Gruppe von mindestens drei Personen ausdrücklich oder stillschweigend zur fortgesetzten Verübung im Einzelnen noch unbestimmter Straftaten verbunden hat (vgl. *Fischer*, a.a.O., § 244 Rn. 34 ff.).

Feststellungen zur Anzahl der Vortäter und zu zwischen ihnen bestehenden Verbindungen sowie gemeinsamen Absichten fortgesetzter Begehung gleich gelagerter Straftaten enthält das landgerichtliche Urte. nicht. Ausdrückliche Feststellungen zum insbes. fallübergreifenden Erwerbsstreben der unbekannt gebliebenen Vortäter fehlen ebenfalls. Auch aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe ergeben sich solche Feststellungen nicht. Auf ein Vorliegen gewerbsmäßigen Handelns kann zwar grundsätzlich auch aus Indiztatsachen etwa zu einer besonders professionellen Vorgehensweise (vgl. *OLG Zweibrücken*, Urte. v. 28.01.2010 – 4 U 133/08, betreffend einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 261 Abs. 2, 263a Abs. 1 StGB) oder aus Feststellungen zur Begehung mehrerer Computerbetrügereien durch den- bzw. dieselben Vortäter (vgl. *Neuheuser* in NSTz 2008, 492, 494) geschlossen werden. Vorliegend