



5 StR 91/09

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 26. November 2009  
in der Strafsache  
gegen

wegen leichtfertiger Geldwäsche

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. November 2009 beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 10. April 2008 gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte verurteilt wurde.

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

### G r ü n d e

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen leichtfertiger Geldwäsche zu einer Geldstrafe von 250 Tagessätzen verurteilt und ihn im Übrigen vom Vorwurf der Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug freigesprochen. Seine mit der Sachrüge geführte Revision hat Erfolg.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Der gesondert verfolgte M. S. hatte zu Anfang des Jahres 2002 die N. E. V. G. mit Sitz in Berlin (im Folgenden: N. ) mit dem Ziel gegründet, durch einen fingierten Handel mit Computerprozessoren Umsatzsteuer zu hinterziehen. Zu diesem Zweck benutzte er fingierte Rechnungen der H. A. mit Vorsteuerausweis, die den (wiederholten) Erwerb hochwertiger Mikroprozessoren belegen sollten. Tatsäch-

lich wurden aber keine Mikroprozessoren, sondern lediglich wertlose Computerteile geliefert. Die N. verkaufte die Ware über die in München ansässige A. A. (später zugleich auch über die W. K. ) an die in Malaysia residierende EM-Online, von wo aus die Ware an die N. zurückgesandt wurde, um sie erneut in den Verkaufskreislauf einzuspeisen.

4 Die beiden Zwischenhändler erlangten allerdings nie Besitz an den „Mikroprozessoren“, sondern veräußerten – im Wege des Geheißerwerbs – diese nur an die EM-Online, wobei die Versendung der Ware durch die N. erfolgte.

5 Da die gutgläubigen Mitarbeiter der A. A. und der W. K. darauf bestanden, dass EM-Online als Endabnehmer der vermeintlichen Hochleistungsprozessoren in Vorkasse treten und die Ware erst nach Eingang des Kaufpreises an diese verschifft werden sollte, benötigte S. Startkapital. Zu diesem Zweck trat er Anfang 2002 an den Angeklagten heran und stellte ihm dieses Konzept vor, verschwieg ihm indes den wahren Hintergrund eines Umsatzsteuerkarussellgeschäfts. Der Angeklagte hielt das Konzept für schlüssig und ging davon aus, dass es sich um ein legales Geschäft mit „relativ hoher Rendite“ handelte. Da er die benötigten 250.000 € selbst nicht vollständig zur Verfügung hatte, berichtete er seinen Bekannten, den anderweitig verfolgten K. und N. , von der Geschäftsidee. Am 12. März 2002 schlossen alle drei mit N. gleichlautende schriftliche Darlehensverträge über jeweils 86.666,66 € zu einem monatlichen Darlehenszins von mindestens 8%.

6 Von einem gemeinsam durch die anderweitig verfolgten K. und N. allein für dieses Darlehensgeschäft eingerichteten Konto bei der H. V. A. , für das dem Angeklagten eine Kontovollmacht eingeräumt war (im Folgenden: Oder-Konto), wurde im März 2002 erstmals die vermeintliche Vorkasse an A. A. geleistet. Auf Grund des angegebenen Zahlungszwecks nahmen deren Mitarbeiter an, es handele sich um die ver-

einbarte Vorkasse der EM-Online. Sie wiesen daraufhin die Bruttorechnungsbeträge der N. zugunsten des dafür bestimmten und eigens dafür eingerichteten weiteren Kontos bei der H. V. A. an, welches auf die Kontenbezeichnung „N. E. V. G. & A. K.“ lautete (im Folgenden: Und-Konto). Für dieses Und-Konto waren der Angeklagte bzw. die anderweitig verfolgten K. und N. einerseits und andererseits der Geschäftsführer der N. Sc. als Vertrauter des S. nur gemeinsam Verfügungsberechtigt.

7 Das durch Überweisung von der A. A. entstandene Guthaben wurde anschließend durch den Angeklagten, der sich insoweit mit K. und N. abwechselte, bei gemeinsamen Besuchen mit Sc. bei der H. V. A. – formal durch Barabhebung und sofortige Bareinzahlung – auf das Oder-Konto transferiert, um von dort wieder zugunsten A. A. als erneute vorgebliche Vorkasse von EM-Online angewiesen zu werden. Dabei wurden jeweils etwa 258.000 € an die A. A. geleistet. In Ausführung des Tatplans stellte N. in der Zeit vom 21. März 2002 und 12. Juli 2002 A. A. insgesamt 83 Lieferungen über jeweils angeblich 500 Mikroprozessoren zu einem Nettobetrag von jeweils 251.045 €, zuzüglich 40.167,20 € Umsatzsteuer in Rechnung, wobei der Zahlungs- und Warenkreislauf stets nach demselben Muster ablief. An welchen der formalen Bartransaktionen zwischen dem Und- und dem Oder-Konto der Angeklagte persönlich beteiligt war, hat die Strafkammer nicht im Einzelnen festgestellt.

8 Der aus jedem Geschäft entstandene Überschuss in Höhe von jeweils etwa 32.000 € aus der von A. A. an N. gezahlten Vorsteuer abzüglich der festgestellten Gewinnmarge wurde im Wege eines zweiten Bargeschäfts vom Und-Konto abgehoben und sodann auf ein ebenfalls bei der H. V. A. geführtes Konto der N. eingezahlt. Von dort hob der anderweitig verfolgte Sc. das Geld zu einem späteren Zeitpunkt ab und übergab es dem S. . Gleichartige Geschäfte wickelte S. (anstelle der A. A. ) mit der W. K. und später über die 8. A. ab, die

der N. nachfolgte und deren Finanzgeschäfte in gleicher Weise über den Angeklagten und die anderweitig Verfolgten K. und N. durchgeführt wurden. Der von S. erwirtschaftete Überschuss, der sich daraus ergab, dass er für die gelieferten „Waren“ keine Umsatzsteuer anmeldete, belief sich auf 3,7 Mio. Euro. Der Angeklagte erzielte „Zinsgewinne“ in Höhe von ca. 35.000 €; er verlor jedoch sein gesamtes eingebrachtes Kapital.

9                    2. Die Strafkammer geht im Schuldspruch von leichtfertiger Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5 StGB aus. Vortat sei ein Verbrechen des banden- und gewerbsmäßigen Betrugs nach § 263 Abs. 5 StGB zu Lasten der Zwischenhändler A. A. und W. K. . Das Landgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, dass der Angeklagte von den tatsächlichen Hintergründen der Geschäfte wusste. Durch die Zahlungen an S. habe der Angeklagte einem Dritten die aus einer Katalogtat nach § 261 Abs. 1 StGB herrührenden Gegenstände verschafft. Allerdings seien sämtliche Einzelhandlungen Teile einer natürlichen Handlungseinheit, so dass nur auf eine Geldwäschehandlung zu erkennen gewesen sei.

## II.

10                    Die Revision des Angeklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

11                    1. Durchgreifenden Bedenken begegnet die Annahme eines banden- und gewerbsmäßigen Betrugs nach § 263 Abs. 5 StGB zum Nachteil der Zwischenhändler A. A. und W. K. . Ein solcher Betrug würde voraussetzen, dass beiden Unternehmen durch betrügerisches Handeln jeweils ein Vermögensschaden entstanden ist. Dies wird durch die Feststellungen jedoch nicht belegt.

- 12 a) Hier käme allerdings ein Eingehungsbetrug in Betracht, wenn der Zwischenhändler über wesentliche Umstände des Verkaufsgegenstandes getäuscht wurde und hierdurch eine wertmäßig nicht mehr angemessene Gegenleistung verspricht. Wird betrügerisch eine Vereinbarung herbeigeführt, die den Vertragspartner am Vermögen schädigt, liegt ein Eingehungsbetrug vor. Eine Schädigung kann hier darin erblickt werden, dass die Vereinbarung sich tatsächlich auf relativ wertlose Elektrobauteile bezog und nicht – wovon die Zwischenhändler A. A. und W. K. ausgingen – auf hochwertige Mikroprozessoren. Dieses krasse Wertgefälle ist grundsätzlich geeignet, einen Vermögensschaden zu begründen.
- 13 b) Für die Feststellung eines Vermögensschadens ist allerdings eine Gesamtsaldierung vorzunehmen; es sind sämtliche durch die täuschungsbedingte Verfügung bewirkten Vermögensveränderungen zu vergleichen (BGHSt 45, 1, 4; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 70). Maßgeblich kommt es auf den Vermögensstand des Opfers vor und nach dem Vertragsschluss an, wobei insbesondere auch die aus der Vereinbarung erwachsenen Sicherungen miteinzubeziehen sind (vgl. BGHR aaO Vermögensschaden 67, 71).
- 14 Im hier zu beurteilenden Fall besteht die Besonderheit, dass der im Preisgefälle zwischen Elektrobauteilen und Mikroprozessoren begründete Vermögensverlust durch besondere Umstände kompensiert wird. Nach den Urteilsfeststellungen bestanden die Mitarbeiter der A. A. – was den eigentlichen Grund für die Einbeziehung des Angeklagten und der anderweitig Verfolgten K. und N. darstellte – auf Vorkasse durch EM-Online. Die Kaufpreiszahlungen wurden daher durch A. A. erst bewirkt, nachdem die Gelder aus der vorgeblichen Weiterveräußerung an EM-Online bei der A. A. eingegangen waren. Deshalb konnte für sie (wie auch für die W. K.) insoweit letztlich kein Schaden entstehen, weil der tatsächliche Wert der gekauften Bauteile aufgrund dieser Vertragskonstruktion keine Rolle mehr spielte.

15 c) Eine Vergütungsdifferenz besteht jedoch zwischen den jeweils vom Oder-Konto gezahlten Summen, die von der A. A. und W. K. als Zwischenhändler vereinnahmt wurden, und den von ihnen selbst geleisteten Zahlungen auf das Und-Konto, die an die N. gerichtet waren. Insofern haben beide Zwischenhändler jeweils mehr geleistet, als sie andererseits als Vorkasse erhielten. Dieser Unterschiedsbetrag ergibt sich daraus, dass die A. A. und die W. K. gegenüber der EM-Online, weil es sich um steuerfreie Ausfuhrlieferungen nach § 4 Nr. 1 i.V.m. § 6 UStG handelte, in Nettopreisen abrechneten, während sie umgekehrt als Einkäufer einer innerstaatlichen Lieferung gegenüber der N. mit freilich vorgespiegelten Bruttopreisen belastet waren. Auch hinsichtlich dieser Mehrzahlung ergibt sich aber nicht ohne weiteres ein ansatzfähiger Vermögensschaden. Insofern stand der A. A. und der W. K. nämlich ein Vorsteuererstattungsanspruch nach § 15 UStG zu, der diese Mehraufwendungen kompensierte.

16 Die Höhe der zu entrichtenden Umsatzsteuer bemisst sich ebenfalls nicht nach dem tatsächlichen Wert des Vertragsgegenstandes, sondern danach, welchen Preis die Vertragspartner vereinbart haben (§ 10 Abs. 1 UStG). Da schon wegen ihrer Gewinnspanne der Preis für die Zwischenhändler geringer war als deren Vertragspreis gegenüber EM-Online, kommt ein Schaden nur in Betracht, wenn die Zwischenhändler keine Vorsteuererstattung für die von ihnen erbrachte Umsatzsteuer geltend machen können. Ausschlussgründe für einen Vorsteuererstattungsanspruch sind jedoch nicht ersichtlich. Nach den Urteilsfeststellungen waren die für die Zwischenhändler handelnden Personen gutgläubig. Aus ihrer Sicht als erwerbende Zwischenhändler stellte sich die Leistung der N. daher als die Lieferung eines Unternehmens dar (vgl. BGH wistra 2003, 344), die sie ihrerseits nach Bruttopreisen bezahlten, wie bereits vorher – jedenfalls aus ihrer Sicht – die N. ihren Lieferanten nach Bruttopreisen bezahlt hatte. Dementsprechend waren sie auch zum Vorsteuerabzug im Hinblick auf die in den ihnen gestellten Rechnungen offen ausgewiesene Umsatzsteuer berechtigt (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Juli 2006 – Rechtssache C-439/04 und C-440/04, Axel Kittel gegen

Belgischer Staat und Belgischer Staat gegen Recolta Recycling SPRL Rdn. 51 ff.). Die Vorsteuererstattung zuzüglich der in Vorkasse vereinnahmten und gegenüber EM-Online weiterberechneten Preise lassen aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen des Landgerichts bei den Zwischenhändlern keinen Vermögensschaden erkennen, und zwar ungeachtet des wesentlich geringeren Werts der verkauften Teile.

17           2. Dieser Mangel des angefochtenen Urteils führt indes nicht zum Freispruch des Angeklagten. Es lässt sich nicht ausschließen, dass sich in einer neuen Hauptverhandlung noch ausreichende Feststellungen treffen lassen, die eine Vortat nach § 263 Abs. 5 StGB begründen könnten. Denkbar wäre, dass aufgrund der tatsächlichen Umstände hinsichtlich der Realisierung der Vorsteuererstattung für die Zwischenhändler in einem Ausmaß Schwierigkeiten bestanden haben, dass von einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgegangen werden muss (BGHSt 51, 165, 177 – Tz. 38; 21, 112, 113). Dies hätte nämlich bereits bei Vertragsabschluss eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge. Eine derartige konkrete Gefährdung, die bereits einem Schaden entspricht, kann deshalb nur dann anerkannt werden, wenn der Betroffene ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen hat (BGH aaO). Einen Anhalt dafür könnte bereits der in den Feststellungen der Strafkammer angedeutete Rechtsstreit der möglicherweise geschädigten Zwischenhändler mit den zuständigen Finanzämtern darstellen.

18           Gleichfalls scheidet ein Steuerdelikt gemäß § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 als Vortat hier aus. Die nach dem maßgeblichen damaligen Rechtszustand in Betracht kommenden steuerstrafrechtlichen Tatbestände sind nicht gegeben. Nichts anderes gilt für die zur Tatzeit geltende Fassung des § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB; insbesondere bezog sich die hier festgestellte Vortat auf Steuererstattungen. Schließlich bieten die Feststellungen auch keinen Anhalt für eine leichtfertige Steuerverkürzung durch den Angeklagten selbst.



III.

19 Falls eine Vortat in der erneut durchzuführenden Hauptverhandlung nachzuweisen ist und sofern das neue Tatgericht nicht von § 153a Abs. 2 oder § 153 Abs. 2 StPO Gebrauch machen sollte, weist der Senat auf Folgendes hin:

20 1. Die von der Revision angezweifelte – vom Generalbundesanwalt bejahte – Auffassung, der Vortäter einer Katalogtat nach § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB könne Dritter im Sinne des sogenannten Isolierungstatbestandes nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB sein, erscheint von vornherein rechtlich bedenklich; indes käme es hier nicht darauf an. Denn nach den Feststellungen hat der Angeklagte nicht nur dem anderweitig verfolgten Sc. , sondern ebenso Unbeteiligten aus der Vortat stammende Gegenstände verschafft. Das jeweils zwischen den verwendeten Konten auch durch den Angeklagten transferierte Bargeld entstammte dem Kontokorrent des Und-Kontos, auf das die Gutschriften der A. A. und W. K. eingegangen waren. Durch die formal vorgenommenen Barabhebungen und sogleich erfolgenden Bareinzahlungen hat der Angeklagte durch die zur Vorbereitung jedes (Betrugs-)Geschäfts notwendige Einzahlung von Bargeld auf das Oder-Konto der H. V.

A. die tatsächliche Herrschaft über das zuvor formal vom Und-Konto abgehobene Bargeld übertragen. Die nach den Feststellungen gutgläubige Bank war fortan frei, über diese Gegenstände zu verfügen (§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB).

21 2. Die jeweils eingezahlten Bargeldsummen rühren dann aus gegebenenfalls festzustellenden Betrugshandlungen als rechtswidrigen Vortaten her. Der Gesetzgeber hat weder im Wortlaut der Vorschrift des § 261 StGB noch in den Gesetzesmaterialien klare Konturen für Inhalt und Grenzen des Tatbestandsmerkmals „herrühren“ geschaffen, sondern die Ausfüllung dieses Merkmals der Rechtsprechungspraxis überlassen (vgl. BGHSt 53, 205, 208/209).

22

Unter Berücksichtigung der mit dem Tatbestand verfolgten gesetzgeberischen Ziele, Schutz der staatlichen Rechtspflege und Gewährleistung staatlichen Zugriffs auf illegale und in den Finanz- und Wirtschaftskreislauf zugeleitete Vermögenswerte, ist der 1. Strafsenat von einem weiten Begriffsverständnis ausgegangen (BGHSt 53, 205, 209). Gegenstände sind demnach als bemakelt im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB anzusehen, wenn sie sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne eines Kausalzusammenhangs auf die Vortat zurückführen lassen (BGHSt aaO; Neuheuser, in: MünchKomm-StGB, § 261 Rdn. 43; Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 261 Rdn. 8). Der 1. Strafsenat hat die in der Literatur kontrovers diskutierte Frage nicht entschieden, welche Anforderungen im Einzelnen an die dadurch eröffnete Kette von Verwertungshandlungen zu stellen sind, bei welcher der Ursprungsgegenstand unter Beibehaltung seines Wertes – möglicherweise sogar in einer Vielzahl von Zwischentransaktionen – durch einen anderen ersetzt wird, um in dem durch den Täter der Geldwäsche erlangten Gegenstand gleichwohl noch ein durch die Katalogtat kontaminiertes Surrogat zu erkennen (vgl. die Nachweise bei Fischer, StGB 56. Aufl. § 261 Rdn. 7; Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche 2007 S. 33 ff.). Eine Auseinandersetzung damit durch das Tatgericht ist auch hier nicht veranlasst. Der Kausalzusammenhang zwischen Vortat und Ersatzgegenstand im vorgenannten Sinne stellt jedenfalls dann die erforderliche Verbindung für das Fortwirken der Kontamination dar, wenn das Surrogat einer unmittelbaren Beziehung zum Vortäter entstammt.

23

3. Der Senat weist weiter darauf hin, dass die vom Landgericht zu Lasten des Angeklagten vorgenommene Zurechnung sämtlicher Bartransaktionen ungeachtet der Tatsache, dass es im Einzelnen keine Feststellungen dazu zu treffen vermochte, welcher der Beteiligten konkret an den einzelnen Bartransaktionen beteiligt war, entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts keinen rechtlichen Bedenken begegnet. Zwar hat die Strafkammer vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen rechtlich beanstandungsfrei eine mittäterschaftliche Begehungsweise ausgeschlos-

