

# Rechtsprechungsänderung zu § 261 StGB und Neues zum Nachteilsbegriff bei § 266 StGB – oder: Lässt sich Wertloses noch wertloser machen und ist die Erfüllung zivilrechtlicher Pflichten strafbar?

– Zugleich eine Besprechung zu BGH, Urt. v. 04.02.2010, 1 StR 95/09 –\*

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

Der BGH hatte über eine Fallgestaltung zu entscheiden, die grundlegende und interessante Probleme zur Untreue und Geldwäsche aufwirft.<sup>1</sup> Zur Konsequenz hat dieses Urteil, dass bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung des 1. Strafensatzes von nun an ein erhebliches Risiko für Gläubiger und deren Anwälte besteht, sich bei Vollstreckungshandlungen strafbar zu machen.

## A. Der Ausgangsfall<sup>2</sup>

Der Angeklagte *G* (von Beruf Rechtsanwalt) kaufte eine gegen *M* titulierte Forderung von *K*, wobei *G* als verdeckter Treuhänder für die Firma *T* auftrat – deren Gesellschafter die Angeklagten *A* und *B* waren. Auf Grundlage des erworbenen Titels und eines entsprechenden Antrags von *G* erließ das Landgericht einen Arrest gegen die A-GmbH, deren Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer *M* war. Diese GmbH nutzte *M*, um Anleger betrügerisch dazu zu bringen, Geld einzuzahlen. Nach dem Arrestbeschluss erwirkte *G* den Erlass von Pfändungsbeschlüssen bezüglich der Konten der A-GmbH. Die Pfändung der Konten, auf denen sich die (abredewidrig, weil nicht auf Sonderkonten eingezahlten) Anlegergelder befanden, brachte für *M* »wirtschaftlich vernichtende Probleme« mit sich.

Nach der Kontenpfändung trat *G* an *M* heran und drängte ihn zum Abschluss eines Vergleichs. Dabei kündigte er weitere Vollstreckungsmaßnahmen gegen die A-GmbH an und stellte gleichzeitig die Einleitung strafrechtlicher Schritte in Aussicht. So »gezwungen«, schloss *M* als Ergebnis der Verhandlungen mit *G* am 03.09.2004 eine Vereinbarung, in der er unter anderem die geltend gemachte Forderung seitens seiner GmbH anerkannte. 375.000 Euro wurden sodann aus bemakeltem Geld und 200.000 Euro aus nicht bemakeltem Geld gezahlt.

Zeitgleich mit der Beantragung des Arrests erwirkte *G* – in Umsetzung des gemeinsamen Tatplans mit *A* und *B* – die Pfändung der Geschäftsanteile *M*s an der A-GmbH. Vereinbarungsgemäß erwarb diese Anteile der Angeklagte *C*, dem u.a. auf Grund seiner Mitwirkung an der Beantragung des Arrestes bekannt war, dass im Wege der Vollstreckung der erworbenen »Forderung *K*« auf die A-GmbH selbst zugegriffen werden sollte. Mangels notarieller Beurkundung des Anteilerwerbs wurde *C* nur faktischer Geschäftsführer. Am 21.09.2004 schloss *C* mit *G* eine Vereinbarung mit dem Inhalt, dass der Vergleich v. 03.09.2004 anerkannt werde und dass *G* den ihm aus dem »Titel *K*« zustehenden Betrag unverzüglich erhalte. Weiter erkannte *C* die Kontenpfändung an und überwies zu deren Erledigung – wie mit den übrigen Angeklagten zuvor vereinbart – die noch offene Summe bis die titulierte Forderung bedient war.

Folgende, vom LG angenommene Strafbarkeiten sind hier von Interesse: Bereits im Abschluss der Vereinbarung des *M* v. 03.09.2004 sieht der BGH eine Untreue zulasten der Anleger, wozu *A*, *B* und *G* angestiftet haben. Weil *A*, *B* und *G* den *M* zwangen, Anlagegelder an sie ausbezahlen, hat sie das LG wegen Geldwäsche verurteilt. Gehalten hat der BGH auch die Verurteilung des *C* wegen Untreue, weil dieser als faktischer Geschäftsführer Gelder ausgezahlt hatte. Nichts einzuwenden hatte die Revisionsinstanz zudem gegen die Verurteilungen von *A*, *B* und *G* wegen Anstiftung zu dieser Untreue.

## B. Die Fragestellungen

### I. Zivilrechtliche Ausgangslage für den Haftungszugriff auf das GmbH-Vermögen

*M* hat zweifellos eine Untreue begangen, indem er Gelder der Anleger abredewidrig nicht auf Sonderkonten lagerte, sondern diese Gelder dem Vermögen der GmbH auf Eigenkonten der GmbH einverleibte. Gerade dadurch ist das Anlegervermögen schadensgleich konkret gefährdet,<sup>3</sup> weil bei dieser Konstellation Gläubiger der GmbH vollstreckungsrechtlich legal auf das Geld der Anleger zugreifen können.<sup>4</sup>

### II. Untreue (§ 266 StGB)

#### 1. Vermögensnachteil durch Anerkennung des Arrestbeschlusses?

Die Tathandlung der Untreue muss einen Nachteil für das Vermögen des Betreuten (hier der Anleger) verursachen.<sup>5</sup> Der BGH geht von folgendem aus: Das Vermögen der Anleger wurde durch die Vereinbarung v. 03.09.2004 faktisch wertlos gemacht. Die Tatsache, dass *M* die Anlegergelder der A-GmbH einverleibte, hatte die Anleger bereits geschädigt, »und [die Vereinbarung v. 03.09.2004] führte bei diesen einen Vermögensschaden in Form der Schadenerverfälschung herbei (...).«<sup>6</sup> Denn »nach Abgabe des Schuldanerkenntnisses war ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen den Arrest und die Pfändung der Bankkonten der A-GmbH nicht mehr durchsetzbar. Das Anerkenntnis führte faktisch zum Verlust der auf den Konten befindlichen Anlegergeldern. Das hat – bei wirtschaftlicher Betrachtung – die Rückzahlungsansprüche der Anleger vollends wertlos gemacht und deshalb einen Vermögensschaden herbeigeführt.«<sup>7</sup>

Der BGH lässt die Frage offen, ob der Tatsachenvortrag, der zum Erlass des Arrestes führte, objektiv unzutreffend war.<sup>8</sup> Das verwundert, denn die Frage des Nachteils kann nur auf Grund einer Saldierung vor und nach der treuwidrigen Handlung beurteilt werden.<sup>9</sup>

\* Gegen dieses in StV 2010, 359 abgedruckte Urteil ist unter dem Az. 2 BvR 826/10 eine Verfassungsbeschwerde anhängig; in diesem Verfahren wurden nach Manuskriptabschluss Stellungnahmen gem. § 27a BVerfGG eingeholt.

1 StV 2010, 359 mit unisono abl. Anm. *Jahn* JuS 2010, 650; *Geipel* StraFo 2010, 272 (274); *Kellermann* MDR 2010, 901; *Leipold* NJW-Spezial 2010, 250.

2 Ausführliche Darstellung des komplexen Sachverhalts unter BeckRS 2010, 07397.

3 Vgl. *Satzger/Schmitt/Widmaier-StGB/Saliger*, 2009, § 266 Rn. 74 m.w.N.

4 Vgl. BGH NJW 1996, 1543.

5 Ganz h.M., vgl. nur *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 16; *Fischer*, StGB, 57. Aufl. 2010, § 266 Rn. 109; *Schönke/Schröder-StGB/Perron*, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 39 ff.

6 BGH (Fn. 59), Tz. 99.

7 BGH (Fn. 59), Tz. 101.

8 BGH (Fn. 1), Tz. 82.

9 Ganz h.M., vgl. nur *Sch/Sch-StGB/Perron* (Fn. 63), § 266 Rn. 40 m.w.N.; *SSW-StGB/Saliger* (Fn. 61), § 266 Rn. 55 m.w.N.; *Lackner/Kühl* (Fn. 63), § 266 Rn. 17 m.w.N.; *Fischer* (Fn. 63), § 266 Rn. 115 m.w.N.

War der zivilrechtliche Arrestbeschluss materiell zutreffend, kann durch die vereinbarungsmäßige Anerkennung v. 03.09.2004 desselben dem Vermögen der Anleger kein weiterer Nachteil zugefügt worden sein. Das Arrestpfandrecht geht gem. dem Prioritätsprinzip allen anderen ggf. später entstehenden Pfandrechten vor (§§ 930 Abs. 1 S. 2, 804 Abs. 3 ZPO). Das bedeutet: Solange der Arrestbeschluss existiert, kann niemand in das arrestierte Vermögen vollstrecken. Wenn der Arrestbeschluss materiell zutreffend war, obsiegen die Forderungsinhaber auch in einem Hauptsacheverfahren. Das Arrestpfandrecht wandelt sich dann ohne weiteres in ein Vollstreckungspfandrecht unter Rangwahrung um, sodass die Angeklagten befriedigt werden können.<sup>10</sup> Unterstellt man einen (zivilrechtlich) zutreffenden Arrestbeschluss, so stellt sich folgende Frage: Fügt *M* dem Vermögen der Anleger einen Schaden zu, indem er den (zutreffenden) Arrestbeschluss anerkennt und so eine Hauptsacheklage vermeidet? Die Antwort liegt auf der Hand und lautet: nein.<sup>11</sup> Denn durch die Anerkennung des (materiell zutreffenden) Arrestbeschlusses vermeidet *M* eine nicht zu gewinnende Hauptsacheklage und somit überflüssige Prozesskosten. Denn bei Nichtanerkennung hätte die GmbH die dann folgende Hauptsacheklage – bei unterstellt zutreffendem Arrestbeschluss – verloren und so die Hauptsache und zusätzlich die Prozesskosten bezahlen müssen. Das Vermögen der A-GmbH steht durch die Anerkennung besser da als durch eine Nichtanerkennung. Rückzahlungsansprüche der Anleger können daher nicht noch weiter geschädigt werden, als diese bei materiell zutreffendem Arrestpfandrecht bereits legal durch das vollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip (vor-)geschädigt waren. Das zeigt, dass die Frage des Vermögensnachteils und der Saldierung nicht ohne die zivilrechtliche Rechtslage beurteilt werden kann. Der *BGH* hätte diese Frage daher keinesfalls offen lassen dürfen.<sup>12</sup>

## 2. Ein weiterer Nachteil für ein wirtschaftlich vollends wertloses Vermögen?

Wenn bereits das Anerkenntnis des vormaligen Geschäftsführers dazu geführt hat, dass ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen den Arrest und die Pfändung der Bankkonten gerichtlich nicht mehr durchsetzbar war, geht dieses Arrestpfandrecht allen anderen Pfandrechten oder Vollstreckungsmaßnahmen weiterer Gläubiger der A-GmbH vor (Prioritätsprinzip). Nach der eigenen Wertung des *BGH* konnte jedenfalls auf Grund des Anerkenntnisses v. 03.09.2004 als (zusätzliche) schuldrechtliche Anspruchsgrundlage die A-GmbH das Hauptsacheverfahren nicht mehr gewinnen,<sup>13</sup> sodass es jedenfalls ab diesem Zeitpunkt zutreffend ist, dass das Anlegervermögen (in Höhe des zu befriedigenden Arrestpfandrechts) wirtschaftlich vollends wertlos wurde. Der *1. Strafsenat* teilt in seiner Entscheidung aber nicht mit, inwiefern die bereits am 03.09.2004 in dieser Höhe wirtschaftlich vollends wertlosen Rückzahlungsansprüche der Anleger durch die nachfolgende Bestätigungsvereinbarung v. 21.09.2004 oder die Auszahlung noch weiter nachteilig im Sinne von § 266 StGB beeinträchtigt werden konnten. Etwas, das am 03.09.2004 bereits wirtschaftlich vollends wertlos war, weil es keinen Rechtsschutz gegen das Pfandrecht mehr gab, kann nicht am 21.09.2004 oder danach noch wertloser gemacht werden. Wenn ein gerichtlicher Rechtsschutz nicht mehr durchzusetzen ist (so der *1. Strafsenat*), kann auch die Zahlung aus den arrestierten Konten keinen Nachteil mehr darstellen, denn dann er-

hält der Arrestgläubiger nur das, was ihm ohnehin zwingend zusteht.

## 3. Die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit

Der *1. Strafsenat* hat sich auch nicht weiter dazu geäußert, inwiefern es von dem nachfolgenden (faktischen) Geschäftsführer<sup>14</sup> *C* pflichtwidrig war, die bereits durch den vorhergehenden Geschäftsführer *M* anerkannte Haftung erneut zu bestätigen und die anerkannten Beträge auszahlten.<sup>15</sup> Wenn Rechtsschutz gegen den Arrest und die Pfändung der Bankkonten gerichtlich nicht mehr durchsetzbar ist, ist Rechtsschutz in einem Hauptsacheverfahren ebenfalls nicht mehr durchsetzbar. Wer eine nicht zu gewinnende Hauptsacheklage vermeidet, verhält sich gerade nicht pflichtwidrig, sondern pflichtgemäß, indem er ein weiteres Abschmelzen des Vermögens durch überflüssige Prozesskosten verhindert. Das gilt auch für die ursprüngliche Vereinbarung durch *M* v. 03.09.2004.

In seiner jüngsten Entscheidung zur Vereinbarkeit von § 266 StGB mit Art. 103 Abs. 2 GG hat das *BVerfG* betont, dass die »Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit« gesichert werden müsse:

»Voraussehbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungen wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken (...). Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafrichtern und hier vornehmlich den Revisionsgerichten. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.«<sup>16</sup>

Diesen Anforderungen wird das Urteil des *BGH* nicht ansatzweise gerecht.

## 4. Ergebnis zur Untreue

Die Lösung des *1. Strafsenats* überzeugt somit nicht. Es ist ausgeschlossen, dass man vollends Wertloses noch wertloser machen kann. Das *BVerfG* geht davon aus, dass sich die Rechtsprechung um eine Einschränkung des Nachteilsbegriffs im Sinne des § 266 StGB bemühe.<sup>17</sup> Weiter geht es davon aus, dass die Rechtsprechung noch ausreichende Vorgaben für die Auslegung des sehr weiten<sup>18</sup> Nachteilsbegriffs biete, da dies voraussetze, dass der Vermögensstand nach der treuwidrigen Handlung hinter dem ursprünglichen Vermögensstand zurückbleibe.<sup>19</sup> Insoweit rekurriert das *BVerfG* zutreffend auf den sprachlichen Sinn des Wortes »Nachteil«.<sup>20</sup> § 266 Abs. 1 StGB verstoße nicht ohne weiteres

10 Vgl. Thomas/Putzo-ZPO/Reichold, 31. Aufl. 2010, § 930 Rn. 3.

11 Zweifelnd auch Kellermann MDR 2010, 901 (902).

12 Ebenso Geipel StraFo 2010, 272 (274); Kellermann MDR 2010, 901 (902).

13 Ob sie es davor konnte, hängt davon ab, ob der Arrestanspruch materiell gegeben war oder nicht.

14 Auch der faktische Geschäftsführer steht in einem Treueverhältnis, vgl. nur Sch/Sch-StGB/Perron (Fn. 63), § 266 Rn. 25.

15 Zivilrechtlich (oder gesellschaftsrechtlich) zulässiges Verhalten schließt i.d.R. eine Pflichtwidrigkeit aus (vgl. hierzu Fischer [Fn. 63], § 266 Rn. 59 und SSW-StGB/Saliger [Fn. 61], § 266 Rn. 30 ff. m.w.N.).

16 BVerfG StV 2010, 568 Tz. 111.

17 BVerfG StV 2010, 568 ff. Tz. 113 ff.; siehe auch BVerfG StV 2010, 70 Tz. 22 u. 33.

18 BVerfG StV 2010, 70 Tz. 20, 22, 33.

19 BVerfG StV 2010, 70 Tz. 24 m.w.N.

20 BVerfG StV 2010, 70 Tz. 23.

gegen Art. 103 Abs. 2 GG, sofern der (Vermögens-)Nachteilsbegriff selbstständig in dieser Vorschrift verwandt wird und einer zu weiten Auslegung des Nachteilsbegriffs entgegen gewirkt werde.<sup>21</sup>

Ganz anders der *I. Strafsenat*, der eine exorbitant weite Auslegung des Nachteilsbegriffs gewählt hat. Demnach soll es (scheinbar) möglich sein, einem vollends wertlosen Vermögen einen weiteren Nachteil zuzufügen. Diese Interpretation ist weder mit dem Wortsinn vereinbar noch vorhersehbar. Auch liegt der (fiktive) Marktwert eines »vollends wertlosen« Vermögens oder eines Vermögens, das mit einem zutreffenden Arrestpfandrecht belastet ist, bereits bei Null, sodass der (fiktive) Marktwert bei Null verbleibt und nicht etwa einen negativen Wert einnehmen kann, auch wenn in der Folge noch eine weitere Gefährdungshandlung hinzukommt.

### III. Geldwäsche (§ 261 StGB)

Der *I. Strafsenat* hat aber nicht nur den Nachteilsbegriff neu gefasst. Vielmehr ändert er zudem grundlegend die Rechtsprechung zu § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

#### 1. Feststellungen und Argumentation des BGH

Zum Abschluss der Vereinbarung v. 03.09.2004 kam es auf Grund folgender Feststellungen:

»Nach der Kontenpfändung trat der Angeklagte *G* (...) an *M* heran und drängte diesen zum Abschluss eines Vergleichs. Dabei kündigte er weiterhin andauernde Vollstreckungsmaßnahmen gegen die *A-GmbH* an und stellte gleichzeitig die Einleitung strafrechtlicher Schritte in Aussicht. Er wies *M* insbesondere auf ‚die Problematik seiner Kontoführung‘ hin, weil dieser entgegen den Zeichnungsvereinbarungen [mit den Anlegern, Anm. d. Verf.] keine Treuhandkonten geführt habe und stattdessen über diese Konten ‚der gesamte Aufwand der *A-GmbH* mitsamt (seinem) kostspieligen Lebenswandel abgewickelt‘ werde. Gleichzeitig spiegelte der Angeklagte *E. S.* [hier *A* genannt, Anm. d. Verf.] gegenüber *M* bewusst wahrheitswidrig und unter Verdeckung seiner wahren Absichten vor, ihn bei der Erledigung dieser Angelegenheit durch Übernahme einer Bürgschaft und Stellung einer Grundschuld über 500.000 Euro unterstützen zu wollen, um ihn, so getäuscht, zum Abschluss einer Vereinbarung [v. 03.09.2004, Anm. d. Verf.] mit dem Angeklagten *G* zu bewegen.«<sup>22</sup>

Nachdem *M* in (teilweiser) Erfüllung dieser Vereinbarung Gelder von seinem Privatkonto (wobei hinsichtlich 200.000 Euro keine Bemakelung festzustellen war) und von einem Konto einer anderen Gesellschaft zahlte und beide Konten aus veruntreuten Anlegergeldern bestanden, soll der Tatbestand des Sich-Verschaffens nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt sein. Der *I. Strafsenat* erkennt (zutreffend) an, dass dieses Tatbestandsmerkmal ein Einvernehmen mit dem Vortäter verlangt.<sup>23</sup> Dieses Einvernehmen müsse allerdings nicht frei von Willensmängeln sein.<sup>24</sup> Auch das trifft zu. Im vorliegenden Fall geht es nun um die Frage, ob eine Zahlung »einvernehmlich« erfolgt, wenn ein Arrestpfandrecht besteht und »weiterhin andauernde Vollstreckungsmaßnahmen« angekündigt worden waren. Bei unbefangener Betrachtung liegt es nahe, dies zu verneinen: Denn wer nur deshalb bezahlt, um eine Zwangsvollstreckung abzuwenden, bezahlt gerade nicht einvernehmlich, sondern beugt sich dem Vollstreckungsdruck. Folgerichtig liegt zivilrechtlich auch keine Erfüllung nach § 362 BGB vor, wenn aus einem nicht rechtskräftigen Titel zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt wird,<sup>25</sup> sodass die Kondition der Leistung möglich bleibt,<sup>26</sup> da diese Leistung eben »unfreiwillig« erfolgte.<sup>27</sup> Der *I. Strafsenat* geht davon aus, dass *M* zur Ver-

einbarung v. 03.09.2004 »gezwungen«<sup>28</sup> wurde, und »*M* – wenn auch nicht aus freien Stücken – so doch gleichwohl im Einvernehmen und damit auch ‚gewollt‘ die betrügerisch eingeworbenen Anlegergelder ausbezahlt«<sup>29</sup> hatte. Der *I. Strafsenat* interpretiert das Einvernehmen in der Alternative des Sich-Verschaffens damit besonders weit.<sup>30</sup> Ein »Einvernehmen« liegt nach dieser Entscheidung<sup>31</sup> auch dann vor, wenn gezwungenermaßen oder nicht aus freien Stücken gezahlt wird.

Diese weite Auslegung des Kriteriums des »Sich-Verschaffens« bzw. »Einvernehmens« begründet der *I. Strafsenat* wie folgt:

Das Merkmal des Sich-Verschaffens werde in anderen Straftatbeständen (§§ 96, 146 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 152a Abs. 1 Nr. 2, StGB, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG) auch weit ausgelegt und ermögliche ein Handeln gegen oder ohne den Willen des früheren Inhabers der Verfügungsgewalt.<sup>32</sup> Zudem solle nach dem Normzweck des § 261 Abs. 2 StGB der aus der Vortat herrührende Gegenstand praktisch verkehrsunfähig gemacht werden.<sup>33</sup> Einer restriktiven Auslegung stünde überdies das *Wiener Übereinkommen* der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen v. 20.12.1998 entgegen, »wenn der Betreffende bei Erhalt weiß [Hervorheb. d. Verf.], dass diese Vermögensgegenstände aus bestimmten Katalogtaten stammen.«<sup>34</sup> Diese Konsequenz ergäbe sich auch aus den *Geldwäscherichtlinien*<sup>35</sup>, »wenn dem Betreffenden bei der Übergabe dieser Vermögensgegenstände bekannt war [Hervorheb. d. Verf.], dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit (...) stammen.«<sup>36</sup>

Sodann verweist der *Senat* auf den Willen des Gesetzgebers: Dieser wollte das Merkmal des »Sich-Verschaffens« dem Hehlereitbestand des § 259 StGB entnehmen. Bei Schaffung der Vorschrift sei es für § 259 StGB ohne Bedeutung gewesen, ob der Vortäter durch Täuschung oder Drohung zur Übertragung der Herrschaftsgewalt veranlasst wurde. »Der *Senat* entnimmt deshalb den Materialien, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vorschrift von diesem weiten Begriffsverständnis des Sich-Verschaffens ausging.«<sup>37</sup> Zur Stützung dieser Sicht zitiert der *I. Strafsenat* sodann eine Entscheidung des *RG*<sup>38</sup>, einige zur damaligen Zeit aktuelle Literatur sowie schon damals abweichende Ansichten, darunter den *BGH* selber in *wistra* 1984, 22.<sup>39</sup> Trotz der Erkenntnis, dass das Merkmal des Sich-Verschaffens in § 259 StGB zwischenzeitlich enger ausgelegt werde, kommt der *Senat* zu dem Schluss, dass sich diese restriktivere Ausle-

21 Vgl. BVerfG StV 2010, 568 ff. Tz. 113 ff.; StV 2010, 70 Tz. 33.

22 BGH StV 2010, 359 Tz. 19 f.

23 BGH StV 2010, 359 Tz. 51, 58.

24 BGH StV 2010, 359 Tz. 60.

25 Vgl. nur Palandt-BGB/Grüneberg, 69. Aufl. 2010, § 362 Rn. 15 m.w.N.

26 Vgl. BGH NJW 1995, 3052 (3054) m.w.N.

27 Vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2002, 784; vgl. Palandt-BGB/Sprau (Fn. 83), § 814 Rn. 5 m.w.N.

28 BGH StV 2010, 359 Tz. 21.

29 BGH StV 2010, 359 Tz. 72.

30 In diesem Sinne auch *Jahn* JuS 2010, 650 (652).

31 Insoweit auch abweichend zur Gegenerklärung des Generalbundesanwalts v. 07.04.2009.

32 BGH StV 2010, 359 Tz. 54.

33 BGH StV 2010, 359 Tz. 57.

34 BGH StV 2010, 359 Tz. 62.

35 1. Richtlinie 91/308/EWG v. 10.06.1991; 2. Richtlinie 2001/97/EG v. 04.12.2001; 3. Richtlinie 2005/60/EG v. 26.10.2005.

36 BGH StV 2010, 359 Tz. 64.

37 BGH StV 2010, 359 Tz. 66.

38 RGSt 35, 278 (281).

39 BGH StV 2010, 359 Tz. 66.

gung nicht auf § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB auswirken könne.<sup>40</sup> Denn nach dem Willen des Gesetzgebers und mit Blick auf das geschützte Rechtsgut soll der Vortäter in finanzieller Hinsicht isoliert und der Gegenstand praktisch verkehrsunfähig werden. Es müssten daher möglichst alle wirtschaftlichen Transaktionen im Zusammenhang mit den Katalogtaten abgeschöpft werden, unabhängig davon, ob die Verfügungsgewalt durch Täuschung oder Druck übertragen wurde.<sup>41</sup>

## 2. Kritik

Ebenso wenig wie bisher jemand auf den Gedanken gekommen ist, dass sich der Staat der Geldwäsche schuldig macht, wenn er sich z.B. Verfahrenskosten aus durch eine Vortat erlangten Geldern bezahlen lässt,<sup>42</sup> wurde bisher die Geldbeitreibung durch legale Zwangsvollstreckung als strafbar erachtet. Hier liegt die Besonderheit darin, dass das gepfändete Vermögen entweder – nach Hauptsacheklage – zwangsweise im Wege des Vollstreckungspfandrechts verwertet wird, oder der Vortäter dieser nicht mehr zu verhindernden straflosen Verwertung ökonomisch zuvorkommt und kostengünstig das zahlt, was kostenintensiv<sup>43</sup> ohnehin nicht zu verhindern wäre. Das bedeutet, dass der *1. Strafsenat* auch hier die Frage, ob der Vortrag, der zum Erlass des Arrests führte, unzutreffend war, nicht dahingestellt sein lassen durfte.<sup>44</sup> Ergeht eine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes materiell zu Recht, entspricht es der zivilrechtlichen Übung, sich per Abschlusserklärung zu beugen.<sup>45</sup> Die Entscheidung des *1. Strafsenats* führt in der Konsequenz dazu, dass derartige – bisher übliche – Abschlusserklärungen nicht mehr empfohlen werden können, sondern stattdessen der unökonomische Weg der Hauptsacheklage eingeschlagen werden muss, auch wenn der Gegner eine Unterwerfungserklärung anbietet.<sup>46</sup> Das kollidiert mit dem Rechtsprinzip, dass jede Entscheidung eines Richters ein Rechtsschutzbedürfnis voraussetzt,<sup>47</sup> das nach allen Prozessordnungen fortbestehen muss.<sup>48</sup> Nach bisheriger Rechtsprechung ist das Rechtsschutzbedürfnis entfallen, wenn der Kläger durch einen einfacheren Weg (sog. Unterwerfungserklärung) klaglos gestellt wird.<sup>49</sup>

Auch die Argumentation mit den *Geldwäscherichtlinien* bzw. dem *Wiener Übereinkommen* ist in diesem Fall nicht schlagend. Zum einen zielen diese Vorgaben primär auf den Erwerb von Gegenständen und die Effektivität des Gesetzesvollzugs.<sup>50</sup> Zum anderen passen sie nicht zum konkreten Fall, da die Angeklagten – bei der ohnehin ungeklärten Vermögenssituation der GmbH – nicht wussten oder Kenntnis von der Zahlung mit inkriminierten Geldern hatten, sondern lediglich damit rechneten, dass *M* die Forderung nicht mit eigenen, sondern zumindest zu einem wesentlichen Teil mit inkriminierten Geldern befriedigen würde.<sup>51</sup> Auch die Begründung mit dem Normzweck, der Isolierung des Vortäters, der Verkehrsunfähigmachung und der Abschöpfung möglichst aller wirtschaftlichen Transaktionen im Zusammenhang mit Katalogtaten, trifft die hier vorliegende Fallgestaltung nicht. Tatsächlich würde nicht der Vortäter isoliert werden, sondern eine dritte Person (die A-GmbH), mag diese auch von dem Vortäter beherrscht werden. Eine derartige Drittisolierung wurde – soweit ersichtlich – in der Literatur oder Rechtsprechung bisher nicht beschrieben.

Abgesehen davon setzt sich der *1. Strafsenat* mit seiner Auslegung des Merkmals »Sich-Verschaffen« in erkennbaren

Widerspruch zur Entscheidung des *5. Strafsenats*, der eine restriktive Auslegung fordert.<sup>52</sup> Dies findet breiten Widerhall in der Literatur.<sup>53</sup> Wegen der exzessiven Deutung des Merkmals »Sich-Verschaffen« hätte der *1. Strafsenat* seine Rechtsauffassung dem *5. Strafsenat* vorlegen und anfragen müssen, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhalten wolle (§ 132 Abs. 3 S. 1 GVG). Hätte der *5. Strafsenat* dies bejaht, wäre eine Vorlage an den *Großen Senat für Strafsachen* zwingend gewesen. Stattdessen fällt auf, dass in der Begründung des *1. Strafsenats* die Entscheidung des *5. Strafsenats* zur restriktiven Auslegung einfach übergangen wird. Es ist insoweit höchst zweifelhaft, ob die Vorgabe des *5. Strafsenats* noch eingehalten wird, dass nahezu jedweder Umgang mit deliktsbehafteten Gegenständen unter Strafe gestellt wird, sodass aus Gründen ausreichender Bestimmtheit und Übersichtlichkeit nur solches Verhalten tatbestandsmäßig sein kann, das sich ohne weiteres und sicher dem Wortlaut der Bestimmung subsumieren lässt.<sup>54</sup> Gerade mit Blick auf den gesetzgeberischen Willen, einen Gleichlauf der Auslegung der Tathandlung des Sich-Verschaffens bei den Anschlussdelikten herzustellen,<sup>55</sup> ist es überzeugend, einen abgeleiteten Erwerb immer dann zu verneinen, wenn ihm Täuschung oder Nötigung vorausgehen.<sup>56</sup>

Hinzu kommt, dass sich der *1. Strafsenat* auch nicht äußert, ob und ggf. warum die Lehre von der Teilkontamination<sup>57</sup> oder Totalkontamination<sup>58</sup> richtig ist. Das verwundert, nachdem der *1. Strafsenat* die ungeklärte Stammkapital- oder Vermögenssituation der A-GmbH wie folgt referiert:

»Derartige ist durch die bisherigen Feststellungen, die keinerlei Auskunft zum Stammkapital oder zur Vermögenssituation der A-

40 BGH StV 2010, 359 Tz. 71.

41 BGH StV 2010, 359 Tz. 67 f.

42 Vgl. *Helmert* ZStW 121 (2009), 509 (536 f.) m.w.N.

43 Durch eine Hauptsacheklage mit den hierdurch zusätzlich entstehenden Verfahrenskosten.

44 Siehe dazu schon oben im Text bei Fn. 70.

45 Vgl. *Enders/Börstinghaus*, Einstweiliger Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, Rn. 219.

46 Ebenso *Kellermann* MDR 2010, 901 (902), der allerdings bezweifelt, daß sich die Praxis angesichts der langjährigen Übung an diese Empfehlung halten wird. An dem Strafbarkeitsrisiko ändert dies freilich nichts.

47 Vgl. BVerfGE 61, 126 (135).

48 Vgl. BVerfG NJW 2003, 1514 m.w.N.

49 Siehe *Thomas/Putzo-ZPO/Reichold* (Fn. 68), Vorb. § 253 Rn. 27; *Zöllner-ZPO/Greger*, 28. Aufl. 2010, Vorb. § 253 Rn. 18b.

50 So auch *Jahn* JuS 2010, 650 (652).

51 BGH StV 2010, 359 Tz. 13, 81. Zur durchaus zweifelhaften Annahme von dolus eventualis siehe *Kellermann* MDR 2010, 901.

52 Siehe BGH StV 2009, 412.

53 Vgl. SSW-StGB/*Jahn* (Fn. 61), § 261 Rn. 44 m.w.N.; *ders.* JuS 2010, 650 (652); *Sch/Sch-StGB/Stree/Hecker* (Fn. 63), § 261 Rn. 16 ff.; *BeckOK-StGB/Ruhmannseder*, Stand: 01.03.2010, § 261 Rn. 35 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 63), § 261 Rn. 2 a.E.; *Fischer* (Fn. 63), § 261 Rn. 30, kritisiert teleologische Einschränkungen, hält aber die gesamte Norm für verfehlt (Rn. 4 ff.).

54 Vgl. BGH StV 2009, 412.

55 BT-Drucks. 12/3553, 27; SSW-StGB/*Jahn* (Fn. 61), § 261 Rn. 40 m.w.N.

56 Vgl. etwa *BeckOK-StGB/Ruhmannseder* (Fn. 53), § 261 Rn. 31; gleichfalls (schon bezogen auf die hier behandelte BGH-Entscheidung) *Jahn* JuS 2010, 650 (652); *Sch/Sch-StGB/Stree/Hecker* (Fn. 63), § 261 Rn. 16. Der *4. Senat* (NSZ-RR 2010, 53 [54]) hat ein einvernehmliches Handeln kürzlich verneint bei einer gewaltsamen Wegnahme (§ 249 StGB). Dieser Rechtsprechung hat sich der *1. Senat* immerhin angeschlossen (BGH StV 2010, 359 Tz. 59).

57 Vgl. *BeckOK-StGB/Ruhmannseder* (Fn. 53), § 261 Rn. 18 m.w.N.; SSW-StGB/*Jahn* (Fn. 61), § 261 Rn. 30 m.w.N.; SK-StGB/*Hoyer*, Stand: 8. Lfg. 2001, § 261 Rn. 14; *Jahn/Ebner* JuS 2009, 597 (599 f.); *MüKo-StGB/Neubauer*, 2003, § 261 Rn. 53; *Ambos* JZ 2002, 70 (71); *Salditt* StraFo 1992, 121 (124); siehe ferner BT-Drucks. 12/3553, S. 12.

58 Vgl. NK-StGB/*Altenhain*, 3. Aufl. 2010, § 261 Rn. 76; *Körner-BtMG*, 6. Aufl. 2007, § 29 Rn. 1860; *Barton* NSZ 1993, 159 (163).

GmbH geben, nicht belegt (...). Denn nach den Urteilsfeststellungen konnten noch im Jahre 2007 im Rahmen eines Verteilungsverfahrens gegen die A-GmbH ein Betrag von über 795.000 Euro von Konten der Gesellschaft sowie eine weitere Million von den Konten der A-GmbH und einer weiteren von M geführten Firma hinterlegt werden.<sup>59</sup>

Nachdem der *1. Strafsenat* aber trotzdem eine Strafbarkeit bejaht, geht er anscheinend von der Lehre von der Totalkontamination aus. Dies wiederum führt dazu, dass Geldwäsche unvermeidlich und alltägliches Verhalten fast aller Bürger ist.<sup>60</sup>

### C. Fazit

Die hier in den Blick genommene Entscheidung überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht.<sup>61</sup> Dafür hat der *1. Strafsenat* es sich zu einfach gemacht und zu viele rechtliche Ungeheimheiten hinterlassen. Nicht zum ersten Mal geraten einige *BGH*-Richter in den Verdacht, dass ihnen anscheinend das Ergebnis<sup>62</sup> wichtiger ist als eine methodisch exakte Argumentation (subjektiv-historische Auslegung statt objektiv-historische Methode)<sup>63</sup>, die Einheit der Rechtsordnung (zi-

vilrechtlich gebotenes Verhalten als Anknüpfung für das strafrechtliche Unwerturteil) sowie eine an der Verfassung orientierte Vorgehensweise und Begrenzung der Strafbarkeit (Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wegen unterlassener Vorlage der Rechtsfrage nach § 132 GVG<sup>64</sup>; Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG wegen unvorhersehbarer Änderung der Rechtsprechung<sup>65</sup>). Mit seiner weiten Auslegung ist der *1. Strafsenat* jedenfalls weit davon entfernt, verfassungsrechtlichen und -gerichtlichen Vorgaben zu genügen.

59 BGH StV 2010, 359 Tz. 97.

60 Vgl. Fischer (Fn. 63), § 261 Rn. 4a; Herzog-GwG/Nestler, 2010, § 261 Rn. 92. Siehe v.a. die Beispiele bei Michalke, in: FS 25 Jahre AG Strafrecht DAV, 2009, S. 346 ff.

61 Ebenso Jahn JuS 2010, 650 (652).

62 Wäre vom *BGH* die Strafbarkeit mit Blick auf die Verurteilung wegen Geldwäsche richtigerweise verneint worden, hätte sich das *LG* u.a. mit der Frage beschäftigen müssen, ob sich das Verhalten der Angeklagten als eine Erpressung oder allenfalls Nötigung darstellt (so auch das Fazit des GBA in seiner Gegenerklärung v. 07.04.2009).

63 Siehe BVerfG NJW 2004, 1305 (1306) = StV 2004, 254; dazu auch Jahn JuS 2010, 650.

64 Hierzu BVerfG NSz 2008, 39.

65 Zum Maßstab der Vorhersehbarkeit siehe etwa BVerfG NJW 2007, 1666.

## Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen in der Verteidigungssphäre (Teil 1)

Prof. Dr. Werner Beulke, Passau, und Rechtsanwalt Dr. Felix Ruhmannseder, München

### Gesamtübersicht

#### Teil 1:

- A. Einleitung
- B. Durchsuchung und Beschlagnahme
- C. Überwachung der Telekommunikation

#### Teil 2:

- D. Überwachung des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes
- E. Sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel
- F. Einsatz des Verdeckten Ermittlers
- G. Ausforschung des Verteidiger-Mandanten-Verhältnisses durch Vernehmung des Mandanten als Zeugen
- H. Tabellarische Übersicht

### A. Einleitung

Strafverteidigung ist Kampf ums Recht. Dies bringt es mit sich, dass der Verteidiger im Rahmen der Verteidigung seines beschuldigten Mandanten auch selbst in das Visier der Strafverfolgungsbehörden geraten kann. Sofern sich der Verteidiger im Zusammenhang mit der Strafverteidigung selbst strafbar gemacht hat<sup>1</sup> und deswegen in der Folge ein Ermittlungsverfahren gegen ihn eingeleitet wird, muss er selbstverständlich wie jeder andere Beschuldigte damit rechnen, dass die Strafverfolgungsorgane Zwangsmaßnahmen gegen ihn vornehmen. Der Verteidiger wird in der Praxis aber auch häufig mit Zwangsmaßnahmen konfrontiert, bei denen er in seiner Rolle als Zeuge betroffen ist, insbesondere im laufenden Verfahren gegen seinen Mandanten. Hier stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Strafverfolgungsorgane (auch) in die Verteidigungssphäre eindringen können. Die Problematik spitzt sich in den Fällen zu, in denen während des laufenden Strafverfahrens gegen den Mandanten zugleich ein Strafverfahren gegen den Verteidiger (z.B. wegen des Verdachts der Strafvereitelung zugunsten des Mandanten) eingeleitet wird.

Im Folgenden sollen die Möglichkeiten und Grenzen von Zwangsmaßnahmen in der Verteidigungssphäre näher untersucht werden. Gemeint sind hiermit Ermittlungsmaßnahmen in Konstellationen, bei denen der beschuldigte Mandant – der hier aus Vereinfachungsgründen selbst kein Berufsheimnisträger i.S.d. § 53 StPO sein soll – in einem Strafverfahren von einem Verteidiger vertreten wird. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt dabei jeweils bei den Anordnungsvoraussetzungen gegenüber einem Verteidiger. Die praxisrelevantesten Fallgruppen bilden im vorliegenden Zusammenhang wohl die Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO) und die Beschlagnahme (§§ 94 ff. StPO). Aber auch die Überwachung (der verschiedensten Formen) der Telekommunikation (§§ 100a, 100b, 100g, 100h, 100i StPO) hat im Ermittlungsalltag der Strafverfolgungsbehörden aufgrund des technischen Fortschritts in den vergangenen Jahrzehnten erhebliche Bedeutung erlangt. Viele Straftaten ließen sich ohne diese technischen Zwangsmaßnahmen heutzutage kaum noch aufklären. Letzteres gilt auch für den sog. »kleinen« und »großen« Lauschangriff, wenngleich deren Anordnung – nicht zuletzt aufgrund der mit ihnen verbundenen erheblichen Grundrechtseingriffe – in der Praxis bei Weitem nicht den Umfang einnimmt wie bei den zuvor genannten Ermittlungsmaßnahmen.

1 Zu den Einzelheiten vgl. etwa Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010; Müller/Gussmann, Berufsrisiken des Strafverteidigers, 2007; I. Roxin, Strafrechtliche Risiken des Anwaltsberufes, in: Büchting/Heussen (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 9. Aufl. 2007, Kap. A 4., jeweils m.w.N.