

**HRRS-Nummer:** HRRS 2012 Nr. 304

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2012 Nr. 304, Rn. X

---

**BGH 5 StR 461/11 - Beschluss vom 26. Januar 2012 (LG Frankfurt)**

**Tatidentität (prozessuale Tat; Betrug; Geldwäsche; Postpendenzfeststellung); Geldwäsche (Verwahren); Strafzumessung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsur).**

**§ 264 StPO; § 261 StGB; § 46 StGB; § 55 StGB**

Leitsätze des Bearbeiters

**1. Allein die Tatsache, dass betrügerisch erworbene Gegenstände in den auch vom Angeklagten bewohnten Haushalt gelangt und dort verblieben sind, vermag noch nicht die Annahme zu rechtfertigen, der Angeklagte habe die Gegenstände im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB verwahrt. Zwar ist unter Verwahren bereits die bewusste Ausübung des Gewahrsams zu verstehen. Gelangt der in § 261 Abs. 1 StGB bezeichnete Gegenstand jedoch ohne Zutun des Täters in seinen Herrschaftsbereich und ist eine wie auch immer geartete Übernahmehandlung, durch die sein Wille zur Sachherrschaft zum Ausdruck käme, nicht erkennbar, kann allein das Vorhandensein des inkriminierten Gegenstandes im Zugriffsbereich des Täters schon in Ermangelung einer die Grundlage der Strafbarkeit bildenden Handlung kein tatbestandsmäßiges Verhalten darstellen.**

**2. Die zum Fragenkreis der Tatidentität (§ 264 StPO) zwischen Betrugs- und Geldwäschetaten ergangene Rechtsprechung ist nach Ansicht des Senats uneinheitlich.**

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 30. Juni 2011 nach § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben.

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

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Geldwäsche in 29 Fällen unter Auflösung der Gesamtstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Schwedt (Oder) vom 3. März 2009 und unter Einbeziehung der darin verhängten Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zwei Monaten (Einsatzstrafe: acht Monate Freiheitsstrafe) verurteilt. Des Weiteren hat es den Angeklagten wegen Geldwäsche in 112 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten verurteilt (Einzelstrafen: jeweils ein Jahr Freiheitsstrafe). Das hiergegen gerichtete Rechtsmittel des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg. 1

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts lebte der Angeklagte mit dem gesondert Verfolgten L. in einer Lebensgemeinschaft. Beide bewohnten eine im Elternhaus L.s befindliche Wohnung und bezogen im gesamten Tatzeitraum staatliche Unterstützung. Einnahmen L.s aus der teilweisen Vermietung des ihm und seiner Schwester gehörenden, letztlich jedoch zwangsversteigerten Hauses reichten nicht aus, um die für das Haus anfallenden Verbrauchs- und Kreditkosten zu begleichen. Der Angeklagte gab am 4. April 2007 die eidesstattliche Versicherung ab und stellte am 15. November 2007 einen Verbraucherinsolvenzantrag. Sein Lebensgefährte, der seinerseits am 7. Mai 2009 die eidesstattliche Versicherung leistete, "fasste den Entschluss, über das Internet eine Vielzahl von Bestellungen bei verschiedenen Firmen aufzugeben, um dadurch Waren zu erlangen, deren Bezahlung er aufgrund seiner finanziellen Situation nicht vornehmen konnte, die er aber dennoch besitzen und ge- bzw. verbrauchen wollte, um sich und dem Angeklagten so einen höheren Lebensstandard ermöglichen zu können". Bei dem überwiegenden Teil der unter Vortäuschung seiner tatsächlich nicht bestehenden Zahlungsfähigkeit durchgeführten Bestellungen gab er als Rechnungsanschriften fiktive Namen und Adressen an, so dass die Rechnungen nicht zugestellt werden konnten. Als Lieferadresse benutzte er seine eigene Anschrift oder die des Angeklagten, wobei er die Anschrift und die Schreibweise 2

des Namens zum Teil leicht veränderte. Die bestellten Waren wurden entweder an L. oder den Angeklagten ausgeliefert oder an einem vereinbarten Ort hinterlegt. Insgesamt hat das Landgericht 141 derartige Warenbestellungen unterschiedlichen Umfangs durch den hierfür inzwischen rechtskräftig verurteilten L. festgestellt, die zu einem Gesamtschaden von knapp unter 30.000 € geführt haben.

Von der dem Angeklagten mit den Anklagen vom 7. Mai und 8. Juni 2010 zur Last gelegten (täterschaftlichen) 3  
Beteiligung an den betrügerischen Bestellungen hat sich die Strafkammer nicht zu überzeugen vermocht. Sie hat jedoch weiter festgestellt, der Angeklagte habe aufgrund seines Zusammenlebens mit L. gewusst, dass dieser im Internet betrügerische, auf Dauer angelegte und zur Erzielung regelmäßiger Einsparungen erfolgende Bestellungen aufgab. Auch sei ihm bekannt gewesen, dass sein Lebensgefährte aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse nicht in der Lage sein werde, die erhaltenen Waren zu bezahlen. In Kenntnis dieser Umstände habe er die Waren - gemeinsam mit seinem Lebensgefährten - "verwahrt, genutzt bzw. verbraucht" (UA S. 16, 88, 166).

Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten als Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 Nr. 4a StGB in 4  
141 Fällen gewertet.

2. Die Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge zum Erfolg. 5

a) Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts fehlt es allerdings nicht an einer Tatidentität (§ 264 StPO) 6  
zwischen den angeklagten Betrugs- und den ausgeurteilten Geldwäschetaten.

Die zu diesem Fragenkreis ergangene Rechtsprechung ist uneinheitlich (vgl. einerseits: BGH, Beschluss vom 16. 7  
Oktober 1987 - 2 StR 258/87, BGHSt 35, 80, 81 f.; andererseits: BGH, Urteil vom 22. Dezember 1987 - 1 StR 423/87, BGHSt 35, 172, 174 mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. September 2007 - 5 StR 213/07, BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 43; BGH, Beschluss vom 7. Juli 1999 - 1 StR 262/99, NSTZ 1999, 523, Urteil vom 29. September 1987 - 4 StR 376/87, BGHSt 35, 60). Der vorliegende Fall nötigt nicht zu einer differenzierten Auseinandersetzung mit den einzelnen Auffassungen, zumal da sich die Anklageschriften ausdrücklich mit der Verwendung der ertrogenen Güter befassen. Darüber hinaus kann angesichts des gegebenen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs zwischen Vortat und Geldwäsche (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 11. März 1999 - 4 StR 526/98, BGHR StPO § 260 Abs. 3 Verfahrenshindernis 2; Urteil vom 23. Februar 1989 - 4 StR 628/88, BGHR StPO 264 Abs. 1 Tatidentität 15; Beschluss vom 11. November 1987 - 2 StR 506/87, BGHSt 35, 86, 89) die Tatidentität hier nicht zweifelhaft sein. Die Betrugshandlungen und die als Auffangtatbestand angenommenen Geldwäschehandlungen gehen nahezu ineinander über. Zudem liegt es in der Natur entsprechender Postpendenzfeststellungen, dass die in sie einfließenden möglichen Begehungsvarianten hierdurch auch zu einer einheitlichen Tat verknüpft werden, um den Gesamtkomplex insgesamt rechtskräftig und unter Strafklageverbrauch für alle sonstigen Varianten endgültig abschließen zu können.

b) Die angefochtene Entscheidung kann aber dennoch keinen Bestand haben. 8

aa) Ausreichende Feststellungen, die eine Verurteilung nach § 261 StGB tragen könnten, sind dem Urteil nicht zu 9  
entnehmen. Das Landgericht sieht die den Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB ausfüllende Handlung bezogen auf alle Einzelfälle pauschal darin, dass der Angeklagte die Waren - gemeinsam mit seinem Lebensgefährten - "verwahrt, genutzt bzw. verbraucht" (UA S. 16, 88, 166) bzw. "verwahrt und teilweise für sich verwendet" (UA S. 173) habe. Dies stellt indessen lediglich eine (sinngemäße) Wiedergabe der Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes des § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB dar. Die Ausführungen im Urteil lassen keine konkrete Handlung erkennen, die geeignet wäre, den Tatbestand auszufüllen. Es bleibt mithin unklar, welchen Sachverhalt das Landgericht in den einzelnen Fällen der Verurteilung zu Grunde gelegt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 1983 - 4 StR 550/83, DRiZ 1989, 422). Ein Verwenden ist nicht belegt. Entsprechendes gilt für ein Verwahren. Allein die Tatsache, dass die vom Lebensgefährten des Angeklagten betrügerisch erworbenen Gegenstände in den auch vom Angeklagten bewohnten Haushalt gelangt und dort verblieben sind, vermag noch nicht die Annahme zu rechtfertigen, der Angeklagte habe die Gegenstände im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB verwahrt. Zwar ist unter Verwahren bereits die bewusste Ausübung des Gewahrsams zu verstehen (Stree/Hecker in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 261 Rn. 16); gelangt der in § 261 Abs. 1 StGB bezeichnete Gegenstand jedoch ohne Zutun des Täters in seinen Herrschaftsbereich und ist eine wie auch immer geartete Übernahmehandlung, durch die sein Wille zur Sachherrschaft zum Ausdruck käme, nicht erkennbar, kann allein das Vorhandensein des inkriminierten Gegenstandes im Zugriffsbereich des Täters schon in Ermangelung einer die Grundlage der Strafbarkeit bildenden Handlung kein tatbestandsmäßiges Verhalten darstellen.

bb) Auch für die Annahme gewerbsmäßig begangener Vortaten fehlt es - ungeachtet der Vielzahl festgestellter 10  
Betrugstaten - im Urteil an hinreichend tatsächengestützten Feststellungen. Für einen großen Teil der vom Partner des Angeklagten betrügerisch erworbenen Gegenstände ist nämlich nicht belegt, dass sie auf die Schaffung einer fortlaufenden Einnahmequelle in Form einer dauerhaften Ersparnis von Aufwendungen abzielten (vgl. Fischer, StGB,

59. Aufl., Vor § 52 Rn. 62; LK/Vogel, StGB, 12. Aufl., § 243 Rn. 36); teilweise sind sie gänzlich ungebraucht geblieben, so dass nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, der Vortäter habe hierdurch dauerhaft Aufwendungen ersparen wollen.

3. Eine erneute Verhandlung der Anklagevorwürfe ist schon deshalb geboten, weil im Blick auf die vom Angeklagten eingeräumten Tatumstände bei kritischer Auswertung der einschlägigen Vorverurteilung eine abweichende Beurteilung seiner Betrugsbeteiligung denkbar bleibt. Zudem kann eine Teilnahme möglicherweise auch allein in einer fortlaufend geübten, für beide Lebenspartner verlässlichen und eindeutigen Bereitschaft zur Entgegennahme betrügerischer Bestellungen gefunden werden. 11

Das neue Tatgericht wird zudem zu prüfen haben, ob die Fälle B.3 und B.4 der Urteilsgründe bereits der Verurteilung des Angeklagten durch das Amtsgericht Schwedt (Oder) vom 3. März 2009 zu Grunde lagen, mit der Folge, dass einer erneuten Aburteilung das Verbot der Doppelbestrafung als Verfahrenshindernis entgegenstünde. 12

Der Senat weist ferner darauf hin, dass die strafschärfend gewertete Erwägung, der Angeklagte habe "den geschädigten Firmen - zusammen mit L. - bedenkenlos einen erheblichen Schaden zur Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse zugefügt" in dieser pauschalen Form - ungeachtet der Tatsache, dass bei weitem nicht in allen abgeurteilten Einzelfällen erhebliche Schäden entstanden sind - jedenfalls im Hinblick auf § 46 Abs. 3 StGB durchgreifend bedenklich ist. Auch ist die im angefochtenen Urteil angenommene, die Bildung zweier Gesamtstrafen rechtfertigende Zäsur nicht frei von Rechtsfehlern. Denn die in der betroffenen Entscheidung abgeurteilten Taten wurden sämtlich vor einer und überwiegend vor zwei weiteren vorangegangenen Verurteilungen zu Geldstrafen begangen (UA S. 5 bis 11) und waren somit bereits mit den dort verhängten Strafen gesamtstrafenfähig (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 1991 - 5 StR 156/91 - und 15. September 2010 - 5 StR 325/10, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Zäsurwirkung 9 und 19). Davon unabhängig erscheint das aus dem angefochtenen Urteil folgende Gesamtstrafübel namentlich angesichts des begrenzten Umfangs des Gesamtschadens übersetzt (vgl. weiter BGH, Beschluss vom 9. November 1995 - 4 StR 650/95, BGHSt 41, 310, 313). 13