

Urteilskopf

145 IV 335

39. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Z. und X. gegen Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Thurgau (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1208/2018 / 6B_1209/2018 vom 6. August 2019

Regeste (de):

Art. 305bis Ziff. 1 und 3 StGB; Geldwäscherei.

Geldwäscherei kann nur an Vermögenswerten begangen werden, die einziehbar sind. Soweit die Vortaten im Ausland begangen worden sind, setzt die Strafbarkeit wegen Geldwäscherei voraus, dass ein selbstständiger schweizerischer Einziehungsanspruch besteht oder die Vermögenswerte nach dem im Zeitpunkt der mutmasslichen Geldwäschereihandlung geltenden ausländischen Recht einziehbar sind (E. 3 und 4).

Regeste (fr):

Art. 305bis ch. 1 et 3 CP; blanchiment d'argent.

Seules peuvent être blanchies des valeurs patrimoniales confiscables. La punissabilité du blanchiment du produit d'infractions préalables commises à l'étranger suppose que les valeurs patrimoniales puissent être confisquées en application du seul droit suisse ou selon le droit étranger, applicable à l'acte de blanchiment poursuivi lorsqu'il a été commis (consid. 3 et 4).

Regesto (it):

Art. 305bis n. 1 e 3 CP; riciclaggio di denaro.

Solo i valori patrimoniali confiscabili possono essere oggetto di riciclaggio di denaro. Se il reato a monte è stato perpetrato all'estero, la punibilità del riciclaggio di denaro presuppone che i valori patrimoniali possano essere confiscati sulla base di un'autonoma pretesa confiscatoria svizzera o secondo il diritto estero in vigore al momento della commissione dei presunti atti riciclatori (consid. 3 e 4).

Sachverhalt ab Seite 336

BGE 145 IV 335 S. 336

A.a X. war ab Ende der 1970er Jahre in Deutschland als Unternehmer tätig. Er war seit 1982 mit Z. verheiratet; die Ehe wurde im Jahr 2004 geschieden. X. erwarb um das Jahr 1984/85 die Lizenz für ein in den USA entwickeltes Verfahren, welches die Verlegung unterirdischer Kabel erlaubte, ohne dass der Erdboden aufgerissen werden musste (sog. Horizontalbohrtechnik). In der Folgezeit gründete er zusammen mit einer Drittperson mehrere Unternehmen, u.a. die Ac. GmbH (später Ab. GmbH & Co. KG; nachfolgend A.) und die Ha. GmbH (später Hb. GmbH & Co. KG; nachfolgend H.), um die Horizontalbohrtechnik in Deutschland zu vermarkten. Aufgrund technischer Schwierigkeiten musste das Verfahren in der Folgezeit faktisch neu entwickelt werden, was über die H. geschah. Um im Aussenverhältnis die Unabhängigkeit der H. von der A. vorzutäuschen, übernahm eine weitere Drittperson die Anteile von X. sowie des Mitgründers an der H. und hielt diese fortan treuhänderisch. Nachdem die Unternehmen der A.-Gruppe Ende der achtziger Jahre in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten geraten waren, schlossen sich X. und seine Mittäter ab 1991 zusammen, um sich über ein ausgefeiltes "System der Geldabschöpfung mittels virtueller Bohrsysteme" Einnahmen von erheblichem Umfang zu verschaffen. Das System folgte im Wesentlichen dem Grundmuster eines Schneeballsystems. Dabei erlangten X. und seine Mittäter von Leasinggesellschaften oder Banken betrügerisch die Finanzierung von insgesamt 3'156 Horizontalbohrsystemen, die zum grössten Teil nur auf dem Papier existierten. Effektiv wurden lediglich 194 Maschinen angeschafft, die dazu

dienten, das Betrugssystem am Laufen zu halten. Ca. 30 Bohrsysteme wurden als Vorzeigemaschinen eingesetzt, die bei Bedarf den Banken bzw. Leasinggesellschaften vorgeführt oder den Wirtschaftsprüfern,
BGE 145 IV 335 S. 337

welche die körperliche Existenz der Horizontalbohrsysteme stichprobenweise überprüften, präsentiert wurden. Die von den Leasinggesellschaften oder Banken für den Kauf oder das Leasing der angeblichen Maschinen geleisteten Zahlungen flossen verdeckt an die A. zurück, welche sie für Ratenzahlungen zugunsten der bestehenden Geschäfte oder Darlehen verwendete. Ein erheblicher Teil wurde zudem von X. und seinen Mittätern für eigene Zwecke abgezweigt. Die in die betrügerischen Geschäfte involvierten Leasinggesellschaften erlitten in der Zeit von Februar 1995 bis Februar 2000 einen Schaden von ca. 2,8 Mrd. DM (ca. 1,4 Mrd. Euro). Die refinanzierenden und kreditgebenden Banken wurden im Umfang von ca. 579 Mio. DM (ca. 296 Mio. Euro) bzw. von ca. 62 Mio. DM (ca. 31,7 Mio. Euro) geschädigt. X. entnahm in diesem Zeitraum aus den Gesellschaften Beträge von mindestens 212 Mio. DM (ca. 108 Mio. Euro; von 1991 bis 2000 mindestens 325 Mio. DM [ca. 166 Mio. Euro]). Davon flossen ca. 49 Mio. DM (ca. 25 Mio. Euro) in seine Beteiligungen an Unternehmen ausserhalb der A.-Gruppe und rund 276 Mio. DM (ca. 141 Mio. Euro) in sein Privatvermögen. Um das betrügerisch erlangte Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, tarnte X. seine Einnahmen durch verschiedene Verschleierungsmassnahmen und übertrug die Gelder bzw. die damit angeschafften Vermögensgegenstände verdeckt insbesondere auf seine Ehefrau Z., auf verschiedene von ihm bzw. seiner Ehefrau beherrschte Kapitalgesellschaften und die liechtensteinische B.-Stiftung, über deren Vermögen er und Z. faktisch frei verfügen konnten. Insgesamt wurden bei X. und Z. etwa 350 Mio. DM (ca. 179 Mio. Euro) ermittelt und überwiegend für die Insolvenzmasse gesichert. Z. war an den betrügerischen Handlungen im Umfeld der A. nicht beteiligt.

A.b Am 4. Februar 2000 wurde X. an seinem Wohnort verhaftet. Gleichzeitig wurde das Wohnhaus der Familie in Anwesenheit von Z. durch die Polizei durchsucht. Die Bezirksanwaltschaft Zürich erliess am 10. Februar 2000 auf der Liegenschaft c. in D. (nachfolgend: Villa E.) eine Grundbuchsperre. Am 15. Februar 2000 ordnete das Landgericht Mannheim/D zur Sicherung von Ansprüchen der A.-Geschädigten einen dinglichen Arrest über rund 74 Mio. DM in das Vermögen von Z. an und erweiterte ihn am 13. März 2000 auf rund 319 Mio. DM.

Mit Urteilen vom 18. Dezember 2001 und 22. Mai 2003 verurteilte das Landgericht Mannheim/D X. wegen Betruges in 145 Fällen,
BGE 145 IV 335 S. 338

bandenmässigen Betruges in weiteren 97 Fällen sowie wegen Kapitalanlagebetruges in Tateinheit mit versuchtem bandenmässigen Betrug zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 11 Jahren und 6 Monaten. Die Anordnung des Verfalls lehnte es ab. Dementsprechend stellte es mit Beschluss vom 18. Dezember 2002 fest, dass der dingliche Arrest vom 4. Februar 2000 in das Vermögen von X. aufgehoben werde. Diese Aufhebung umfasste auch den Arrest-Beschluss des Landgerichts Mannheim/D vom 13. Mai 2000 in das Vermögen von Z. Ebenfalls aufgehoben wurde die Grundbuchsperre auf der Villa E. Mit Urteil vom 23. Januar 2013 erklärte das Landgericht Mannheim X. ferner des Bankrotts schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten.

A.c Das Amtsgericht Karlsruhe/D eröffnete am 1. Mai 2000 über die Vermögen von X. sowie der A. das Insolvenzverfahren. In der Folgezeit machte der Insolvenzverwalter über das Vermögen von X., Rechtsanwalt F., als Vertreter der Gläubiger von X., welche ihre Forderungen im Insolvenzverfahren angemeldet hatten, umfangreiche Zahlungsansprüche gegen Z. geltend. Am 30. April 2001 schlossen Rechtsanwalt F. und Z. nach Abstimmung mit den zuständigen Strafverfolgungsbehörden sowie nach Erörterung und Zustimmung durch den Gläubigerausschuss vor einem Basler Notar eine Vergleichs- und Auseinandersetzungsvereinbarung, wobei jener auch die Insolvenzmasse der A. vertrat. Mit der Vereinbarung verpflichtete sich Z. im Wesentlichen, ihr gesamtes Vermögen (insg. DM 366'776'572.-) gegen eine Entschädigung von 20 Mio. DM (ca. 10,23 Mio. Euro) an die Insolvenzverwaltung zu übertragen. Am 26. Juli und am 17. September 2001 schlossen die Parteien Ergänzungsvereinbarungen, welche u.a. die Liegenschaft in D. betrafen (vgl. hierzu Urteil 4A_65/2017 vom 19. September 2017 Sachverhalt Bst. A., mit Hinweisen). Am 28. November 2005 wurden die Insolvenzvereinbarungen seitens Z. widerrufen. Im Anschluss daran wurde die Villa E. mittels eines Schenkungsvertrages auf die Kinder von Z. übertragen und am 30. Mai 2006 an eine Drittperson zum Preis von 17,5 Mio. CHF verkauft. Die Löschung des Wohnrechts wurde mit 4 Mio. CHF abgegolten. Auf Gesuch des Insolvenzverwalters über das Vermögen von X. anerkannte das Bezirksgericht Meilen am 23. Februar 2012 den Konkursbeschluss des Amtsgerichts Karlsruhe vom 1. Mai 2000 im Sinne von Art. 166 IPRG (SR 291) für das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft und

eröffnete den Hilfskonkurs über X. In
BGE 145 IV 335 S. 339

der Folge klagte die Hilfskonkursmasse X. gegen Z. u.a. auf Zahlung des Erlöses aus dem Verkauf der Villa E. und der Abgeltung für die Löschung des Wohnrechts. Nach verschiedenen zivilprozessualen Verfahren in Deutschland und der Schweiz verurteilte schliesslich das Bezirksgericht Meilen Z. mit Urteil vom 11. Juli 2018 zur Zahlung von CHF 21'500'000.-, USD 1'489'500.-, USD 500'000.- und USD 1'030'000.- je zuzüglich Zinsen an die Hilfskonkursmasse X. Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

A.d Die Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsstraffälle und Organisierte Kriminalität des Kantons Thurgau eröffnete in den Jahren 2009, 2010 und 2012 gestützt auf eine Meldung der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) Strafuntersuchungen gegen Z., ihren früheren Ehemann X. und weitere Personen wegen Geldwäscherei und anderen Delikten. Die Anklage geht davon aus, dass die Vermögenswerte im Besitz von Z. im Wert von ca. 366 Mio. DM, namentlich die Villa E. in D., Diamantschmuck und verschiedene Kunstgegenstände, jedenfalls zum Teil aus Mitteln finanziert wurden, die aus dem A.-Betrug stammten. Den Beschuldigten wird in diesem Kontext Geldwäscherei vorgeworfen.

B.

B.a Das Obergericht des Kantons Thurgau erklärte Z. mit Urteil vom 25. September 2018 in zweiter Instanz schuldig der mehrfachen bandenmässigen Geldwäscherei gemäss Art. 305bis Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 Abs. 2 lit. b StGB und der mehrfachen Geldwäscherei gemäss Art. 305bis Ziff. 1 StGB sowie der mehrfachen Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB und verurteilte sie zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten, unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft, und einer Geldstrafe von 450 Tagessätzen zu CHF 300.-. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von 18 Monaten bei einer Probezeit von 2 Jahren bedingt auf; für den restlichen Teil erklärte es die Freiheitsstrafe als vollziehbar. In einzelnen Punkten wurde Z. freigesprochen; in weiteren Punkten wurde das Verfahren eingestellt. Das Obergericht verpflichtete Z. ferner zur Zahlung einer Ersatzforderung von 6 Mio. CHF an den Kanton Thurgau. Ihre Genugtuungsforderung wies es ab.

B.b Mit selbem Urteil erklärte das Obergericht des Kantons Thurgau X. der mehrfachen bandenmässigen Geldwäscherei gemäss Art. 305bis Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 Abs. 2 lit. b StGB schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten und einer Geldstrafe von

BGE 145 IV 335 S. 340

300 Tagessätzen zu CHF 200.-. Für die Freiheitsstrafe gewährte es ihm den teilbedingten Strafvollzug, wobei es den unbedingten Teil der Strafe auf 9 Monate festsetzte und den bedingt aufgeschobenen Strafreist mit einer Probezeit von 4 Jahren verband. In einzelnen Punkten wurde das Verfahren eingestellt. Das Obergericht verpflichtete X. ferner zur Zahlung einer Ersatzforderung von 1,5 Mio. CHF an den Kanton Thurgau. Seine Forderungen gegen den Staat wies es ab.

B.c Das Obergericht des Kantons Thurgau entschied ferner über die Einziehung und Herausgabe der beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte. Es ordnete an, die beschlagnahmten Schmuckstücke seien zu verwerten und der Verwertungserlös im Umfang der festgesetzten Kontaminationsquoten zugunsten des Kantons Thurgau einzuziehen. Desgleichen zog es die Vermögenswerte auf den gesperrten Konten und Depots bei verschiedenen Banken im Umfang der festgelegten Kontaminationsquoten zugunsten des Kantons Thurgau ein. Den verbleibenden Nettoerlös bestimmte es für die Deckung der Verfahrenskosten, der Geldstrafe und der Forderungen zugunsten des Kantons Thurgau. Von der Einziehung der Liegenschaft in G. sah es ab. In Bezug auf die Herausgabe der vier beschlagnahmten Bilder des Malers Marc Chagall an die Hilfskonkursmasse X. bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.

C. Z. (Beschwerdeführerin 1) und X. (Beschwerdeführer 2) führen Beschwerde in Strafsachen. Beide Beurteilten beantragen, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und sie seien von der Anklage der mehrfachen bandenmässigen Geldwäscherei bzw. der mehrfachen bandenmässigen Geldwäscherei und der mehrfachen Geldwäscherei freizusprechen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei von einer Ersatzforderung sowie von der Einziehung der beschlagnahmten Vermögenswerte abzusehen.

D. Das Obergericht des Kantons Thurgau stellt unter Verzicht auf Vernehmlassung Antrag auf Abweisung der Beschwerden. Ob der lediglich vom Obergerichtsschreiber unterzeichnete Verzicht rechtsgültig erfolgt ist, kann offenbleiben, da sich das Obergericht nicht zur Sache vernehmen lässt. Die Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsstraffälle und Organisierte Kriminalität des Kantons Thurgau beantragt in ihren Gegenbemerkungen in Vertretung der Generalstaatsanwaltschaft die Abweisung der Beschwerden. Z. und X. haben auf Stellungnahme hierzu verzichtet.

BGE 145 IV 335 S. 341

E. Der Präsident der Strafrechtlichen Abteilung hat mit Verfügungen vom 29. November 2018 die Gesuche von Z. und X. um aufschiebende Wirkung abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos waren. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Gemäss Art. 305bis Ziff. 1 StGB (in der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung) macht sich der Geldwäscherei schuldig, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herrühren. Durch die strafbare Handlung wird der Zugriff der Strafbehörde auf die aus einem Verbrechen stammende Beute behindert. Das strafbare Verhalten liegt in der Sicherung der durch die Vortat unrechtmässig erlangten Vermögenswerte. Der Tatbestand schützt in erster Linie die Rechtspflege in der Durchsetzung des staatlichen Einziehungsanspruchs bzw. das öffentliche Interesse an einem reibungslosen Funktionieren der Strafrechtspflege (BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 S. 326 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung dient der Tatbestand in Fällen, in denen die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte aus Delikten gegen das Vermögen herrühren, neben dem Einziehungsinteresse des Staates auch dem Schutz der individuell durch die Vortat Geschädigten (BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 S. 327; BGE 133 III 323 E. 5.1 S. 330; URSULA CASSANI, in: Commentaire romand, Code pénal, Bd. II, 2017, N. 10 f. zu Art. 305bis StGB).

Täter der Geldwäscherei kann nach ständiger Rechtsprechung auch sein, wer Vermögenswerte wäscht, die er selber als Vortäter durch ein Verbrechen erlangt hat. Tathandlung der Geldwäscherei ist jeder Vorgang, der geeignet ist, den Zugriff der Strafbehörden auf die verbrecherisch erlangten Vermögenswerte zu vereiteln (BGE 144 IV 172 E. 7.2; BGE 128 IV 117 E. 7a; BGE 120 IV 323 E. 3; BGE 124 IV 274 E. 3). Als Vereitelungshandlungen kommen etwa in Betracht der Umtausch von Bargeld in eine andere Währung (BGE 122 IV 211 E. 2c), das Anlegen (BGE 119 IV 59 E. 2e) oder die Überweisung von Konto zu Konto ins Ausland (vgl. BGE 144 IV 172 E. 7.2.2; BGE 127 IV 20 E. 3b). Der Tatbestand der Geldwäscherei verlangt aufgrund seines akzessorischen Charakters neben dem Nachweis der Geldwäschereihandlung sowohl den Nachweis der Vortat als auch den Nachweis, dass

BGE 145 IV 335 S. 342

die Vermögenswerte aus eben dieser Vortat herrühren (BGE 126 IV 255 E. 3.a).

3.2 Die Einziehbarkeit stellt ein normatives Tatbestandselement der Geldwäscherei dar. Nach der Rechtsprechung folgt aus der Konzeption des Tatbestandes als Vereitelung der Einziehung, dass Geldwäscherei nur an Vermögenswerten begangen werden kann, die einziehbar sind. Die Vereitelung von Einziehungsinteressen bedingt mithin, dass solche Interessen überhaupt bestehen. Die Einziehung eines Vermögenswerts kann mithin nicht vereitelt werden, wenn ein entsprechender Anspruch etwa wegen Eintritts der Verjährung (Art. 70 Abs. 3 StGB) nicht mehr existiert (BGE 129 IV 238 E. 3.3; BGE 126 IV 255 E. 3b/bb S. 262; Urteile 6B_115/2007 vom 24. September 2007 E. 5.3.1; 6B_141/2007 vom 24. September 2007 E. 6.3.1; MARK PIETH, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 25 zu Art. 305bis StGB; ACKERMANN/ZEHNDER, in: Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, Bd. II, 2018, § 11 Geldwäscherei, N. 289, 326, 335 f. zu Art. 305bis StGB; TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 28 zu Art. 305bis StGB; ANDREAS DONATSCH UND ANDERE, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl. 2017, S. 495 f.; SCHWOB/STUPP, in: Basler Kommentar, Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 24 zu Art. 305bis StGB).

3.3 Gemäss Art. 305bis Ziff. 3 StGB wird der Täter bestraft, wenn die Haupttat im Ausland begangen wurde und diese auch am Begehungsort strafbar ist. Die Bestimmung dehnt den Schutz auf die ausländische Strafrechtspflege und damit auf die ausländischen Einziehungsansprüche aus, soweit jedenfalls die Schweiz dem fraglichen Staat Rechtshilfe gewährt, um sein Einziehungsrecht auszuüben (BGE 136 IV 179 E. 2.3.4 S. 186; BGE 126 IV 255 E. 3b/bb S. 262). Ob die im Ausland begangene Tat als Verbrechen zu qualifizieren ist, beurteilt sich nach schweizerischem Recht. Weitere Voraussetzung für einen Schuldspruch wegen Geldwäscherei ist, dass die Vortat im Zeitpunkt der Geldwäschereihandlung nicht verjährt ist, zumal die Einziehung eines Vermögenswerts nicht vereitelt werden kann, wenn ein entsprechender Anspruch nicht mehr besteht (BGE 126 IV 255

E. 3a und b; vgl. oben E. 3.2). Nicht erforderlich ist demgegenüber die Strafbarkeit der Geldwäscherei nach dem Recht des Begehungsorts (ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O., § 11 Geldwäscherei, N. 309 zu Art. 305bis StGB; TRECHSEL/PIETH, a.a.O., N. 28 zu Art. 305bis StGB; URSULA CASSANI, in: *Commentaire du droit pénal suisse* BGE 145 IV 335 S. 343

[nachfolgend: *Commentaire*], *Code pénal suisse*, Partie spéciale, Bd. 9, 1996, N. 15 zu Art. 305bis StGB).

4. 4.1 Nach den unbestrittenen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz rühren im zu beurteilenden Fall alle Vermögenswerte der A. und der mit ihr verbundenen Unternehmen von im Ausland begangenen Verbrechen her. Des Weiteren ist erstellt, dass alle Vermögenswerte, welche dem Beschwerdeführer 2, der A. und mit ihr verbundenen Unternehmen sowie der Beschwerdeführerin 1 im relevanten Zeitraum zufließen, aus diesen Vortaten stammten. Schliesslich geht die Vorinstanz davon aus, die der Anklage zugrunde liegenden Vermögenswerte seien zumindest zum Teil aus den betrügerisch erlangten Geldern finanziert und mithin jedenfalls teilweise kontaminiert gewesen. In rechtlicher Hinsicht steht sodann fest, dass im zu beurteilenden Fall kein selbstständiger, schweizerischer Einziehungsanspruch bestand, da weder ein Anknüpfungspunkt für die schweizerische Strafgerichtsbarkeit nach Art. 3 ff. StGB gegeben war, noch eine nach dem Weltrechtsprinzip dem schweizerischen Strafrecht unterstellte Straftat oder eine entsprechende spezialgesetzliche Bestimmung vorlag. Damit konnte durch die angeklagten Handlungen der Beschwerdeführer ein solcher selbstständiger, schweizerischer Anspruch auch nicht vereitelt werden.

4.2 Bei dem mehrfachen und teilweise bandenmässigen Betrug mit Horizontalbohrmaschinen rund um die A.-Gruppe handelt es sich um im Ausland begangene Vortaten. Nach der früheren, im Zeitpunkt der Begehung dieser Betrugstaten geltenden Fassung der massgeblichen Bestimmung des deutschen Strafgesetzbuches war die Anordnung des Verfalls der aus der Tat erlangten Vermögenswerte ausgeschlossen, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen war, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entzogen bzw. dessen durch die Tat erlangten Vermögensvorteil beseitigt hätte (§ 73 Abs. 1 dStGB a.F.; THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 64. Aufl., München 2017, N. 17 ff. zu § 73 dStGB; GEREON WOLTERS, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch [SK-StGB]*, 9. Aufl., Köln 2016, N. 32 ff. zu § 73 dStGB; vgl. nunmehr § 73 dStGB in der Fassung des Gesetzes vom 13. April 2017 zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, in Kraft seit 1. Juli 2017). Die Anordnung des Verfalls - bzw. nach schweizerischer Terminologie der Einziehung - war daher, wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, im A.-Strafurteil nicht möglich.

BGE 145 IV 335 S. 344

Soweit der Verfall - bezüglich hier nicht interessierender Vermögenswerte - Gegenstand des Verfahrens gebildet hatte, lehnte das Landgericht Mannheim diesen mit Urteil vom 18. Dezember 2001 wegen bestehender Schadenersatzansprüche der Geschädigten ab.

4.3 Die Beschwerdeführer machen zunächst geltend, das Landgericht Mannheim habe in seinem Urteil rechtskräftig von der Anordnung des Verfalls abgesehen und die Einziehbarkeit ausgeschlossen, wobei das Urteil auch gegenüber der Beschwerdeführerin 1 verbindliche Rechtswirkung entfalte. Inwiefern das Landgericht Mannheim auf die Anordnung des Verfalls tatsächlich verzichtet hat, kann offenbleiben. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob im vorliegenden Fall überhaupt ein gesetzlicher Einziehungsanspruch bestanden hat, der durch die angeklagten Handlungen der Beschwerdeführer hätte vereitelt werden können. Dabei fragt sich weiter, ob die Einziehbarkeit der Vermögenswerte, welche aus einem im Ausland verübten Verbrechen herrühren, Voraussetzung für einen Schuldspruch wegen Geldwäscherei darstellt. Die Vorinstanz geht in diesem Kontext unter Verweisung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zunächst zutreffend davon aus, dass Geldwäscherei als Vereitelung der Einziehung nur an einziehbaren Vermögenswerten möglich ist. Insofern nimmt sie zu Recht an, dass Geldwäscherei als Einziehungsverweigerung jedes tatsächliche oder rechtliche Verhalten umfasst, das darauf gerichtet ist, den staatlichen Strafverfolgungsorganen die Einziehung von kontaminierten Vermögenswerten zu verunmöglichen. Trotz dieser grundlegenden Erkenntnis gelangt die Vorinstanz in der Folge indes zum Schluss, die mangelnde Einziehbarkeit der fraglichen Vermögenswerte nach dem damals geltenden deutschen Strafrecht stehe im vorliegenden Fall einem Schuldspruch wegen Geldwäscherei nicht entgegen, da die Einziehbarkeit am Begehungsort gemäss Art. 305bis Ziff. 3 StGB kein Tatbestandsmerkmal der Geldwäscherei darstelle. Diese Auffassung verletzt Bundesrecht.

4.4 Der Tatbestand der Geldwäscherei erfasst Handlungen, die geeignet sind, die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln. Dies setzt voraus, dass die aus einem Verbrechen herrührenden Vermögenswerte tatsächlich einziehbar sind (vgl. oben E. 3.2). Dabei genügt bei Auslandsvortaten, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, grundsätzlich eine abstrakte Einziehbarkeit. Doch folgt daraus

nicht, dass die Einziehbarkeit der Vermögenswerte am ausländischen
BGE 145 IV 335 S. 345

Begehungsort als Voraussetzung für die Strafbarkeit entbehrlich wäre. Dass die abstrakte Einziehbarkeit genügt, drückt lediglich aus, dass für die Strafbarkeit der Geldwäscherei bei bestehendem Einziehungsanspruch nicht die Eröffnung eines konkreten Einziehungsverfahrens erforderlich ist (Botschaft vom 12. Juni 1989 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften], BBl 1989 II 1084; ferner ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O., § 11 Geldwäscherei, N. 102 und 336 zu Art. 305bis StGB; TRECHSEL/PIETH, a.a.O., N. 15 zu Art. 305bis StGB).

Die Einziehbarkeit der kontaminierten Vermögenswerte gilt als Voraussetzung für die Strafbarkeit der Geldwäscherei ohne jeden Zweifel für in der Schweiz begangene Vortaten. Der Tatbestand von Art. 305bis Ziff. 1 StGB schützt nach einhelliger Auffassung staatliche Einziehungsansprüche der Schweiz. Gemäss Ziff. 3 derselben Bestimmung wird der Täter auch bestraft, wenn die Haupttat im Ausland begangen wurde, sofern diese auch am Begehungsort strafbar ist. Hier trifft zunächst zu, dass die Einziehbarkeit am Begehungsort vom Gesetz nicht explizit genannt wird. Daraus lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz indes nicht ableiten, dass jene kein Tatbestandselement von Art. 305bis Ziff. 3 StGB bilde und "durchaus gewollt" im Gesetz nicht genannt werde. Die Tathandlung der Geldwäscherei gemäss Art. 305bis StGB steht in wechselseitiger Beziehung zur Einziehung. Die Strafbarkeit ist an die Eignung der Tathandlung geknüpft, die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln. Die Behörden haben dementsprechend vorfrageweise immer zu prüfen, ob die durch die Vortaten erlangten Vermögenswerte einziehbar sind (ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O., § 11 Geldwäscherei, N. 102 zu Art. 305bis StGB; JÜRGEN-BEAT ACKERMANN, in: Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz [nachfolgend: Geldwäschereistrafrecht], Ackermann/Heine [Hrsg.], 2013, § 15 Geldwäschereistrafrecht, Rz. 45). Bei Auslandsvortaten setzt die Erfüllung des Tatbestandes, soweit kein selbstständiger schweizerischer Einziehungsanspruch besteht, mithin voraus, dass nach dem ausländischen Recht im Zeitpunkt der mutmasslichen Geldwäschereihandlung eine Einziehung in Frage gekommen wäre. Ist dies nicht der Fall, hat die ausländische Rechtspflege kein rechtlich durch Art. 305bis StGB geschütztes Einziehungsinteresse (ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O., § 11 Geldwäscherei, N. 308 zu Art. 305bis StGB; CASSANI, Commentaire, a.a.O., N. 15 a.E. zu Art. 305bis StGB; BERNHARD ISENHARDT, in: BGE 145 IV 335 S. 346

StGB Kommentar, Andreas Donatsch und andere [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 27b zu Art. 305bis StGB). Wie die Beschwerdeführer gestützt auf die im kantonalen und bundesgerichtlichen Verfahren eingelegten Privatgutachten zu Recht vorbringen, teilt die Vorinstanz mit ihrer Auffassung den Tatbestand der Geldwäscherei in zwei Untertatbestände je für im Inland und für im Ausland begangene Vortaten auf, wobei sie für letztere die Einziehbarkeit nicht für erforderlich hält. Die Einziehbarkeit der durch ein Verbrechen erlangten Vermögenswerte ist indes einheitliches Merkmal für den gesamten Geldwäschereitattbestand, unabhängig davon, ob die Vortat im In- oder im Ausland verübt worden ist. Die Tathandlung der Geldwäscherei wird für alle Varianten einheitlich in Ziff. 1 der Strafnorm von Art. 305bis StGB umschrieben. Dass Art. 305bis Ziff. 3 StGB die Einziehungsvereitelung als verbotene Handlung nicht explizit erwähnt, ändert daran nichts. Die Notwendigkeit dieser Bestimmung ergibt sich lediglich daraus, dass die Art. 303 ff. StGB grundsätzlich nur die schweizerische Rechtspflege schützen, Vortat und Geldwäscherei aber oftmals nicht im gleichen Staat verübt werden (ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O., § 11 Geldwäscherei, N. 308 und 316 zu Art. 305bis StGB; TRECHSEL/PIETH, a.a.O., N. 28 zu Art. 305bis StGB). Die genannte Ziffer der Strafnorm umschreibt mithin keine neue Tatbestandsvariante, nach welcher die Einziehbarkeit nicht erforderlich wäre, sondern stellt bloss klar, dass Art. 305bis StGB auch auf Fälle anwendbar ist, in denen die Haupttat im Ausland begangen worden ist. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern für im Ausland begangene Vortaten andere Voraussetzungen gelten sollten, zumal nach der Struktur des Tatbestandes ein Einziehungsanspruch - unabhängig davon, ob es sich um einen in- oder ausländischen Anspruch handelt - nur vereitelt werden kann, wenn er denn tatsächlich besteht. Da im vorliegenden Fall unbestrittenermassen kein schweizerischer Einziehungsanspruch bestand, hätte die Geldwäscherei nur an einem ausländischen Einziehungsanspruch begangen werden können. Nach der im Zeitpunkt der Taten herrschenden deutschen Rechtslage waren die durch den Beschwerdeführer 2 und seine Mittäter ertrogenen Vermögenswerte in Deutschland indes nicht einziehbar. Damit fehlt es an der Grundlage für einen Schuldspruch wegen Geldwäscherei. Was die Vorinstanz in diesem Kontext zur Zuständigkeit für die Einziehung der A.-Beute in der Schweiz ausführt, geht an der Sache vorbei, zumal es nicht um die Abschöpfung der im Ausland verbrecherisch erlangten Vermögenswerte in der Schweiz geht, sondern um die Frage, ob potentielle, in der Schweiz begangene

BGE 145 IV 335 S. 347

Verschleierungshandlungen, trotz des Umstands, dass gar kein Einziehungsanspruch besteht, welcher hätte vereitelt werden können, den Tatbestand der Geldwäscherei erfüllen.

4.5

4.5.1 Die Rechtsauffassung der Vorinstanz führt dazu, dass der Tatbestand der Geldwäscherei bei Auslandsvorfällen von der Verknüpfung mit der Einziehung gelöst wird. Demnach würde in diesem Teilbereich nicht die Vereitelung der Einziehung bestraft, sondern diejenige der Durchsetzung von privaten Ausgleichs- bzw. Schadenersatzansprüchen. Rechtsgut würde dabei der Schutz privater Vermögensinteressen und Interessen an der Wiederherstellung verletzter Vermögensverhältnisse der durch die Vortat Geschädigten bilden. Ein solches Ergebnis ist mit dem Charakter der Geldwäscherei als Einziehungsverweigerung nicht vereinbar. Art. 305bis StGB schützt allein staatliche Einziehungsansprüche. Es trifft zu, dass der Tatbestand der Geldwäscherei nach der Rechtsprechung über das in erster Linie geschützte Interesse an einem reibungslosen Funktionieren der Strafrechtspflege hinaus unter gewissen Umständen auch individuelle Rechtsgüter mitschützt, soweit durch die Vereitelungshandlung auch Vermögensinteressen der durch die Vortat Geschädigten betroffen werden (BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 S. 326 f.). Doch geht es hier bloss um einen mittelbaren Schutz zivilrechtlicher Restitutionsansprüche privater Geschädigter. Eigentliches Schutzgut des Tatbestandes bleibt der staatliche Einziehungsanspruch, der stets gegeben sein muss, der aber gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB (aArt. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) gegebenenfalls hinter die privaten Interessen an einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zurücktritt. Soweit bei der Vermögensentziehung die zwei aufeinander folgenden Massnahmen der Wegnahme der Vermögenswerte und deren Zuweisung auseinandergehalten werden (MARCEL SCHOLL, Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, Bd. I, 2018, § 4 Vermögensentziehung, N. 71 f. und 88 zu Art. 70 StGB), richtet sich bei der Geldwäscherei der Fokus der Handlung auf die Vereitelung der Wegnahme der durch die Straftat erlangten Vermögenswerte. Mit der Wegnahme wird der Grundgedanke der Einziehung, dass sich Straftaten nicht lohnen dürfen, strafrechtlich durchgesetzt. Auch wenn die Einziehung letztlich auch privaten Ausgleichsinteressen dient, setzt dies doch voraus, dass die durch ein Verbrechen erlangten Vermögenswerte der Einziehung unterliegen. Soweit durch Verschleierungshandlungen ausschliesslich die Wiederherstellung privater Vermögensinteressen erschwert oder vereitelt wird, ohne dass ein staatlicher

BGE 145 IV 335 S. 348

Einziehungsanspruch bestünde, erfüllen diese Vereitelungshandlungen den Tatbestand der Geldwäscherei mithin nicht. Damit lässt sich entgegen der Auffassung der kantonalen Instanzen nicht sagen, dass der Täter durch die in Art. 305bis Ziff. 1 StGB umschriebenen Handlungen faktisch nicht nur die Restitution bzw. die Realisierung von Zivilansprüchen, sondern gleichermassen auch eine abstrakte Einziehung vereitelt. Die Ausführungen der Staatsanwaltschaft in ihrer Vernehmlassung vermögen dieses Ergebnis nicht zu erschüttern. Der blosser Umstand, wonach in den Augen der Strafverfolgungsbehörde eine "missratene Regelung" des deutschen Strafgesetzes zu einem unbefriedigenden oder unhaltbaren Ergebnis führt, kann nicht dazu führen, dass geltendes Recht unter Anrufung abstrakter Gerechtigkeitsansprüche missachtet wird. Die Entscheidungsfindung auf der Grundlage des geltenden Rechts lässt sich, wenn das Ergebnis nicht den eigenen Wünschen entspricht, nicht unbesehen als "blinder Gesetzespositivismus" oder als "sklavische Übernahme" eines abgelehnten Rechtsverständnisses abqualifizieren. Daran vermögen auch die Hinweise auf den ordre public (vgl. hierzu BGE 144 III 120 E. 5.1; BGE 138 III 322 E. 4.1) und das völkerrechtliche Geldwäschereiübereinkommen (GWÜ; SR 0.311.53) nichts zu ändern, zumal hier nicht zu entscheiden ist, ob die frühere deutsche Regelung der Einziehung dem Übereinkommen gerecht wird, sondern ob die Einziehbarkeit der erlangten Vermögenswerte nach der früheren deutschen Gesetzeslage als Voraussetzung für einen Schuldspruch wegen Geldwäscherei gegeben ist. Im Übrigen fallen die in Frage stehenden Vermögenswerte bei Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht ohne Weiteres an die Beschwerdeführer zurück, soweit die Geschädigten ihre ihnen aus den Betrugsstaten erwachsenen Ansprüche entsprechend der damaligen einschlägigen gesetzlichen Bestimmung des deutschen Strafgesetzbuches auf dem Zivilweg eingefordert haben.

4.5.2 Ohne Bedeutung ist schliesslich, dass das deutsche Verfallsrecht mittlerweile revidiert wurde und es die Einziehung nunmehr auch in einem Bereich erlaubt, in welchem Private in ihrem Vermögen geschädigt worden sind (vgl. § 73 dStGB in der Fassung des Gesetzes vom 13. April 2017 zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, in Kraft seit 1. Juli 2017). Zudem mag zutreffen, dass Art. 316h dEGStGB die Anwendung des seit dem 1. Juli 2017 geltenden Rechts der Vermögensabschöpfung auf Sachverhalte erlaubt, bei denen die die Einziehung auslösende Straftat

bereits vor
BGE 145 IV 335 S. 349

dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen worden ist. Doch gilt dies, wie die Beschwerdeführerin 1 zu Recht einwendet, nicht, soweit bereits eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls ergangen ist, wobei nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes in Strafsachen als Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz im Sinne von Art. 316h Satz 2 dEGStGB auch die Nichtanordnung einer dieser Massnahmen gilt (THOMAS FISCHER, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., München 2019, N. 1 zu Vor §§ 73-76a dStGB; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER/SCHUSTER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2019, N. 11 zu Vor §§ 73 ff. dStGB). Inwiefern an diesem Ergebnis etwas ändern sollte, dass die Einführung einer anderslautenden Bestimmung oder eine andere Auslegung der eingeführten Bestimmung, welche die Einziehung trotz eines bestehenden Urteils erlaubt hätte, zweifellos möglich gewesen sein sollen, wie die Vorinstanz meint, ist unerfindlich. Selbst wenn im Übrigen die Einziehung als solche rückwirkend möglich wäre, würde dies nichts daran ändern, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Strafbarkeit der angeblichen Geldwäschereihandlungen nicht erfüllt waren, weil im Zeitpunkt der Tathandlungen keine Einziehungsansprüche bestanden. Wie die Beschwerdeführer zu Recht vorbringen, kann die Rückwirkung des Einziehungsrechts nicht die Strafbarkeit von Handlungen begründen, die nach dem zur Tatzeit geltenden Recht nicht strafbar gewesen sind. Für diese gilt das Rückwirkungsverbot gemäss Art. 2 StGB, nach welcher Bestimmung auf die im Zeitpunkt der Vornahme der Handlungen gültige Rechtslage abzustellen ist. Es kommt mithin für die Frage der Strafbarkeit wegen Geldwäscherei allein darauf an, ob im Zeitpunkt, in welchem die angeblichen Geldwäschereihandlungen vorgenommen worden sind, eine strafrechtliche Einziehung möglich war und vereitelt werden konnte. Dies war nach dem massgeblichen deutschen Recht im Zeitpunkt der angeklagten Handlungen nicht der Fall.

4.6 Zuletzt lässt sich der Schuldspruch der mehrfachen und bandenmässigen Geldwäscherei auch nicht auf die vorinstanzlichen Erwägungen zur Rechtshilfe stützen. Denn auch die rechtshilfweise Durchsetzung ausländischer Einziehungsinteressen bzw. -ansprüche setzt voraus, dass ein ausländischer Einziehungsanspruch tatsächlich besteht. Ein derartiger staatlicher Anspruch ist hier aber, wie ausgeführt, nicht gegeben. Ein solcher lässt sich auch nicht als "abgeleiteter schweizerischer Einziehungsanspruch zufolge eines ausländischen Rechtshilfeersuchens" konstruieren (so das erstinstanzliche Urteil).
BGE 145 IV 335 S. 350

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass auch die abstrakte Einziehbarkeit genügt, wenn noch kein Rechtshilfegesuch gestellt worden ist. Erforderlich ist, dass ein Rechtshilfegesuch tatsächlich gestellt werden kann. Dies ist indes nur dann der Fall, wenn ein entsprechender ausländischer Einziehungsanspruch, für den Rechtshilfe geleistet werden könnte, effektiv besteht. Mangels ausländischem Einziehungsanspruch besteht hier indes für ein Rechtshilfeersuchen aus Deutschland kein Raum. Dass ein Rechtshilfegesuch an die Schweiz, wie die Vorinstanz meint, zumindest theoretisch noch immer möglich wäre, "auch wenn praktisch nicht mit einer entsprechenden Anpassung des (neuen) deutschen Rechts zu rechnen ist", ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Dasselbe gilt, soweit die Vorinstanz auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur rechtshilfweisen Einziehung verweist. Diese dehnt, wie der Beschwerdeführer 2 zutreffend geltend macht, den strafrechtlichen Schutz nur insoweit auf ausländische Einziehungsansprüche aus, als die Schweiz dem betreffenden Staat Rechtshilfe gewährt, um sein Einziehungsrecht auszuüben (Art. 74a IRSG [SR 351.1]; BGE 136 IV 179 E. 2.3.4). Ein solches Recht besteht hier aber, wie ausgeführt, eben gerade nicht. Der deutsche Staat hat denn auch folgerichtig nie ein Gesuch um Rechtshilfe zur Durchsetzung von Einziehungsansprüchen gestellt. Im Übrigen äussert sich der von der Vorinstanz angerufene Entscheid des Bundesgerichts zur rechtshilfweisen Einziehung nicht zur Einziehbarkeit am ausländischen Begehungsort, sondern zum Prinzip der abstrakten beidseitigen Strafbarkeit (BGE 136 IV 179). Schliesslich führt auch der Hinweis auf Art. 74a IRSG nicht zu einem anderen Ergebnis. Nach dieser Bestimmung erfolgt die Herausgabe beschlagnahmter Vermögenswerte an die zuständige ausländische Behörde am Ende des Rechtshilfeverfahrens zu deren Einziehung oder Rückerstattung an den Berechtigten in der Regel gestützt auf einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid des ersuchenden Staates (Abs. 3; vgl. auch BGE 126 II 258 E. 7a/bb S. 261), an dem es ebenfalls fehlt.

4.7 Insgesamt ergibt sich aus den oben stehenden Erwägungen, dass die Schuldsprüche der mehrfachen bzw. der mehrfachen bandenmässigen Geldwäscherei Bundesrecht verletzt. Da die Voraussetzungen für die Einziehung der Vermögenswerte von Anbeginn weg nicht bestanden und nicht nachträglich, etwa infolge Verjährung, weggefallen sind, und die Beschwerdeführer aufgrund des Urteils des Landgerichts Mannheim um diesen Umstand wussten und somit keinen

BGE 145 IV 335 S. 351

Geldwäschereivorsatz hatten, kommt auch kein untauglicher Versuch in Betracht (ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O., § 11 Geldwäscherei, N. 760 zu Art. 305bis StGB; ACKERMANN, Geldwäschereistrafrecht, a.a.O., Rz. 86).