

Entscheidung des Monats Juli 2023

BGH, Beschl. v. 28.02.2023, Az. 2 StR 371/22 (LG Köln)

I. Leitsatz des Gerichts

Einen erlaubnispflichtigen Zahlungsdienst im Sinne der § 63 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1, § 10 Abs. 1 S. 1 ZAG erbringt auch derjenige, der gegenüber den Zahlungsdienstnutzern nur zum Schein als Zahlungsdienstleister auftritt.

II. Sachverhalt

Das Landgericht Köln hatte den Angeklagten, welcher alleiniger Geschäftsführer der P. GmbH war, wegen vorsätzlichen unerlaubten Erbringens von Zahlungsdiensten verurteilt.

Der Angeklagte habe bei verschiedenen Finanzinstituten mehrere Konten für die P. GmbH als Kontoinhaberin eröffnet. Auf diesen Geschäftskonten habe die P. GmbH seit Februar 2018 Einzahlungen von Kunden von verschiedenen Online-Trading-Plattformen in Höhe rund 3.300.000 € entgegengenommen, dort gesammelt und sie anschließend – abgesehen von den sichergestellten Geldbeträgen in Höhe von rund 1.900.000 € – zweckwidrig auf Geheiß der gesondert verfolgten Hintermänner an verschiedene, ihr von diesen mitgeteilte Unternehmen im Ausland weitergeleitet, anstelle sie entsprechend dem Zahlungsauftrag weiterzuleiten. Konten auf die Namen der Kunden der Online-Trading-Plattformen als Zahler oder auf den Namen der Betreiber der verschiedenen Online-Trading-Plattformen oder sonstiger Dritter als Zahlungsempfänger habe die P. GmbH nicht eröffnet.

In subjektiver Sicht habe der Angeklagte von Anfang an beabsichtigt, die über die Konten der P. GmbH vereinnahmten Gelder pflichtwidrig nicht entsprechend dem Zahlungsauftrag zu verwenden und nur zum Schein gegenüber den Zahlungsdienstnutzern als Zahlungsdienstleister aufzutreten.

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des *Landgerichts Köln* hatte der *Bundesgerichtshof* als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben habe.

III. Entscheidungsgründe

Nach Auffassung des 2. Strafsenats handele sich bei den von der P. GmbH entfalteten Tätigkeiten um erlaubnispflichtige Zahlungsdienste, die sie ohne eine Erlaubnis erbracht habe.

Obwohl es sich bei der P. GmbH ersichtlich nicht um einen – beaufsichtigten – Zahlungsdienstleister im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 5 ZAG gehandelt habe, habe sie durch die Entgegennahme und anschließende Weiterleitung der Geldbeträge der Kunden von Online-Trading-Plattformen Zahlungsdienste in Form eines Finanztransfersgeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG erbracht. Finanztransfersgeschäfte liegen nach dieser Legaldefinition vor, wenn ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen eines Zahlers oder Zahlungsempfängers ein Geldbetrag des Zahlers nur zur Übermittlung eines entsprechenden Betrags an den Zahlungsempfänger entgegengenommen werde. Es werden dabei solche Zahlungsvorgänge erfasst, bei denen zwischen dem Zahlungsdienstleister und dem Zahlungsdienstnutzer, also entweder dem Zahler oder dem Zahlungsempfänger, keine kontenmäßige Beziehung bestehe. Das sei dann der Fall, wenn – wie vorliegend – der Zahlungsdienstleister kein Zahlungskonto im Sinne des § 1 Abs. 17 ZAG für den Zahler oder den Empfänger führe.

Einer „Entgegennahme“ i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG stehe auch nicht entgegen, wenn Geldbeträge nur zum Schein zur zahlungsauftragsentsprechenden Weiterleitung in Empfang genommen werden. Der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG „nur zur Übermittlung entgegengenommen“ stehe dieser Auslegung nicht in der Form entgegen, dass man eine „Entgegennahme“ nur annehmen könne, wenn der Finanzintermediär die Gelder zweckentsprechend weiterleite. Denn es handele sich zum einen bei der „Entgegennahme“ um einen Realakt, dessen Vorliegen unabhängig von der mit dem Übermittlungsgeschäft verfolgten Zwecksetzung zu beurteilen sei. Zum anderen sei der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG so auszulegen, dass es (auch bei dem Realakt) nur das Erfordernis einer Zwecksetzung aus Sicht des Zahlers ankomme.

Die somit erlaubnispflichtigen Zahlungsdienste seien von der P. GmbH auch im Sinne der Strafnorm des § 63 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZAG „ohne Erlaubnis erbracht“ worden, da sie nicht über eine Erlaubnis nach § 10 Abs. 1 ZAG verfügte. Dass die Weiterleitung der eingegangenen Geldbeträge zweckwidrig erfolgte, stehe dieser Einschätzung nicht entgegen. Der Auffassung, die Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 63 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZAG auszuschließen, in denen der Finanzintermediär von Anfang an beabsichtige, die vereinnahmten Gelder pflichtwidrig anderweitig zu verwenden, weil es sich nur um vorgespiegelte Scheingeschäfte und nicht um tatsächlich betriebene, grundsätzlich erlaubnisfähige Finanztransfersgeschäfte handele, folge der Senat nicht. Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 ZAG lasse nicht den Schluss zu, dass in

subjektiver Hinsicht der Wille erforderlich sei, erlaubnisfähige Zahlungsdienste in Form von Finanztransfergeschäften zu betreiben. Der Wortlaut sei – unter Berücksichtigung von Art. 11 Abs. 1 PSD II – als Hinweis auf eine notwendige zeitliche Abfolge zwischen der Zulassung als Zahlungsinstitut und der anschließenden (objektiven) Erbringung von Zahlungsdiensten zu verstehen. Denn das ZAG statuiere in § 10 Abs. 1 Satz 1 eine Erlaubnispflicht für das Erbringen von Zahlungsdiensten, wobei es sich um ein aus aufsichtsrechtlicher Sicht präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt. Diese solle auch den Individualschutz für Nutzer und Verbraucher gewährleisten. Das führe dazu, dass es für die Erlaubnisbedürftigkeit nicht maßgeblich sei, ob der Betroffene zugleich die Absicht verfolge, die anzubietenden Zahlungsdienste auch ordnungsgemäß zu erfüllen. Es sei allein entscheidend, ob er künftig beabsichtige, Zahlungsdienste am Markt anzubieten. Daher sei die Formulierung „erbringen will“ ausschließlich Ausdruck der notwendigen zeitlichen Abfolge von erforderlicher Erlaubnis und anschließender Tätigkeit.

Ferner würde nach Auffassung des Senats die Ausklammerung von mit betrügerischer Absicht handelnden Personen aus dem Schutzbereich des § 10 Abs. 1 ZAG zu Wertungswidersprüchen führen. Denn dann bestünden Eingriffsbefugnisse der BaFin aus § 7 ZAG, einer der Gefahrenabwehr im Finanzsektor dienenden gewerbepolizeilichen Vorschrift, nur gegenüber solchen Unternehmen, die objektiv Zahlungsdienste anbieten und diese auch subjektiv ordnungsgemäß abzuwickeln beabsichtigen, aber noch über keine Erlaubnis verfügen. Hingegen könnte die BaFin gegenüber solchen Unternehmen, die mit dem Angebot ihres Zahlungsdienstes lediglich die Vermögensschädigung ihrer Kunden beabsichtigen, nicht eingreifen. Dies lasse sich nicht sinnvoll begründen.

IV. Verteidigungsrelevanz

Es handelt sich bei der besprochenen Entscheidung um die erste höchstgerichtliche Entscheidung zu dem Straftatbestand des unerlaubten Erbringens von Zahlungsdienstleistungen gem. §§ 63 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 ZAG. Während das vorinstanzliche *Landgericht Köln*, mit dessen Entscheidung sich der *Bundesgerichtshof* hier auseinandersetzen hatte, ebenfalls eine Strafbarkeit annahm, hatten sich das *Kammergericht*¹ und das *Landgericht Lübeck*² in ähnlichen Konstellationen gegen eine Strafbarkeit der handelnden Personen ausgesprochen. Die Entscheidung hat daher sowohl für die Strafverteidigung als auch für die Fälle, in denen auf Wunsch geschädigter Mandanten Strafanzeigen erstattet werden sollen, erhebliche Bedeutung.

¹ KG, Beschl. vom 09.08.2021, Az. 4 Ws 60-21 - 161 AR 137/21, BeckRS 2021, 24301.

² LG Lübeck, Beschl. vom 27.10.2022, Az. 6 Qs 29/22 - 318 Js 21170/21, BeckRS 2022, 33368.

Im Ergebnis haben das *Kammergericht* und das *Landgericht Lübeck* entschieden, dass die Angeschuldigten/Beschuldigten keinen erlaubnispflichtigen Zahlungsdienst in Form eines Finanztransfergeschäftes (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG) erbracht haben und somit kein hinreichender bzw. dringender Tatverdacht wegen des unerlaubten Erbringens von Zahlungsdiensten (§§ 63 Abs. 1 Nr. 4, 10 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG) vorliege. Sie begründen ihre Entscheidung – zutreffend – wie folgt:

Die Geschädigten seien Zahler i. S. d. § 1 Abs. 15 ZAG. Für sie sei erkennbar gewesen, dass sie nicht an die vermeintlichen Anlagegesellschaften gezahlt haben, mit denen sie die für ihre Investitionen maßgeblichen Verträge abschließen wollten, sondern an andere Gesellschaften bzw. Privatpersonen (die Beschuldigten), die ihnen ihre Vertragspartner für die zu leistenden Zahlungen mit den erforderlichen Kontodaten genannt hatten.

Das Tatbestandsmerkmal „Entgegennahme zur Übermittlung eines entsprechenden Betrages an den Zahlungsempfänger“ sei hingegen nicht erfüllt. Zahlungsempfänger i.S.d. § 1 Abs. 16 ZAG seien nicht notwendig die im Rahmen eines der Zahlungsvorgänge tatsächlich Begünstigten, sondern nur diejenigen Personen, deren Begünstigung der den jeweiligen Zahlungsvorgang auslösende Zahler beabsichtige. Zahlungsempfänger im Sinne dieser Definition seien daher die vermeintlichen Anlagegesellschaften, da die Zahler beabsichtigten, ihnen über den beauftragten Transfer die Gelder zukommen zu lassen, um sie dort in die jeweils vereinbarten Finanzprodukte und Geschäfte zu investieren.

Da es sich bei dem Begriff der „Entgegennahme“ jedoch nicht um eine Willenserklärung, sondern um einen Realakt handele, sei es nicht entscheidend, dass der (vermeintliche) Finanzdienstleister sich rechtlich zu einer entsprechenden Dienstleistung verpflichtet habe, sondern ob er – aus seiner subjektiven Sicht – tatsächlich handelte, um die Gelder an diejenigen zu transferieren, denen die Zahler die Zuwendungen zugedacht hatten.

Das *Kammergericht* und das *Landgericht Lübeck* nehmen somit – wie auch der *Bundesgerichtshof* – eine Aufteilung in das Übermittlungsgeschäft und die Entgegennahme vor. Sie stellen zutreffend bei dem Zweck des Übermittlungsgeschäfts auf die Sichtweise des Zahlers und bei dem Zweck der Entgegennahme auf die Sichtweise des Zahlungsdienstleisters ab. Nur wenn diesbezüglich ein Einklang bestehen würde, d.h. der Zahlungsdienstleister die Beträge im Sinne der Zwecksetzung des Zahlers zur Weiterleitung an den intendierten Empfänger entgegennehmen würde, würde dies eine Strafbarkeit begründen. Nicht erfasst seien hingegen Fälle, in denen der Finanzintermediär von Anfang an beabsichtigte, die vereinnahmten Gelder pflichtwidrig anderweitig zu verwenden.

Gegen diese Auffassung stellt sich der *Bundesgerichtshof* und hält fest, dass daraus, dass der zu transferierende Geldbetrag nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 2

Nr. 6 ZAG „nur zur Übermittlung entgegenkommen“ werden muss, nicht folge, dass eine „Entgegennahme“ nur dann anzunehmen sei, wenn der Finanzintermediär die Gelder tatsächlich zweckentsprechend weiterleite. Die Begründung ist indes oberflächlich: Denn zunächst weist auch der 2. Strafsenat zutreffend darauf hin, dass es sich bei der „Entgegennahme“ um einen Realakt handele, der unabhängig von der mit dem Übermittlungsgeschäft verfolgten Zielsetzung zu beurteilen sei. Sodann folgt jedoch die pauschale Aussage „soweit nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG die Entgegennahme „zur Übermittlung eines entsprechenden Betrags“ zu erfolgen hat, folgt bereits aus dem Wortlaut, dass damit nur das Erfordernis einer Zwecksetzung aus Sicht des Zahlers beschrieben wird.“ Was der *Bundesgerichtshof* meint: Nicht nur bei dem Übermittlungsgeschäft kommt es auf die Zwecksetzung aus Sicht des Zahlers an, sondern auch bei der tatsächlichen Entgegennahme sei auf das Vorstellungsbild des Zahlers abzustellen. Und da dieser sich vorstelle, der (vermeintliche) Zahlungsdienstleister nehme den Betrag zur pflichtgemäßen Weiterleitung an die Anlagegesellschaften entgegen, sei das Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG erfüllt.

Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung des 2. Strafsenats des *Bundesgerichtshof* durchsetzen oder ob ggf. andere Strafsenate, welche ähnliche Fallkonstellationen zu entscheiden haben, sich der Auffassungen des *Kammergerichts* und des *Landgerichts* Lübeck anschließen werden. Während die Entscheidung des *Bundesgerichtshof* aus Sicht der Verteidigung neue Hürden schafft, eröffnet sie jedenfalls Kolleginnen und Kollegen, die Geschädigte im Rahmen von Strafanzeigen vertreten, neuen Argumentationsspielraum.

Rechtsanwalt Dr. Marius Haak, PARK | Wirtschaftsstrafrecht., Dortmund.