

Position zum Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche (und zugleich Umsetzung der RL (EU) 2018/1673)

-Fachkommission Strafrecht Strafprozessrecht des BACDJ -

Mit dem Gesetzentwurf zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 14. Oktober 2020 (im Folgenden: RegE) will die Bundesregierung den Straftatbestand des § 261 StGB grundlegend neu gestalten. Der Entwurf dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1673, die bis zum 3. Dezember 2020 in nationales Recht umzusetzen ist. Der Regierungsentwurf stellt sich im Vergleich zu dem vorangegangenen Referentenentwurf des BMJV vom 4. September 2020 als deutliche Verbesserung dar, sollte aber dennoch dringend modifiziert werden, um eine effektive Strafverfolgung zu ermöglichen und Friktionen mit anderen strafrechtlichen Regelungen zu vermeiden. Zu den wichtigsten Regelungsinhalten gilt aus der Sicht der Fachkommission Strafrecht Folgendes:

I. Streichung des Vortatenkatalogs

Die Streichung des Vortatenkatalogs im RegE geht über die Mindestvorgaben der Richtlinie weit hinaus. Mit Blick auf das Regelungsziel des Geldwäschetatbestands und der weitreichenden daran anknüpfenden Folgeregelungen, etwa im Geldwäschegesetz, ist dies effektiver Strafrechtspflege nicht zuträglich. Nur beispielhaft ist auf das zu erwartende Meldeaufkommen nach § 43 Abs. 1 GwG hinzuweisen, dass in der Praxis für erheblichen, kaum leistbaren Aufwand sorgen wird und die Gefahr birgt, dass schwere Straftaten in der Masse übersehen oder jedenfalls nicht schnell genug verfolgt werden. Dennoch ist die Streichung des Vortatenkataloges beizubehalten, denn mit Blick auf die Vorgaben der Richtlinie besteht keine vorzugswürdige Alternative. Da die Richtlinie einen langen Katalog an Straftaten enthält, die trotz geringen Unrechtsgehalts zwingend taugliche Vortaten einer Geldwäsche sein müssen, würde die Beibehaltung eines enumerativen Vortatenkatalogs zwangsläufig zu erheblichen Wertungswidersprüchen führen. Zudem drohte die zuletzt bereits schwer überschaubare Norm noch weiter an Übersichtlichkeit einzubüßen. Die

Streichung des Vortatenkatalogs erscheint daher nicht mehr zu verhindern. Die Kritik hieran trifft den Richtliniengeber, der die Folgewirkungen an dieser Stelle ersichtlich nicht bedacht hat. Es hilft nicht weiter, ist aber zu bemerken, dass die Bundesregierung im Europäischen Rat als einziges Mitglied gegen die Richtlinie gestimmt hat (Abstimmungsergebnis vom 11.10.2018, DokST 13 040 2018 INIT).

II. Leichtfertigungsstrafbarkeit

Die Streichung der Leichtfertigungsstrafbarkeit, die im RefE des BMJV vom 4. September 2020 vorgesehen ist, hat der RegE nicht übernommen. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen. Bei Streichung der Leichtfertigungsstrafbarkeit wäre mit nicht hinnehmbaren Strafbarkeitslücken zu rechnen. Dies wäre ein gravierender kriminalpolitischer Fehler.

1. Die Notwendigkeit der Leichtfertigungsvariante ist bereits durch die Strafverfolgungsstatistik der vergangenen Jahre belegt. Über die Hälfte der Verurteilungen ergingen wegen leichtfertiger Geldwäsche (§ 261 Abs. 5 StGB).
2. Durch die Streichung des Vortatenkatalogs würden die Fälle, die derzeit dem Leichtfertigkeitstatbestand unterfallen, nicht aufgefangen werden. Es ist bekannt, dass gerade im Bereich der organisierten Kriminalität Mittelsmänner, etwa Strohmänner, Paket- oder Finanzagenten für die Geldwäschehandlung eingesetzt werden. Die Hintermänner treten selbst nicht in Erscheinung. Nach den Erhebungen der Financial Intelligence Unit (FIU) betrafen im Zeitraum vom 26. Juni 2017 bis zum Ende des Berichtsjahres 2019 ca. 56 % der insgesamt 210 erfassten Urteile und Strafbefehle Finanzagententätigkeiten (vgl. FIU Jahresbericht 2019, S. 21 f.). Ein direkter oder bedingter Vorsatz des Handelnden ist in diesen Fällen meist nicht nachweisbar. Dieses Nachweisproblem entfiere nicht. Denn obschon keine Feststellungen zum Vorsatz einer bestimmten Katalogtat mehr getroffen werden müssten, bliebe dennoch der Nachweis erforderlich, dass sich der Täter eine Straftat vorgestellt hat. Das Vorsatzerfordernis wäre schon dann nicht erfüllt, wenn sich der Täter überhaupt keine Vorstellungen über (irgend-)einen Straftatbestand gemacht hat. Bei Wegfall der Leichtfertigkeit wäre Straffreiheit die Folge. Die zu erwartenden Strafbarkeitslücken sind jedoch nicht hinnehmbar, denn sie kämen vor allem der organisierten Kriminalität zugute, die mit dem Gesetz gerade bekämpft werden soll. Die Gesetzesfassung würde ohne

Leichtfertigungsstrafbarkeit einen Anreiz schaffen, gezielt frühzeitig vorsatzlose Personen einzuschalten, um schnell an erfolgreich gewaschene Vermögensgegenstände zu gelangen. Die Zielvorgabe der Gesetzesänderung, den Vortäter gegenüber der Umwelt stärker als bislang zu isolieren, indem der aus der Vortat stammende Gegenstand „praktisch verkehrsunfähig“ gemacht wird (so RegE S. 10), würde unterlaufen. Reflexhaft würde als gleichfalls unerwünschte Nebenfolge zudem auch die Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen der Geschädigten erschwert.

3. Den drohenden Strafbarkeitslücken mit einer Aufrechterhaltung der Leichtfertigungsstrafbarkeit nur für schwere Vortaten zu begegnen, wäre kein probates Mittel. Die Schaffung eines Vortatenkatalogs für die leichtfertige Begehungsweise würde die ohnehin schwer handhabbare Norm noch unübersichtlicher machen und in einigen Fällen die bereits benannten Beweisschwierigkeiten bezüglich der Vortat zur Folge haben. Daneben wäre auch die Benennung der schweren Vortaten eine gesetzgeberische Herausforderung, denn nicht alle schweren Straftaten im Sinne des Gesetzeszwecks sind auch Verbrechen (vgl. etwa §§ 129, 129a Abs. 5, 89a, 89c StGB). Die erneute Schaffung eines unübersichtlichen Vortatenkatalogs sollte im Hinblick auf die praktische Handhabbarkeit vermieden werden.
4. Um einer Ausuferung des Straftatbestands vorzubeugen erscheint es denkbar, eine Einschränkung der Leichtfertigungsstrafbarkeit auf vorsätzlich begangene Vortaten vorzunehmen und strafunwürdige Delikte so auszuscheiden. Im Übrigen stehen den Staatsanwaltschaften mit den Vorschriften der §§ 153, 153a StPO geeignete Instrumentarien zur Verfügung, um Bagatelldelikte, die dann noch verbleiben, im Einzelfall von der Verfolgung auszunehmen.

III. Neufassung der Tatobjekte

Der Begriff des Tatobjekts soll zukünftig gefasst sein als „ein Tatertrag, ein Tatprodukt oder ein an dessen Stelle getretener anderer Vermögensgegenstand“. Mit dieser Umformulierung soll keine Änderung der Gesetzeslage, sondern eine Anpassung an die (reformierte) Terminologie der Vermögensabschöpfung in §§ 73 ff. StGB erreicht werden. Das ist grundsätzlich zu begrüßen. Dennoch begegnet die Fassung des RegE Bedenken:

1. Tatertrag

Der „Tatertrag“ des § 261 Abs. 1 StGB-RegE soll weitgehend der Regelung des § 73 Abs. 1 StGB entsprechen. Allerdings sollen abweichend von § 73 Abs. 1 StGB ersparte Aufwendungen ausgenommen sein, „da die hierbei in Rede stehenden Bestandteile des Vermögens des die Aufwendungen Ersparenden gerade nicht kriminell erworben wurden“ (so RegE S. 29). Nutzungen unterlägen dann „nur“ noch der Einziehung nach § 73 Abs. 2 StGB.

Das überzeugt nicht. Nach bisheriger Rechtslage „rührten“ auch Nutzungen aus der Vortat „her“ und waren taugliche Geldwäscheobjekte. Daran festzuhalten, empfiehlt sich sowohl rechtspolitisch als auch aus Gründen der Rechtsklarheit:

Zum einen würde sich die gewollte Reichweite des neuen Straftatbestands ohne Heranziehung der Gesetzesmaterialien aus seinem Wortlaut heraus nicht bestimmen lassen. Ein Gesetz, das unmittelbar nach seiner Schaffung zur Vereinheitlichung der Rechtslage einer teleologischen Reduktion bedürfte, ist nicht gut gemacht.

Weiter würden zwei unterschiedliche Tatertragsbegriffe innerhalb des Strafgesetzbuchs geschaffen, was die Zielsetzung des Entwurfs, die Rechtslage zu vereinheitlichen, konterkarierte. Auch mit Blick auf die strafrechtliche Praxis, die erst vor kurzem die grundlegende Neuregelung der § 73 ff. StGB umzusetzen hatte, sollten begriffliche Unklarheiten vermieden werden.

- a) § 73 Abs. 1 StGB enthält keine Legaldefinition des Tatertrags. Die gesetzliche Überschrift „Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern“ spricht dafür, dass der Oberbegriff „Taterträge“ nicht nur die unmittelbaren Zuflüsse aus der Tat (Abs. 1), sondern gerade auch die mittelbar zugeflossenen Nutzungen (Abs. 2) und Surrogate (Abs. 3) umfasst. Stimmig hierzu ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zur letzten Änderung des § 73 StGB, dass Abschöpfungsgegenstand des § 73 Abs. 1 StGB nicht der „Tatertrag“ ist, sondern das „erlangte Etwas“ (vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 61). Auch die Rechtsprechung geht davon aus, dass ersparte Aufwendungen „erlangtes Etwas“ im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB darstellen, auch wenn die Einziehung nach § 73c StGB zu erfolgen hat (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 11. Mai 2016 – 1 StR 118/16, NStZ 2016, 731 und vom

12. Februar 2020 – 1 StR 344/19, NStZ-RR 2020, 250, 251, jew. mwN). Die Ausnahme der ersparten Aufwendungen aus dem Kreis der tauglichen Geldwäscheobjekte liegt daher begrifflich nicht nahe.

- b) Rechtspolitisch ist diese Einschränkung wenig einsichtig. Wenn etwa aus Immobilien über einen längeren Zeitraum größere Summen an Nutzungen gezogen werden, ist schwer zu erklären, weshalb bezüglich dieser Erträge eine Geldwäschestrafbarekeit ausscheiden soll (so etwa auch Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045, 1047).
- c) In der Praxis stellte sich insoweit zwar mitunter das Problem, dass eine Einziehung von ersparten Aufwendungen in den Kreis der Tatobjekte nicht weiterhalf, weil diese sich im Gesamtvermögen des Täters nicht immer konkretisieren lassen. Dennoch sollten Beweisschwierigkeiten in Einzelfällen nicht dazu führen, eine grundsätzlich sinnvolle Regelung aufzugeben. Zudem gibt es Fälle, in denen eine solche Konkretisierung gelingt.

2. Tatprodukt

Da der Vortatenkatalog der Geldwäsche nach dem RegE auf alle Straftaten - auch fahrlässig begangene - erweitert werden soll, begegnet auch die Verwendung des Begriffs „Tatprodukt“ unter Rückgriff auf die Legaldefinition des § 74 Abs. 1 StGB Bedenken. Es drohen Verwerfungen zwischen § 261 StGB auf der einen und § 74 StGB auf der anderen Seite:

- a) § 74 Abs.1 StGB lautet: „Gegenstände, die durch eine vorsätzliche Tat hervorgebracht (Tatprodukte) oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind (Tatmittel), können eingezogen werden“. Tatprodukte in diesem Sinn setzen also eine vorsätzliche Straftat voraus. Hingegen ist die Einziehung von Tatprodukten infolge fahrlässig begangener Delikte nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich auch für diese zugelassen ist (§ 74 Abs. 3 Satz 2 StGB). Dass auch fahrlässig oder jedenfalls leichtfertig begangene Straftaten Tatprodukte hervorbringen, die anschließend durch Geldwäschetaten dem Wirtschaftskreislauf zugeführt werden können, ist möglich (vgl. etwa zum

Bankrott § 283 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 StGB). Fahrlässig begangene Vortaten sind zudem für alle Delikte denkbar, wenn ein (vorsatzausschließender) Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 StGB vorliegt.

- b) Sollte, wie unter Punkt II. 4. vorgeschlagen, der Vortatenkatalog auf vorsätzliche Straftaten beschränkt werden, entfielen die dargestellte Diskrepanz. Andernfalls würde sich ein ausdrücklicher Verweis darauf empfehlen, dass (nur) Tatprodukte einer rechtswidrigen Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB gemeint sind. In jedem Fall sollte vermieden werden, zwei unterschiedliche Begriffe des „Tatprodukts“ innerhalb des Strafgesetzbuchs zu schaffen.

3. Vermischungsfälle

Die Fassung der Tatobjekte führt auch zu der Unklarheit, ob die Fälle der späteren Vermischung des erlangten Gegenstands mit legalen Gegenständen im Anwendungsbereich der Norm verbleiben. Vom Wortlaut werden sie nicht mehr erfasst. Eine ausdrückliche Aufnahme dieser Fälle in den Tatbestand – entsprechend der Surrogate – erscheint überaus ratsam.

Nach derzeitiger Rechtsprechung wird die Geldwäschetauglichkeit eines Gegenstands nicht dadurch aufgehoben, dass er mit legalen Mitteln vermengt oder vermischt wurde. Zum Teil aus Katalogtaten der Geldwäsche und im Übrigen aus legalen Quellen stammende (Finanz-)mittel sind insgesamt aus Straftaten nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB herrührende und damit geldwäschetaugliche Gegenstände. Dies ist lediglich dann nicht der Fall, wenn der aus Vortaten herrührende Anteil bei wirtschaftlicher Betrachtung völlig unerheblich ist (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12. Juli 2016 – 1 StR 595/15, NStZ 2017, 167, 169). Begründet wird dies zutreffend mit dem Willen des historischen Gesetzgebers, der eine effektive Strafnorm schaffen wollte. Dies hat Ausdruck in den bewusst weit gewählten Begriffen „Gegenstand“ und „herrührt“ gefunden (dazu etwa BGH, Beschluss vom 20. Mai 2015 – 1 StR 33/15, NJW 2015, 3254, 3255).

Einen hieran angelehnt ausreichend weit gefassten Wortlaut, der die Aufnahme der Vermischungsfälle in den Tatbestand trägt, enthält die Fassung des RegE nicht. Der durch Vermischung entstandene Gegenstand ist schwerlich unter die Begriffe

„Tatertrag“ oder „Tatprodukt“ zu fassen und tritt auch nicht als „anderer Vermögensgegenstand“ „an deren Stelle“. Dies steht im Widerspruch zu der Grundaussage des RegE, wonach die geldwäschetauglichen Vermögensgegenstände lediglich terminologisch angepasst werden sollen, ohne den Anwendungsbereich der Norm einzuschränken (so RegE S. 18).

Nach § 73 Abs. 1 StGB und § 74 Abs. 1 StGB – an deren Regelung die Begriffe „Tatertrag“ und „Tatprodukt“ angelehnt sein sollen (RegE S. 18) – sind nur die Originalobjekte einziehbar, also Gegenstände, die mit den durch die Straftat erlangten oder hervorgebrachten identisch sind. Ist die Einziehung des Originalobjekts – wie im Fall der (untrennbaren) Vermischung – nicht mehr möglich, sieht das Gesetz Einziehung des Wertes von Taterträgen oder Tatprodukten nach § 73c bzw. § 74c StGB vor. Die Begriffe „Tatertrag“ und „Tatprodukt“ des § 261 Abs. 1 StGB-E erfassen demnach die Fälle der Vermischung nicht.

Dies gilt auch für das Tatbestandsmerkmal „an dessen Stelle getretener anderer Vermögensgegenstand“. Bei der Vermischung tritt der legale Gegenstand nicht an die Stelle des illegalen, sondern er tritt hinzu. Ein anderes Ergebnis ist – anders als in den Fällen des mehrfachen Umtauschs des inkriminierten Gegenstands – auch nicht bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu erzielen. Die Auslegung der Formulierung „an die Stelle getreten“ hin zu „oder zum Vermögensgegenstand hinzugetreten“ geht über die Grenze des Wortlautes hinaus. Der Zusatz „anderer“ Vermögensgegenstand bekräftigt diesen Wortsinn, denn bei der Vermischung wird der ursprüngliche Gegenstand nicht durch einen anderen ersetzt, sondern mit ihm untrennbar verbunden.

IV. Tatobjekte aus Auslandstaaten

§ 261 Abs. 9 StGB-RegE schafft zwar einen unhandlichen Katalog an Voraussetzungen, bei deren Vorliegen auch Tatobjekte aus Auslandstaaten von § 261 StGB erfasst werden. Mit Blick auf die Mindestvorgaben der Richtlinie scheint eine solche Regelung allerdings unvermeidlich.

V. Neufassung der Tathandlungen

Die Zielsetzung des RegE, die „Straffung und Neustrukturierung der Tathandlungen“ (RegE S. 31), vorzunehmen, ist ausdrücklich zu begrüßen. Sie wird mit der geplanten Gesetzesfassung aber nicht erreicht. Wünschenswert wäre eine Straffung dergestalt, die Tatvarianten die bislang keine eigenständige Bedeutung erlangt haben, zu streichen und die weiteren Tatvarianten an die - weitreichenden - Richtlinienvorgaben anzulehnen, ohne diese zu überschreiten. In der derzeitigen Fassung bestehen Bedenken, ob die Ausweitung des derzeit bereits an der Grenze der Bestimmtheit verlaufenden Tatbestands noch den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen (Art. 103 Abs. 2 GG) genügt.

1. Verbergen (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB-RegE)

Die Tatvariante „verbirgt“ ist unverändert. Neu ist allerdings die Trennung dieser Tatvariante vom „verschleiern“. Die Streitfrage, ob das Verbergen wie die Gefährdung des Auffindens einen konkreten Taterfolg erfordert – oder in Abgrenzung davon gerade nicht – ist durch den RegE zugunsten der extensiven Auslegung entschieden. Einschränkungen, wie bei der ähnlich gestalteten Vorschrift in § 257 StGB, sieht der RegE nicht vor. Dies führt (mangels Erforderlichkeit eines Erfolgs) dazu, dass über Abs. 3 RegE auch der Versuch des Versuchs strafbar ist. Diese (erhebliche) Weite des objektiven Tatbestands wird auch nicht durch Anforderungen an den subjektiven Tatbestand eingeschränkt, was für die Vereitelungsvariante in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB-RegE ausdrücklich vorgesehen ist. Soweit der RegE ausführt, es sei für die Tatvariante „ein zielgerichtetes und konkret geeignetes Handeln erforderlich“, das „manipulativ“ (RegE S. 31) sein müsse, spiegelt sich dies im Wortlaut der Vorschrift nicht wieder. Die Fassung des RegE droht auch das Strafverteidigerprivileg des § 261 Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2 StGB-RegE zu entwerten, weil jede Honorarannahme der derzeitigen Fassung unterfiele.

2. Vereiteln oder Gefährden der Ermittlung der Herkunft, des Auffindens oder der Einziehung (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB-RegE)

Die Fassung des Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RegE löst die bisherige Tatvariante des § 261 Abs. 1 S. 1 StGB ab, die voraussetzt, dass der Täter „die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, die Einziehung oder die Sicherstellung eines [Tatobjekts] vereitelt oder gefährdet“. Aus dem bisherigen Erfolgs- und konkreten Gefährdungsdelikt soll

nunmehr ein abstraktes Gefährdungsdelikt werden. Die Gefährdung soll aus einer „an sich neutralen Handlung, die Handlungsunwert erst durch die konkrete Gefährdungsabsicht erlangt“ (RegE S. 35), resultieren. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden.

Allerdings wird sich die Tatvariante mit dem Tatbestand aus § 261 Abs. 2 StGB-RegE in zahlreichen Fallgestaltungen überschneiden, so dass eine Verbesserung gegenüber der bisherigen Rechtslage durch diese Fassung nicht eintreten würde.

Vor allem aber wird die Aufnahme einer „Vereitelungsabsicht“ für die Tathandlungen „umtauschen“, „übertragen“ und „verbringen“ in der Praxis erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich bringen. Es steht zu befürchten, dass die Vorschrift praktisch leerlaufen wird und Strafbarkeitslücken die Folge sind. Die Vereitelungsabsicht wird auf Grund ihrer Formulierung wie die Bereicherungsabsicht in den Fällen des Betrugs oder die Zueignungsabsicht beim Diebstahl auszulegen sein und daher einen zielgerichteten Willen erfordern. Wie bei Diebstahl und Betrug fehlte eine Absicht also bereits dann, wenn der Täter die Vereitelung nur als notwendige Folge eines anderen Zwecks in Kauf nimmt. Die Abgrenzung zwischen neben dem Hauptziel angestrebten Nebenzielen sowie notwendigen Zwischenzielen einerseits und (unerwünschten) Nebenfolgen andererseits ist vielfach schwierig. Oft hängt sie von kaum beweisbaren inneren Einstellungen und Gefühlen des Täters ab. Die Bereicherungsabsicht ist dabei sogar noch vergleichsweise einfach nachzuweisen, denn eine Bereicherung ist selten unerwünscht. Für die Vereitelungsabsicht wird der Absichtsnachweis sehr viel schwerer sein, denn ein persönliches Interesse des Täters am Schicksal des Gegenstands versteht sich häufig nicht von selbst. Sobald – wie im Bereich der organisierten Kriminalität überwiegend – Mittelsmänner tätig werden, dürfte eine solche Absichtsfeststellung nur ausnahmsweise gelingen. Gleichgültigkeit reicht dafür nicht aus, denn die Fälle des bedingten Vorsatzes sind aus dem Tatbestand ausgenommen. Die bisherige Fassung („umtauscht, überträgt oder verbringt und dadurch dessen Auffinden, Einziehung oder die Ermittlung von dessen Herkunft vereitelt oder gefährdet“) war dem RegE weit überlegen, denn sie erfasst auch bedingt vorsätzliches Handeln.

3. Verschleiern der Herkunft (§ 261 Abs. 2 StGB RegE)

Bezüglich der Tatvariante des Verschleierns der Herkunft (§ 261 Abs. 2 StGB-RegE) gelten dieselben Bedenken wie bezüglich Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RegE. Über die Mindestvorgaben der Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 lit. b geht der RegE deutlich hinaus; dort ist nur von einer „Verschleierung der wahren Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung“ die Rede. Bisher bezog sich das „Verschleiern der Herkunft“ nur auf Tatsachen aus denen sich die Papierspur („paper trail“) zusammensetzte. Gemeint ist damit die Kette der Transaktionen, die zur wahren Herkunft des Vermögensgegenstandes führt. Nach dem Wortlaut des RegE ist für die Tatbestandserfüllung unerheblich, ob die Tatsachen, die verschleiert wurden, tatsächlich (objektiv) Teil der Papierspur sind („sein können“). Unterschiedslos werden auch Tatsachen erfasst, die sich im Nachhinein als völlig unerheblich erweisen. Dies scheint dem Willen des RegE zu widersprechen, der ausführt, es müsse sich um Tatsachen handeln, „deren Kenntnis [für die Ermittlungsbehörden] hilfreich gewesen wäre“ (RegE S. 35). Dies sollte im Wortlaut der Norm klargestellt werden. Die Täuschung der Strafverfolgungsbehörden über unbestimmte Tatsachen könnte sich mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) als problematisch erweisen.

VI. Verwerfungen mit den Anschlussdelikten des StGB

Durch die Streichung des Vortatenkatalogs wird § 261 StGB zukünftig in jedem Anwendungsfall in Konkurrenz zu den weiteren Anschlussdelikten des StGB treten (Hehlerei, Strafvereitelung, Begünstigung). Die Fassung des RegE lässt an dieser Stelle einige Friktionen besorgen.

Der Straftatbestand der Hehlerei (§ 259 StGB) droht künftig leer zu laufen. Tatobjekt der Hehlerei ist eine „Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete, rechtswidrige Tat erlangt hat“. Diese Definition des Tatobjekts ist in jeder Hinsicht enger als diejenige des § 261 StGB-RegE. Dadurch unterfällt jedes Tatobjekt der Hehlerei zugleich auch der Geldwäsche. Die Tathandlung nach § 259 Abs. 1 StGB, „sich oder einem Dritten verschafft“, ist wortgleich Tathandlung nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB-RegE. Die Hehlereihandlungen „absetzen oder absetzen hilft“ werden regelmäßig auch ein „umtauschen, übertragen oder verbringen“ im Sinne des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB-RegE

darstellen. Die von der Hehlerei subjektiv vorausgesetzte Bereicherungsabsicht ist demgegenüber nicht erforderlich, um eine Geldwäsche zu begehen. Damit dürften künftig die Fälle der Hehlerei regelmäßig auch dem Tatbestand der Geldwäsche unterfallen. Unstimmig sind dann aber vor allem die Strafschärfungsregelungen. Bei der Hehlerei stellt die gewerbs- und bandenmäßige Begehung einen Qualifikationstatbestand dar. § 261 Abs. 5 StGB-RegE stuft die gewerbs- und bandenmäßige Begehung demgegenüber nur als Regelbeispiel des Grundtatbestands ein. Das kann nicht nur Auswirkungen auf die Strafhöhe im Falle der Verurteilung haben, sondern auch auf die Länge der gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 78 Abs. 4 StGB). Ein Äquivalent zum Verbrechen (§ 12 StGB) der gewerbsmäßigen Bandenhehlerei gemäß § 260a StGB zu schaffen, versäumt der RegE gleichfalls.

Auch der Straftatbestand der Strafvereitelung dürfte in § 261 StGB-RegE vollständig aufgehen, soweit er sich auf die Vereitelung der Verhängung oder Vollstreckung der Einziehung als Maßnahme nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB bezieht. Anders als die Strafvereitelung nach § 258 StGB erfordert die Geldwäsche keinen Taterfolg und auf der subjektiven Tatseite keine Wissentlichkeit oder Absicht. Auch die Einschränkungen des § 258 Abs. 3, 5 und 6 StGB enthält § 261 StGB-RegE nicht. Ähnlich liegt es schließlich auch mit der Begünstigung (§ 257 StGB), soweit die Vortat einen geldwäschetauglichen Gegenstand hervorgebracht hat. Auch dieser Tatbestand dürfte künftig leerlaufen.

VII. Strafverteidigerprivileg

Das Strafverteidigerprivileg in § 261 Abs. 1 S. 3 und Abs. 6 s. 2 StGB-RegE kodifiziert die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 110, 226). Dies ist zu begrüßen, allerdings in der derzeitigen Fassung nicht ausreichend. Insbesondere bleibt unklar, ob eine Privilegierung des Rechtsanwalts auch in den Fällen erfolgen soll, in denen ein zivil- oder öffentlich-rechtliches Mandat in untrennbarem Zusammenhang mit einem geldwäscherelevanten Sachverhalt steht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dazu bislang nicht verhalten. Mit Blick auf den im Schrifttum seit Jahren vorherrschenden Streit wäre eine gesetzgeberische Entscheidung sinnvoll.

VIII. § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 1 lit. f) StGB-RegE

Die vorgesehene Beschränkung des § 76a Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 lit. f) StGB-RegE auf Geldwäschetaten, bei welchen die Vortat ein Verbrechen oder eine gewerbs- oder

bandenmäßig begangene Straftat ist, widerspricht sowohl dem Zweck der Gesetzesänderung als auch der Systematik des § 76a StGB.

§ 76a Abs. 4 StGB ermöglicht es, Vermögen unklarer Herkunft unabhängig vom Nachweis einer konkreten rechtswidrigen Tat (selbständig) einzuziehen, wenn das Gericht der Überzeugung ist, der sichergestellte Gegenstand rühre aus (irgend-)einer rechtswidrigen Tat her. Das Erfordernis der Feststellung einer konkreten Straftat in ihren Einzelheiten soll nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zur Stärkung der staatlichen Gewinnabschöpfung gerade entfallen (vgl. BT-Drs. 18/9252, S. 73 m.w.N.). Die Regelung hat sich in der Praxis bewährt, etwa im Bereich der Clan-Kriminalität. Hier kam es vor, dass die Taten, aus denen das Vermögen stammte, nicht im Einzelnen festgestellt werden konnten. Der Entzug der inkriminierten (hohen) Vermögenswerte traf die Täter empfindlich. Die nun nach der Fassung des RegE erforderliche Feststellung eines Verbrechens oder einer gewerbs- oder bandenmäßig begangenen Tat würde diesen Fortschritt zu Nichte machen, denn sie gelingt in der Praxis häufig nicht. Eine selbständige Einziehung nach § 76a StGB scheidet dann zukünftig aus. Kann das Tatgericht eine gewerbs- oder bandenmäßige Begehung einer konkreten Straftat nachweisen, bliebe für § 76a Abs. 4 StGB allerdings ebenfalls kein Raum mehr, denn die Norm ist gegenüber den übrigen Einziehungsvorschriften subsidiär. Die Einziehung, die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach den §§ 73 bis 73c StGB wie auch die selbständige Einziehung nach § 76a Absatz 1 bis 3 StGB gehen § 76a Abs. 4 StGB vor (BT-Drs. 18/9252, S. 73). Die vorgesehene Fassung hätte daher den weitgehenden Leerlauf der Vorschrift zur Folge. Gerade mit Blick auf die Bekämpfung der Clan-Kriminalität wäre dies rechtspolitisch verheerend.

Ebenso uneinsichtig ist es vor dem Hintergrund des Ziels der Verstärkung der Bekämpfung des Terrorismus und der organisierten Kriminalität, die Geldwäschetaten mit Bezug zu Straftaten nach §§ 89a, 89c, 129 und 129a Abs. 3 und 5 StGB (bislang unter § 261 Abs. 1 Nr. 5 StGB aufgeführt) aus dem Anwendungsbereich des § 76a Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 lit. f) StGB auszunehmen. Eine Verwerfung liegt auch darin, dass wegen dieser Delikte nach dem Katalog des § 76a Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 lit. a) und b) StGB die erweiterte selbständige Einziehung angeordnet werden kann. Schwer nachvollziehbar erscheint außerdem die Ausklammerung der Tatobjekte, die aus gewaltsamem Schmuggel nach § 373 Abs. 2 AO herrühren. Tatobjekte der Geldwäsche aus gewerbsmäßigem und bandenmäßigem Schmuggel nach § 373 AO

würden danach selbständig einziehbar bleiben, obwohl für diese Tatbestandsvarianten dieselbe Strafdrohung gilt und obwohl der Katalog des § 76a Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 lit. b) StGB nicht zwischen den drei Erscheinungsformen des Schmuggels unterscheidet. Darin liegt ein Widerspruch.

Eine Lösungsalternative könnte – entsprechend der Änderungen der §§ 100a, 100b und 100g StPO – darin liegen, die erweiterte selbständige Einziehung auf Fälle der Geldwäsche zu beschränken, bei denen die Vortat im Katalog des § 76a Abs. 4 Satz 3 StGB enthalten ist.