

Universität Mannheim • LS f. Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und  
Steuerstrafrecht • Schloss-Westflügel • 68131 Mannheim

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht  
und Verbraucherschutz  
Platz der Republik 1  
D-11011 Berlin  
Geschäftszeichen PA 6 – 5410.2.2

**Besucheradresse:**

Schloss-Westflügel  
Zimmer 140  
68161 Mannheim  
Telefon: +49 621/181-1389  
Telefax: +49 621/181-1387  
E-Mail: [wistr@mail.uni-mannheim.de](mailto:wistr@mail.uni-mannheim.de)  
Homepage: <http://wistr.uni-mannheim.de/>

**Mannheim, 30. November 2020**

Stellungnahme zu dem

**Gesetzesentwurf der Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der  
strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche  
BT-Drucksache [19/24180](#)**

zur öffentliche Anhörung im

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages  
**am 9. Dezember 2020**

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Zusammenfassung .....</b>	<b>3</b>
<b>B. Vorbemerkung.....</b>	<b>5</b>
<b>C. Vorgaben der Financial Action Task Force (FATF) als Problem der Gewaltenteilung ..</b>	<b>5</b>
<b>D. Zur Kritik im Einzelnen .....</b>	<b>7</b>
<b>I. Einleitung des Entwurfs .....</b>	<b>7</b>
<b>II. Zur Kritik des Allgemeinen Teils des Entwurfs.....</b>	<b>8</b>
1. „I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelung“.....	8
2. „II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs“ (BT-Drs. 19/24180, S. 12 ff.).....	10
a) Änderungsbedarf aufgrund der Vorgaben von Art. 2 Abs. 1 S. 2 RL (EU) 2018/1673 .....	10
(1) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. d).....	10
(2) Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. i).....	11
(3) Geldfälschung (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. j) .....	11
(4) Umweltkriminalität (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. l).....	11
(5) Marktmanipulation (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. u).....	12
(6) Cyberkriminalität (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. v) .....	12
b) Begründung des Gesetzesentwurfs zum All-Crime-Ansatz als Rechtsvereinfachung.....	12
c) Umsetzung durch Katalog von Auslandstraftaten .....	13
d) Wegfall von § 261 Abs. 1 S. 3 StGB .....	13
e) Ausweitung von § 261 Abs. 6 StGB .....	14
f) Streichung der Mindeststrafe.....	14
3. Neufassung des § 261 StGB.....	14
4. Alternativen .....	16
5. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen .....	16
6. Gesetzesfolgen .....	16
a) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft .....	16
b) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung .....	18
c) Erfüllungsaufwand für die Justiz .....	18
<b>III. Zur Kritik des Besonderen Teils des § 261 StGB-E .....</b>	<b>19</b>
1. Umformulierung der Umschreibung des Tatobjekts.....	19
a) Problematischer Vermögensbegriff .....	19
b) Ungelöste Fragen der Inkriminierung durch Vermischung und extensive Auslegung .....	20
c) Unverhältnismäßige und unüberschaubare Folgen des All-Crime-Ansatzes .....	21
(1) Missbrauch des materiellen Strafrechts für prozessuale Zwecke („Beweiserleichterungen“) .....	21
(2) Kontaminierungswirkungen fahrlässiger Vortaten .....	22
d) Vorteile für die Verbrechensbekämpfung kaum wahrscheinlich .....	22
e) Missbrauch des Strafrechts im Interesse guter FATF-Evaluationen als Menschenwürdeverletzung .....	23
f) Folgen für das Steuerstrafrecht.....	23
2. Neuformulierung der Tathandlungen .....	24
a) § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 StGB-E .....	24
b) § 261 Abs. 2 StGB-E .....	24
3. Erweiterung der Reinigung nach § 261 Abs. 6 StGB durch straflosen Vorerwerb .....	25
4. Straffreiheit von Strafverteidigern und anderen Rechtsberatungsberufen .....	26
5. Strafschärfung für Verpflichtete nach § 2 GwG .....	27
6. Leichtfertigkeitstrafbarkeit.....	28
7. Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche .....	31
8. Selbstanzeige .....	31
9. „Vorsatz“ .....	32
<b>IV. Die selbständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB.....</b>	<b>33</b>
<b>E. Fazit: Sachliche Inkonsistenz und rechtsstaatliche Friktionen des Entwurfs .....</b>	<b>34</b>

## A. Zusammenfassung

1. Die **Bekämpfung von Geldwäsche** ist ein **wichtiges** und **zentrales Anliegen** einer jeden **rechtsstaatlichen Kriminalpolitik** und notwendig, um der **organisierten Kriminalität** die finanzielle Grundlage zu entziehen. Von der Erreichung dieses Ziels entfernt sich die deutsche Strafgesetzgebung durch jede Änderung des § 261 StGB seit 1998 weiter, weil die Strafvorschrift stetig unspezifischer wird und sich seit langem auch gegen geringfügige und mittlere Kriminalität richtet. Das führt zu einer Zersplitterung der Kräfte und einer weiteren Belastung einer bereits überlasteten Justiz.
2. **§ 261 StGB steht in keinem inneren Zusammenhang mehr zur Bekämpfung organisierter Kriminalität und hat damit seine Legitimation zumindest partiell verloren.** Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung darf die Bekämpfung dieser schweren Kriminalitätsformen nicht mehr als Zweck von Maßnahmen gegen Geldwäsche angegeben werden. Dennoch stützen sich die Erläuterungen des Gesetzesentwurfs genau auf diese unzulässige Begründung. Es wird der trügerische Eindruck erweckt, es gehe um die Bekämpfung von schwerstkrimineller Kriminalität. Tatsächlich wird § 261 StGB nach dem Entwurf künftig aber für jeden Ladendiebstahl und andere Kleinkriminalität, sogar für Fahrlässigkeitstaten, gelten. Diese Nutzung des allgemein mit schwerer Kriminalität assoziierten Geldwäschebegriffs verzerrt den Blick auf die tatsächliche Zielrichtung des vorgeschlagenen § 261 StGB und seine Wirkungen in der Praxis.
3. Das deutsche **Geldwäschestrafrecht** in § 261 StGB wird mehr und mehr zum Instrument der **Gefahrenabwehr**. Damit **verliert** das Geldwäschestrafrecht **als Strafrecht** seine rechtsstaatliche **Legitimation**, weil es weniger der Sanktionierung sozialschädlichen Verhaltens dient, sondern vielmehr effektive Abschöpfung ermöglichen soll. Die Strafbarkeit wird zur Nebensache und eröffnet nur noch den Zugriff auf das Vermögen.
4. Die **Novelle** des § 261 StGB **folgt dem bedenklichen Prinzip, Strafbarkeit** auszuweiten, um **Beweisschwierigkeiten** zu **vermeiden**. Dieser Ansatz ist nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch unionsrechtlich bedenklich, weil hier nichtstrafwürdiges Verhalten unter Strafe gestellt werden soll, um strafwürdiges leichter verfolgen zu können. Der Gesetzesentwurf basiert auf dem Grundsatz: besser eine unverhältnismäßige Strafe als auf eine Abschöpfung zu verzichten. So werden nicht nur der Schuldgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt, sondern auch eine falsche Prämisse zugrunde gelegt: Verhältnismäßiges Strafen schließt effektive Abschöpfung nicht aus (vgl. Nr. 6 ff.).
5. Die **Kritik der Financial Action Task Force (FATF) am deutschen Strafrecht** ist kein Grund für stetige Verschärfungen des deutschen Strafrechts, weil sie weitgehend fehl geht. Die FATF bemängelt – kurz zusammengefasst<sup>1</sup> – am deutschen Strafrecht, dass es nicht zu einer ausreichenden Zahl von Verurteilungen wegen Geldwäsche führt. Diese Kritik basiert überwiegend auf Missverständnissen über Grundzüge des deutschen Strafrechts. Sie ist sachlich nicht begründbar und sollte daher nicht Anlass für Ausweitungen des § 261 StGB sein. Vielmehr sollte ihr mit Aufklärung über das deutsche Strafrecht begegnet werden. Die deutsche Justiz verurteilt nicht wegen der sog. Anschlussstat (Geldwäsche), sondern richtigerweise wegen der Vortat. Sie bekämpft Ursachen und nicht Symptome. Das ist kein Nachteil oder Zeichen ineffizienter Geldwäschebekämpfung, sondern im Gegenteil nachhaltiger Kriminalitätsbekämpfung. Die Forderungen der FATF laufen insbesondere auf eine Intransparenz des Strafverfahrens und auf eine

<sup>1</sup> Vgl. Einzelheiten [Mutual Evaluation Report Executive Summary Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Germany 19 February 2010](#); Einzelheiten [Mutual Evaluation Report Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Germany 19 February 2010](#), p. 49 ff.

Verschiebung der Schwerpunkte von der Bestrafung der Kriminalität auf die vorrangige Sanktionierung des Kontakts mit inkriminiertem Vermögen hinaus. Das dahinterstehende „Al-Capone-Prinzip“ ist kein kluger Kunstgriff der Justiz, sondern ein **Missbrauch staatlichen Straffens** unter Umgehung rechtsstaatlicher Sicherungen wie Schuldgrundsatz, Unschuldsvermutung und Zweifelsgrundsatz.

6. Der **richtige Weg zur effektiven Abschöpfung und damit zur Bekämpfung krimineller Strukturen ist der Zugriff unmittelbar auf das (mutmaßlich) illegal erlangte Vermögen**. Das setzt eine Loslösung der Einziehung von potentiell inkriminiertem Vermögen aus dem Kontext des Strafrechts und eine **Verankerung im Gefahrenabwehrrecht** voraus. Auf diese Weise kommt es nicht mehr zu rechtsstaatswidrigen Strafbarkeiten wegen nicht als strafwürdig beurteilter Handlungen, sondern nur noch zu dem milderen Eingriff in das Vermögen.
7. Die Anforderungen an die gefahrenabwehrrechtliche Einziehung bestimmter Vermögenswerte richten sich dann am **Beweisrecht des Verwaltungsverfahrens** aus. Im Gefahrenabwehrrecht sind Maßnahmen aufgrund von Wahrscheinlichkeitsabwägungen ohne Rücksicht auf den Schuldgrundsatz – natürlich unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit – möglich. Hier kann es zulässig sein, Vermögen auch bei unklarer Herkunft unter bestimmten Bedingungen einzuziehen, weil dann nicht mehr der sozial-ethische Vorwurf des strafbaren Unrechts im Raum steht.
8. Tatsächlich waren im **Kampf gegen die organisierte Kriminalität** bisher nur die Maßnahmen des **Abschöpfungsrechts** und des **GwG effektiv**, die – trotz der Verortung der Einziehung in §§ 73 ff. StGB – nicht originäres Strafrecht sind. Nur mit diesen Mitteln ist eine Entziehung der Ressourcen aus kriminellen Strukturen effektiv möglich und rechtsstaatlich vertretbar.
9. Daher sollte ein Gesetz zur Verbesserung der Geldwäschebekämpfung insbesondere **folgende Änderungen** vorsehen:
  - a. **Beschränkung des Vortatenkatalogs des § 261 StGB** auf das unionsrechtlich zulässige Minimum,
  - b. **Abschaffung der Leichtfertigkeitstraftbarkeit**,
  - c. **Regelung und Begrenzung der Kontamination und Dekontamination** von Vermögensgegenständen und
  - d. **Stärkung der Einziehungsmöglichkeiten** nach § 76a Abs. 4 StGB und ggf. die Verlagerung der Abschöpfung von Vermögen unklarer Herkunft in ein eigenes Gesetz (ggf. Landesgesetze).

## B. Vorbemerkung

- 2 Bei der Diskussion über **Geldwäsche** und Geldwäschestrafbarkeit ist zu beachten, dass die Geldwäschebekämpfung des Strafgesetzbuchs in **keinem unmittelbaren Zusammenhang** mehr mit der Bekämpfung der **organisierten Kriminalität**<sup>2</sup> steht.<sup>3</sup> Dieser Konnex wurde bereits vor vielen Jahren aufgegeben.<sup>4</sup> Die Diskussion über § 261 StGB pauschal unter dem Topos „*Bekämpfung der organisierten Kriminalität*“ zu führen, ist daher irreführend. Diese pauschale Zuordnung der Geldwäsche zur organisierten Kriminalität erweckt den Eindruck, die Bekämpfung dieser schweren Kriminalitätsformen erlaube (beinahe) alle Maßnahmen, um die Helfer einer illegalen Parallelgesellschaft zu sanktionieren.
- 3 Richtig ist jedoch, dass die Geldwäschestrafbarkeit nur in einem verschwindend geringen Bruchteil tatsächlich Fälle erfasst, die in Verbindung mit organisierter Kriminalität stehen. Nach der aktuellen Fassung des § 261 StGB ist die organisierte Kriminalität nur ein Randbereich des Geldwäschestrafrechts. Die Strafvorschrift richtet sich bereits heute und noch mehr in Zukunft, wenn der Gesetzesentwurf umgesetzt werden sollte, auf die Bekämpfung geringfügiger bis mittlerer Kriminalität. Daher ist es unangemessen und sachlich unrichtig, stets eine Verbindung zwischen Geldwäsche und „Clankriminalität“ und „Cum-Ex-Verfahren“<sup>5</sup> zu ziehen. Dies vermittelt ein verzerrtes Bild der deutschen Geldwäschestrafgesetzgebung, das es leichter macht schwerwiegende Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Hier **segelt der Gesetzesentwurf „unter falscher Flagge“**.
- 4 Diese Stellungnahme beschränkt sich auf die wesentlichen Kritikpunkte des hier gegenständlichen Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 9.11.2020<sup>6</sup> aus **strafrechtlicher und strafverfassungsrechtlicher**<sup>7</sup> **Sicht**, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit einer Bewertung erheben zu können oder zu wollen. Die Ausführungen dieser Stellungnahme enthalten sich zudem weitgehend rechtspolitischer Erwägungen, weil diese nicht in der Kernexpertise des Verfassers liegen. Rechtspolitische Aspekte werden nur angesprochen und gewürdigt, soweit es um die Frage geht, ob sich der Gesetzesvorschlag an den Grundsätzen einer rationalen Kriminalpolitik<sup>8</sup> orientiert.

## C. Vorgaben der Financial Action Task Force (FATF) als Problem der Gewaltenteilung

- 5 Bevor sich die folgenden Überlegungen jedoch mit den Kritikpunkten im Einzelnen befassen, ist zunächst eine Bemerkung zur Gesetzgebung im Kontext der Geldwäschebekämpfung im Allgemeinen voranzustellen, die deutlich machen soll, dass bereits die derzeitigen **gesetzlichen Regelungen zur Geldwäschebekämpfung nicht den demokratiethoretischen Mindestvorgaben entsprechen** und die nunmehr vorgeschlagenen Änderungen, insbesondere in § 261 StGB, zur weiteren Verschärfung des Konflikts zwischen praktischer Politik und Rechtsstaatlichkeit führen werden.
- 6 Die Gesetzgebung zur Bekämpfung der Geldwäsche – insbesondere des Geldwäschegesetzes (GwG) – ist maßgeblich durch die Vorgaben der Richtlinien der Europäischen Union,<sup>9</sup> diese wiederum durch die **Vorgaben der internationalen Financial Action Taskforce (FATF)**<sup>10</sup> bestimmt. Dabei handelt

<sup>2</sup> Zur organisierten Kriminalität als Kampfbegriff *Kinzig* Organisierte Kriminalität, S. 83 ff.

<sup>3</sup> Vgl. nur BGH Urt. v. 4.2.2010 – [1 StR 95/09](#), BGHSt 55, 36 (50).

<sup>4</sup> Hierzu Einzelnen *Bülte* ZWH 2016, 377 ff.

<sup>5</sup> So aber die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz *Lambrecht* im Deutschen Bundestag am 20.11.2020; die Abgeordneten *Seitz* (AfD), *Luczak* (CDU/CSU), *De Masi* (Die Linke), die Abgeordnete *Bayram* (B90/Grüne) und der Abgeordnete *Wiese* (SPD).

<sup>6</sup> [BT-Drs. 19/24180](#).

<sup>7</sup> Zum Begriff des Strafverfassungsrechts grundlegend *Jahn* in Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 63 ff.

<sup>8</sup> Zu den Begriffen der rationalen und rechtsstaatlichen Kriminalpolitik *Bülte* Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, 2015, S. 906 ff.

<sup>9</sup> Insbesondere durch die Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU und die Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, [ABl. EU v. 12.11.2018, L 284/22](#).

<sup>10</sup> Zur Struktur und den Mitgliedern der FATF <http://www.fatf-gafi.org/about/> (alle Internetseiten zuletzt abgerufen am 21.11.2020).

es sich um eine Organisation, die sich die effektive Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zum Ziel gesetzt hat.<sup>11</sup> Die Organisation erarbeitet „Empfehlungen“ für den Umgang mit Geldwäscherisiken und veröffentlicht diese.<sup>12</sup> Diese „Leitlinien“ werden von den in der Organisation vertretenen Staaten, insbesondere von den jeweiligen Parlamenten, einschließlich des EU-Parlaments und anderer an der Schaffung Europäischen Rechts beteiligter Akteure, als de facto zwingende Vorgaben angesehen, die ohne Einschränkungen einzuhalten sind. Die Empfehlungen werden oftmals auch ausdrücklich als Vorgaben bezeichnet.<sup>13</sup>

- 7 Dass dieses Verständnis einer unmittelbaren Verbindlichkeit der als Empfehlungen bezeichneten Leitlinien der FATF in die Gesetzgebungsverfahren ohne eine kritische Würdigung ihres Sinns und ihrer Verhältnismäßigkeit einfließen und zum Maßstab werden, zeigen die Erfahrungen sowohl in der Europäischen Union selbst<sup>14</sup> als auch in den Mitgliedstaaten.<sup>15</sup> Gesetzesvorschläge werden so ohne das notwendige demokratische Entscheidungsbewusstsein an den Maßgaben einer Organisation ausgerichtet, die über eine allenfalls **minimale demokratische Legitimation** verfügt.<sup>16</sup> Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen mittelbar durch die Regierungen der Mitgliedstaaten vorgegebenen „Empfehlungen“ eines – so die Selbstbezeichnung – „*global money laundering and terrorist financing watchdog*“<sup>17</sup> findet in den Parlamenten der Mitgliedstaaten nicht statt. Die Gesetzgebung wird damit im Zusammenhang mit der Geldwäschebekämpfung in ihren Grundzügen durch ein Expertengremium bestimmt, nicht aber durch den gesellschaftlichen und parlamentarischen Diskurs. Auf diese Weise findet eine mittelbare Vorbestimmung der Gesetzgebung auf diesem Gebiet durch die Regierungen der Mitgliedstaaten statt, die zu einer Beeinträchtigung der Gewaltenteilung führt. Vor der Drohkulisse internationaler Sanktionen und „grauen“ oder „schwarzen Listen“ bei Nichterfüllung der „Empfehlungen“ der FATF<sup>18</sup> sind die Parlamente nicht mehr frei, darüber zu entscheiden, welche Maßnahmen sie im Rahmen der Geldwäschebekämpfung für angemessen und verhältnismäßig halten.<sup>19</sup> „*Staatliche Gesetzgebung wird auf diese Weise extern vorprogrammiert.*“<sup>20</sup>
- 8 Diese Situation ist keinesfalls vergleichbar mit typischen völkerrechtlichen Verpflichtungen die Staaten eingehen und dann auch die Befassung und Entscheidung des Parlaments entscheidend beeinflussen können. Denn dort muss vor der Ratifizierung eine parlamentarische Bestätigung der durch die Exekutive ausgehandelten Verträge und der mit ihnen einhergehenden Verpflichtungen erfolgen. Im Falle der FATF und ihrer „Expertenempfehlungen“ fehlt eine demokratische Legitimation weitgehend. Diese fehlende demokratische Grundlegung schlägt auch auf das jeweilige Gesetz durch, das durch das Parlament ohne Bewusstsein erlassen wird, sich auch gegen die Vorgaben der FATF entscheiden zu können und gegebenenfalls aus Gründen des Verfassungsrechts sogar zu müssen. Eine solche Gesetzgebung wird in der Strafrechtswissenschaft als **Expertokratie** – als Gegenpol zur oder Einschränkung der Demokratie – bezeichnet. So formuliert *Weißer*<sup>21</sup> zutreffend:

*„Wenn zudem der Gesetzgeber selbst in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf verweist, man sei FATF-Forderungen nachgekommen, dann lässt dies die Befürchtung wachsen, der Gesetzgeber habe seine Pflichten gegenüber der FATF möglicherweise stärker gewichtet als seine eigene legislatorische Verantwortlichkeit für den Inhalt der Strafnorm.“*

<sup>11</sup> Vgl. hierzu insbesondere *Weißer* ZStW 129 (2017), S. 961 (965 ff.).

<sup>12</sup> [International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation, FATF recommendation, Updated October 2020.](#)

<sup>13</sup> So etwa [BR-Drs. 352/19](#), S. 72.

<sup>14</sup> Vgl. nur Erwägungsgrund 3 der Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, [ABl. EU v. 12.11.2018, L 284/22.](#)

<sup>15</sup> Beispielhaft für Deutschland [BR-Drs. 168/08](#), S. 45 ff., 70, 115 u.ö.; [BR-Drs. 317/11](#), S. 1; [BR-Drs. 352/19](#), S. 72; für Österreich [Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1699 der Beilagen XXV.GP, S. 21.](#)

<sup>16</sup> Hierzu *Weißer* ZStW 129 (2017), S. 961 (967 ff.).

<sup>17</sup> Homepage der FATF <https://www.fatf-gafi.org/about/>.

<sup>18</sup> Vgl. nur *Graber* „Kampf gegen Geldwäsche: Österreich landete fast auf Watchlist“, *Der Standard Online* v. 25.6.2016, abrufbar unter: <https://www.derstandard.at/story/2000039776338/kampf-gegen-geldwaesche-oesterreich-landete-fast-auf-watchlist>.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Weißer* ZStW 129 (2017), S. 961 (971 ff.).

<sup>20</sup> *Weißer* ZStW 129 (2017), S. 961 (980 f.).

<sup>21</sup> *Weißer* ZStW 129 (2017), S. 961 (977).

- 9 Soweit also ein Gesetzesentwurf die „Empfehlungen“ der FATF als verpflichtend – z.B. als Vorgaben – darstellt, leistet bereits diese Darstellung dem Konflikt mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung Vorschub und vermittelt den Abgeordneten des Deutschen Bundestages den Eindruck einer rechtlichen Bindung, die nicht existiert, soweit sie nicht durch das Unionsrecht entstanden ist. Dadurch entsteht eine **Einschränkung der parlamentarischen Entscheidungsfreiheit**, die verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken ausgesetzt ist. Das gilt insbesondere für die Argumentation, eine Erhöhung der Verurteilungszahlen sei wichtig, um den Vorgaben der FATF zu entsprechen und in einer bevorstehenden Evaluierung eine gute Bewertung durch die FATF zu erhalten.
- 10 Es besteht kein Zweifel daran, dass die Empfehlungen der **FATF wichtige Impulse** für die Ausarbeitung von Regelungen zur **Geldwäschebekämpfung** liefern können und insofern als Sachverständigengutachten auch durch den Deutschen Bundestag Berücksichtigung finden sollten. Sie jedoch als Axiome für gesetzliche Regelungen zur Geldwäschebekämpfung zu betrachten, ist mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Eine solche Vorgehensweise stellt die Gewaltenteilung infrage.

#### D. Zur Kritik im Einzelnen

- 11 Im Folgenden sollen nun die jeweiligen Änderungsvorschläge der Bundesregierung einer **Kritik aus strafrechtswissenschaftlicher** Sicht unterzogen werden. Dabei beschränkt sich die Betrachtung allerdings auf die Kernprobleme des Entwurfs betreffend die geplanten Änderungen von § 261 StGB:

##### I. Einleitung des Entwurfs<sup>22</sup>

- 12 Unter der Überschrift „Problem und Ziel“ beschreibt die Erläuterung des Gesetzesentwurfs zunächst zutreffend die Ausgangsproblematik der Notwendigkeit einer **effektiven Bekämpfung der organisierten Kriminalität**, um sich dann möglichen Lösungen zu widmen. Hier heißt es, die effektive Verfolgung und Ahndung von Geldwäsche trügen wesentlich zu einer erfolgreichen Bekämpfung insbesondere von organisierter Kriminalität bei. Deshalb wolle man die Grundlagen für eine nachdrückliche strafrechtliche Verfolgung von Geldwäsche stärken. Dieses Ziel solle durch eine Anpassung des Straftatbestandes in § 261 StGB an die Vorgaben der Richtlinie der Europäischen Union ([Richtlinie \[EU\] 2018/1673](#)) und eine Verbesserung der praktischen Handhabung der Strafvorschrift erreicht werden. Zwar erfülle das geltende deutsche Strafrecht die Vorgaben des Unionsrechts weitgehend, allerdings solle die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche weiter verbessert und zu diesem Zweck auch über die internationalen Mindestvorgaben hinausgegangen werden.
- 13 Die Verbesserung der Geldwäschebekämpfung soll durch eine häufigere Anwendung der Strafvorschrift bewirkt werden. Mit dem Verzicht auf einen „*selektiven Vortatenkatalog*“, also die Erfassung aller rechtswidrigen Taten im Sinne des Strafrechts als Vortaten zur Geldwäsche, werde die Beweisführung erleichtert, um so mehr Verurteilungen wegen Geldwäsche herbeizuführen. Jedoch sei es mit Blick auf die damit verbundene Ausweitung des Straftatbestandes „*aus Gründen der Eingrenzung und Ausgewogenheit der Strafdrohung notwendig, die weiteren Voraussetzungen der Regelung zu präzisieren und einzuschränken*“.<sup>23</sup>
- 14 Diese **Ausführungen** sind zwar nicht per se unzutreffend, aber **weitgehend inhaltsleer**. Ihnen fehlt zunächst die hinreichend klare Definition, was die Entwurfsbegründung<sup>24</sup> unter Geldwäsche versteht. Ohne eine solche Begriffsbestimmung wird die Zielsetzung der Geldwäschebekämpfung durch Ausweitung des Geldwäschetatbestandes zum inneren Widerspruch. Dem Gesetzesentwurf fehlt damit eine sachliche Festlegung der gesetzgeberischen Ziele.<sup>25</sup> Eine solche Zielbestimmung ist aber für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit der geplanten Gesetzesänderungen von erheblicher Bedeutung.

<sup>22</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 1-4.

<sup>23</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 2, 12.

<sup>24</sup> Der oftmals verwendete Begriff „Gesetzesbegründung“ ist insofern problematisch, als er den Eindruck vermittelt, es handele sich um eine Begründung für ein Gesetz, über die das Parlament entschieden habe. Tatsächlich handelt es sich aber regelmäßig nur um die Beweggründe des zuständigen Ministeriums oder der Regierung, die sich nicht zwingend in der demokratischen Entscheidung abbilden müssen.

<sup>25</sup> Kritisch insofern auch [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 1 f. Alle im Folgenden zitierten Stellungnahmen beziehen sich auf den [Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 11.8.2020](#).

- 15 Mit Blick auf mögliche Alternativen führt die Begründung aus, es sei zwar **möglich**, eine **punktueller Erweiterung** des geforderten Katalogs des § 261 Abs. 1 S. 3 StGB vorzunehmen, die Vorgaben für die Auslandstaten an die EU-Richtlinie anzupassen und einen Strafschärfungsgrund ins Gesetz aufzunehmen. „Dies jedoch wäre für das angestrebte Ziel, die Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, nur unzureichend.“<sup>26</sup> Ein solcher Ansatz führt nämlich nach der Auffassung der Entwurfsverfasser zu „**erheblichen Unstimmigkeiten in der Systematik**“ und **beeinträchtigt** die „**Praxistauglichkeit des Straftatbestandes nachhaltig**“. Die weitere denkbare Alternative, die darin bestünde, den Vortatenkatalog beizubehalten, aber über die Richtlinienvorgaben hinaus auszuweiten, bezeichnet die Erläuterung des Gesetzesentwurfs als „**gegenüber dem vorgeschlagenen Ansatz zu eng**“.<sup>27</sup>
- 16 Damit basiert der Gesetzesentwurf letztlich auf der **Grundannahme**, eine **Ausweitung der Geldwäschestrafbarekeit** führe zu einer **effektiveren Bekämpfung der organisierten Kriminalität** und der Geldwäsche im Übrigen.<sup>28</sup> Der Entwurf nennt allerdings weder in der Einleitung noch anderswo Sachgründe oder auch nur Indizien dafür, dass diese Ausgangsprämisse richtig sein könnte. Die weitere Argumentation, insbesondere mit Blick auf die Belastung der Justiz, legt vielmehr das Gegenteil nahe. In der Gesamtbetrachtung stellt sich die These, eine Ausweitung des Geldwäschestraftatbestandes führe zu einer effektiveren Bekämpfung der Kriminalität, letztlich als eine Behauptung ins Blaue hinein dar,<sup>29</sup> die so unsubstantiiert ist, dass es selbst die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers<sup>30</sup> überschreitet, sie zu Grunde zulegen, wenn es um die Setzung von Strafrecht als schwerstem denkbarem Grundrechtseingriff geht.<sup>31</sup>

## II. Zur Kritik des Allgemeinen Teils des Entwurfs

### 1. „I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelung“

- 17 In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird unter der Überschrift „I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen“ zunächst auf die **Nationale Risikoanalyse des Bundesministeriums für Finanzen** Bezug genommen.<sup>32</sup> Hiernach sei das Geldwäscherisiko in Deutschland als „mittel-hoch“ einzustufen. Diese Bewertung des Geldwäscherisikos in Deutschland ist – soweit sie übernommen wird – als Teil der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers hinzunehmen und bei der strafrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzesentwurfs zu Grunde zu legen, auch wenn die Ausführungen in der Nationalen Risikoanalyse kaum geeignet sind, überhaupt eine Bewertung der Risiken der Geldwäsche in Deutschland zu rechtfertigen. Die Nationale Risikoanalyse ist zum einen zum Teil **in sich widersprüchlich**, zum anderen liefert sie **keinen nennenswerten Erkenntniswert**, der über die allgemein seit Jahren zuvor bereits bekannten Erkenntnisse über Geldwäsche hinausginge.<sup>33</sup>
- 18 Soweit die Begründung des Gesetzesentwurfs im Folgenden ausführt, die Verfolgung und Ahndung von Geldwäsche trage wesentlich zu einer erfolgreichen Bekämpfung insbesondere von organisierter Kriminalität bei, so ist diese Annahme nicht nur aus den bereits oben (Rn. 16) genannten Gründen problematisch: Die Richtigkeit dieser These hängt nämlich elementar davon ab, was unter dem **Begriff der Geldwäsche** (vgl. [Rn. 2 f.](#)) verstanden wird. Fasste man den Geldwäscherbegriff so weit wie es in

<sup>26</sup> [BT-Drs. 19/24180, S. 3.](#)

<sup>27</sup> [BT-Drs. 19/24180, S. 3](#) (Hervorhebungen durch Verf.).

<sup>28</sup> Dagegen fundiert [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 4 m.w.N.

<sup>29</sup> Die [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 6 spricht von „nur gefühlten Bedrohungen und unbelegten Tatsachen“; [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 3: es „fehlen belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Geldwäschestrafbarekeit in nennenswertem Umfang Einfluss auf den Tatenschluss von Vortätern hat“.

<sup>30</sup> Vgl. zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nur *BVerfG* Beschl. v. 29.10.1987, 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83, [BVerfGE 77, 170 \(215\)](#); Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, [BVerfGE 88, 203 \(262\)](#); Beschl. v. 9.3.1994 - 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92 u.a., [BVerfGE 90, 145 \(173\)](#).

<sup>31</sup> Kritisch insofern auch [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 7.

<sup>32</sup> [BT-Drs. 19/24180, S. 11.](#)

<sup>33</sup> Zu den Einzelheiten *Bülte* notar 2020, 195 (202 ff.).

einem der ersten Entwürfe für den neuen Straftatbestand der SPD-Fraktion vom 4.10.1989<sup>34</sup> vorgesehen war, um auch die fahrlässige (nicht nur leichtfertige) Geldwäsche unter Strafe stellen, so würde dies zu einer offenkundigen Überforderung der Strafverfolgungsbehörden führen, die einer effektiven Bekämpfung von Kriminalität entgegenstünde und der Begriff konturlos werden.

- 19 Zwar geht das geltende Strafrecht (und auch der hier gegenständliche Gesetzesentwurf) nicht so weit, dennoch ist zu konstatieren, dass der Begriff der **Geldwäsche** im StGB bereits heute weit über das hinausgeht, was in der allgemeinpolitischen und gesellschaftlichen Diskussion<sup>35</sup> unter Geldwäsche verstanden wird. Nach derzeit geltendem Strafrecht macht sich unstreitig wegen Geldwäsche strafbar, wer im Ausland ein unter gewerbsmäßiger (strafbarer) Verletzung von Markenrechten hergestelltes Kleidungsstück erwirbt und es nach der Rückkehr in Deutschland an einen Familienangehörigen verschenkt.<sup>36</sup> Inwiefern eine solche Geldwäschestrafbarekeit und ihre Ausweitung auf **geringfügige Alltagsdelikte** der erfolgreichen Bekämpfung der (organisierten) Kriminalität dienen könnten, ist nicht ersichtlich. Allenfalls könnte die Verschärfung Effekte bei der Bekämpfung von Bagatellkriminalität haben.<sup>37</sup> Das gilt insbesondere, weil die Geldwäsche nach dem Gesetzesentwurf grundsätzlich auch dann strafbar ist, wenn die Vortat fahrlässig begangen worden ist (vgl. Rn. 79).
- 20 Folgerichtig kann die Ausgangsannahme des Gesetzesentwurfs, eine Erweiterung des Straftatbestandes führe zu einer Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche, nur dann sein, wenn der **Erfolg einer Kriminalpolitik** an der **Anzahl** der strafrechtlichen **Verurteilung** gemessen wird. Das bedeutet also: Je besser ein Rechtssystem funktioniert, desto mehr strafrechtliche Verurteilungen bringt es hervor. Dass diese These nicht richtig sein kann, ist evident.<sup>38</sup> Die Annahme, eine verbesserte Geldwäschebekämpfung lasse sich daran erkennen, „wie häufig die Geldwäschestrafbarekeit greift“,<sup>39</sup> ist im Gegenteil handgreiflich unplausibel.
- 21 *Thomas Fischer* als ehemaliger Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof und Autor des deutschen Standardkommentars zum Strafgesetzbuch spricht in seiner Kommentierung davon, das Konzept der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung trage „**Züge von Irrationalität**“;<sup>40</sup> es sei **gescheitert**<sup>41</sup> und seine **Gesamtkosten** seien im Vergleich zu den Erfolgen „**katastrophal**“.<sup>42</sup>

*„Seine [des Konzepts der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung] Versprechen stützt es auf eine Dynamik der Erweiterung: stets fehlt zum Erfolg angeblich noch eine letzte Ausweitung des Tatbestandes oder der Ermittlungsmöglichkeiten. In paradoxer Logik speist sich die Legitimität so aus der Erfolglosigkeit: Je erfolgloser die ‚Bekämpfung‘ bleibt, desto größer erscheint zwangsläufig die zu ‚bekämpfende Gefahr‘. So treibt das Konzept das rechtsstaatliche Strafrechtssystem vor sich her‘ (treffend Samson, Kohlmann-FS [2003] 263 ff.). Die Gefahren, die es bekämpft, sind aber den Freiheitsgarantien und Legitimationsgründen der Gesellschaft immanent. Es gefährdet, zuende gedacht, in der Konsequenz das, was es zu schützen verspricht.“<sup>43</sup>*

<sup>34</sup> [BT-Drs. 11/5313](#), S. 3.

<sup>35</sup> Vgl. nur Gablers Wirtschaftslexikon online: „Verdecktes Einschleusen illegal erworbener Vermögenswerte in den legalen Wirtschaftskreislauf, v.a. im Bereich der Drogen- und der Organisierten Kriminalität. Der Wert soll erhalten bleiben, zugleich aber dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen werden. Gewaschenes Geld wird z.B. für den Kauf von Wertpapieren, Grundstücken und Edelmetallen, aber auch für den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen verwendet.“ Abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/geldwaesche-33890>.

<sup>36</sup> Vgl. auch Böse/Jansen JZ 2019, 591 (592); Bülte ZWH 2016, 377 ff.; Cbr. Schröder/Blau NZWiSt 2019, 161 (163); ferner [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 7.

<sup>37</sup> Vgl. nur [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 7 f.

<sup>38</sup> [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 6 spricht insofern treffend vom kaum erkennbaren „kriminalpolitischen Mehrwert“.

<sup>39</sup> So aber [BT-Drs. 19/24180](#), S. 2, 11.

<sup>40</sup> Vgl. auch Jabn in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Band 5, 2020, § 39 Rn. 91; ferner [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 6.

<sup>41</sup> Für ein Scheitern des Konzepts sprechen auch die von Bussmann/Veljovic NZWiSt 2020, 417 (417, 425) vorgelegten Zahlen über das Volumen der in Deutschland abgeurteilten Geldwäschestraftaten (126 Mio. Euro).

<sup>42</sup> Fischer StGB, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 4c f. spricht von einem unwirksamen „gescheiterten Konzept“ der Geldwäschebekämpfung; vgl. auch Dierlamm in FS-Mehle, 2009, S. 177 (181), ähnlich Hefendehl StV 2005, 155 (161); Michalke in FS-Fischer (2018), 449 ff.

<sup>43</sup> Fischer StGB, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 4d (Hervorhebungen durch Verf.); diesem Befund ausdrücklich zustimmend [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 6.

- 22 Auch Ralf Eschelbach – Richter am 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs – bezeichnet die Konzeption des derzeit geltenden § 261 StGB – und demnach zwingend auch die des vorliegenden Entwurfs – als „auf einer Illusion basierendes nicht realisierbares Regelungskonzept, das auch mit dem fragmentarischen deutschen Strafrechtssystem unvereinbar bleibt“.<sup>44</sup>
- 23 Die fehlende Konsistenz der Begründung und damit die Entfernung von den Grundsätzen einer rationalen Kriminalpolitik zeigen sich auch an der weiteren Darstellung in der Begründung des Gesetzesentwurfs. Denn eben diese Begründung des Gesetzesentwurfs macht deutlich, dass die **Ausweitung** des **Vortatenkatalogs** bereits in der **Vergangenheit keine Verbesserungen** bei der **Bekämpfung** der **Geldwäsche** gebracht hat. Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt damit die erneute Ausweitung des Straftatbestandes der Geldwäsche eine Maßnahme dar, die zwar einem legitimen Zweck – der Bekämpfung der Kriminalität – dienen soll, sich aber in der Vergangenheit bereits als so ersichtlich ungeeignet erwiesen hat, dass es auch die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht rechtfertigt, weitere Einschränkungen von Grundrechten durch Strafrecht vorzunehmen. Es besteht keinerlei Aussicht darauf, dass die von dem Entwurf vorgesehene Verschärfung der Geldwäschestrafbarkheit zu einer effektiveren Bekämpfung der Kriminalität führen wird. Die **Gesetzesänderungen** und die mit ihnen einhergehenden Grundrechtseingriffe sind damit im Sinne der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsdiktation **zur Erreichung des Ziels ungeeignet**.
- 24 Mit Blick auf die Vielzahl von zusätzlichen Strafverfahren, die eine solche Änderung zur Folge hätte, ist sogar vielmehr davon auszugehen, dass die **Ausweitung** des **Straftatbestandes** einer **effektiven Kriminalitätsbekämpfung** in der Gesamtbetrachtung **entgegensteht**.<sup>45</sup> Inwieweit dem entgegengehalten werden kann, dass eine Ausweitung des Straftatbestandes auf alle Straftaten als Vortaten zu einer Beweiserleichterung und damit doch zu einer effektiveren Bekämpfung der Geldwäsche führen kann, wird im Folgenden noch erörtert werden.

## 2. „II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs“ ([BT-Drs. 19/24180](#), S. 12 ff.)

- 25 Nach allgemeinen Ausführungen dazu, dass effektive Abschöpfung und Geldwäschebekämpfung zu einer Verbesserung der Bekämpfung der Kriminalität, insbesondere der organisierten Kriminalität führt, setzt sich der Gesetzesentwurf mit dem Bedarf an Regelungsänderungen in Umsetzung der [Richtlinie \(EU\) 2018/1673](#) auseinander:

### a) Änderungsbedarf aufgrund der Vorgaben von Art. 2 Abs. 1 S. 2 RL (EU) 2018/1673

- 26 Die **Erwägungen** des Gesetzesentwurfs zu den Vorgaben der RL (EU) 2018/1673 und **zum Wegfall des Vortatenkatalogs** erklären nicht plausibel, warum der Gesetzesentwurf statt der grundrechtsschonenderen spezifischen Aufnahme weiterer Strafvorschriften in den Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB den Vortatenkatalog streicht und damit den sog. All-Crime-Ansatz verfolgt.<sup>46</sup> Bei eingehender Würdigung der Vorgaben in Art. 2 Abs. 1 S. 2 RL (EU) 2018/1673 überzeugen die Ausführungen der Begründung des Gesetzesentwurfs aus folgenden Gründen nicht:

(1) *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. d)*

- 27 Die Begründung des Gesetzesentwurfs<sup>47</sup> vermittelt den Eindruck, jegliche Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung müsse nach europäischem Recht Vortat der Geldwäsche sein. Soweit das die Ausgangsüberzeugung der Verfasser des Gesetzesentwurfs gewesen sein sollte, wäre sie unzutreffend. Die Verpflichtung zur Erfassung von **Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung** im Vortatenkatalog der Geldwäsche durch das Recht der Europäischen Union sieht ausschließlich vor, dass die in

<sup>44</sup> Eschelbach in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 261 StGB Rn. 2, 4, 5 (Hervorhebungen durch Verf.).

<sup>45</sup> In diesem Sinne auch Fischer StGB, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 4b.

<sup>46</sup> Zur allgemein rechtspolitischen Kritik an dieser Vorgehensweise [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 4 f.; ausdrücklich kritisch zum „unerschütterlichen Glauben“ an den All-Crime-Ansatz Bussmann/Veljovic NZWiSt 2020, 417 (419).

<sup>47</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 13.

der Richtlinie 2011/93/EU<sup>48</sup> genannten Straftaten erfasst werden müssen. Die Aufnahme der Straftaten nach §§ 174-176 StGB in den Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB hätte ausgereicht, um den europäischen Vorgaben gerecht zu werden. Zweifellos wäre auch gegen eine Aufnahme der §§ 180, 181a StGB in den Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB nichts einzuwenden gewesen, weil hier das Erfordernis der gewerbsmäßigen Begehung entweder ohnehin zum Tatbestand gehört oder zumindest für die Tatbegehung typisch ist. Es geht hier oftmals um organisierte Kriminalität. Eine Ergänzung des Vortatenkatalogs um diese Straftaten hätte hier ausgereicht und wäre im Sinne der Verhältnismäßigkeit vorzugswürdig gewesen.

(2) *Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. i)*

- 28 Die Ausführungen zu der Vorgabe in Art. 2 Nr. 2 S. 2 lit. i [RL \(EU\) 2018/1673](#) gehen davon aus, dass es zur Erfüllung der Vorgaben erforderlich sei, die Vorschriften der §§ 242, 246, 259, 263, 263a, 267, 269 StGB in den Vortatenkatalog aufzunehmen und dabei das Erfordernis der gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung zu streichen. Aus diesem Grund und um weitere Anpassungen und Ergänzungen des Vortatenkatalogs (§§ 152a, 152b, 266b, 274, 303a StGB) zu vermeiden, folgen die Verfasser des Gesetzesentwurfes dem sog. All-Crime-Ansatz. Es wäre allerdings auch hier durchaus **möglich** und **keineswegs impraktikabel** gewesen, die vom Unionsrecht in der Richtlinie 2019/413/EU geforderten Straftatbestände als **Sondertatbestände** in das **Strafgesetzbuch** einzuführen und so eine präzise Erfüllung der Vorgaben des Rechts der Europäischen Union zu gewährleisten. Um jedoch kurzfristigen legislativen Aufwand zu vermeiden, wird hier eine Erweiterung der Strafbarkeit auf Handlungen in Kauf genommen, für deren Erfassung als Vortaten es keine Gründe im Unionsrecht gibt. Zudem wird insofern die Chance vergeben, die Strafvorschriften, die europäische Vorgaben umsetzen, als solche zu kennzeichnen und damit sicherzustellen, dass die besonderen europäischen Vorgaben für das Strafverfahren, insbesondere aus der Europäischen Charta der Grundrechte, dort auch eingehalten werden.<sup>49</sup>

(3) *Geldfälschung (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. j)*

- 29 Soweit es die Umsetzung der Vorgaben in Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. j angeht, waren die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2014/62<sup>50</sup> umzusetzen. Allerdings ist entgegen der Annahme in der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht erkennbar, aus welchem Grund man die Vorgaben des Unionsrechts nicht dadurch hätte umsetzen können, dass man die **§§ 146 ff. StGB als Vortaten in den Katalog aufgenommen** hätte. Inwiefern die Richtlinie zudem Betrugstaten erfassen soll, erschließt sich nicht. Mit dem Wort betrügerisch in Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2014/62 sind keine Betrugshandlungen im Sinne von § 263 StGB, sondern untechnisch Täuschungen gemeint. Es ist also auch mit Blick auf diese Vorgabe nicht davon auszugehen, dass es zu nennenswerten Problemen durch eine Aufnahme ausgewählter Fälschungsdelikte in den Vortatenkatalog gekommen wäre.

(4) *Umweltkriminalität (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. l)*

- 30 Mit Blick auf die Umweltkriminalität als systemische Kriminalität gegen die natürlichen Lebensgrundlagen<sup>51</sup> ist die Ausweitung des Geldwäschevortatenkatalogs zu begrüßen, weil angesichts des Gewichts, der Gefährlichkeit und der häufigen Einbindung solcher Straftaten in organisierte kriminelle Strukturen eine Aufnahme des gesamten **29. Abschnitts in den Vortatenkatalog** naheliegend war. Auch die Aufnahme weiterer Umweltdelikte außerhalb des Strafgesetzbuchs ist aus diesem Grunde

<sup>48</sup> Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, [ABl. EU v. 17.12.2011, L 335/1](#).

<sup>49</sup> Zur Geltung europäischer Grundrechte im europäisierten Strafrecht grundlegend [Schlussanträge des Generalanwalts Michal Bobek beim EuGH vom 25. Juli 2019, RS C-310/16 Rn. 92 ff.](#); ferner [Dannecker/Bülte](#) in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Kapitel 2 Rn. 220 ff.

<sup>50</sup> [Richtlinie 2014/62/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2000/383/JI des Rates](#), ABl. EU v. 21.5.2014, L 151/1.

<sup>51</sup> Vgl. [Bülte](#) Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, 2015, S.853 ff.

sinnvoll, rechtfertigt aber nicht den All-Crime-Ansatz. Auch hier wäre die Ausweitung des Vortatenkatalogs auf ausgesuchte Umweltdelikte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vorzuziehen gewesen.

(5) *Marktmanipulation (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. u)*

- 31 Soweit die Vorgaben von Art. 2 Richtlinie (EU) 2018/1673 tatsächlich so zu verstehen sein sollten, dass eine Beschränkung auf gewerbs- oder bandenmäßig begangene Delikte nicht mehr zulässig sein soll, hätte es zur Erfassung der in den Vorgaben des europäischen Rechts genannten **Kapitalmarktdelikte** ausgereicht, auf die zusätzliche Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit oder bandenmäßigen Begehung im Vortatenkatalog zu verzichten.

(6) *Cyberkriminalität (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. v)*

- 32 Um den Vorgaben aus Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. v der Richtlinie (EU) 2018/1763 gerecht zu werden, hätten ohne weiteres die **Delikte in den in der Gesetzesbegründung genannten Vorschriften als Vortaten** der Geldwäsche aufgenommen werden können.

## b) Begründung des Gesetzesentwurfs zum All-Crime-Ansatz als Rechtsvereinfachung

- 33 Betrachtet man die Begründung des Gesetzesentwurfs dafür, dass nicht wie in der Vergangenheit einzelne Vorschriften in den Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 StGB aufgenommen wurden, sondern alle Straftaten nunmehr Geldwäschevortaten sein sollen, beschränken sich die Ausführungen hierzu darauf, dass eine „*nur punktuelle Erweiterung des Vortatenkatalogs aus systematischen Gründen nicht angezeigt und auch nicht beabsichtigt*“ sei.<sup>52</sup>
- 34 Ergänzend wird hierzu ausgeführt, es sei **nicht systematisch stimmig**, den Grundtatbestand des Betruges nach § 263 nur für die Tatobjekte der Richtlinie zur Bekämpfung von Betrug mit unbaren Zahlungsmitteln als Vortat ausreichen zu lassen und im Übrigen weiterhin die Gewerbsmäßigkeit oder bandenmäßigen Begehung zu verlangen. Warum eine solche „systematische Unstimmigkeit“ besondere Bedeutung haben soll, wird allerdings nicht mitgeteilt. Denn es sind keine Gründe dafür ersichtlich, warum der Betrug im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln nicht als im grenzüberschreitenden Kontext besonders gefährlich oder besonders intensiv zu verfolgen angesehen und daher anders behandelt werden könnte als das „Grunddelikt“. Eine solche besondere kriminalpolitische Bedeutung einer bestimmten Begehungsweise eines Delikts kann durchaus ein Grund dafür sein, dass nur bestimmte Betrugsformen als Vortaten zur Geldwäsche angesehen werden. Es ist bereits nach geltendem Recht so, dass bestimmte Betrugsformen als Geldwäschevortaten (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1) angesehen werden, andere aber nicht (§ 263 Abs. 3 S. 2 bis 5 StGB). Das wurde aber niemals als systematisches Problem angesehen.<sup>53</sup>
- 35 Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwiefern eine solche (angebliche) **Systemwidrigkeit nicht aus Gründen der Grundrechtsfreundlichkeit hätte hingenommen** werden müssen. Die Vermeidung von Systembrüchen im Strafrecht dürfte kaum eine valide Begründung für die Statuierung von Strafbarkeiten und damit für die erhebliche Einschränkung von Grundrechten sein. Die Strafrechtsdogmatik ist kein eigenständiger Verfassungswert, den es um den Preis von Grundrechtseingriffen zu schützen gilt. Daher ist das systematische Argument der Entwurfsbegründung nicht hinreichend valide.
- 36 Als zweiten Grund dafür, dass der Gesetzesentwurf es nicht bei einer grundrechtsschonenden Ausweitung des Vortatenkatalogs belässt, wird angeführt, eine solche Vorgehensweise werde dem Ziel, „den **Rechtsrahmen für eine strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche deutlich zu verbessern, nicht gerecht**“.<sup>54</sup> Daher komme „die gebotene Erweiterung des bisherigen Vortatenkatalogs [...] aus rechtssystematischen und auch aus kriminalpolitischen Gründen nicht ohne eine über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehende Ausdehnung aus“.<sup>55</sup> Auch wenn es von der Richtlinie selbst nicht gefordert werde, wolle der Gesetzesentwurf „an einem selektiven Katalog tauglicher Vortaten nicht weiter festhalten“. „Gerade in einem immer

<sup>52</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 14.

<sup>53</sup> Auch wenn *Eschelbach* in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 261 StGB Rn. 21 die Auswahl der Vortaten als willkürlich bezeichnet hat.

<sup>54</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 15 (Hervorhebungen durch Verf.).

<sup>55</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 15.

stärker zusammenwachsenden Europa ist es naheliegend, dass Straftäter die damit einhergehenden Vorzüge wie beispielsweise die Reise- und Kapitalverkehrsfreiheit dazu nutzen, strafbar erworbenes Vermögen über Umwege wieder in den Wirtschaftskreislauf einzuschleusen. Dem heißt es, auch mit den Mitteln des Strafrechts wirksam entgegenzutreten. Das hat zur Folge, dass künftig zusätzlich zu Verbrechen auch sonstige Delikte des Kern- und Nebenstrafrecht taugliche Geldwäschevortaten sein sollen. Es erscheint nicht gerechtfertigt, die Geldwäschestrafbarkeit auf Erträge aus Straftaten der organisierten Kriminalität oder auf typischerweise profitgeeigneten Straftaten einzuengen, zumal ein Tatlohn für jede Straftat gewährt werden kann.<sup>56</sup>

- 37 Diese **Begründung ist in sich widersprüchlich**: Zunächst wird auf die Nutzung der Reise- und Kapitalverkehrsfreiheit im grenzüberschreitenden Verkehr durch Straftäter zur Sicherung ihres illegal erlangten Vermögen – also typisches Verhalten der organisierten Kriminalität – abgestellt, daraus aber dann abgeleitet, es sei nicht gerechtfertigt, die Geldwäschestrafbarkeit auf Erträge aus genau diesen Bereichen einzuengen. Damit offenbart die Begründung des Gesetzesentwurfs im Gegenteil ein Argument dafür, dass im Sinne einer schuldangemessenen und verhältnismäßigen Strafgesetzgebung die Geldwäschestrafbarkeit auf Taten im Kontext der organisierten Kriminalität zurückgeführt werden sollte. Dafür, den Vortatenkatalog zugunsten des sog. All-Crime-Ansatzes aufzugeben, liefert die Begründung des Gesetzesentwurfs weder hier noch an anderer Stelle einen nachvollziehbaren sachlichen Grund. Es wäre also aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, ausschließlich die notwendigen Ergänzungen des Vortatenkatalogs vorzunehmen.<sup>57</sup>

#### c) Umsetzung durch Katalog von Auslandstraftaten

- 38 Dass es dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche nicht um eine Vereinfachung der Strafvorschrift gegangen ist, macht der Vortatenkatalog in § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB-E deutlich. Dieser **neue Katalog der Auslandstaten könnte in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten** führen, weil nicht auf deutsche Strafvorschriften verwiesen wird, sondern zunächst in der materiell-rechtlichen Strafrechtsprüfung die Frage beantwortet werden muss, ob eine deutsche Strafvorschrift unter die in Nr. 2 a) bis h) genannten Katalogdelikte fällt. Es kommt hier also nicht im Rahmen einer Erörterung des Strafanwendungsrechts, sondern bei der Prüfung der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen und damit unter voller Geltung von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG zu einer Bewertung, ob die deutsche Strafvorschriften, die als Vortaten verwirklicht wurden, in den Anwendungsbereich der genannten europäischen Vorgaben fallen. Hier wäre es aus gesetzgeberischer Sicht ein Leichtes gewesen, die betroffenen Straftaten ausdrücklich und unter Nennung der jeweiligen Vorschriften aufzulisten, um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG Genüge zu tun.
- 39 Nach der **Logik des Gesetzesentwurfs** hätte es zudem deutlich näher gelegen, die Strafbarkeit wegen Geldwäsche auf alle Handlungen anzuordnen, die nach **deutschem Strafrecht eine strafbare Tat** darstellen, unabhängig davon, wo sie begangen worden sind, und ob sie nach dem Recht des Tatorts strafbar sind.<sup>58</sup> Hierzu stellt die Begründung des Entwurfs allerdings fest, dass diese Ausnahme vom Prinzip der doppelten Strafbarkeit „nur im zwingend erforderlichen Umfang umgesetzt werden soll“.<sup>59</sup> Das erscheint kaum folgerichtig.

#### d) Wegfall von § 261 Abs. 1 S. 3 StGB

- 40 Die **Streichung einer Sonderregelung für ersparte Aufwendungen** als Tatobjekte der Geldwäsche infolge einer Steuerhinterziehung ist **konsequent**.<sup>60</sup> Die Begründung des Gesetzesentwurfs macht deutlich, warum diese Vorschrift niemals einen realen Anwendungsbereich hatte.<sup>61</sup> Zudem stellt die

<sup>56</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 15; Die [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 7 spricht mit Blick auf diese Ausführungen treffend von einer offenbaren Verkennung des Ultima-ratio-Prinzips und einer bloßen „Scheinbegründung“.

<sup>57</sup> Vgl. auch [Bundessteuerberaterkammer, Stellungnahme vom 11.9.2020](#), S. 1 f.

<sup>58</sup> In diesem Sinne auch die [Stellungnahme des BDK v. 7.9.2020](#), S. 6.

<sup>59</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 15.

<sup>60</sup> Mit Kritik hiergegen jedoch der Bund Deutscher Kriminalbeamter in seiner [Stellungnahme des BDK v. 7.9.2020 S. 5](#), die jedoch das Problem des Gegenstandes als Tatobjekt nicht berücksichtigt. Die Geldwäsche an einem nichtkörperlichen Tatobjekt ist nach der Konzeption des § 261 StGB nicht möglich, wie die Praxis gezeigt hat.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu auch [Fischer StGB](#), 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 23 ff.

Begründung in begrüßenswerter Deutlichkeit klar, dass eine Geldwäsche mangels tauglichen Tatobjekts an einer reinen Vermögensersparnis nicht möglich sein kann. In diesem Zusammenhang weist die Begründung zudem darauf hin, dass geldwäschetauglich auch nach den internationalen Vorgaben der FATF nur solche Gegenstände sein können, „die aus einer kriminellen Tätigkeit stammen bzw. Erträge aus Straftaten sind.“<sup>62</sup> Diese Feststellung steht allerdings im diametralen Gegensatz zu den Ausführungen der Begründung des Gesetzesentwurfs im Besonderen Teil zum Gegenstand der Geldwäsche (Rn. 46, 72).<sup>63</sup>

#### e) Ausweitung von § 261 Abs. 6 StGB

- 41 Die Ausweitung des derzeit geltenden § 261 Abs. 6 StGB in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB-E auf alle Tathandlungen der Geldwäsche ist ausdrücklich zu begrüßen. Die Vorschrift kann damit ihren gewünschten Effekt, die redliche Wirtschaft vor einer umfassenden Infektion durch geldwäschetaugliche Vermögensgegenstände zumindest möglicherweise in einem wahrnehmbaren Minimum gewährleisten. Die maßgeblichen Probleme, die durch die verfassungsrechtlich nicht mehr vertretbaren Vermischungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs entstehen (dazu Rn. 72 ff.), werden damit naturgemäß nicht behoben oder auch nur auf ein erträgliches Maß abgeschwächt.

#### f) Streichung der Mindeststrafe

- 42 Auch die Streichung der Mindeststrafe ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch sollte in diesem Zusammenhang betont werden, dass die Verfasser des Gesetzesentwurfes die **Geldwäsche** offenkundig als Delikt der **mittleren oder geringfügigen Kriminalität** einstufen. Bei Grundrechtseingriffen zur Verfolgung der Geldwäsche (zumindest im Grundtatbestand) ist daher stets zu berücksichtigen, dass es **nicht um die Bekämpfung schwerer Straftaten** geht, sondern die Geldwäsche von ihrer abstrakten Strafdrohung her dem Diebstahl in seiner einfachen Form entspricht. Das bedeutet, dass der Diebstahl eines Fahrrads, bei dem das Schloss aufgebrochen wird, in der gesetzlichen Grundbewertung abstrakt schwerer wiegt als eine Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 oder 2 StGB.

### 3. Neufassung des § 261 StGB

- 43 Der Gesetzesentwurf begründet die Neufassung des Tatbestandes der Geldwäsche damit, dass die **Praxistauglichkeit der Strafvorschrift erhöht** werden soll. „Dies soll auch dazu dienen, Geldwäsche stärker in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden zu rücken und eine noch intensivere Verfolgung zu ermöglichen.“<sup>64</sup>
- 44 Zu den Geldwäscheobjekten heißt es insofern, „die geldwäschetauglichen Vermögensgegenstände sollen durch eine Anpassung an die Terminologie des reformierten Rechts der Vermögensabschöpfung modernisiert werden.“<sup>65</sup> Abgesehen davon, dass unklar ist, was hier unter „Modernisierung“ zu verstehen ist, macht bereits dieser Begründungsansatz deutlich, dass in dem vorliegenden Gesetzesentwurf **nicht ausreichend zwischen Gefahrenabwehr** (und Ausgleich von Vermögensinteressen) als Grund für die Vermögensabschöpfung einerseits und **Strafrecht** als Instrument der repressiven Sanktion mit sozial-ethischem Unwerturteil andererseits **getrennt** wird.
- 45 Insofern sei an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung der Kriminalstrafe<sup>66</sup> erinnert:

„Die Kriminalstrafe stellt die am stärksten eingreifende staatliche Sanktion für begangenes Unrecht dar. Jede Strafnorm enthält ein mit staatlicher Autorität versehenes, sozial-ethisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise, das durch den Straftatbestand und die Strafdrohung näher umschrieben wird. Konkretisiert wird dieses Unwerturteil im Einzelfall durch das strafgerichtliche Urteil, das den Angeklagten wegen einer bestimmten Tat schuldig spricht und daran die im Strafgesetz vorgesehene Sanktion knüpft. Vor allem dieses sozial-ethische Unwerturteil berührt den in der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten. Deshalb ist der Einsatz des Strafrechts von Verfassungs wegen in

<sup>62</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 21.

<sup>63</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 28.

<sup>64</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 19.

<sup>65</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 19.

<sup>66</sup> BVerfG Beschl. v. 9.7.1997 – 2 BvR 1371/96, BVerfGE 95, 245 (249).

besonderer Weise an den Schuldgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden. Das Strafrecht wird als "ultima ratio" des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist (vgl. BVerfGE 88, 203 [258]). Jede nach dem Strafgesetz zu verhängende Strafe setzt Schuld voraus und muß in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (vgl. BVerfGE 50, 205 [214 f.]).“

- 46 Wenn die Begrifflichkeiten des Strafrechts an diejenigen des Abschöpfungsrechts angepasst werden, ergibt sich daraus die **Gefahr einer Vermischung der Grenzen der Rechtsgebiete** und der Schwächung der für sie geltenden **rechtsstaatlichen Sicherungen**. Das ist im konkreten Fall besonders bedenklich, weil im Abschöpfungsrecht, das nicht originärer Bestandteil des Strafrechts ist, andere materielle und verfahrensrechtliche Garantien gelten. Wenn also mit der Angleichung von Begrifflichkeiten die Vorstellung verbunden sein sollte, dieselbe Formulierung im Gesetz sei auch stets gleichermaßen in anderem Kontext zu verstehen, so wäre das unzutreffend und drohte materielle und prozessuale Garantien des Rechtsstaats zu unterlaufen. Weil im Strafrecht – damit auch für § 261 StGB – u.a. der Bestimmtheitsgrundsatz, das Analogieverbot<sup>67</sup> und das Schuldprinzip<sup>68</sup> gelten, während im Abschöpfungsrecht „nur“ die allgemeinen rechtsstaatlichen Regeln zu beachten sind, ist zwischen beiden Bereichen scharf zu trennen. Gegen eine Angleichung der Begriffe ist daher zwar grundsätzlich nichts einzuwenden, allerdings insbesondere Vorsicht bei der Auslegung geboten, um rechtsstaatliche Grundsätze nicht zu verletzen.
- 47 Im Folgenden setzt sich der Gesetzesentwurf mit dem **Begriff des „Herrührens“** auseinander, der nach dem Entwurf aus § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB **gestrichen** werden soll. Dieses bewusst weit gefasste Tatbestandsmerkmal habe in der Vergangenheit zu vielen Zweifelsfragen und einer schwierigen Handhabung in der Praxis geführt, daher soll der aus der Vortat „herrührende“ Gegenstand durch „einen Tatertrag, ein Tatprodukt oder an dessen Stelle getretenen anderen Vermögensgegenstand“ ersetzt werden.<sup>69</sup> Gegen diese Änderung ist im Grundsatz nichts einzuwenden.<sup>70</sup> Allerdings ist auch nicht erkennbar, welche Vorteile diese Neufassung bringen könnte.<sup>71</sup> Für den Begriff des Herrührens haben Rechtsprechung und Lehre – trotz aller berechtigter Kritik<sup>72</sup> – gewisse Konkretisierungsansätze entwickelt<sup>73</sup> und Konturen des Tatbestandsmerkmals herausgearbeitet.<sup>74</sup> Zwar können diese Überlegungen auf die neuen Tatbestandsmerkmale übertragen werden, aber das kann allenfalls eine Erhaltung des status quo bedeuten, aber keinen Fortschritt.<sup>75</sup> Dass Vermögensgegenstände, die an die Stelle eines Tatertrages oder Tatproduktes oder an die Stelle eines Surrogats getreten sind, geldwäschetauglich sind, war im Grundsatz nicht streitig.<sup>76</sup>
- 48 Der Begriff des Tatertrages bzw. Tatproduktes, den § 261 Abs. 1 S. 1 StGB-E nicht näher definiert, bringt zudem **Bestimmtheitsprobleme** mit sich. Es ergibt sich nämlich nur aus der Begründung des Gesetzesentwurfs, dass der Begriff des Tatertrages aus § 73 Abs. 1 StGB gemeint ist. Der unbefangene Betrachter wird diesen Bezug zum Vermögensabschöpfungsrecht, das kein Strafrecht ist, sondern Zivilrecht oder Gefahrenabwehrrecht, nicht ohne weiteres herstellen. Das gilt insbesondere, weil es aufgrund der Unterschiedlichkeit der Zielrichtungen der §§ 73 ff. StGB einerseits und des § 261 StGB

<sup>67</sup> Vgl. nur BVerfG Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, BVerfGE 43, 38 (52 ff.) m.w.N.

<sup>68</sup> Vgl. nur BVerfG Beschl. v. 24.10.1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875 und 1852/94, BVerfGE 95, 96 (140 ff.) m.w.N.

<sup>69</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 28.

<sup>70</sup> Zur inneren Widersprüchlichkeit dieser Formulierung [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 9 f.

<sup>71</sup> Ebenso [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 9.

<sup>72</sup> Vgl. nur *Eschelbach* in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 261 StGB Rn. 32; *Fahl/JZ* 2009, 747; *Jahn* in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2018, § 261 Rn. 35.

<sup>73</sup> Krit. *Fischer* StGB, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 7 „hinreichende Konkretisierung des ‚Herrührens‘ bislang kaum gelungen“.

<sup>74</sup> Vgl. nur BGH Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 4/09, BGHSt 53, 205 (208); Beschl. v. 26. 11. 2009 – 5 StR 91/09, NStZ-RR 2010, 109 (111).

<sup>75</sup> So bleibt die Frage nach der Geldwäschetauglichkeit von Schmiergeldzahlungen aus nur wegen Bestechung strafbaren Handlungen weiterhin offen, vgl. *Kuhlen* JR 2010, 272 f.; *Rettenmaier* NJW 2009, 1619; wohl ebenso *Neubauer* in Münchener Kommentar-StGB, Band 4, 3. Aufl. 2017, § 261 Rn. 47.

<sup>76</sup> Die [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 10 sieht dies aber nach der vorgeschlagenen Fassung als unklar an, weil das Surrogat nicht an die Stelle des Tatertrages, sondern ggf. an die Stelle eines Surrogats trete, so dass die Neufassung zu einem Verlust an Bestimmtheit führe.

andererseits nicht einmal nahe liegt, den Begriff des Tatertrages identisch auszulegen. Es wäre insofern eine Klarstellung des Begriffs durch Verweis auf § 73 StGB geboten.

- 49 Für die in der Praxis so wichtige Frage nach dem Umgang mit der **Vermischung** von tauglichen Tatobjekten mit legal erlangten Vermögensgegenständen bringt die Neuerung ebenfalls **keine Lösung**.<sup>77</sup> Hier hätte man von einem rechtsstaatlich orientierten Gesetzesentwurf zumindest eine unmissverständliche Distanzierung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vermischung von legalem mit illegal erlangtem Bankguthaben<sup>78</sup> (Rn. 72) erwarten dürfen. Denn diese Rechtsprechung überschreitet den Wortlaut des derzeit geltenden § 261 Abs. 1 S. 1 StGB ebenso wie den Wortlaut der vorgeschlagenen Neufassung. Bei einer Vermischung von Bankguthaben unterschiedlicher Herkunft ist es nicht mehr vertretbar anzunehmen, der Gesamtbetrag rühre aus der Vortat her oder trete an die Stelle des Tatertrages oder Tatproduktes.<sup>79</sup>
- 50 Auf die Änderungen der Tathandlungen und die Regelung zur Selbstgeldwäsche soll im Detail in der Kritik des Besonderen Teils des Gesetzesentwurfs eingegangen werden (Rn. 67 ff.).

#### 4. Alternativen

- 51 Die Ausführungen der Entwurfsbegründung zu den **Alternativen**<sup>80</sup> beschränken sich darauf, dass die schlichte Anpassung des deutschen Geldwäschestrafrechts an das Unionsrecht „zu erheblichen Unstimmigkeiten führen und die Praxistauglichkeit des Straftatbestandes nachhaltig beeinträchtige[n]“. Es werden damit lediglich die bereits genannten Begründungen wiederholt, ohne zu erörtern, worin die mangelnde Praxistauglichkeit des Straftatbestandes mit Vortatenkatalog bestehen soll und aus welchem Grund die Vorteile durch eine Beseitigung der Unstimmigkeiten die Nachteile durch eine Ausweitung der Strafbarkeit und die damit einhergehende intensive Grundrechtseinschränkung überwiegen sollen. Letztlich bleibt die Entwurfsbegründung jedes sachlich nachvollziehbare und damit überprüfbare Argument schuldig.

#### 5. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

- 52 Die Feststellung, der Entwurf sei mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen habe, vereinbar, weil er der Umsetzung der [Richtlinie \(EU\) 2018/1673](#) diene, überzeugt nicht. Eine Prüfung der Vereinbarkeit des Gesetzesentwurfs mit geltendem Unionsrecht hätte eine eingehende Würdigung der vorgeschlagenen Vorschriften mit Blick auf die Grundrechte aus der europäischen Charta, insbesondere dem Grundsatz der [Verhältnismäßigkeit aus Art. 49 Abs. 3](#) erfordert. Eine solche Gesamtwürdigung nimmt der Gesetzesentwurf zumindest nicht ausdrücklich vor, sondern beteuert nur die Vereinbarkeit. Letztlich ist aber auch diese Beteuerung in der Sache nicht plausibel, weil mit der zur Zielerreichung ungeeigneten Strafbarkeitsausweitung (vgl. Rn. 23) auch gegen europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen wird.

#### 6. Gesetzesfolgen

- 53 Bei der Würdigung der Gesetzesfolgen soll hier nur auf den **Erfüllungsaufwand** eingegangen werden, obwohl auch die Nachhaltigkeit des Gesetzes im Sinne der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie zweifelhaft ist. Denn dieses Gesetz droht mit seinen Belastungswirkungen, insbesondere für Staatsanwaltschaften und Gerichte (Rn. 63 ff.), die Vereinbarkeit von Familie und Beruf in der Justiz eher nachhaltig zu beschädigen.

##### a) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

- 54 Der **Erfüllungsaufwand** für die Wirtschaft wird **auf der Grundlage** einer **rechtlich bedenklichen aktuellen Praxis** beurteilt. Der Entwurf geht nämlich davon aus, dass es nicht zu einer Verringerung der Anforderungen an die Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GWG kommen werde, weil bereits nach geltendem Recht eine Verdachtsmeldung abzugeben ist, sobald Tatsachen

<sup>77</sup> Vgl. zu den einzelnen Ansätzen *Altenhain* in Nomos-Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 77.

<sup>78</sup> BGH Beschl. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15, NJW 2015, 3254, 3255; m. abl. Anm. *Krug NZWiSt* 2015, 159 ff.

<sup>79</sup> Eingehend zur Kritik *Bülte NZWiSt* 2017, 276 (286 f.).

<sup>80</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 23.

vorliegen, die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche sein könnte. Die Ausweitung des Vortatenkatalogs führe nicht zu einer Ausweitung der Meldepflicht – und damit zu mehr Aufwand –, weil es auch nach bisher geltendem Recht „*keiner Prüfung im Sinne eines strafrechtlichen Anfangsverdacht*“ bedürfe, sondern um „*tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit der Herkunft eines Vermögensgegenstandes aus einer Geldwäschevortat*“ gehe.<sup>81</sup>

- 55 Dabei sei es in der Praxis „*maßgeblich von Bedeutung, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Vermögensgegenstand einen strafbaren Ursprung hat*“. In einem solchen Fall soll es „*bereits nach geltendem Recht nicht auszuschließen und mithin möglich sein, dass der Vermögensgegenstand aus einer Vortat stammt*“.
- „*Eine eigene Schlussfolgerung oder gar strafrechtliche Subsumtion des Verpflichteten ist dafür gerade nicht erforderlich. Insbesondere bei einem Transfer von Vermögenswerten, die den Anschein krimineller Herkunft erwecken, dürfte regelmäßig auch bereits nach geltendem Recht die Herkunft aus einer Katalogtat in Betracht kommen und eine Meldepflicht auslösen.*“
- 56 Diese **Ausführungen basieren** allerdings auf einer **rechtswidrigen Auslegung des § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG**. Die Vorschrift normiert eine Meldepflicht für den Fall, dass Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte. Es ist für den Verpflichteten nach dem Geldwäschegesetz nicht möglich, ohne eigene strafrechtliche Subsumtion festzustellen, ob die von ihm festgestellten Tatsachen darauf hindeuten, ob ein Gegenstand aus einer strafbaren Handlung stammt, geschweige denn, ob diese Handlung eine Vortat der Geldwäsche sein könnte. Entgegen der Annahme des Gesetzesentwurfs muss der Verpflichtete in doppelter Hinsicht eine strafrechtliche Bewertung vornehmen. Er muss zum einen die Frage beantworten, ob die Tatsachen auf eine Straftat hindeuten, und zum anderen ob diese Straftat eine Vortat zur Geldwäsche sein könnte.<sup>82</sup>
- 57 Die in der Praxis vielfach vertretene Auffassung, der nach dem Geldwäschegesetz Verpflichtete habe keine rechtliche Subsumtion vorzunehmen, sondern nach seinem beruflichen Erfahrungswissen zu entscheiden, ob ein Verdachtsfall vorliegt,<sup>83</sup> geht am Gesetz vorbei. Es findet hier eine **Ersetzungsheuristik** statt, die die **strafrechtliche Subsumtion**, die das Gesetz fordert, **durch eine Entscheidung nach Intuition und Berufserfahrung** ersetzt. Wenn man das Geldwäschegesetz ernst nimmt und *Tatsachen* fordert, die auf eine *Geldwäschevortat* hindeuten könnten, ändert sich mit der Ausweitung des Vortatenkatalog zwangsläufig auch der Gegenstand der Beurteilung. Damit ist die Einschätzung des Erfüllungsaufwands durch die Begründung des Gesetzesentwurfs nur dann zutreffend, wenn man der rechtswidrigen Praxis in Rechtsprechung<sup>84</sup> und Behörden folgt.
- 58 Es ist natürlich nicht zu bestreiten, dass diese **Auslegung des Rechts nach Erfahrung und Intuition** den Notwendigkeiten der Praxis im Ergebnis besser gerecht wird als die Auslegung nach herkömmlichen juristischen Methoden. Es kann dem nach dem Geldwäschegesetz Verpflichteten nämlich in der Praxis nicht zugemutet werden, eine strafrechtliche Bewertung in der hier drohenden Komplexität (etwa über Details des Untreuestrafrechts) zu leisten. Es ist allerdings nicht Aufgabe und liegt auch nicht in der Kompetenz von Rechtsprechung und Exekutive, ein möglicherweise misslungenes Gesetz durch Rechtsanwendung contra legem an die Praxis anzupassen. Im Ergebnis ist natürlich einzuräumen, dass sich mit Blick auf die schon derzeit rechtswidrige Praxis und die entsprechend vermittelten Behördenempfehlungen die zusätzliche Zahl an Geldwäscheverdachtsmeldungen durch juristisch nicht geschulte Personen in Grenzen halten könnte.
- 59 Der Verband der Auslandsbanken in Deutschland e.V. hat allerdings mit validen Gründen darauf hingewiesen, dass es zu erheblichen Mehraufwendungen bei seinen Mitgliedern kommen wird.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 24.

<sup>82</sup> Vgl. Bülte ZWH 2019, 105 ff.

<sup>83</sup> So bereits [Auslegungshinweise des Bundesministeriums der Finanzen zur Handhabung des Verdachtsmeldewesens \(§ 11 GwG\)](#), S. 3.; auch in der [Fassung vom Mai 2020](#), S. 12.

<sup>84</sup> Etwa OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 10.4.2018 – 2 Ss-Owi 1059/17, NStZ 2020, 173 mit ablehnender Besprechung Barreto da Rosa/Diergarten

<sup>85</sup> [Verband der Auslandsbanken in Deutschland e.V., Stellungnahme vom 12.11.2020](#); ebenso die [Wirtschaftsprüferkammer, Stellungnahme v. 6.10.2020](#), S. 2.

## b) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

- 60 Der Gesetzesentwurf geht davon aus, die Reform des Geldwäschestrafrechts werde **keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Verwaltung von Bund, Ländern und Gemeinden** haben.<sup>86</sup> Das ist nicht zutreffend. Insbesondere wird sich im Bereich der Steuerstrafverfahren und der Steuerfahndung ein erheblicher Mehraufwand mit Geldwäscheverdachtsmitteilungen bei den Finanzbehörden ergeben, weil dort die Vorschrift in § 31b AO als Verdachtsmeldepflicht verstanden wird.<sup>87</sup> Wenn zukünftig **jede Steuerstraftat Vortat der Geldwäsche** sein kann, sind die Finanzbehörden nach wohl herrschender Auffassung verpflichtet, in jedem Fall, in dem Steuererstattungen geleistet wurden und Tatsachen darauf hindeuten, dass dies aufgrund einer Straftat erfolgt sein könnte, eine entsprechende Mitteilung an die zuständigen Behörden zu erstatten. Das hat in der Praxis zur Folge, dass die Einleitung von Steuerstrafverfahren oftmals mit einer Übermittlung der maßgeblichen Informationen an die bereits **überlastete<sup>88</sup> Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen** (auch „Financial Intelligence Unit“ – FIU) einhergehen wird. Dies wird mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer erheblichen Mehrbelastung der FIU und der Staatsanwaltschaften führen.
- 61 Der Verdacht einer Geldwäschestraftat führt im Übrigen dazu, dass die **Finanzbehörden die Strafverfahren nicht mehr** nach § 386 Abs. 2 Nr. 1 AO **eigenständig führen** dürfen, weil die verfolgte prozessuale Tat nicht mehr ausschließlich eine Steuerstraftat ist. Auch das dürfte zu einem Mehraufwand bei der Staatsanwaltschaft führen.
- 62 Insofern ist dringend die Einführung einer – in der Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) vom 7.9.2020<sup>89</sup> vorgeschlagenen – **Bagatellklausel** z.B. zu erwägen, die das verfassungsrechtliche Problem der Unverhältnismäßigkeit zumindest mindern würde. Hier sollte jedoch darauf geachtet werden, dass die Entscheidung über die Strafverfolgung hier nicht von einer Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht wird, weil insofern Friktionen mit der Rechtsweggarantie – wie bei § 153 StPO oder § 248a StGB – entstehen können.

## c) Erfüllungsaufwand für die Justiz

- 63 Der Gesetzesentwurf stellt fest, dass im justiziellen Kernbereich bei den Ländern Mehraufwand „in nicht unbeträchtlichem Umfang zu erwarten“ sei.<sup>90</sup> Hier stützt sich die Begründung des Entwurfs auf eine Schätzung des Deutschen Richterbunds, der von einem Mehraufwand staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren von ca. 50 % ausgeht, sodass **bundesweit mit ca. 20.000 zusätzlichen Verfahren wegen Geldwäsche** zu rechnen sei. Der Aufwand und die Komplexität dieser Verfahren führe zu einem Personalmehraufwand bei den Staats- und Amtsanwaltschaften von **bis zu 100 Vollzeitstellen**.
- 64 Mit Blick darauf, dass bereits zum jetzigen Zeitpunkt die Arbeitsbelastung der Staatsanwaltschaften so hoch ist, dass von einer bedenklichen Überbelastung gesprochen werden muss, erscheint es **nicht plausibel**, dass durch **zusätzliche Strafverfahren wegen Geldwäsche effektiv Kriminalitätsbekämpfung** betrieben werden kann. Nach Angaben des Deutschen Richterbundes fehlen derzeit in Deutschland 2000 Staatsanwältinnen und Staatsanwälte bzw. Richterinnen und Richter.<sup>91</sup> Es ist also davon auszugehen, dass ein großer Teil der zusätzlichen Strafverfahren wegen Geldwäsche nicht betrieben werden kann und im Ergebnis zu Einstellungen aus unterschiedlichen Gründen u.a. durch Verjährung führen wird.<sup>92</sup> Hinzu kommt nun noch eine große Anzahl **zusätzlicher Strafverfahren**,

<sup>86</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 41 f.

<sup>87</sup> Vgl. nur *Rüsken* in Klein, AO, 15. Aufl. 2020, § 31b Rn. 7.

<sup>88</sup> Vgl. *Fehr* Kampf gegen Geldwäsche überfordert die Aufseher, [FAZ.NET v. 8.10.2019](#); ferner die Nachweise in der [Stellungnahme des Deutschen Steuerberaterverband e.V. vom 11.9.2020](#), S. 3.

<sup>89</sup> [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 3.

<sup>90</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 25.

<sup>91</sup> Belastung, Pensionierungswelle rollt auf die Justiz zu – Tausende Stellen fehlen, [Pressemitteilung des Deutschen Richterbundes vom 28.12.2018](#); vgl. auch *Vetter*, Überforderte Justiz, [WAZ online 1.1.2018](#).

<sup>92</sup> Vgl. auch [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 4.

die mit der Gewährung von Hilfen zur **Minderung der Folgen der Corona-Pandemie** zusammenhängen. Hier spricht der Deutsche Richterbund von derzeit ca. 20.000 zusätzlichen Strafverfahren, wegen Subventionsbetrug und anderen Delikten.<sup>93</sup>

- 65 Wenn nun die Begründung des Entwurfs die **Zunahme der Verfahrenszahlen bei den Amtsgerichten noch deutlich höher** einschätzt als bei den Staatsanwaltschaften,<sup>94</sup> bleibt offen, wie diese Strafverfahren bewältigt werden sollen. Die Aufgabe des Vortatenkatalog wird also mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Beitrag zu einer weiteren Verschärfung der Personalnot der Justiz in den Ländern leisten. Das dürfte zu einer weiteren Verzögerung von Haftsachen und damit zu unter Gesichtspunkten der öffentlichen Sicherheit nicht unproblematischen Entlassungen aus der Untersuchungshaft führen (vgl. auch Rn. 82).<sup>95</sup>
- 66 Im Ergebnis ist also eher – so zutreffend *Vogel*<sup>96</sup> – davon auszugehen, dass auch „aufwändig verschleierte Investitionen mit Schwarzgeld aber weiterhin relativ unbehelligt getätigt werden können“, weil die Kapazitäten der Justiz durch die schiere Masse der geringfügigen Geldwäschestraf-taten gebunden und von zeitaufwändigen Ermittlungen abgehalten werden.

### III. Zur Kritik des Besonderen Teils des § 261 StGB-E

- 67 Im Rahmen der Beurteilung der Ausführungen der Begründung des Gesetzesentwurfs unter der Überschrift „B. Besonderer Teil“ soll eine Würdigung des § 261 StGB in weiteren Einzelheiten stattfinden. Nur am Rande Gegenstand der folgenden Überlegungen sind die Änderungen von § 76a Abs. 4 StGB, nicht berücksichtigt sind die Änderungen der Strafprozessordnung. Auch hier wären kritische Anmerkungen geboten, doch liegen die **Mangelschwerpunkte des Gesetzesentwurfs** zweifellos in der vorgeschlagenen **Neufassung des § 261 StGB** selbst.<sup>97</sup>

#### 1. Umformulierung der Umschreibung des Tatobjekts

- 68 Die Ausführungen zur **neuformulierten Umschreibung des Tatobjekts** – jenseits des All-Crime-Ansatzes – erscheinen prima facie wenig problematisch, weil sie nur die derzeitige Rechtslage neu umschreiben sollen.

##### a) Problematischer Vermögensbegriff

- 69 Das Herrühren eines Gegenstandes aus der Tat wird nunmehr als „Tatertrag, Tatprodukt und an dessen Stelle getretener Vermögensgegenstand“ umschrieben.<sup>98</sup> Abgesehen von den bereits dargestellten Bestimmtheitsproblemen bei den Begriffen Tatertrag und Tatprodukt (Rn. 48), erscheint diese Änderung mit Blick auf den im Strafrecht immer noch **nicht abschließend geklärten Vermögensbegriff**<sup>99</sup> ungünstig. Sie könnte zu Unsicherheiten führen. Es ist hier insbesondere zu bedenken, dass auch Gegenstände, die nicht zum legalen Vermögen gehören bzw. nicht verkehrsfähig sind, taugliche Tatobjekte der Geldwäsche sein müssen (z.B. Betäubungsmittel oder Waffen). Mit der Verwendung des Begriffs „Vermögensgegenstand“ anstatt „Gegenstand“, hat der Entwurf einen möglichen Unsicherheitsfaktor geschaffen und die Frage aufgeworfen, ob mit der Ergänzung des Begriffs Gegenstand um das Vermögen eine Änderung des Anwendungsbereichs gewollt war. Zwar macht die Begründung des Gesetzesentwurfs das Gegenteil deutlich, aber sie genießt als Meinungsäußerung der Exekutive für die Auslegung des Gesetzestextes nicht den Vorrang vor der systematischen Auslegung, die ihre Grundlage unmittelbar im Gesetzeswortlaut findet.
- 70 Darüber hinaus setzt sich die Entwurfsbegründung nicht damit auseinander, dass es hier eventuell näher liegt, auf den gesetzlich ausdrücklich bestimmten Begriff des **Vermögensgegenstandes aus**

<sup>93</sup> Beck-Fachdienst Strafrecht 2020, Ausgabe 23; [LTO v. 23.11.2020](#).

<sup>94</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 25.

<sup>95</sup> Zu den Folgen der Verzögerungen [Rebehn Strafjustiz am Limit, 9.9.2020](#).

<sup>96</sup> [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 6 (Hervorhebung durch Verf.).

<sup>97</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 27 ff.

<sup>98</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 27.

<sup>99</sup> Vgl. nur *Fischer StGB*, 67. Aufl. 2020, § 263 Rn. 91 ff.

§ 1 Abs. 7 GwG zurückzugreifen, als auf den nicht legaldefinierten Vermögensbegriff des § 263 StGB.<sup>100</sup>

## b) Ungelöste Fragen der Inkriminierung durch Vermischung und extensive Auslegung

- 71 Auch ansonsten wird durch die Umformulierung nur theoretisch mehr Klarheit erreicht, weil die derzeit im Gesetz angelegten Vorgaben im Wesentlichen bereits von Rechtsprechung und Lehre erörtert, präzisiert und nicht mehr grundlegend streitig waren, oder – soweit sie streitig waren – diese Fragen auch nicht durch die Neufassung geklärt würden. Der Gesetzesentwurf legt bei der Geldwäschetauglichkeit von Surrogaten eine „**wirtschaftliche Betrachtungsweise**“<sup>101</sup> zugrunde. Das entspricht der h.M. zur derzeitigen Fassung des § 261 Abs. 1 StGB. Danach ist jeder Gegenstand ein taugliches Tatobjekt der Geldwäsche, der als Tatbeute, Tatprodukt oder Tatlohn aus einer Straftat unmittelbar herrührt oder als Surrogat wirtschaftlich an die Stelle eines solchen Gegenstandes getreten ist.<sup>102</sup> Inwiefern die neue Formulierung eine Verbesserung erbringen soll, erschließt sich nicht.
- 72 Mit der Berufung der Begründung des Gesetzesentwurfs auf die Giralgeldentscheidung des Bundesgerichtshofs wird für die Frage nach der **Infektion von Vermögenswerten durch Vermischung** eine unvertretbare Rechtsprechung zugrunde gelegt, die von einer partiellen Totalkontamination ausgeht. Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung vom 20.5.2015<sup>103</sup> die Auffassung vertreten, die Vermischung von geldwäschetauglichem mit legal erlangtem Giralgeld führe dazu, dass der Gesamtbestand des Kontos als bemakelt und damit geldwäschetauglich anzusehen ist, solange der aus der Vortat herrührende Anteil bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht völlig unerheblich sei. Diese Auffassung wurde zuvor bereits vereinzelt in der Literatur und der Rechtsprechung mit der Begründung vertreten, dass es ansonsten zu einer Reinigung von Giralvermögen komme und § 261 StGB leerlaufe. Dieser Einwand ist mit Blick auf die Wirkungen des Zweifelsgrundsatzes grundsätzlich berechtigt, ändern aber nichts an Tatsache, dass ein Bestand von 50.000 Euro, der bereits auf einem Konto liegt, durch die Einzahlung von 10.000 Euro aus bemakelter Herkunft, nicht ab diesem Zeitpunkt auch aus einer illegalen Quelle „herrührt“. Die allein kriminalpolitisch motivierte extensive Auffassung des Bundesgerichtshofs überschreitet damit die Grenze des möglichen Wortlauts des Gesetzes und **verletzt das Analogieverbot** aus **Art. 103 Abs. 2 GG**.
- 73 Die Folgen dieser Anwendung von § 261 Abs. 1 StGB zeigen sich deutlich an einem einfachen **Beispiel**:<sup>104</sup>

*Besticht ein Mitarbeiter eines Unternehmens den Mitarbeiter eines anderen Unternehmens, um einen Auftrag zu erlangen, so begeht er – nach geltendem Recht bei Vorliegen von Gewerbsmäßigkeit – eine Vortat zur Geldwäsche. Aus der Tat wird als Tatertrag der Vertragsschluss und damit der geldwäschetaugliche Vermögensgegenstand erlangt, die Vertragsposition nach eigener Leistung das Entgelt zu verlangen. Bei Zahlung erlischt dieser Anspruch und die Geldwäschetauglichkeit setzt sich an der Zahlung fort. Diese Zahlung fließt in das Vermögen des Unternehmens und kontaminiert dort – je nach Kontostand – das gesamte Konto, und Überweisungen von diesem Konto können zur Kontamination des gesamten Vermögens des Unternehmens führen. Dass die Unternehmensleitung von der Vortat nichts gewusst hat, dürfte hier irrelevant sein, weil das Wissen um die Vortat eines Mitarbeiters dem Unternehmen zuzurechnen sein dürfte, bzw. das Unternehmen kein Dritter i.S.d. § 261 StGB sein kann. Durch die Infektion aller Vermögensgegenstände und ihre daraus folgende Verkehrsunfähigkeit kann eine einzige Straftat eines unzuverlässigen Mitarbeiters ein Unternehmen ruinieren, selbst wenn den Entscheidungsträgern im Unternehmen keinerlei Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann, die die Tat des Mitarbeiters ermöglicht oder erleichtert hätte.*

- 74 Darüber hinaus hat die Ausweitung des Geldwäschetatbestandes durch die Giralgeldrechtsprechung **erhebliche Auswirkungen auf die Einziehung nach §§ 73 ff. StGB**. Denn nach dem extensiven Verständnis des Bundesgerichtshofs entsteht mit der Einzahlung des Giralgeldes auf das Konto – die

<sup>100</sup> Dagegen ausdrücklich [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 10 f.

<sup>101</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 28 (Hervorhebung durch Verf.).

<sup>102</sup> Vgl. nur *Fischer StGB*, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 7 ff.

<sup>103</sup> *BGH v. 20.5.2020 – 1 StR 33/15*, NZWiSt 2016, 157; krit. hierzu u.a. [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 10 f.

<sup>104</sup> Zu den Einzelheiten *Bülte* NStZ 2014, 680 ff.

typischerweise eine Geldwäschebehandlung darstellt – ein Kontogesamtbestand, der aus der Geldwäsche herrührt und damit nach § 73 Abs. 1 StGB einzuziehen ist.

*Begeht der Täter also einen Betrug, aus dem er 1.000 Euro erlangt, die er auf sein Konto mit einem Bestand von 15.000 Euro einzahlt, so wäre der Gesamtbetrag von 16.000 Euro einzuziehen. Die Folgen für ein Unternehmen, bei dem eine Zahlung aus einer Straftat eines Mitarbeiters eingeht, liegen auf der Hand.<sup>105</sup>*

- 75 Bei der Neufassung des § 261 Abs. 1 StGB ist es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Rechtsstaatlichkeit dringend geboten, zumindest die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, wenn man eine so weitreichende Kontaminationswirkung – trotz sich aufdrängender Bedenken wegen der Unverhältnismäßigkeit einer solchen Regelung – herbeiführen möchte. Zur Vermeidung schwerwiegender Friktionen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre es jedoch vorzugswürdig, die **redliche Wirtschaft vor Kollateralschäden der Infektion und Einziehung zu schützen** und eine Regelung zur **Begrenzung der Kontaminationswirkung** vorzusehen. Diese rechtsstaatlich notwendigen Sicherungen lässt der Entwurf jedoch vermissen.

### c) Unverhältnismäßige und unüberschaubare Folgen des All-Crime-Ansatzes

- 76 Ein Konflikt mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsteht auch durch die Begründung für die Aufgabe des Vortatenkatalogs in dem Gesetzesentwurf. Dabei führt nicht nur die Tatsache zu einem Verfassungsverstoß, dass der Vortatenkatalog zugunsten des sog. All-Crime-Ansatzes aufgegeben wird,<sup>106</sup> sondern auch der mit der Ausweitung der Strafbarkeit verfolgte Zweck.

*(1) Missbrauch des materiellen Strafrechts für prozessuale Zwecke („Beweiserleichterungen“)*

- 77 In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird an keiner Stelle behauptet, durch die Ausweitung der Strafbarkeit würden nunmehr weitere strafwürdige Handlungen strafrechtlich erfasst, vielmehr geht es um die Erleichterung des Nachweises derzeit bereits unter Strafe stehender Taten.<sup>107</sup> Dass damit auch **Handlungen unter Strafe** gestellt werden, die **für nicht strafwürdig gehalten werden**, nimmt der Gesetzesentwurf als Kollateralschaden hin. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Kriminalstrafe um die schärfste Reaktion des Rechtsstaats auf ein Fehlverhalten handelt (vgl. Rn. 45), ist diese Vorgehensweise rechtsstaatswidrig. Es dürfen nur solche Handlungen unter Kriminalstrafdrohung gestellt werden, die der Gesetzgeber für so sozialschädlich hält, dass ihre Begehung mit diesem schärfsten Schwert des Rechtsstaats bekämpft werden muss, nicht aber solche als nicht strafwürdig betrachteten Handlungen, deren Strafbarkeit man statuiert, um andere Handlungen, die für strafwürdig gehalten werden, effektiver verfolgen zu können.
- 78 Mit dieser Vorgehensweise des Gesetzesentwurfs wird die **Strafbarkeit** nicht strafwürdiger Handlungen **missbraucht**, um die Verfolgung anderer, tatsächlich für strafwürdig gehaltener Handlungen zu fördern. Das Konzept des Gesetzesentwurfs erweckt beinahe den Eindruck, als folge er dem Grundsatz: Besser wird ein Unschuldiger bestraft, als dass ein Schuldiger seiner „gerechten Strafe“ entgeht.<sup>108</sup> Ziel des Gesetzesentwurfs ist damit die Beseitigung oder Aufweichung von Verfahrenssicherungen, die die Durchführung eines fairen und rechtsstaatlichen Prozesses garantieren sollen, nur um eine höhere Zahl von Verurteilungen zu erreichen. Dabei wird die Zahl der Verurteilungen wegen Geldwäsche ohne nachvollziehbaren Grund als Erfolg bei der Bekämpfung der Kriminalität bezeichnet. Dass jedoch mehr Verurteilungen nicht per se ein Anzeichen von effektiverer Kriminalitätsbekämpfung sind, ist trivial. Sie können genauso gut ein Zeichen schlechter bzw. unterlassener Prävention oder einer Überkriminalisierung sein, wie sie (Letztere) im vorliegenden Gesetzesentwurf angestrebt wird.

<sup>105</sup> Zu weiteren Problemen im Kontext der Einziehung vgl. nur [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 2 f.

<sup>106</sup> Vgl. nur [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 7, 9 mit Bsp.

<sup>107</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 2, 12, 28.

<sup>108</sup> Gegen diesen Grundsatz bereits von *Friedrich von Spee*, *Cautio criminalis* oder *Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse* (1632, deutsche Dtv-Ausgabe, 2000, übersetzt von Joachim-Friedrich Ritter), 13 Frage III.: „*Es ist besser 30 oder noch mehr Schuldige laufen zu lassen, als auch nur einen Unschuldigen zu bestrafen. . . Man soll die Sünder so verfolgen und das Schwert so führen, dass es nicht auf das Haupt Unschuldiger niederfalle.*“

(2) Kontaminierungswirkungen fahrlässiger Vortaten

- 79 Mit Blick auf die Streichung des Vortatenkatalogs darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass dann auch jede **fahrlässige Straftat Vortat der Geldwäsche** sein kann.<sup>109</sup> Auch wenn der Anwendungsbereich von § 261 Abs. 6 hier relativ begrenzt sein dürfte, ergeben sich im **Wirtschaftsstrafrecht** durchaus **beachtliche Folgen** durch Fahrlässigkeitsstraftaten (z.B. mit Blick auf [§ 264 Abs. 5 StGB](#), der bereits heute Vortat zur Geldwäsche ist)

*Bsp.: Ein Unternehmer (A) macht bei seinem Antrag auf Gewährung einer Corona-Soforthilfe<sup>110</sup> leichtfertig unrichtige Angaben über seinen Geschäftsbetrieb (Umsatz etc.). Aus diesem Grund wird eine zu hohe Subvention ausbezahlt. Auf das Geschäftskonto des A fließt daher ein Betrag in Höhe von 15.000 €. Der Bestand auf dem Geschäftskonto betrug vorher 103.000 €, weil A ein völlig ordnungsgemäß beantragtes Darlehen über 100.000 € erhalten hatte. Von dem Konto erfolgen Überweisungen für Löhne, aber auch für den Kauf eines Fahrzeugs und von Rohmaterialien.*

*Rechtsfolge: Der Betrag von 15.000 € wurde durch eine Straftat nach § 264 Abs. 1 Nr. 1, 5 StGB erlangt. Er ist damit geldwäschetauglich und infiziert mit der Überweisung auf das Geschäftskonto den gesamten Kontobestand. Zudem sind gekaufte Fahrzeug und die Rohmaterialien damit taugliche Tatobjekte der Geldwäsche. Jedes Verwenden etc. des Kontoguthabens, des Fahrzeugs und der Materialien erfüllt grundsätzlich den Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB).*

- 80 Vor allem aber beim **Inverkehrbringen von Waren** kämen mit der Umsetzung des Entwurfs Fahrlässigkeitsdelikte als Vortaten in Betracht.

*Bsp.: Bringt z.B. ein Lebensmittelunternehmer fahrlässig ein Lebensmittel in den Verkehr, das i.S.v. [§ 5 Abs. 1 S. 1 LFGB](#) i.V.m. Art. 14 VO (EG) 178/2002<sup>111</sup> gesundheitschädlich ist (z.B. durch Verunreinigungen), so stellt dies eine Straftat nach [§ 58 Abs. 1 Nr. 1 LFGB](#) dar. Entgelte für eine solche Lieferung unterfallen § 261 StGB auch dann für die ganze Lieferung, wenn die Verunreinigungen nur einen geringen Teil der Lebensmittel betreffen. Insofern besteht nach § 44 Abs. 6 LFGB bei Rückrufen von Lebensmitteln nach Art. 19 VO (EG) 178/2002 zwar ein Verwendungsverbot für Zwecke der Strafverfolgung, aber damit ist noch nicht abschließend geklärt, welche Informationen für die Strafverfolgungsbehörden in einem solchen Fall gesperrt sind und inwiefern ein solches Verbot auch die Abschöpfung betrifft. Vergleichbares gilt im Falle des [§ 95 Abs. 1, 4 AMG](#), [§ 27 ChemG](#); [§ 69 Abs. 4 PflSchG](#), [§ 119 Abs. 7 WpHG](#) u.v.m.*

- 81 Soweit der Täter mit Blick auf diese Vortaten leichtfertig handelt, dürfte eine **Leichtfertigkeit** auch mit Blick auf die **inkriminierende Vortat** naheliegend sein. Hiergegen kann zwar eingewandt werden, dass der Täter eines Fahrlässigkeitsdelikts typischerweise von der weitreichenden Strafflosigkeit der Selbstgeldwäsche profitiert, das ändert jedoch nicht an der weitreichenden Inkriminierungswirkung durch Geldwäschetauglichkeit des Gegenstandes. Damit kann bereits ein Fahrlässigkeitsdelikt ein Unternehmensvermögen vollständig kontaminieren.

**d) Vorteile für die Verbrechensbekämpfung kaum wahrscheinlich**

- 82 Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine **Verbesserung der Kriminalitätsbekämpfung** durch die Ausweitung der Strafbarkeit nach dem oben Dargestellten (Rn. [63 ff.](#)) **sehr unwahrscheinlich** ist. Der Deutsche Richterbund konstatiert in seiner Stellungnahme, die Ausweitung des Straftatbestandes ohne eine spürbare Stärkung der personellen Ressourcen der Justiz<sup>112</sup> lasse „die Zielsetzung des Gesetzgebers, die Geldwäschebekämpfung zu intensivieren, ins Leere laufen“.<sup>113</sup> Dem ist zuzustimmen, und sogar darüber hinaus zu befürchten, dass die Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit in der derzeitigen Personallage

<sup>109</sup> Vgl. nur [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 13.

<sup>110</sup> Zur Strafbarkeit wegen (leichtfertigen) Subventionsbetrug bei Anträgen auf Corona-Soforthilfen [Rau/Bon Sleiman NZWiSt 2020](#), 373 ff.

<sup>111</sup> Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, [ABl. EG v. 1.2.2002, L 31/1](#).

<sup>112</sup> Zu den Problemen der Justiz bei der Personalgewinnung nur [Olshner](#) Nachwuchsmangel in der Justiz – Das Referendariat als Anker, [LTO v. 4.10.2018](#); [Suliak](#) Nachwuchsmangel in der Justiz – Mit 6,5 Punkten ins Richteramt, [LTO v. 13.9.2018](#).

<sup>113</sup> [Stellungnahme Deutscher Richterbund, Nr. 8/20](#), S. 1; vgl. auch [Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, Nr. 52/2020](#), S. 4; [Stellungnahme Deutscher Steuerberater Verband e.V. vom 11.9.2020](#), S. 3 f.

der Justiz die Geldwäschebekämpfung als Element der Bekämpfung organisierter Kriminalität eher schwächen als stärken wird:

- 83 Wenn der Gesetzesentwurf von einem Personalmehrbedarf von 100 Vollzeitstellen ausgeht, bundesweit derzeit aber 2000 Stellen für Richterinnen, Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte fehlen oder unbesetzt sind und bis 2030 ca. 40% der derzeitigen Richterinnen, Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in den Ruhestand treten, so ist die **Behauptung nicht nachvollziehbar**, die Ausweitung eines Straftatbestandes auf nicht als strafwürdig angesehene Handlungen, die zu einer solchen Mehrbelastung führt, bringe **Vorteile für die Kriminalitätsbekämpfung** mit sich.<sup>114</sup> Der Gesetzesentwurf dürfte vielmehr dazu führen, dass die Verfahrensdauern weiter ansteigen und mehr Personen wegen Verfahrensverzögerungen aus der Untersuchungshaft entlassen werden müssen.<sup>115</sup>
- 84 Damit ist festzuhalten, dass die Begründung, der Straftatbestand der Geldwäsche müsse ausgeweitet werden, um Beweisschwierigkeiten zu beseitigen und damit eine effektivere Bekämpfung der Geldwäsche zu erreichen, nicht nur eine unverhältnismäßige Bestrafung in Kauf nimmt,<sup>116</sup> sondern die **Strafverschärfungen** auch – selbst unter Berücksichtigung der weitreichenden Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers – **ungeeignet** ist, zur Verbesserung der Bekämpfung der Kriminalität einen relevanten Beitrag zu leisten.

#### e) Missbrauch des Strafrechts im Interesse guter FATF-Evaluationen als Menschenwürdeverletzung

- 85 Darüber hinaus **verstieße** die Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit **gegen die Menschenwürde** aus Art. 1 Abs. 1 GG, wenn sie – was hier nicht völlig fernliegt – ausschließlich oder primär dem Zweck dienen sollte, **mehr Verurteilungen wegen Geldwäsche** herbeizuführen, um im Rahmen der Evaluierung durch die **FATF** – insbesondere unter deutscher Präsidentschaft – **Monita zu vermeiden**. Denn hier würde die strafrechtliche Verurteilung eines Menschen wegen einer bestimmten Handlung nicht erfolgen, weil diese Handlung als besonders strafwürdig und die begangene Tat als schwerwiegendes Unrecht angesehen wird, sondern allein, um die Zahl der strafrechtlichen Verurteilungen wegen Geldwäsche zu erhöhen. Damit würde die Kriminalstrafe mit ihrem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte des Einzelnen (vgl. Rn. 45) zum Mittel, um allgemeinpolitische Ziele zu erreichen. Dem einzelnen verurteilten Menschen würde so die Subjektqualität abgesprochen, weil die Verurteilung nicht mehr um seiner Tat willen erfolgte, sondern ausschließlich, um die Zahl der Verurteilungen zu erhöhen und allgemeinpolitische Ziele zu verfolgen. Das Individuum würde so zum Objekt staatlichen Handelns degradiert.<sup>117</sup>

#### f) Folgen für das Steuerstrafrecht

- 86 Nicht bedacht ist im Entwurf zudem die Wirkung für das Steuerrecht und Steuerstrafrecht. Wenn jede Steuerstraftat zur Geldwäschevortat würde, käme es zu **erheblichen Verwerfungen mit § 393 Abs. 2 S. 3 AO**. Zumindest die vielfach vertretene Ansicht jede Geldwäsche sei eine Straftat nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO, wäre dann nicht mehr haltbar. Zudem wäre § 31b AO auf schwerwiegende Fälle der Geldwäsche einzuschränken, um das Steuergeheimnis insofern nicht völlig zu entwerten. Soweit die Gewerkschaft der Polizei (GdP) in ihrer Stellungnahme<sup>118</sup> gefordert hat, es müsse möglich werden, dass die Strafverfolgungsbehörden „in begründeten Verdachtsfällen von Steuer-, Finanz- und Wirtschaftskriminalität, Geldwäsche und Schmuggel von enormem Ausmaß bzw. von erheblicher Bedeutung einen schnelleren Zugang zu den Daten der Steuer- und Sozialbehörden bekommen“, steht diese Forderung zumindest in dieser Pauschalität im Konflikt mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Selbstbelastungsfreiheit.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> Die Befragungen in der „Dunkelfeldstudie über den Umfang der Geldwäsche in Deutschland und über die Geldwäscherisiken in einzelnen Wirtschaftssektoren“ durchgeführt unter der Leitung von Prof. Dr. Kai Bussmann, Hall, bestätigt dieses Bild, vgl. *Bussmann/Veljovic NZWiSt* 2020, 417 (418).

<sup>115</sup> Vgl. Pressemitteilung [Deutscher Richterbund v. 26.11.2020](#).

<sup>116</sup> Vgl. [Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer - Stellungnahme Nr. 52 - September 2020](#), S. 7.

<sup>117</sup> Vgl. hierzu nur *BVerfG* Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, *BVerfGE* 30, 1 (25, 40) m.w.N.; Beschl. v. 21.5.1977 – 1 BvL 14/76, *BVerfGE* 45, 187 (227 ff.).

<sup>118</sup> [Stellungnahme vom 24.8.2020](#), S. 4.

<sup>119</sup> Vgl. zur Selbstbelastungsfreiheit im Steuerstrafrecht *BVerfG* Beschl. v. 27.4.2010 – 2 BvL 13/07 Rn. 54 ff.

## 2. Neuformulierung der Tathandlungen

87 Die **Neuformulierung der Tathandlungen** verspricht **keine Verbesserungen für die Rechtsanwendung** und wird auch nicht nur deswegen den europäischen Vorgaben eher gerecht, weil die Regelungen wörtlich aus der Richtlinie übernommen oder sprachlich an sie angepasst werden.<sup>120</sup> Eine solche Vorgehensweise hat nicht im Blick, dass es sich bei Richtlinien-texten um politische Kompromisse für Anforderungen an die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten handelt und nicht um unmittelbar anwendbare Rechtsvorschriften, die schlicht in nationales Recht zu übernehmen sind. Das mitgliedstaatliche Recht ist an die Vorgaben *anzupassen* und hat dabei die jeweiligen Eigenheiten der nationalen Rechtsordnung im Rahmen des Umsetzungsspielraums zu berücksichtigen.

### a) § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 StGB-E

88 Die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Änderungen führen in weiten Teilen weder zu einer Änderung der Rechtslage noch zu mehr Klarheit.<sup>121</sup> Die im derzeit geltenden § 261 Abs. 1 und Abs. 2 StGB formulierten Tathandlungen sind seit mehr als 25 Jahren Gegenstand von Rechtsprechung und Literatur gewesen.<sup>122</sup> In dieser Zeit sind die Begrifflichkeiten ausgelegt und für ihre Anwendung konkretisiert worden, freilich ohne über Details weitgehende Einigkeit zu erzielen. Doch ist für viele Fragen ein gewisser Konsens herausgearbeitet worden. Die so erreichten Vorteile für eine zweifelhafte Klarstellung durch die wenig weiterführende Umstellung und Umformulierung aufzugeben, die der Gesetzesvorschlag beinhaltet, erscheint nicht sinnvoll. Insofern hätte **knapp** der Tatvariante **Anpassung an die Begrifflichkeit des geänderten Abschöpfungsrechts** (durch Wegfall der Sicherstellungsvariante) **ausgereicht**.

89 Mit einer Neufassung des § 261 Abs. 1 S. 1 StGB, wie sie der Entwurf vorsieht, ginge zudem eine wenig überzeugende Verschärfung der Rechtslage einher. Während nämlich das geltende Recht in § 261 Abs. 1 StGB auch noch ein konkretes Gefährungsdelikt regelt, das nur dann vorliegt, wenn es tatsächlich zu einer Gefährdung der Einziehung etc. gekommen ist,<sup>123</sup> reicht es nach der Neufassung aus, dass die hier tatbestandliche Handlung auf eine Gefährdung der Einziehung etc. gerichtet ist. Diese **Ausweitung** auf ein **abstraktes Gefährungsdelikt** in Verbindung mit der nach wie vor vorgesehenen Versuchsstrafbarkeit (§ 261 Abs. 3 StGB-E) führt zu einer **Vorverlagerung der Strafbarkeit**, ohne dass sich die Begründung des Gesetzesentwurfs mit dieser Frage auch nur befassen würde. Es ist auch hier bereits der Versuch der abstrakten Gefährdung strafbar.

90 Die Ausführungen der Begründung des Gesetzesentwurfs zu Nr. 4<sup>124</sup> beinhalten die Formulierung: „Für die Tathandlungen in Nummer 4 gilt die Einschränkung, dass der (bedingte) Vorsatz in Bezug auf die kriminelle Herkunft des Vermögensgegenstands vorverlagert wird auf den Zeitpunkt, zu dem der Täter ihn erlangt hat; eine sichere Kenntnis der kriminellen Herkunft ist für die **Zurechnung der Schuld hingegen nicht erforderlich**.“ (Hervorhebung durch Verfasser). Diese Feststellung ist zumindest missverständlich, weil im deutschen Strafrecht die Zurechnung von Schuld ausgeschlossen ist (vgl. § 29 StGB); sie würde im Individualstrafrecht gegen den Schuldgrundsatz verstoßen.

### b) § 261 Abs. 2 StGB-E

91 In § 261 Abs. 2 StGB-E soll nunmehr im Wesentlichen der aktuelle **Verschleierungstatbestand** erfasst und **weiter vorverlagert** werden. Während nach geltendem Recht die Verschleierung der Herkunft erforderlich ist, reicht es nunmehr aus, wenn jemand Tatsachen verheimlicht, die für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft eines inkriminierten Vermögensgegenstan-

<sup>120</sup> So aber wohl [BT-Drs. 19/24180](#), S. 29.

<sup>121</sup> Vgl. etwa zum nunmehr überflüssigen Begriff des Verheimlichens [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 13.

<sup>122</sup> Vgl. zu den Einzelheiten nur *Altenhain* in Nomos-Kommentar-StGB, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 91 ff.; *Jahn* in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2019, § 261 Rn. 42.

<sup>123</sup> Vgl. *Eschelbach* in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 261 StGB Rn. 45.

<sup>124</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 30.

des „von Bedeutung sein könnten“. Diese **Formulierung** lässt im **Unklaren**, in welcher Weise die Bedeutung möglich sein muss und mit welcher Wahrscheinlichkeit. In der Begründung des Entwurfs heißt es hierzu:

*„Es muss nicht festgestellt werden, dass die konkret in Rede stehenden Tatsachen und Informationen für die Ermittlungen und die Einziehung im Einzelfall erforderlich waren. Es reicht aus, dass ihre Kenntnis hilfreich gewesen wäre. Der Begriff Tatsachen ist umfassend gemeint und lehnt sich an den in § 263 Absatz 1 StGB verwendeten Tatsachenbegriff an. Auf die zu diesem Tatbestandsmerkmal des § 263 Absatz 1 StGB entwickelte Rechtsprechung kann daher zurückgegriffen werden.“<sup>125</sup>*

- 92 Was genau unter dem „*hilfreich sein*“ im Sinne der Erläuterung zu verstehen ist, bleibt offen.<sup>126</sup> Ferner stellt sich die Frage, ob – im wie bei § 263 StGB – tatsächlich auch innere Tatsachen wie eigene Vorstellungen oder Absichten<sup>127</sup> relevant sein sollen.
- 93 Daher bestehen nicht nur verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit wegen der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit, sondern auch mit Blick auf die **Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG**. Es dürfte kaum möglich sein, ohne eine erst in Zukunft zu leistende Klärung durch die Rechtsprechung hinreichend sicher festzustellen, unter welchen Bedingungen Tatsachen im Sinne des Gesetzes „von Bedeutung sein können“. Dieses Problem wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes nicht gesehen.
- 94 Hinzu kommt, dass der **materielle Grund** für die Schaffung einer solchen Strafbarkeit **zweifelhaft** ist, weil die in § 261 Abs. 2 StGB-E genannten Handlungen hinreichend von der Beihilfestrafbarkeit und § 257 StGB erfasst sein dürften.<sup>128</sup>

### 3. Erweiterung der Reinigung nach § 261 Abs. 6 StGB durch straflosen Vorerwerb

- 95 Durch die in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB-E überführte und erweiterte Regelung des § 261 Abs. 6 StGB wird die **Dekontaminierungsvorschrift sachgerecht ausgeweitet** und die Vorschrift praxisgerechter gestaltet.<sup>129</sup> Die derzeit geltende Fassung des § 261 Abs. 6 StGB führte nämlich dazu, dass eine vollständige Dekontamination nicht möglich ist, weil auch nach einem straffreien Erwerb eines Gegenstandes nur die Strafbarkeit nach § 261 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist. Dieses praktisch weitreichende Problem, das ein Teil der Literatur durch eine Rechtsanwendung contra legem lösen wollte, wäre damit gelöst.<sup>130</sup>
- 96 Eine **Lösung** für das viel allgemeiner drängende **Problem der Dekontamination** ist damit aber **nicht gefunden**. Die in der Literatur bislang umstrittene Frage, ob nur ein vollkommen straffreier Erwerb die Dekontamination zur Folge hat oder ob es auf die Strafbarkeit nach § 261 StGB ankommt,<sup>131</sup> würde sich mit dem Wegfall des Vortatenkatalogs zwar im Sinne der ersteren Lösung klären. Offen bleibt jedoch, wie darüber hinaus eine Reinigung kontaminierter Vermögensgegenstände erfolgen kann, etwa ob Surrogate durch Ausscheiden aus der Verwertungskette dekontaminiert werden.<sup>132</sup> Ferner ist unklar, wie der Erwerb durch eine juristische Person zu beurteilen ist, ob sie als „Dritte“ i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB-E gilt und inwiefern eine Wissenszurechnung erfolgt.

<sup>125</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 32.

<sup>126</sup> Ebenfalls mit verfassungsrechtlichen Bedenken [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 13.

<sup>127</sup> Vgl. nur BGH Urt. v. 3.6.1960 – 4 StR 121/60; [BGHSt 15, 24 \(26\)](#); Dannecker in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 261 StGB Rn. 16 f. m.w.N.

<sup>128</sup> So [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 13.

<sup>129</sup> Zur Kritik nur [Eschelbach](#) in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 261 StGB Rn. 41; [Mainwald](#) FS Hirsch S. 631 (642 ff.).

<sup>130</sup> [Heinrich](#) in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Lehrbuch des Strafrechts, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 29 Rn. 18; [Gotzes/Schneider](#) wistra 2002, 121 (123); [Hecker](#) in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 21; [Kübl](#) in Lacker/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 261 Rn. 5; [Rengier](#) Strafrecht Besonderer Teil I, 22. Aufl. 2020, § 23 Rn. 19; [Wessels/Hillenkamp/Schubert](#) Strafrecht Besonderer Teil 2, 42. Aufl., 2019, Rn. 901.

<sup>131</sup> Vgl. hierzu nur [Altenhain](#) in Nomos-Kommentar-StGB, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 88.

<sup>132</sup> Vgl. nur [Hecker](#) in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 10 m.w.N.

- 97 Die Frage nach der **Dekontaminierung** stellt sich in besonders drängender Weise für **behördliche Versteigerungen**,<sup>133</sup> für die Beschlagnahme aufgrund gerichtlicher Anordnung oder durch den Gerichtsvollzieher, durch Finanzbehörden etc. Denn insbesondere die Vollstreckung vor Ort (z.B. Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsbeamte der Finanzämter) hat mit dem Problem zu kämpfen, dass sie oftmals mit Vermögen in Kontakt kommt, das mit hoher Wahrscheinlichkeit aus kriminellen Quellen stammt.
- 98 Ferner wären Lösungen des Kontaminationsproblems für das **Insolvenzverfahren** etc. dringend erforderlich, die der Gesetzesentwurf jedoch vermissen lässt.<sup>134</sup> Wenn der Insolvenzverwalter erkennt, dass der Schuldner u.a. auch Vermögensgegenstände oder Kontobestände durch Straftaten erlangt haben könnte, ergibt sich für ihn die Frage, ob er seiner Pflicht zur Verwertung aus der InsO dann nachkommen darf oder sich im Konflikt zwischen Untreue- und Geldwäschestrafbarekeit befindet.<sup>135</sup>

#### 4. Straffreiheit von Strafverteidigern und anderen Rechtsberatungsberufen

- 99 Die Aufnahme einer strafrechtlichen Privilegierung der Strafverteidiger wegen nicht wissentlich oder absichtlich begangener Geldwäsche ist zu begrüßen. Auch wenn die Praxis die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>136</sup> bereits umgesetzt hatte, handelt es sich um eine wichtige Klarstellung. Allerdings bleibt damit offen, ob eine solche Straffreistellung auch für **andere Rechtsberatungsbereufe** gelten muss, deren Berufsgeheimnis ebenfalls durch § 53 StPO, § 43 Abs. 2 GwG geschützt und ein Verstoß nach § 203 StGB mit Strafe bedroht ist.<sup>137</sup>
- 100 Dieses Problem stellt sich ausdrücklich in Fällen, in denen Rechtsanwälte **Rechtsberatung** oder **Prozessvertretung** bei der Abwehr von Forderungen potenzieller Geschädigter auf Seiten des möglichen Schädigers betreiben.<sup>138</sup> Vergleichbares gilt für Steuerberater, die einen Mandanten betreuen, der in der Vergangenheit möglicherweise Steuerstraftaten begangen hat.<sup>139</sup> In beiden Fällen kommt eine Strafbarkeit wegen leichtfertiger Geldwäsche nach § 261 Abs. 2, 6 StGB-E in Betracht, wenn der Berater sich bei der Beratung oder Prozessvertretung – im Einklang mit seinen Berufspflichten – darum bemüht, Tatsachen nicht offenbar werden zu lassen, die auf eine Strafbarkeit seines Mandanten hindeuten könnten. Zudem kommt eine Strafbarkeit wegen (natürlich nur vorsätzlicher) Beihilfe<sup>140</sup> zur Geldwäsche in Betracht, wenn die Beratung zur Abwehr eines Anspruchs führt oder führen soll und damit dem Mandanten die weitere Verwendung inkriminierten Vermögens ermöglicht wird.
- 101 In der Literatur ist eine **Ausweitung der Straffreiheit auf Rechtsanwälte** z.T. auch auf **Steuerberater** bejaht worden.<sup>141</sup> Auch der Bundesgerichtshof<sup>142</sup> hat es als „bedenkenswert“ bezeichnet, eine Geldwäschestrafbarekeit für den Fall ausscheiden zu lassen, in dem ein Rechtsanwalt im Auftrag des Gläubigers eine (nicht bemakelte) Forderung eintreibt und dabei in Kauf nimmt, auf anderweitig i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB inkriminiertes Vermögen des Schuldners zuzugreifen. Für diese Restriktion hat der 1. Strafsenat insbesondere auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>143</sup> verwiesen, der die Privilegierung der Angehörigen von Rechtsberufen bei ihrer Rechtsberatungstätigkeit betont hat.

<sup>133</sup> Vgl. *LG Aachen* Urt. v. 20.3.2018 – 72 Ns 69/17, 72 Ns 903 Js 56/14 - 69/17, StV 2019, 57 f.

<sup>134</sup> Vgl. [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 12.

<sup>135</sup> Vgl. auch *Jahn* NJW Aktuell 44/2020, S. 15.

<sup>136</sup> Hierzu zunächst *BVerfG* Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520, 1521/01, [BVerfGE 110, 226 ff.](#); später dann *BVerfG* Beschl. v. 28.7.2015 - 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14, [NJW 2015, 2949 ff.](#)

<sup>137</sup> Vgl. auch [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 11 f.; ferner *Jahn* NJW-Aktuell 44/2020, S. 15: „Der Entwurf lässt den Leser im Stich“.

<sup>138</sup> Vgl. nur *Hecker* in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 25.

<sup>139</sup> Vgl. auch den Hinweis der [Wirtschaftsprüferkammer, Stellungnahme v. 6.10.2020](#), S. 3; [Bundessteuerberaterkammer, Stellungnahme vom 11.9.2020](#), S. 2.

<sup>140</sup> Zu den Beteiligungsmöglichkeiten an der leichtfertigen Geldwäsche *Bülte* FS Rengier (2018), S. 181 ff.

<sup>141</sup> *Kraatz* Jura 2015, 699 (708) für den Steuerberater als Strafverteidiger; allgemein für den Steuerberater behandelnd *Raschke* NStZ 2012, 606 (607 ff.); *ders.* NZWiSt 2015, 476 ff.; krit. Herzog/ *El-Ghazj* GwG, 4. Aufl, 2020, § 261 StGB Rn. 114.

<sup>142</sup> *BGH* Urt. v. 4.2.2010 – [1 StR 95/09](#), BGHSt 55, 36 (53).

<sup>143</sup> *EuGH* Urt. v. 26.6.2007 – C-305/05, NJW 2007, 2387.

- 102 Zu dieser für die Praxis wichtigen Streitfrage äußert sich die Begründung des Gesetzesentwurfs nicht. Hier ist **offen**, ob aus der auf den Strafverteidiger beschränkten Formulierung eine Begrenzung der Straffreiheit auf den Strafverteidiger unter **Ausschluss anderer Rechtsberater**, für die ebenfalls strenge Berufsgeheimnisse gelten, gefolgert werden kann oder gar muss. Eine so enge Ausnahme wirft unionsrechtliche Bedenken mit Blick auf die durch die Geldwäscherichtlinien vorgegebene Gleichbehandlung der Rechtsberatungsberufe (Erwägungsgrund 10 RL [EU] 2015/849)<sup>144</sup> auf.<sup>145</sup> Zudem sind auch im Bereich des Zivil- oder Verwaltungsprozess der offene Zugang zur Rechtsberatung und das geschützte Vertrauensverhältnis elementare Grundvoraussetzung für ein faires Verfahren.<sup>146</sup>
- 103 Daher **greift die Ausnahme in § 261 Abs. 1 S. 3 StGB-E zu kurz und** sollte – im Übrigen im Einklang mit §§ 6 Abs. 6 S. 3, 10 Abs. 9 S. 2, 30 Abs. 3 S. 3, 43 Abs. 2, 52 Abs. 5 GwG – auf alle Rechtsberatungsberufe im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit ausgeweitet werden.

### 5. Strafschärfung für Verpflichtete nach § 2 GwG

- 104 In § 261 Abs. 4 StGB-E wird die Vorgabe des [Art. 6 Abs. 1 lit b RL \(EU\) 2018/1673](#) dahingehend umgesetzt, dass eine **Qualifikation** für solche Fälle geschaffen wird, in denen die Tat von einem „Verpflichteten“ i.S.v. Art. 2 RL (EU) 2015/849 (umgesetzt in § 2 GwG) „in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit“ begangen wird. Der Entwurf formuliert lakonisch, die Strafschärfung solle für den gelten, der die Tat als Verpflichteter nach § 2 GwG begeht.<sup>147</sup>
- 105 Hier ist klarzustellen, dass eine solche **Qualifikation aus unionsrechtlicher Sicht nicht zwingend notwendig** ist. Es reicht vielmehr zur Umsetzung des Unionsrechts aus, wenn die Strafgerichte in unionsrechtskonformer Auslegung in den in der Vorschrift der Richtlinie genannten Fällen im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung erschwerend berücksichtigen, dass es sich bei dem Täter einer Geldwäsche um einen nach § 2 GwG Verpflichteten handelt. Soweit der Bund Deutscher Kriminalbeamter<sup>148</sup> kritisiert, die Vorschrift erfasse die unmittelbar handelnden natürlichen Personen nicht, weil sie nicht selbst Verpflichtete i.S.d. § 2 GwG seien, wird § 14 StGB nicht hinreichend gewürdigt. Soweit diese Vorschrift nicht greift, dürfte eine verschärfte Strafbarkeit auch nicht angemessen sein, denn die **persönliche Garantenpflicht** so schließlich der **Grund für die erhöhte Strafe** sein.<sup>149</sup>
- 106 **Grundsätzlich** ist der **Ansatz**, dass der Täter, der zur Abwehr einer bestimmten Gefahr auf Posten gestellt ist, ein schwerwiegenderes Unrecht begeht, soweit er diesen Erfolg aktiv herbeiführt, **zutreffend**. Jedoch ist vorliegend zu berücksichtigen, dass sich die Garantenpflicht hier nicht daraus ergibt, dass der Verpflichtete eine besondere Gefahr geschaffen hat, indem er – wenn auch letztlich im Interesse der Allgemeinheit – ein Unternehmen betreibt wie z.B. ein Bauunternehmen eine Baustelle oder ein Chemieunternehmen eine Fabrik. Vielmehr wird der **Unternehmer in Form eines Sonderopfers** in die Pflicht genommen, um an der Erfüllung einer Aufgabe maßgeblich mitzuwirken, deren Erfüllung grundsätzlich dem Staat obliegt, nämlich die Verhinderung von Geldwäsche und die Verfolgung von Straftaten. Hier wird der Verpflichtete für die Erfüllung vornehmlich gesellschaftlicher Aufgaben – und auf Kosten des Verpflichteten – herangezogen, weil er derjenige ist, der die Aufgabe am wirksamsten erfüllen kann und seine Dienstleistungen missbraucht zu werden drohen. Diese Person nunmehr nicht nur mit der Mitwirkung an dieser Aufgabe zu belasten, sondern ihm dann auch noch bei Nichterfüllung durch Unterlassen verschärfte Strafe anzudrohen, wäre nicht verhältnismäßig und würde die Garantenstellung doppelt verwerten. Daher sollte die Strafschärfung durch eine Qualifikation auf Fälle **der aktiven Begehung von Geldwäschehandlungen** beschränkt werden.

<sup>144</sup> Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, [ABL EU 5.6.2015, L 141/73](#).

<sup>145</sup> Vgl. hierzu *Brandl/Bülte* in Leitner/Brandl, Finanzstrafrecht 2019, 55 (91).

<sup>146</sup> Zum fairen Verfahren im Sozialrecht BSG Beschl. v. 20.4.2015 - B 12 KR 122/14 B, NZS 2017, 513.

<sup>147</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 32 f.

<sup>148</sup> [Stellungnahme vom 7.9.2020, S. 5](#).

<sup>149</sup> Zur weitergehenden Kritik wegen der fehlenden Bestimmtheit der Vorschrift [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 14.

- 107 Problematisch könnte die Vorschrift zudem mit Blick auf diejenigen Verpflichteten sein, die nur für einen Teil ihrer Tätigkeit die Pflichten nach dem GwG zu erfüllen haben, also für die Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG. Insofern bleibt offen, ob die Strafschärfung für diese Verpflichteten auch dann gelten soll, wenn sie die Tat **im Rahmen einer Tätigkeit begehen, die nicht unter den Katalog des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG fällt**, etwa weil der Rechtsanwalt, der klassische Rechtsberatung – etwa in einem familiengerichtlichen Verfahren – leistet, grundsätzlich auch Verpflichteter nach § 2 GwG ist und „in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit“ handelt. Ihn der Strafschärfung zu unterwerfen, obwohl er in dieser spezifischen Tätigkeit (etwa ausschließliche Rechtsberatung oder Prozessvertretung) nicht unter die Verpflichtungen des GwG fällt, wäre unangemessen.
- 108 Daher wäre zu empfehlen die Strafschärfung dahingehend zu beschränken, dass nur derjenige den Qualifikationstatbestand erfüllt, der die Tat nach Absatz 1 oder 2 als Verpflichteter nach § 2 GwG „unter Verletzung seiner Pflichten nach dem Geldwäschegesetz“ begeht. Das würde im Übrigen auch die Strafbarkeit an die besondere Pflichtenstellung in ihrer konkreten Form rückkoppeln.

## 6. Leichtfertigkeitstraftbarkeit

- 109 Der ursprüngliche, am 11.8.2020 veröffentlichte **Referentenentwurf des Bundesministeriums** der Justiz und für Verbraucherschutz „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche“<sup>150</sup> sah eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche bei leichtfertiger Unkenntnis der inkriminierten Herkunft nicht mehr vor. Hierzu heißt es in der Begründung des Referentenentwurfs:
- 110 *„Die mit dieser Änderung [Wegfall des Vortatenkatalogs] einhergehende Ausweitung der Norm macht es aus Gründen der Eingrenzung und Ausgewogenheit der Strafandrohung notwendig, die weiteren Voraussetzungen der Regelung zu präzisieren und einzuschränken. Insbesondere kann nicht an der Strafbarkeit der bloß leichtfertigen Geldwäsche festgehalten werden. Im Übrigen soll im Zuge der erforderlichen Anpassungen durch eine Überarbeitung der Umschreibung tauglicher Tatobjekte und durch eine Neuordnung der Tathandlungen die Handhabbarkeit des § 261 StGB insgesamt verbessert werden. Zugleich werden durch diese Anpassungen auch die von der Richtlinie vorgegebenen Tathandlungen ohne Einschränkungen abgedeckt. In Folge der erheblich ausgedehnten Reichweite des Geldwäschestratbestands insbesondere durch den Verzicht auf einen selektiven Vortatenkatalog und die Tathandlungsvarianten soll die Strafbarkeit der leichtfertigen Geldwäsche entfallen, um dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu genügen.“<sup>151</sup>*
- 111 *„Nach dem geltenden § 261 Absatz 5 StGB macht sich auch strafbar, wer leichtfertig nicht erkennt, dass der Gegenstand aus einer Katalogtat herrührt. Infolge der erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 261 StGB soll jedoch an diesem Regelungskonzept nicht länger festgehalten werden, weil andernfalls der Tatbestand eine nahezu uferlose Anwendungsbreite erhielte. Mit dieser Änderung ist keine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der Pönalisierung der Geldwäsche gegenüber der bisherigen Rechtslage verbunden. Bislang muss sich der Vorsatz des Täters bei der vorsätzlichen Geldwäsche nämlich auf das Vorliegen einer Katalogtat des § 261 Absatz 1 Satz 2 StGB beziehen. Selbst bedingter Vorsatz kann allerdings dann oft nicht nachgewiesen werden, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Täter sich eine Vortat vorgestellt hat, die nicht dem Katalog des § 261 Absatz 1 Satz 2 StGB unterfällt. Das ist der Kern der „Beweiswierigkeiten“, mit denen der Gesetzgeber den Leichtfertigkeitstatbestand begründet hat (Bundestagsdrucksache 12/989, S. 27). Insbesondere in diesen Fällen kommt nämlich derzeit die Anwendung des § 261 Absatz 5 StGB in Betracht, der es ausreichen lässt, wenn der Täter die Herkunft des Gegenstands aus einer Katalogtat leichtfertig nicht erkannt hat. Infolge der vorgeschlagenen Änderung im Hinblick auf die Vortaten genügt aber für die vorsätzliche Begehung der Geldwäsche der bedingte Vorsatz, dass der fragliche Vermögensgegenstand Tatertrag oder Tatprodukt einer Straftat auch außerhalb des bisherigen Katalogs oder entsprechendes Surrogat ist. Mit der Aufgabe des selektiven Vortatenkatalogs muss das Gericht nur noch davon überzeugt sein, dass der zu waschende Gegenstand überhaupt aus einer Straftat stammt. Damit entfällt das bisher angeführte Bedürfnis für den Leichtfertigkeitstatbestand weitgehend. Gegenüber der künftig sehr weitreichenden Vorsatzstrafbarkeit würde die Ausweitung der*

<sup>150</sup> [Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche.](#)

<sup>151</sup> [Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 2, 11.](#)

*Strafbarkeit auf das leichtfertige Verkennen der rechtswidrigen Herkunft eines Gegenstands hingegen eine Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens befürchten lassen. Für die dennoch verbleibenden, möglicherweise künftig nicht von § 261 StGB-E erfassten Fälle ist jedenfalls durch die im Jahre 2017 vom Gesetzgeber in § 76a Absatz 4 StGB neugeschaffene Möglichkeit der Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft in den Bereichen der organisierten Kriminalität und des Terrorismus sichergestellt worden, dass rechtswidrige Taterträge abgeschöpft werden.*<sup>152</sup>

- 112 Daraus wird deutlich, dass die Verfasser dieses ersten Entwurfs das grundlegende verfassungsrechtliche Problem der Leichtfertigkeitstraftbarkeit erkannt und unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entschlossen hatten, eine Aufhebung der Strafbarkeit nach § 261 Abs. 5 StGB vorzuschlagen. Die Entwurfsbegründung führt dementsprechend aus, der Wegfall der Leichtfertigkeitstraftbarkeit sei notwendig, um zu verhindern, dass der Tatbestand „**eine nahezu uferlose Anwendungsbreite**“<sup>153</sup> erhält. Zudem wird argumentiert, das Bedürfnis nach einer Beweiserleichterung entfalle mit der Streichung des Vortatenkatalogs weitgehend. Legt man diesen Ansatz zugrunde, so ist von der Verfassungswidrigkeit wegen Unverhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung im Entwurf der Bundesregierung auszugehen, weil er den Vortatenkatalog streicht und zum All-crime-Ansatz übergeht, ohne die Leichtfertigkeitstraftbarkeit zu beseitigen und damit der Strafvorschrift eine „nahezu uferlose Anwendungsbreite“ gibt.<sup>154</sup>
- 113 Der **Regierungsentwurf** vom 14.10.2020<sup>155</sup> setzt sich mit dieser grundlegenden verfassungsrechtlichen Frage der Strafbarkeit als ultima ratio der rechtsstaatlichen Sanktionen nicht auseinander und **verkennt** damit **rechtsstaatlich elementare Grundsätze**. Denn in der Rechtswissenschaft sind bereits „gegen Abs. V [die leichtfertige Geldwäsche in der geltenden Fassung] – mit guten Gründen systematische, kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden, namentlich, dass er als verdeckte Beweisregel das Schuldprinzip sowie das Bestimmtheitsgebot verletze (...)“.<sup>156</sup>
- 114 Die GdP<sup>157</sup> hatte die vorgesehene Streichung der Leichtfertigkeitstraftbarkeit kritisiert und „bestritten“, dass der All-Crime-Ansatz in Kombination mit der Leichtfertigkeit zu einer uferlosen Geldwäschestraftbarkeit führt. De facto wird hier sogar eine Ausweitung auf die einfache Fahrlässigkeit gefordert („hätte vermuten können“).<sup>158</sup> Die Begründung, die dafür angegeben wird, befasst sich aber gar nicht mit der Gefahr der Uferlosigkeit des Straftatbestandes, sondern mit der Verfolgbarkeit und dem Anfangsverdacht, und meint einer Uferlosigkeit wirkten die Anforderungen des Prozessrechts entgegen. Die Stellungnahme unterliegt damit einer Kategorienverwechslung: Hier werden Fragen des **Beweisrechts mit solchen des materiellen Strafrechts** vermischt. Für die Uferlosigkeit und Bestimmtheit des Straftatbestandes kommt es auf die praktische Anwendung der Vorschrift im Verfahren erst einmal nicht an.
- 115 Zudem wird deutlich, dass auch die GdP das maßgebliche verfassungsrechtliche Problem nicht hinreichend würdigt: Strafrecht dient der Verfolgung strafwürdigen Unrechts und dem Ausspruch eines

<sup>152</sup> [Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 19.

<sup>153</sup> [Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 19 (Hervorhebung durch Verf.).

<sup>154</sup> Mit Beispielen *Gercke/Jahn/Reckmann*, Regierungsentwurf zur Geldwäsche im Strafrecht Inkriminierte Schokolade, [LTO v. 19.10.2020](#).

<sup>155</sup> [Regierungsentwurf vom 14.10.2020](#).

<sup>156</sup> *Fischer StGB*, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 42a; die h.M. hält die Vorschrift allerdings bei restriktiver Auslegung noch für verfassungsgemäß, vgl. nur *BGH* Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96, *BGHSt* 43, 158 (166 ff.); *Altenhain* in *Nomos-Kommentar StGB*, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 137 m.N. auch zu den kritischen und ablehnenden Stimmen. Allerdings hat auch der Bundesgerichtshof (a.a.O., S. 166) davon gesprochen, dass die Einwände der Systemwidrigkeit und der Verletzung des Schuldprinzips „Gewicht haben“ und der Vortatenkatalog damals noch auf wenige Delikte beschränkt war.

<sup>157</sup> [Stellungnahme vom 24.8.2020](#), S. 2.

<sup>158</sup> Eine vergleichbare Vorschrift war in § 245a StGB bereits vor vielen Jahren enthalten (eingeführt mit dem „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und Maßregeln der Sicherung und Besserung“ vom 24.11.1933, [RGBl. 1933 I, S. 995](#)) und wurde wegen ihrer rechtsstaatlichen Bedenklichkeit im 1. Strafrechtsreformgesetz aufgehoben ([BT-Drs. IV/650](#), S. 400), nachdem das Landgericht Heidelberg einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention konstatiert hatte, vgl. *LG Heidelberg* Urt. v. 3.10.1958 – 3 b KLS 15/58, *NJW* 1959, 1932; dazu näher *Bülte* *JZ* 2014, 603, 606.

sozial-ethischen Unwerturteils. Vermögensabschöpfung zur Vermeidung einer Reinvestition krimineller Vermögenswerte ist Gegenstand des Gefahrenabwehrrechts. Die gesetzliche Verschärfung des Geldwäschestrafrechts zur Verbesserung der Vermögensabschöpfung stellt einen **Missbrauch des Strafrechts für Zwecke der Gefahrenabwehr** dar und verletzt damit den Schuldgrundsatz, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Teil der Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland.<sup>159</sup>

- 116 Der von der GdP und auch im Deutschen Bundestag vom Abgeordneten *De Masi*<sup>160</sup> vorgeschlagene Ansatz, die **Geldwäsche von der Vortat zu lösen**, ist grundsätzlich durchaus gangbar,<sup>161</sup> aber nur dann, wenn man entweder eine dem [§ 165 Absatz 3](#) des österreichischen Strafgesetzbuchs<sup>162</sup> vergleichbare Regelung schafft und die Strafbarkeit auf eine **organisationsbezogene Geldwäsche** reduziert,<sup>163</sup> oder die Geldwäschebekämpfung weitgehend aus dem Strafrecht löst und ins **Gefahrenabwehrrecht** übersiedelt. Hier gelten andere Vorgaben für die Verhältnismäßigkeit, es gilt der Schuldgrundsatz nicht und eine Menschenwürdeverletzung allein durch die Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft ist nicht zu befürchten. Solange aber die Geldwäschestrafbarkeit als Vehikel der Abschöpfung gebraucht wird, gelten für diese Strafbarkeit alle rechtsstaatlichen Regeln des Strafrechts, so dass eine Leichtfertigkeitsstrafbarkeit zur Zwecken der Beweiserleichterung – nicht nur bei Ausweitung des Vortatenkatalogs – wegen ihrer Verfassungswidrigkeit ausscheiden muss.
- 117 Soweit sich der Bund Deutscher Kriminalbeamter<sup>164</sup> ebenfalls gegen den Wegfall des Leichtfertigkeitsstrafbarkeit ausgesprochen hatte, weil § 261 Abs. 5 StGB einen wichtigen Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäsche leiste – werde doch die Hälfte der in den letzten Jahren abgeurteilten Fälle auf diese Norm gestützt – überzeugt diese Argumentation ebenfalls nicht. Sie basiert auf der zweifelhaften Prämisse, eine erhöhte Zahl an Verurteilungen sei Anzeichen einer besseren Kriminalitätsbekämpfung. Letztlich wird in der weiteren Argumentation deutlich, worum es dem BDK tatsächlich geht: Es sollen **nicht die notwendigen Anknüpfungsmöglichkeiten für die Verfolgung von Straftaten** und die **Einziehung illegaler Vermögenswerte verloren** gehen, die über eine weitgehende Strafbarkeit wegen Leichtfertigkeit geschaffen worden sind. Auch hier wird letztlich deutlich, dass die Geldwäschestrafbarkeit als Vehikel für die Abschöpfung als Gefahrenabwehrmaßnahme missbraucht werden soll.
- 118 Wenn darüber hinaus argumentiert wird, die **FATF** würde die **Reduzierung** einer Zahl der **Verurteilungen** durch den Wegfall der Geldwäschestrafbarkeit **kritisch** bewerten,<sup>165</sup> so ist das eine demokratietheoretisch und mit Blick auf die Menschenwürde höchst bedenkliche Argumentation: Die deutsche Justiz soll Menschen bestrafen, nicht weil deren Handeln als strafwürdig angesehen wird, sondern um die durch eine Organisation ohne unmittelbare demokratische Legitimation geforderten Verurteilungszahlen zu erreichen (vgl. Rn. [85](#)).
- 119 Eine Strafbarkeit wird man auch nicht damit begründen können, dass ansonsten die **Tatopfer von Vermögensdelikten den Zivilprozess** in eigener Regie betreiben müssten, weil sie sich nicht mehr auf ein Strafurteil stützen könnten.<sup>166</sup> Zweifellos ist es eine in Zivilprozessen geeignete und auch nicht unlautere Praxis, das Strafverfahren für eine Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen zu nutzen, um Beweismittel zu erlangen. Aber die Strafbarkeit mit der Erleichterung des Zivilprozesses zu begründen, ist doch kaum valide. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass nach der Neukonzeption des

<sup>159</sup> *BVerfG* Urt. v. 30.6.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, [BVerfGE 126, 267 \(413\)](#).

<sup>160</sup> Rede am 20.11.2020 um 15.09 Uhr.

<sup>161</sup> Zu den Möglichkeiten [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 5 f.

<sup>162</sup> „§ 165 StGB Geldwäscherei: (3) Ebenso ist zu bestrafen, wer wesentlich der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation ([§ 278a](#)) oder einer terroristischen Vereinigung ([§ 278b](#)) unterliegende Vermögensbestandteile in deren Auftrag oder Interesse an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt.“

<sup>163</sup> Vgl. zu den Einzelheiten *Kirchbacher* in Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch 2 Aufl. (Stand 1.2018), § 165 Rn. 10/1 f.

<sup>164</sup> [Stellungnahme vom 7.9.2020, S. 3 f.](#)

<sup>165</sup> So [Bund Deutscher Kriminalbeamter in seiner Stellungnahme vom 7.9.2020](#), S. 3.

<sup>166</sup> So aber [Bund Deutscher Kriminalbeamter in seiner Stellungnahme vom 7.9.2020](#), S. 4.

Gesetzesentwurfs § 261 StGB in Zukunft eher ein Rechtspflegedelikt sein dürfte,<sup>167</sup> so dass ein Schadensersatzanspruch nicht mehr auf § 823 Abs. 2 BGB gestützt werden könnte,<sup>168</sup> weil die Strafvorschrift nicht (mehr) dem Schutz des Rechtsguts der Vortat dient.<sup>169</sup>

- 120 Letztlich sprechen gegen die Strafbarkeit wegen Geldwäsche bei leichtfertiger Verkenntung der inkriminierten Herkunft – unabhängig vom Vortatenkatalog – vor allem verfassungsrechtliche Gründe, wenn die Motivation des Gesetzesentwurfs – wie hier – primär oder sogar ausschließlich darin liegt, die Beweisführung vor Gericht zu erleichtern und es nicht darum geht, strafwürdiges Verhalten zu sanktionieren.<sup>170</sup> Ziel der Leichtfertigkeitstraftbarkeit war es bereits bei der Einführung dieser Tatvariante, die **rechtsstaatlichen Sicherungen des Zweifelsgrundsatzes** und damit die Überzeugungsanforderungen des deutschen Strafrechts und seiner verfassungsrechtlichen Grundlegungen **zu umgehen** und so eine Verurteilung nur höchstwahrscheinlicher Straftäter zu ermöglichen.<sup>171</sup>
- 121 Zudem werden von den Befürwortern der Leichtfertigkeitstraftbarkeit – insbesondere bei Wegfall des Vortatenkatalogs – die **tatsächlichen Folgen der reinen Straftbarkeitsdrohung** nicht hinreichend gewürdigt. Eine Straftbarkeit der Geldwäsche wegen leichtfertiger Unkenntnis der Inkriminierung kann zu einer **umfassenden Isolation** bereits des nur der **Vortat verdächtigen Menschen** führen. Der umsichtige Wirtschaftsteilnehmer wird schon bei Bekanntwerden nur des Straftbarkeitsverdachts gegen eine Person jeden wirtschaftlichen Kontakt mit dieser Person einstellen. Wird über eine Person des öffentlichen Lebens bekannt, dass die Staatsanwaltschaft gegen sie wegen des Verdachts einer Vermögensstraftat ermittelt, so werden potentielle Vertragspartner, z.B. Handwerker, Dienstleister oder Lebensmittelhändler, Abstand davon nehmen, von dieser Person Vermögensgegenstände entgegenzunehmen und sich zwangsläufig weigern, an sie Leistungen zu erbringen oder Waren zu liefern, um nicht Gefahr zu laufen, wegen leichtfertiger Geldwäsche verfolgt zu werden.
- 122 Dabei kommt es nicht auf das Geldwäschestraftbarkeitsrisiko, sondern allein auf das **Geldwäscheverfolgungsrisiko** an. Daher helfen auch verfahrensrechtliche Ansätze über §§ 153 ff. StPO zur Vermeidung unverhältnismäßiger Straftbarkeiten nicht weiter. Die Folge eines Vortatenverdachts kann damit die vollständige wirtschaftliche und damit auch in erheblichem Umfang soziale Isolation eines potentiellen Täters sein. Für ein Unternehmen kann damit bereits der Verdacht einer Vermögensstraftat, die für das Unternehmen oder im Unternehmen begangen worden ist, das wirtschaftliche Aus bedeuten. Diese Folgen einer Geldwäscheverfolgungsgefahr blendet der Gesetzesentwurf ebenso wie alle anderen Stellungnahmen, die eine weitreichende Leichtfertigkeitstraftbarkeit fordern, aus.

## 7. Straftbarkeit der Selbstgeldwäsche

- 123 Im Grundsatz bestehen gegen die Straftbarkeit der Selbstgeldwäsche keine Einwände. Verfassungsrechtliche Bedenken sind gegen die derzeit geltende Regelung des § 261 Abs. 9 S. 2 und 3 StGB – insbesondere mit Blick auf Doppelbestrafung oder Doppelverwertung – nicht zu erheben.

## 8. Selbstanzeige

- 124 Die Erhaltung der Selbstanzeige zur Vermeidung der Geldwäschestraftbarkeit ist zu begrüßen. Dies gilt nicht nur – wie die Stellungnahme des BDK zutreffend feststellt –, weil die Regelung einen wichtigen Anreiz für die Anzeige von Vortaten und damit einen Ansatz für ihre Aufklärung bietet und die Sicherstellung von inkriminierten Vermögenswerten erleichtert. Vielmehr hätte ihr Wegfall auch für das **Steuerstraftrecht und die dortige Selbstanzeige nach § 371 AO**, insbesondere im **Kontext der Umsatzsteuer gravierende Auswirkungen**. Ohne eine strafbefreiende Selbstanzeige bei der Geldwäsche gäbe es gerade in Fällen der Umsatzsteuerhinterziehung, die oftmals mit Auszahlungen (sog.

<sup>167</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 15; gegen eine solche Ausrichtung zutreffend [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 3.

<sup>168</sup> Zu § 261 Abs. 1, 5 StGB als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs.2 BGB [BGH](#) Ur. V. 19.12.2012 – [VIII ZR 302/11](#) Rn. 13 ff.

<sup>169</sup> Zur Frage des Rechtsguts und den weiteren Folgen u.a. für § 111i StPO [Stellungnahme der Wirtschaftsstraftrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 1.

<sup>170</sup> Vgl. [BT-Drs. 12/989](#), S. 27 f.

<sup>171</sup> Eingehend hierzu [Bülte](#) JZ 2014, 603 (606 ff.).

Rotbeträge) einhergeht, keinerlei Anlass für eine Selbstanzeige, die nur die Strafbarkeit nach § 371 AO beseitigt, aber den Weg für die Strafbarkeit nach § 261 StGB und entsprechende Verfolgungsansätze öffnen würde.

- 125 Es wäre hier jedoch wünschenswert, wenn der Gesetzesentwurf auch den inneren Zusammenhang mit der Steuerhinterziehung berücksichtigt hätte und eine Regelung getroffen hätte, die dazu führt, dass eine nach § 371 AO **strafbefreiende** oder nach § 398a AO das Absehen von Verfolgung begründende Selbstanzeige auch **als strafbefreiende Tätige Reue nach § 261 Abs. 8 StGB-E** anzusehen ist.<sup>172</sup>

## 9. „Vorsatz“

- 126 Die Ausführungen in der Begründung des Gesetzesentwurfs zum Vorsatz<sup>173</sup> befassen sich zunächst mit einer verfahrensrechtlichen Frage und machen im Ergebnis deutlich, dass der Gesetzesentwurf das Ziel einer effektiveren Abschöpfung trotz der weitgehenden Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze des Strafrechts nicht in der Weise wird erreichen können, die sich die Verbandsvertreter der Polizeibehörden wünschen. Denn auch die vorgeschlagenen Neuregelungen werden nichts daran ändern, dass sich der für eine Ermittlungsmaßnahme **erforderliche Anfangsverdacht auf alle Tatbestandsmerkmale des betreffenden Delikts** beziehen muss. Dass das Bundesverfassungsgericht<sup>174</sup> dies zunächst im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des Amtsgerichts Frankfurt (Oder) feststellen musste, überrascht, weil die Annahme, es bedürfe keines Verdachts hinsichtlich einer konkreten Tat mit dem Wortlaut des § 102 StPO offenkundig nicht vereinbar ist.
- 127 *„Dass eine Vortat aus dem Katalog des § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB begangen wurde, ist ein wesentliches Merkmal der Strafbarkeit der Geldwäsche. In § 261 Abs. 1 und Abs. 2 StGB werden zahlreiche Verhaltensweisen umschrieben, die als Tathandlungen in Betracht kommen. Insbesondere der sogenannte Isolierungstatbestand (§ 261 Abs. 2 StGB) sanktioniert über typische und zentrale Geldwäschebehandlungen hinaus das bloße Verschaffen, Verwahren oder Verwenden bemakelter Gegenstände, womit die Strafbarkeit auf Handlungen des täglichen Lebens ausgeweitet wird (...). Erst die Vortat versieht das Geld oder den sonstigen Gegenstand, mit dem der Geldwäschetäter umgeht, mit dem Makel, der einer neutralen, sozialtypischen Handlung wie beispielsweise einer Geldzahlung das Unwerturteil der Strafbarkeit zuweist (...).*
- 128 *„bb) Nicht ausreichend für die Annahme eines Anfangsverdachts ist es demnach, wenn keine über bloße Vermutungen hinausgehenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Vortat bestehen. Auch Anhaltspunkte für die Annahme, das betroffene Geld oder der betroffene Vermögensgegenstand rührten aus irgendeiner Straftat her, genügen nicht, um Strafverfolgungsmaßnahmen auszulösen (vgl. LG Marburg, Beschluss vom 15. November 2002 - 4 Qs 136/02 -, StV 2003, S. 67 <68>). Zwar wurde der Vortatkatalog des § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB in den vergangenen Jahren stets erweitert, sodass mittlerweile weite Bereiche strafbaren Handelns erfasst sind. Gleichwohl ist nach dem Willen des Gesetzgebers nach wie vor nicht jedes inkriminierte Geld geldwäschtanglich; auf einen Vortatenkatalog verzichtet der Gesetzgeber weiterhin nicht. Außerdem sind auch nach heutiger Rechtslage wesentliche Vergehen wie beispielsweise Diebstahl, Betrug und Untreue nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen von § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 und 5 StGB erfasst.“<sup>175</sup>*
- 129 Zwar sollen in Zukunft alle Straftaten Vortaten zur Geldwäsche sein, so dass diese Argumentation des Bundesverfassungsgerichts insofern nicht mehr zum Tragen kommen wird, doch betont Entwurfsbegründung, der **Geldwäschevorsatz** müsse sich weiterhin auf **sämtliche Tatbestandsmerkmale und damit auch auf eine Vortat** beziehen. Damit scheidet der Vorsatz – unabhängig vom Vortatenkatalog – weiterhin dann aus, wenn der Täter sich überhaupt keine klaren Vorstellungen von irgendeinem Vergehens- oder Verbrechenssachverhalt gemacht hat.<sup>176</sup> Andernfalls könne nicht festgestellt werden, *„ob sich die Vorstellung des Täters auf eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Absatz 1 Nummer*

<sup>172</sup> Zu diesem Problem Bülte ZStW 122 (2010) S. 550 ff.; ferner Neubauer in Münchener Kommentar-StGB, Band 4, 3. Aufl. 2017, § 261 Rn. 117.

<sup>173</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 36.

<sup>174</sup> BVerfG Beschl. v. 31.1.2020 – 2 BvR 2992/14; vgl. auch Beschl. v. 7.5.2020 – 2 BvQ 26/20, NZWiSt 2020, 439 m. Anm. Neubauer.

<sup>175</sup> BVerfG Beschl. v. 31.1.2020 – 2 BvR 2992/14, Rn. 41 f.

<sup>176</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 36.

5 StGB oder nicht zum Beispiel auf eine Ordnungswidrigkeit bezogen hat“. Der Geldwäscher muss zwar weder den Vortäter noch die Einzelheiten der Vortat kennen, aber dennoch zumindest eine vage Vorstellung von dem Sachverhalt haben, aus dem der inkriminierte Vermögensgegenstand erlangt wurde. Weil diese Vorstellung zum Tatbestand des Strafgesetzes gehört, muss auch der Anfangsverdacht sich darauf beziehen, denn dieser setzt **zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat** voraus.<sup>177</sup> Es müssen also *Tatsachen* vorliegen, aus denen sich schließen lässt, dass der potentielle Geldwäscher eine hinreichend konkrete Vorstellung von einer Haupttat hatte.

- 130 In den Fällen, die in der Praxis besondere Schwierigkeiten machen, nämlich der Fund einer erheblichen **Bargeldmenge unklarer Herkunft**, scheidet der Anfangsverdacht (weiterhin) daran, dass die Strafverfolger zwar eine illegale Herkunft vermuten werden, aber tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete Vortat fehlen, die zum einen Voraussetzung für die Strafbarkeit und zum anderen für den Vorsatz sind und damit auch für den Tatverdacht.
- 131 Das „**Problem des doppelten Anfangsverdachts**“ entschärft sich also nur in den Fällen, in denen Hinweise auf eine konkrete Straftat bestehen, die keine Katalogtat ist.<sup>178</sup> Fehlen bei dem Bargeldfund Hinweise auf den Zusammenhang mit bestimmten Straftaten, so fehlt es am Anfangsverdacht der Geldwäsche. Beweiserleichterungen ergeben sich also nur für Fälle, in denen zwar eine konkrete Vortat, nicht aber die Gewerbsmäßigkeit zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden kann.

#### IV. Die selbständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB

- 132 Die vorgeschlagene Änderung des § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 1 lit. f) StGB **konterkariert** durch die Begrenzung der selbständigen Einziehung auf Verfahren wegen bestimmter Vortaten **das Ziel der effektiven Abschöpfung von Vermögen** aus Straftaten und illegal erlangten Vermögenswerten. Die Anpassung erscheint zwar vor dem Hintergrund der Ausweitungen des § 261 StGB konsequent, basiert aber auf dem grundsätzlichen Irrtum, der dem Gesetzesentwurf zugrunde liegt und ihn prägt. Das gescheiterte Konzept der deutschen Geldwäschebekämpfung wird hier deutlich: Der Gesetzesentwurf nimmt von einer umfassenden Abschöpfung von Vermögenswerten mit illegaler Herkunft über § 76a Abs. 4 StGB Abstand, um den Katalog des § 76a Abs. 4 S. 3 StGB nicht „*empfindlich auszuhöheln*“.<sup>179</sup> Durch den Wegfall des Vortatenkatalogs würde über den Umweg des § 261 StGB ansonsten jede Straftat unter den Katalog des § 76a Abs. 4 S. 3 StGB fallen. Um das zu verhindern, wird der Bereich der Geldwäscheverfahren, die dieser Form der Einziehung unterliegen, auf solche mit Verbrechen und gewerbs- oder bandenmäßige Straftaten beschränkt.
- 133 Angesichts der im Gesetzesentwurf ausufernden Ausdehnung der Strafbarkeit der Geldwäsche als Umweg zur effektiven Vermögensabschöpfung ohne Rücksicht auf verfassungsrechtliche Schranken erscheint es unverständlich, bei der **selbständigen Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB** mit Rücksicht auf die Systematik der Abschöpfung solche Zurückhaltung zu üben und den Zugriff auf Vermögenswerte zu beschränken, deren kriminelle Herkunft nach Überzeugung des Gerichts – die auch nach § 437 StPO erforderlich ist – festgestellt ist.<sup>180</sup>
- 134 Diese Vorgehensweise weckt **Bedenken**, ob es dem Gesetzesentwurf mit der **effektiven Abschöpfung** illegal erlangten Vermögens **ernst** ist. Denn hier wird der schwerwiegendere Grundrechtseingriff der Strafbarkeit bei Kontakt mit inkriminiertem Vermögen aus jeder Art von noch so geringfügiger Straftat angeordnet, der kaum eine effektive Bekämpfung der Kriminalität verspricht, unter Umgehung von strafrechtlichen Verfahrenssicherungen. Der weniger schwerwiegende Grundrechtseingriff der Einziehung – „nur“ in das Eigentum – unterbleibt dagegen, um zu gewährleisten, dass die besondere Form der Abschöpfung nicht zur Regeleinziehung wird, sondern „*schwerpunktmäßig ,schwere Straftaten aus dem Bereich des Terrorismus und der organisierten Kriminalität‘*“ erfasst.<sup>181</sup>

<sup>177</sup> Vgl. *BVerfG Beschl. v. 29.10.2013 – 2 BvR 389/13 Rn. 16*.

<sup>178</sup> Vgl. auch [Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. \(WisteV\) vom 7.9.2020](#), S. 5 f.; Neuheuser NZWiSt 2020, 441 (444).

<sup>179</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 26 f.

<sup>180</sup> Eindringlich hierzu *Bussmann/Veljovic* NZWiSt 2020, 417 (425).

<sup>181</sup> [BT-Drs. 19/24180](#), S. 27.

- 135 Eine **effektive Abschöpfung** muss über eine Vorschrift wie **§ 76a Abs. 4 StGB** ansetzen und die Einziehung in Fällen von Vermögensgegenständen unklarer Herkunft auch ohne strafrechtliche Verurteilung anordnen, wenn die illegale Herkunft zur Überzeugung des Gerichts feststeht und der Umfang der Vermögenswerte ein gewisses Maß übersteigt. Eine solche vom Strafrecht abgekoppelte Abschöpfung wäre deutlich effektiver und würde trotz ihrer nicht unerheblichen Eingriffswirkung keinen so schweren Grundrechtseingriff bedeuten wie die Kriminalstrafe mit ihrem sozial-ethischen Unrechtsurteil (vgl. Rn. 45), die allein zum Zweck der Einziehung und ohne kriminalpolitische Notwendigkeit stark ausgeweitet wird und letztlich doch nur Mittel zum Zweck der Abschöpfung ist, die man auf dem kürzeren und schonenderen unmittelbaren Weg erreichen könnte.<sup>182</sup> Nach derzeitigem Stand muss die Abschöpfung in Geldwäscheverfahren als weitgehend ineffektiv angesehen werden.<sup>183</sup>

#### E. Fazit: Sachliche Inkonsistenz und rechtsstaatliche Friktionen des Entwurfs

- 136 In der Zusammenfassung kann festgehalten werden, dass der Gesetzesentwurf **schwere Grundrechtseingriffe ohne nachvollziehbaren Grund** mit sich bringt, die Grundsätze des Rechtsstaatlichkeit nicht hinreichend berücksichtigt, indem unverhältnismäßige Strafen angedroht werden, um Verfahrenssicherungen wie den Zweifelsgrundsatz zu umgehen und letztlich **nicht einmal die Aussicht auf eine effektivere Bekämpfung der Kriminalität** erkennbar ist.
- 137 Die **Argumentation der Begründung** des **Gesetzesentwurfs** ist in vielen Aspekten **inkonsistent und widersprüchlich**, wenn etwa von einer ausbleibenden Mehrbelastung für die Wirtschaft ausgegangen wird, obwohl bei Ausweitung des Vortatenkatalogs von einer steigenden Zahl von Verdachtsmeldungen auszugehen ist. Ebenso unplausibel ist, wie eine steigende Zahl von Strafverfahren wegen Geldwäsche und damit eine weitere Belastung der bereits überlasteten Justiz zu einer effektiveren Verfolgung von Straftaten führen soll, obwohl vor allem mit vielen Strafverfahren wegen Geldwäsche als Folge geringfügiger Kriminalität und Fällen einfacher Steuerhinterziehung zu rechnen ist.
- 138 Weiterhin ist nicht verständlich, warum ein Gesetzesentwurf, der den Zweck verfolgt, insbesondere der organisierten Kriminalität die finanziellen Mittel für die Begehung weiterer Straftaten zu entziehen, **nicht den gesetzgeberischen Weg** wählt, auf dem eine **realistische Aussicht** besteht, dieses Ziel zu erreichen, nämlich eine **Ausweitung der Möglichkeiten der Abschöpfung bei unklarer Vermögensherkunft**. Stattdessen wird der Umweg über die Geldwäschestrafbarkeit gewählt, die nur zu verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten und Verwerfungen führt.
- 139 Letztlich bleibt die Vermutung, dass es dem Gesetzesentwurf vornehmlich um die **Erhöhung der Zahl der Verurteilungen wegen Geldwäsche** geht, um mit Blick auf die kommende Evaluation durch die FATF die deutsche Geldwäschebekämpfung als umfassend „compliant (C)“ darstellen zu können. Wenn das der Fall ist, enthält der Gesetzesentwurf einen **systematischen Bruch der elementaren Grundlagen des deutschen Strafrechts und eine Verletzung des Schuldgrundsatzes**. Dann wird nämlich die **Strafe** zu einem beliebigen **Mittel**, um **wirtschaftspolitische Ziele zu erreichen**, der verurteilte Einzelne wird zum Objekt des staatlichen Strafens. Das wäre ein für einen Rechtsstaat ein unhaltbarer Zustand.

<sup>182</sup> So bereits [Vogel, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche](#), S. 5 f.

<sup>183</sup> Vgl. [Bussmann/Veljovic](#) NZWiSt 2020, 417 (418): Nur in 7% der Geldwäschestrafverfahren erfolgt eine Sicherstellung, in nur 2% eine Einziehung.