

„Bekämpfungsstrafrecht“ außer Rand und Band – Zur unverhältnismäßigen Reform des Geldwäschetatbestands

von Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Der Geldwäschetatbestand ist die am häufigsten geänderte Vorschrift des StGB. Seit seiner Einführung im Jahr 1992 reiht sich eine Reform an die andere, häufig initiiert durch umzusetzende EU-Richtlinien. Auch die neue Reform ist der überfälligen Umsetzung der EU-Richtlinie 2018/1673 geschuldet, geht aber weit über das erforderliche Maß an Änderungen hinaus und führt zu einer unverhältnismäßigen Verschärfung mit weitreichenden Konsequenzen in der Praxis. Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche ist am 18.3.2021 in Kraft getreten.

The money laundering law has been the most frequently amended provision of the StGB. Since its introduction in 1992, one reform has been followed by another, which is often prompted by EU directives that needed to be implemented. The new reform is also attributable to the overdue implementation of EU Directive 2018/1673. However, it goes far beyond the required level of change and leads to a disproportionate tightening of the law with far-reaching consequences in practice. The Improvement to Combat Money Laundering under Criminal Law Act came into force on March 18th, 2021.

I. Metamorphose eines Straftatbestands

§ 261 StGB ist erst durch das OrgKG vom 15.7.1992 in das StGB eingefügt worden und trat zwei Monate nach seiner Verkündung in Kraft.¹ Ziel des damaligen Gesetzes war die wirksamere Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und Abschöpfung deren Gewinne.² Fischer nennt in seiner Kommentierung den Geldwäschetatbestand als die am häufigsten geänderte Vorschrift des StGB.³ Die Änderungen sind so vielfältig und unübersichtlich, dass die Auffassung über deren Anzahl auseinanderklafft, Gazeas benennt 32 Änderungen in 29 Jahren,⁴ Gercke/Jahn/Paul sogar 34⁵ und Altenhain kam bei seiner Zählung im Jahr 2017 auf 24 Änderungen.⁶

Die Änderungen haben den Straftatbestand nicht nur immer unübersichtlicher gemacht, er entfernte sich auch immer mehr von seiner eigentlichen Zielsetzung, Organisierte Kriminalität wirksam und effektiv zu bekämpfen.

Denn das Gegenteil ist der Fall. Eine empirische Studie ergab, dass der Geldwäschestrafatbestand nur einen sehr kleinen Ausschnitt des gesamten Spektrums der verschiedenen Erscheinungsformen der Geldwäsche erfasst.⁷ Da die Strafverfahren häufig gegen Kleinkriminelle weit unterhalb der relevanten Strukturen geführt werden, sieht Fischer das mit dem Straftatbestand verfolgten Konzept einer Verminderung der Organisierten Kriminalität als gescheitert an.⁸

Der Geldwäschetatbestand war schon vor seiner jetzigen Neufassung mit 9 Absätzen zum unübersichtlichen „Monstrum“ angewachsen⁹ und von Jahn zu Recht als enfant terrible des Strafgesetzbuchs bezeichnet worden.¹⁰ Die Neufassung hat dies nicht besser gemacht, vielmehr ist der Straftatbestand wieder auf 10 Absätze angewachsen und stellt mit 848 Worten hinsichtlich seines Umfangs den „Negativrekord im geltenden materiellen Strafrecht“ dar.¹¹

Diese Neufassung und Neustrukturierung des Geldwäschetatbestands sollte einer weiteren „Verbesserung“ der strafrechtlichen Geldwäsche dienen¹² und stellt die wesentlichste und größte Änderung seit Einführung des Straftatbestands dar. Es ist nicht davon auszugehen, dass das erklärte Ziel des Gesetzes, die Organisierte Kriminalität effektiver und erfolgreicher zu bekämpfen,¹³ erreicht wird. Vielmehr ist durch die Streichung des Vortatenkatalogs viel „Beifang“ zu erwarten¹⁴ und die Erfassung von mittlerer Kriminalität und gar Bagatelldelikten könnte schnell zu einer Überlastung der Strafverfolgungsbehörden führen, wenn nicht eine großzügige Einstellungspraxis in solchen Fällen gelebt wird.

* Der Verfasserin ist Universitätsprofessorin und Fachgebietsleiterin am Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

¹ S. BGBl. I 1992, S. 1302 (1312).

² Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 1; abrufbar unter: <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/12/009/1200989.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2021).

³ S. Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 261 Rn. 1.

⁴ Gazeas, NJW 2021, 1041.

⁵ S. Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330.

⁶ Vgl. Altenhain, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 261 Rn. 1.

⁷ S. Bussmann/Veljovic, NZWiSt 2020, 417 (422).

⁸ Vgl. Fischer, StGB, § 261 Rn. 4c; ebenso Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 261 Rn. 4.

⁹ S. Michalke, in: FS Fischer, 2018, S. 449 (450).

¹⁰ Jahn/Ebner, JuS 2009, 597 (598); zustimmend bspw. Hecker, JuS 2020, 572 (573); Schindler, NZWiSt 2020, 457 (462).

¹¹ So Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330.

¹² Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, BGBl. I 2021, S. 327.

¹³ S. Regierungsentwurf, S. 1; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/11/bt-drs-19-24180.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2021).

¹⁴ So bereits Jahn, BT-Prot. 19/117, S. 10.

II. Die Neufassung des § 261 StGB

1. Der Verzicht auf einen Vortatenkatalog

Die weitreichendste Änderung – gar als Paradigmenwechsel der Geldwäschebekämpfung bezeichnet¹⁵ – stellt die Abschaffung des bislang geltenden enumerativen Vortatenkatalogs dar. Nunmehr kommen prinzipiell alle Delikte als Geldwäschevortaten in Betracht. In der Tat war der Vortatenkatalog in der Vergangenheit stetig angewachsen und hätte auch nach den Vorgaben der EU-Richtlinie wieder ausgeweitet werden müssen. Daher hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschlossen, den Vortatenkatalog zu streichen und so nicht nur über die notwendige Umsetzung der EU-Richtlinie, sondern auch über die Empfehlungen der Financial Action Task Force hinauszugehen.¹⁶ Dieser sog. „all-crimes-approach“ wird in der EU nur von fünf anderen Mitgliedstaaten verfolgt. Dieses „maximalpunitiv Konzept“ ist kriminalpolitisch verfehlt und wird zu einer massiven Ausweitung des Strafbarkeitsrisikos und zu einer zunehmenden potentiellen Kriminalisierung legaler Wirtschaftstätigkeit führen.¹⁷ *Gazeas* zeigt mit seinen Beispielfällen „Schokoladen-Fall, Schwarzfahrt-Fall und Eierdieb-Fall“ sehr plastisch auf, dass der Verzicht auf den Vortatenkatalog primär zu einer Fülle an Ermittlungs- und Strafverfahren im Bereich der Klein- und Bagatelldelinquenz führen wird.¹⁸ Auch der Gesetzgeber hat erkannt, dass die Ausweitung des Geldwäschetatbestands die Anzahl an Strafverfahren erhöhen wird und dadurch Mehraufwand im justiziellen Kernbereich in nicht unbeträchtlichem Umfang zu erwarten ist.¹⁹ In der Gesetzesbegründung wird dieser Mehraufwand später weiter präzisiert und von schätzungsweise 20.000 zusätzlichen Verfahren ausgegangen.²⁰ Das auch diesmal vom Gesetzgeber erklärte Ziel, durch diese Ausweitung insbesondere die Organisierte Kriminalität bekämpfen zu wollen,²¹ wird wohl – wieder – nicht erreicht werden.

Denn der Gesetzgeber schließt fälschlicherweise von der Ausweitung des Kreises der Vortaten auf sämtliche Straftaten auf eine Erleichterung der Beweisführung.²² Die Vortatenverknüpfung verlangt aber vom Gericht zweierlei. Zum einen muss der Gegenstand einem hinreichend konkret feststellbaren Tatgeschehen zugeordnet werden. Zum anderen musste in einem nächsten Schritt dieses Geschehen unter einen Katalogtatbestand subsumiert werden. Der erste Schritt der Zuordnung stellte und stellt in der Praxis das größte Problem dar. Dies ist ganz unabhängig davon, wie eng oder weit der Kreis der Vortaten gezogen wird. Auch die Geldwäschestudie von *Bussmann* kommt zu dem Ergebnis, dass das maßgebliche Problem nicht in einem zu lückenhaften Vortatenkatalog des § 261

StGB liegt, sondern in seiner Akzessorietät.²³ Dies wird ebenfalls von polizeilicher Seite bestätigt. So wies *Fiedler* zu Recht darauf hin, dass ein All-Crime-Ansatz nicht die Aufklärung komplexer Sachverhalte erleichtere, denn die Anforderungen an die Konkretisierung der Vortat werden hierdurch nicht berührt. Hindernis sei insofern nicht die Begrenzung der Strafbarkeit, sondern die Nachweis-schwierigkeit der kriminellen Quellen.²⁴

Insofern liegt die Vermutung nahe, dass der Geldwäschetatbestand auch nach seiner Neufassung keinen praktischen Mehrwert hat, was das erklärte Ziel der Bekämpfung von Organisierter Kriminalität betrifft. Das andere Ziel, die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche dadurch zu verbessern, dass man den Straftatbestand „deutlich häufiger als bisher“ greifen lässt,²⁵ wird dagegen zweifellos erreicht. Sinnvoll ist das aber nicht.

Denn schon die Studie von *Bussmann* hat gezeigt, dass Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche häufig eingestellt werden, da es keine verwertbaren Anhaltspunkte für die inkriminierte Herkunft des Geldes gibt. Ausnahme von dieser Regel bilden allein die Fälle von Finanz- und Warenagenten, da die Geschädigten der Vortat sichtbar sind. Rechtskräftige Verurteilungen betrafen demnach bei 669 zufällig ausgewählten Verfahrensakten in rund 99 % der Fälle Finanz- und Warenagenten bzw. faktisch als solche Handelnde.²⁶ Dagegen hätten in den untersuchten Verfahren bspw. Fälle von Transaktionen mit ungewöhnlich hohen Bargeldsummen oder aus stark korruptions- und geldwäschebelasteten Ländern gefehlt. Neben dem Problem der Akzessorietät des Geldwäschetatbestands, benennt *Bussmann* deutlich personell unterbesetzte und zu wenig spezialisierte Staatsanwaltschaften sowie Schwierigkeiten bei der Durchführung internationaler Rechtshilfeersuchen als Hauptgründe.²⁷ Diese Gründe fallen aber durch die Gesetzesreform nicht weg, sondern verstärken sich im Hinblick auf fehlende Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden. Es bleibt abzuwarten, ob und wie Justiz, Polizei und FIU hier in angemessenem Umfang personell ausgestattet werden.²⁸

Gercke/Jahn/Paul halten den Verzicht eines Vortatenkatalogs und die dadurch bewirkte Verlagerung der Strafbarkeit in den Kreis der Massen- und Bagatelldelinquenz für unverhältnismäßig. Der Verweis auf die prozessuale Einstellungsmöglichkeit greife zu kurz. Zumindest sei die

¹⁵ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330.

¹⁶ Diese fordern eine Erfassung aller schwerwiegenden Straftaten, vgl. FATF, International Standards On Combating Money Laundering And The Financing Of Terrorism & Proliferation, 2020, S. 12.

¹⁷ So bereits *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (333); vgl. auch *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043).

¹⁸ Vgl. *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044).

¹⁹ S. BT-Drs. 19/24180, S. 3 f.

²⁰ So BT-Drs. 19/24180, S. 25.

²¹ Vgl. BT-Drs. 19/24180, S. 1.

²² S. BT-Drs. 19/24180, S. 2.

²³ So *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (419).

²⁴ BDK-Stellungnahme, S. 2, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/fiedler_bdk-data.pdf (zuletzt abgerufen am 14.5.2021).

²⁵ S. BT-Drs. 19/24810, S. 2.

²⁶ Vgl. *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (418).

²⁷ Vgl. *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (419).

²⁸ Zur Forderung nach mehr Personal vgl. auch *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (130). Zur Belastung der Justiz *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044); *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 21/2020 Anm. 1.

Einführung einer dem § 248a StGB vergleichbaren Vorschrift verfassungsrechtlich angezeigt gewesen.²⁹ Sie fordern daher eine restriktive Auslegung des gesamten Straftatbestands der Geldwäsche.³⁰ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

2. Tatobjekte

Leider hat der Gesetzgeber die Chance verpasst, die noch im Referenten- und Regierungsentwurf vorgesehene Neuformulierung der geldwäschetauglichen Tatobjekte zu normieren und so die vielfach kritisierte Terminologie des „Herrührens“ aufzugeben. Die Grenzen des Herrührens waren schon im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren bei Einführung des Geldwäschetatbestands unklar und auch der Rechtsprechung ist eine hinreichende Konkretisierung kaum gelungen.³¹ Vorgesehen war nach dem Referenten- und Regierungsentwurf zunächst, Taterträge, Tatprodukte oder an deren Stelle getretene andere Vermögensgegenstände zu erfassen.³² Die geldwäschetauglichen Vermögensgegenstände sollten so durch eine Anpassung an die Terminologie des reformierten Vermögensabschöpfungsrechts modernisiert und durch die klare Strukturierung ein vereinfachter Umgang mit dem Geldwäschestrafatbestand erreicht werden, ohne seinen Anwendungsbereich einzuschränken.³³ Die „last-minute-Abgabe“³⁴ an die begriffliche Anpassung an das Recht der Vermögensabschöpfung ist bedauerlich. Es bleibt dabei, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrühren muss.

Von § 261 Abs. 6 StGB a.F. in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB n.F. verschoben wurde der straflose Zwischenerwerb. Während aber im Regierungsentwurf noch vorgesehen war, alle Tathandlungsvarianten vom Ausschlussgrund des straflosen Vorerwerbs zu erfassen,³⁵ ist auch dies im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durch die Empfehlung des Ausschusses³⁶ zurückgenommen worden. Der Ausschlussgrund ist inhaltlich unverändert auch nach Neufassung lediglich hinsichtlich der in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB genannten Tatvarianten anwendbar. Aufgegeben wurde dagegen der Begriff der „Straftat“, der durch den Begriff der „rechtswidrigen Tat“ ersetzt wurde. Dieser ist in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB legal definiert und umfasst solche Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen.

3. Tathandlungen

Die Beschreibungen der Tathandlungen lehnen sich an die bisherigen Formulierungen an, werden aber übersichtlicher strukturiert sowie in Umsetzung der Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 2018/1673 fortgeschrieben.

Der Begriff des Verbergens in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB n.F. entspricht der wortgleichen Tatvariante des § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB a.F.³⁷ Unter Verbergen versteht man jede Tätigkeit, die durch eine unübliche örtliche Unterbringung oder eine den Gegenstand verdeckende Handlung den Zugang zum Gegenstand erschwert.³⁸

Die Tathandlung des Vereitels in § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 3 StGB a.F. ist in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB verschoben worden. Nach der Reform des Vermögensabschöpfungsrechts sieht der Gesetzgeber ein Bedürfnis für die Einbeziehung des Schutzes der „Sicherstellung“ neben der „Einziehung“ nicht mehr.³⁹ Folglich wird bestraft, wer einen aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstand in der Absicht, dessen Auffinden, dessen Einziehung oder die Ermittlung von dessen Herkunft zu vereiteln, umtauscht, überträgt oder verbirgt. Durch die Formulierung handelt es sich bei dieser Variante um ein reines Absichtsdelikt mit stark überschießender Innentendenz.⁴⁰ Eine konkrete Gefährdung hält der Gesetzgeber für nicht erforderlich und bezeichnet die Variante des Vereitels als abstraktes Gefährdungsdelikt.⁴¹ Gefolgt werden kann dies aus der Streichung der Gefährdungsalternative des § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 3 StGB a.F.⁴² Überzeugen kann dies angesichts der Weite des neugefassten Straftatbestands nicht. Daher ist mit *Gercke/Jahn/Paul* und dem Gebot einer restriktiven Auslegung am Erfordernis einer konkreten Eignung zur Gefährdung festzuhalten.⁴³

In § 261 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB n.F. werden die Tathandlungen aus § 261 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB a.F. überführt. Die rein sprachlichen Korrekturen der Tathandlungen des Verschaffens, Verwahrens oder Verwendens führen zu keinen inhaltlichen Änderungen.⁴⁴

Die Tathandlungen des Verschleierns oder Verheimlichens werden durch § 261 Abs. 2 StGB erfasst. Während § 261 Abs. 1 Var. 2 StGB a.F. nur das Verschleiern als Tathandlung benannt hat, sieht der Gesetzgeber in Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 2018/1673 die Aufnahme der Tathandlungsvariante des Verheimlichens

²⁹ So *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334); s. bereits WisteV, Stellungnahme, S. 3, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_WisteV_ReFe_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 14.5.2021); ein konkreter Formulierungsvorschlag findet sich bei *Jahn*, Stellungnahme, S. 18, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/jahn-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.5.2021): „§§ 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a gelten entsprechend.“

³⁰ *S. Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334).

³¹ *S. Fischer*, § 261 Rn. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 261 Rn. 5; *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (Stand: 1.2.2021), § 261 Rn. 15.

³² Referentenentwurf, S. 5, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/08/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.pdf (zuletzt abgerufen am 15.5.2021); BT-Drs. 19/24180, S. 6.

³³ S. BT-Drs. 19/24180, S. 19.

³⁴ So *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (335).

³⁵ Vgl. BT-Drs. 19/24180, S. 7.

³⁶ S. BT-Drs. 19/26602, S. 2.

³⁷ Vgl. Referentenentwurf, S. 31.

³⁸ *S. Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 261 Rn. 15; *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 24; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (336).

³⁹ Vgl. Referentenentwurf, S. 32.

⁴⁰ *S. Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

⁴¹ S. Referentenentwurf, S. 32.

⁴² So *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

⁴³ *S. Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337); zum Erfordernis nach alter Rechtslage vgl. statt vieler *Fischer*, § 261 Rn. 36.

⁴⁴ Vgl. Referentenentwurf, S. 33 f.

als erforderlich an.⁴⁵ Eine inhaltliche Differenzierung bleibt die Richtlinie allerdings schuldig, so dass davon auszugehen ist, dass die beiden Alternativen synonym gebraucht werden.⁴⁶

4. Auslandstaten

Absolut missglückt ist die Neuformulierung des § 261 Abs. 9 StGB zu den Auslandstaten. Zwar können wie bisher im Ausland begangene Taten taugliche Vortaten einer strafbaren Geldwäsche sein. Allerdings wurde die durchgängige Verknüpfung an das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit aufgegeben (so noch in § 261 Abs. 8 StGB a.F.). Geschuldet ist dies der umzusetzenden EU-Richtlinie, die in Art. 3 Abs. 3 lit. c und Art. 4 zwingend fordert, auf das Prinzip der doppelten Strafbarkeit dann zu verzichten, wenn es sich bei der Auslandstat um eine Tat handelt, die nach den in der Richtlinie aufgeführten Rechtsvorschriften der Europäischen Union mit Strafe zu bedrohen ist. In diesen Fällen der bereits durch europarechtliche Vorgaben als kriminelle Handlungen bezeichneten Taten bedarf es keiner zusätzlichen Feststellung, dass die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.⁴⁷ Zwar ist dem deutschen Gesetzgeber hier angesichts der klaren EU-Vorgaben kein Vorwurf zu machen, zumal Deutschland bereits in einer Erklärung zum Entwurf der Richtlinie Bedenken gegen diese Durchbrechung des Prinzips doppelter Strafbarkeit angemeldet hatte.⁴⁸ Allerdings führt die Neufassung in letzter Konsequenz dazu, dass in Drittstaaten, die dem EU-Recht nicht unterworfen sind, eine Strafbarkeit für Transaktionen auch dann im Raum steht, wenn diese im besagten Drittland legal erworben wurden.⁴⁹

Hinzu kommt, dass in § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB lediglich die EU-Richtlinien und Rahmenbeschlüsse benannt werden, so dass sich die Strafbarkeit nicht von vornherein erschließt und erst umständlich durch Nachschlagen in den einzelnen Vorschriften geklärt werden kann. Dies macht diese Vorschrift nicht nur sehr unübersichtlich,⁵⁰ sondern ist auch bedenklich, wenn man die Anforderung genau nimmt, dass sich die Frage der Strafbarkeit aus dem Gesetz selbst erschließen soll.⁵¹

5. Subjektiver Tatbestand

Auch die Neufassung des § 261 StGB sieht eine Strafbarkeit sowohl bei vorsätzlicher als auch bei leichtfertiger Verknennung der Bemakelung des Tatgegenstands vor.

a) Direkter Vorsatz und Strafverteidigerprivileg

Kodifiziert wurde nunmehr die Vorgabe des *BVerfG* vom 19.11.2003, nach der § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F. nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar war, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme sichere Kenntnis von der inkriminierten Herkunft seines Honorars hatte.⁵² § 261 Abs. 1 S. 3 StGB führt nun in den Fällen des Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 dazu, dass ausdrücklich direkter Vorsatz für die besonders gefährdete Berufsgruppe der Strafverteidiger verlangt und das Strafverteidigerprivileg gesetzlich verankert wird. Ebenfalls ausgenommen ist der Strafverteidiger in diesen Fallvarianten von dem Leichtfertigkeitstatbestand in § 261 Abs. 6 StGB.

Auch wenn diese gesetzliche Klarstellung zu begrüßen ist, so ist doch die Begriffswahl und Eingrenzung auf „Strafverteidiger“ zu kurz gegriffen. Der Terminus des Strafverteidigers findet sich in der StPO nicht, vielmehr sprechen die Vorschriften insbesondere der §§ 137 ff. StPO vom Verteidiger und der Verteidigung. Mangels klarer Definition sind so Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Auslegung vorprogrammiert.⁵³ Wird sich am Fachanwalt für Strafrecht oder an der materiellen Verteidigungstätigkeit orientiert? Und was ist mit Rechtslehrern an Hochschulen gem. § 138 StPO? Der Wortlaut setzt hier zumindest insofern Grenzen, als eine Tätigkeit als Strafverteidiger eben keine als Notar, Insolvenzverwalter oder Syndikusanwalt ist.⁵⁴ Auch bei zivilrechtlichen Mandaten, die in einem untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit einem geldwäscherelevanten Sachverhalt stehen oder bei Mischkonstellationen wird eine Privilegierung nach dem klaren Wortlaut entfallen.⁵⁵ Und dies, obwohl das *BVerfG* ausdrücklich offengelassen hat, ob hier nicht auch eine Privilegierung des zivilrechtlich tätigen Rechtsanwalts geboten ist.⁵⁶

b) Leichtfertigkeitstatbestand

Nicht nachzuvollziehen ist ebenfalls, warum der Gesetzgeber bei der durch Streichung des Vortatenkatalogs bewirkten extensiven Ausweitung des Geldwäschetatbestands an der Leichtfertigkeitsvariante festgehalten hat. Dies ist umso bedauerlicher, als sich noch im Referententwurf für eine Streichung des Leichtfertigkeitstatbestands mit der Begründung ausgesprochen wurde, dass „andernfalls der Tatbestand eine nahezu uferlose Anwendungsbreite erhielte... Gegenüber der künftig sehr weitreichenden Vorsatzstrafbarkeit würde die Ausweitung der Strafbarkeit auf das leichtfertige Verkennen der rechtswidrigen Herkunft eines Gegenstands hingegen eine

⁴⁵ S. Referententwurf, S. 35.

⁴⁶ So bereits *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

⁴⁷ S. Referententwurf, S. 34.

⁴⁸ Vgl. Interinstitutionelles Dossier: 2016/0414(COD), S. 2, abrufbar unter: <https://db.eurocrim.org/db/de/doc/3051.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2021).

⁴⁹ So bereits *Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161 (164); *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (464).

⁵⁰ S. *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (127).

⁵¹ *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1042).

⁵² Vgl. *BVerfGE* 110, 226 (245 ff.); ausdrücklich BT-Drs. 19/24180, S. 31 f.

⁵³ Vgl. auch *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045); *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 21/2020 Anm. 1; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338).

⁵⁴ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (128).

⁵⁵ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338), schlagen hier eine erneute verfassungskonforme Auslegung für Berufsgruppen jenseits der Strafverteidigung vor. Eine solche Auslegung würde jedoch die Wortlautgrenze überschreiten und wäre m.E. unzulässig.

⁵⁶ Vgl. *BVerfG*, NJW 2015, 2949 (2953 f.).

Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens befürchten lassen.⁵⁷ Auch die Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs, der die Leichtfertigkeitstraftbarkeit wieder hat aufleben lassen, erkennt diese erhebliche Ausweitung.⁵⁸ Warum gleichwohl daran festgehalten wird, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung dagegen nicht. Insofern verschloss sich der Gesetzgeber auch den Stellungnahmen diverser Sachverständiger in der Anhörung im Rechtsausschuss, die mehrheitlich Bedenken am Festhalten des Leichtfertigkeitstatbestands äußerten.⁵⁹ Die Normierung eines Leichtfertigkeitstatbestands ist gerade in Verbindung mit dem Entfall des Vortatenkatalogs unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.⁶⁰ *Gazeas* hat zudem verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip und den Bestimmtheitsgrundsatz.⁶¹

Gercke/Jahn/Paul weisen zudem auf Unstimmigkeiten in Bezug auf die leichtfertige Begehung der Tatvarianten § 261 Abs. 1 Nr. 1 und 2 als auch Abs. 2 StGB hin. Denn diese erfordern nach der Gesetzesbegründung eine manipulative Tendenz des Handelnden.⁶² Insofern sei die „Leichtfertige Manipulativität ... ein Oxymoron des Geldwäschestrafrechts.“⁶³ Daher bleibt zu hoffen, dass diese Inkompatibilität dazu führt, dass es keine Schnittstellen im Anwendungsbereich gibt.

6. Vortatbeteiligung und Selbstgeldwäsche

Der in § 261 Abs. 9 S. 2 StGB a.F. enthaltene persönliche Strafausschließungsgrund der Vortatbeteiligung ist in § 261 Abs. 7 StGB n.F. überführt worden. Insbesondere wird auch an der 2015 eingefügten Rückausnahme und dem Ausschluss der Straflosigkeit bei der sog. Selbstgeldwäsche festgehalten. Eine wegen Beteiligung an der Vortat strafbare Person kann danach wegen Geldwäsche bestraft werden, wenn sie zusätzliches Unrecht begeht, indem sie den inkriminierten Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen Herkunft verschleiert.⁶⁴ In der Gesetzesbegründung wird lediglich auf die sprachliche Überarbeitung verwiesen,⁶⁵ die Systematik der Selbstgeldwäsche sollte modifiziert und praxisfreundlicher gestaltet werden.⁶⁶

7. Selbstanzeige

Der neu gefasste Geldwäschestraftatbestand hält auch an der bestehenden Möglichkeit der strafbefreienden Selbstanzeige fest, die sich von § 261 Abs. 9 StGB a.F. in § 261 Abs. 8 StGB n.F. verschiebt. Insofern ist es sehr erfreu-

lich, dass der Gesetzgeber nicht an der noch im Referentenentwurf vorgesehenen Abschaffung der strafbefreienden Selbstanzeige festgehalten hat.⁶⁷ Nach wie vor wird die strafbefreiende Selbstanzeige nach dem ursprünglichen Vorbild des § 371 AO 1976 als persönlicher Strafaufhebungsgrund ausgestaltet und insoweit in der Gesetzesbegründung auf die bestehende Literatur und Rechtsprechung verwiesen.⁶⁸

8. Qualifikationstatbestand

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 2018/1673 musste der deutsche Gesetzgeber erstmals einen Qualifikationstatbestand einführen, um geldwäscherechtlich Verpflichtete gegenüber dem Grundtatbestand mit einer erhöhten Strafdrohung zu belegen. Der Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 StGB verweist insofern auf Verpflichtete nach § 2 GwG und damit nicht nur bspw. auf Kreditinstitute, Finanz- und Versicherungsunternehmen, sondern auch auf Notare, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Die Strafverteidigung von Rechtsanwälten fällt dagegen nicht unter das Geldwäschegesetz,⁶⁹ so dass eine Kollision mit dem Strafverteidigerprivileg ausgeschlossen ist.⁷⁰

9. Strafzumessung

Der neue Grundtatbestand des § 261 StGB senkt die Mindeststrafe von ursprünglich drei Monaten Freiheitsstrafe auf eine Geldstrafe ab. Erforderlich war die Absenkung des Strafrahmens aufgrund der erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit durch Verzicht auf den selektiven Vortatenkatalog. An dem erhöhten Mindeststrafrahmen wollte der Gesetzgeber daher nicht festhalten und durch die Herabsetzung auch die Tatsache berücksichtigen, „dass künftig Straftaten als Geldwäschevortaten gelten sollen, die selbst eine geringere Strafdrohung haben.“⁷¹

Der Qualifikationstatbestand der nach dem Geldwäschegesetz besonders Verpflichteten überführt dagegen den Strafrahen von § 261 Abs. 1 StGB a.F. in § 261 Abs. 4 StGB n.F., so dass hier an der Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren festgehalten wird.

Die Regelbeispiele des § 261 Abs. 4 StGB a.F. werden im Wortlaut übernommen und in § 261 Abs. 5 StGB n.F. verschoben. Die Strafschärfung der besonders schweren Fälle sieht nach wie vor eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vor.

⁵⁷ S. Referentenentwurf, S. 19.

⁵⁸ So BT-Drs. 19/24180, S. 33.

⁵⁹ Vgl. insoweit die Nachw. bei *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045) in Fußn. 37.

⁶⁰ So bereits *Bülte*, Stellungnahme, S. 29; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/buelte-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2021).

⁶¹ S. *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045).

⁶² Vgl. BT-Drs. 19/24180, S. 31, 35.

⁶³ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (339).

⁶⁴ Vgl. *Fischer*, § 261 Rn. 79; BT-Drs. 19/24180, S. 33 f.

⁶⁵ BT-Drs. 19/24180, S. 33.

⁶⁶ S. BT-Drs. 19/24180, S. 34. Kritisch insoweit *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (339).

⁶⁷ Zur Kritik bspw. BRAK-Stellungnahme, Nr. 52/2021, S. 10, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/Stn_52-v-11.09.-RefE-eines-Gesetzes-zur-Verbesserung-der-strafrechtlichen-Bekaempfung-der-Geldwaesche-Strauda.pdf (zuletzt abgerufen am 15.5.2021).

⁶⁸ S. BT-Drs. 19/24180, S. 34; vgl. *Fischer*, § 261 Rn. 75.

⁶⁹ Vgl. *Kaetzler*, in: *Zentes/Glaab*, GwG, 2. Aufl. (2020), § 2 Rn. 148; *Berndt/Müller/Hümmrich-Welt*, in: *Volk/Beukelmann*, Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. (2020), Teil C, § 21 Rn. 184.

⁷⁰ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (340).

⁷¹ BT-Drs. 19/24180, S. 18.

III. Änderungen im Vermögensabschöpfungsrecht

Auch die bereits im Rahmen der Reform des Vermögensabschöpfungsrechts vielfältig kritisierte Norm der erweiterten selbstständigen Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB⁷² ist im Zuge des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche neu gefasst worden.⁷³ Die 2017 eingeführte Vorschrift soll die Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft unabhängig vom Nachweis konkreter rechtswidriger Taten und von dem subjektiven Verfahren ermöglichen.⁷⁴

Auch hier wurde die zunächst aufgrund der Abschaffung des Vortatenkatalogs vorgesehene Einschränkung des § 74a Abs. 4 StGB vom Gesetzgeber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wieder zurückgenommen. Ursprünglich sollte die selbstständige Einziehung nur dann angeordnet werden dürfen, wenn die geldwäschetaugliche Vortat ein Verbrechen oder eine gewerbsmäßig- oder bandenmäßig begangene Tat ist. Nur durch diese Einschränkung sei auch weiterhin gewährleistet, dass der Katalog des § 76a Abs. 4 StGB schwerpunktmäßig schwere Straftaten aus dem Bereich des Terrorismus und der Organisierten Kriminalität erfasse.⁷⁵ Auch diese aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend notwendige Begrenzung der Regelung wurde kurz vor der dritten Lesung im Bundestag wieder zurückgenommen.⁷⁶

Durch die Beibehaltung der bisher geltenden Umschreibung des Einziehungsobjekts in § 76a Abs. 4 S. 1 StGB will der Gesetzgeber sicherstellen, dass die selbstständige Einziehung wie bisher auch bspw. nach mehrfachen Umwandlungen und Transfers von Taterträgen und Tatprodukten aus einer nicht konkret feststellbaren rechtswidrigen Tat sowie nach deren Vermischung mit anderem Vermögen oder deren Verarbeitung möglich ist.⁷⁷

Außerdem soll mit der Neufassung klargestellt werden, dass die Regelung auch in den Fällen Anwendung findet, in denen der einzuziehende Gegenstand in einem Verfahren wegen einer sonstigen Straftat sichergestellt wurde und ein Verdacht einer Katalogstraftat erst nach der Sicherstellung in das Verfahren einbezogen wurde. Es genügt also nach dem Willen des Gesetzgebers, wenn der Gegenstand zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens sichergestellt wurde.⁷⁸ In der Gesetzesbegründung wird ganz klar die bisherige Auslegung des *BGH* verworfen, nach der unter Hinweis auf den Wortlaut der Altfassung ein Bezug zwischen dem Verdacht einer Katalogstraftat nach § 76a Abs. 4 S. 3 StGB und der Sicherstellung gefordert wurde.⁷⁹ Diese Auslegung führt laut Gesetzgeber unter Verhältnis- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu nicht gerechtfertigten Abschöpfungslücken im Rahmen

des § 76a Absatz 4 StGB.⁸⁰

Zu den vom *BGH* geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Maßnahme und die Tatsache, dass eine retrospektiv erfolgende Umdeutung der Verdachtslage ein „Fremdkörper“ im System der Strafprozessordnung wäre,⁸¹ nimmt die Gesetzesbegründung nicht Stellung. Das Maß ist hier nicht nur dadurch überschritten, dass der Gesetzgeber den „Fremdkörper“ bewusst in § 76a Abs. 4 StGB hineinschreibt, sondern auch keine Einschränkungen im Hinblick auf die geldwäschetauglichen Vortaten vornimmt. War die erweiterte selbstständige Einziehung schon in alter Fassung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, so ist durch die nunmehr exzessive Ausdehnung der Vermögensabschöpfung der verfassungsrechtliche Rahmen bei weitem überschritten und § 76a Abs. 4 StGB als verfassungswidrig anzusehen.

Flankierend zum Vermögensabschöpfungsrecht wird § 261 Abs. 7 StGB a.F. in § 261 Abs. 10 StGB überführt und präzisiert. Dazu wird ein S. 3 eingefügt, nach dem die §§ 73-73e StGB unberührt bleiben und einer Einziehung nach § 74 Abs. 2 StGB, auch in Verbindung mit den §§ 74a und 74c StGB, vorgehen.⁸²

IV. Änderungen im Strafprozessrecht

Aufgrund der erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Geldwäschetatbestands wurden einige Änderungen im Strafprozessrecht vorgenommen.

Die bisher geltenden umfassenden Einschränkungen des Zeugnisverweigerungsrechts für Mitarbeiter von Presse und Rundfunk in Bezug auf Geldwäschefälle wird angesichts der erheblichen Ausweitung durch Wegfall des Vortatenkatalogs etwas zurückgenommen. Allerdings hat der Gesetzgeber auch hier im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Einschränkung auf Verbrechen als zu weitgehend angesehen und daher letztlich nur für solche Fälle eine Einschränkung vorgenommen, in denen die Vortat der Geldwäsche mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist.⁸³

Durch die Abschaffung des Vortatenkatalogs wurde aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch eine Restriktion im Rahmen der heimlichen Überwachungsmaßnahmen notwendig. Zwar sind nach wie vor in einem Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Geldwäsche die Eingriffsbefugnisse der Telekommunikationsüberwachung, der Online-Durchsuchung und der Erhebung von Verkehrsdaten zulässig. Allerdings nur noch dann, wenn es sich um Vortaten im Sinne des Straftatenkatalogs der jeweiligen

⁷² Vgl. bspw. die verfassungsrechtlichen Bedenken von *Trüg*, NJW 2017, 1913 (1916); *Hinderer/Blechschnitt*, NZWiSt 2018, 179 (185); Kritik an der Weite auch bei *Kraushaar*, NZWiSt 2019, 288 (293); a.A. *Pelz*, NZWiSt 2018, 251 (254).

⁷³ BGBl. I 2021, S. 327.

⁷⁴ S. statt vieler *Fischer*, StGB, § 76a Rn. 9.

⁷⁵ So noch BT-Drs. 19/24180, S. 27 unter Verweis auf BT-Drs. 18/9525, S. 73.

⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 19/26602, S. 8; zum Verfahren auch *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (332).

⁷⁷ S. BT-Drs. 19/26602, S. 7.

⁷⁸ BT-Drs. 19/26602, S. 7.

⁷⁹ So *BGH*, NStZ 2020, 149 m. Anm. *Bittmann*: „Ein Leitsatz wie ein Donnerschlag“ (S. 152).

⁸⁰ BT-Drs. 19/26602, S. 8.

⁸¹ S. *BGH*, NStZ 2020, 149 (151).

⁸² Ausf. hierzu BT-Drs. 19/24180, S. 35 f.

⁸³ Vgl. BT-Drs. 19/26602, S. 9.

Maßnahme handelt (§§ 100a Abs. 2, 100b Abs. 2 und 100g Abs. 2 StPO).⁸⁴ *Gercke/Jahn/Paul* weisen zutreffend darauf hin, dass so durch die Hintertür im Strafprozessrecht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Begrenzung der unbegrenzt einschlägigen Geldwäschevortaten herbeigeführt wird, obwohl das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im gesamten einfachen Gesetzesrecht und damit auch im materiellen Strafrecht gilt.⁸⁵

Schließlich wird durch Aufnahme des Geldwäschetatbestands in den Katalog des § 74c Abs. 1 S. 1 Nr. 6 lit. a GVG die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer begründet, sofern eine Zuständigkeit des Landgerichts besteht und soweit zur Beurteilung des Falls besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind.⁸⁶

V. Fazit

Insgesamt muss leider konstatiert werden, dass das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche zu einer deutlichen Verschlechterung geführt hat. Der Straftatbestand der Geldwäsche ist unübersichtlich, widersprüchlich und im Hinblick auf den entfallenen Vortatenkatalog unverhältnismäßig. Auch das Festhalten an der Strafbarkeit der Leichtfertigkeit ist angesichts des all-crimes-approachs nicht nachzuvollziehen und weitet den ohnehin ins Uferlose auf Klein- und Bagatellkriminalität ausgedehnten Straftatbestand in verfassungswidriger Weise weiter aus.

Da ist es nur ein schwacher Trost, dass zumindest einer exzessiven heimlichen Strafverfolgung durch die Be-

schränkung der Geldwäschevortaten auf schwere und besonders schwere Katalogtaten i.S. der §§ 100a, 100b sowie 100g StPO gesetzgeberisch ein Riegel vorgeschoben worden ist. Dennoch zeichnet sich durch den Entfall des Vortatenkatalogs eine erhebliche Ausweitung des Strafverfolgungsrisikos ab. Die Geldwäsche mutiert zum All-werltsdelikt,⁸⁷ anstatt im Bereich der Organisierten Kriminalität und des Terrorismusstrafrechts zu greifen. Dies war der Grund der Einführung durch das OrgKG. Eine Verminderung der Organisierten Kriminalität ist durch die zahlreichen Nachbesserungen des Straftatbestands in der Vergangenheit nicht eingetreten⁸⁸ und ist auch in Zukunft nicht zu erwarten.

Vielmehr wird sich durch den Entfall des Vortatenkatalogs das verstärken, was schon in der jetzigen Praxis festzustellen ist. Neben die bereits primär erfassten Fälle der Finanz- und Warenagenten⁸⁹ werden sich zunehmend Fälle der Klein- und Bagatellkriminalität reihen. Da auch der Gesetzgeber von einem massiven Anstieg an Verfahren ausgeht, wird es ohne eine Verstärkung der personellen und finanziellen Ressourcen zu einer weiteren Verlagerung der Verfolgung schwerer Taten auf die Abarbeitung von Kleinkriminalität kommen.⁹⁰ In letzter Konsequenz wird das dazu führen, dass die defizitäre Verfolgung Organisierter Kriminalität sich weiter manifestiert – und damit das primäre Ziel auch durch diesen „Paradigmenwechsel“⁹¹ der Geldwäschebekämpfung wiederum nicht erreicht wird.

⁸⁴ S. BT-Drs. 19/24180, S. 37 ff.; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (129).

⁸⁵ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (332).

⁸⁶ Kritisch insoweit *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043); positiv *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (332).

⁸⁷ So bereits *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043).

⁸⁸ S. *Fischer*, § 261 Rn. 4c.

⁸⁹ Vgl. nochmals *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (418).

⁹⁰ So auch *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (129 f.).

⁹¹ S. nochmals *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330.