



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 78 Dezember 2020

#### Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche - BT-Drucks. 19/24180

##### Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Prof. Dr. Björn Gercke (Berichterstatter)

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

Richter am OLG Prof. Dr. Matthias Jahn (Berichterstatter)

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

##### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9      Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin      Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland      Mail zentrale@brak.de

##### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9      Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel      Fax +32.2.743 86 56  
Belgien      Mail brak.bxl@brak.eu

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Strafverteidigervereinigungen  
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,  
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,  
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,  
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,  
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-  
nalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

### A. Einleitung

#### I. Programmatik des Gesetzesentwurfes und (weiterer) zeitlicher Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens

Der Regierungsentwurf (RegE) eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.11.2020 soll die „materiell-rechtlichen Grundlagen für eine nachdrückliche Intensivierung der Geldwäschestrafverfolgung“ schaffen (BT-Drucks. 19/24180, S. 11 f.). Zwecks Förderung der Handhabbarkeit des Geldwäschestraftatbestandes werden zudem die Tathandlungen in § 261 Abs. 1 und 2 StGB neu strukturiert. Sie sollen sich zukünftig mehr am Wortlaut der Richtlinienvorgaben orientieren (BT-Drucks. 19/24180, S. 20). Wie auch die – ebenfalls unlängst reformierten – Einziehungsvorschriften soll das Geldwäschestrafrecht „den Vortäter in finanzieller Hinsicht gegenüber der Umwelt wirtschaftlich isolieren und inkriminierte Gegenstände praktisch verkehrsunfähig machen“ (BT-Drucks. 19/24180, S. 12). Der strafrechtliche Gesetzesentwurf zu § 261 StGB verfolgt damit auch präventive Ziele, die über die ebenfalls novellierten Vorschriften des Geldwäschegesetzes (GwG) noch hinausweisen. Er versteht sich damit als Baustein im Gefüge einer umfassenden Strategie deutscher, europäischer und internationaler „Bekämpfung“ der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

Unter anderem dient der Entwurf der Umsetzung der EU-Richtlinie 2018/1673 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche. Er geht aber explizit (BT-Drucks. 19/24180, S. 11) über diese Brüsseler Zielvorgabe hinaus. Ihre fristgerechte Implementation in das deutsche Recht ist schon deshalb nicht mehr möglich, weil die Umsetzungsfrist am 03.12.2020 abgelaufen ist, die Anhörung der Sachverständigen im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags aber erst am 09.12.2020 stattfinden wird. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die angezielte grundlegende Neugestaltung angesichts der zweijährigen Umsetzungsfrist in einem Gesetzgebungsverfahren vorgenommen werden soll, das zu spät eingeleitet wurde (deutlich dazu *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045, 1051). Vor dem Hintergrund der dadurch provozierten zeitlichen Zusammenhänge ist nunmehr zu besorgen, dass die zweite und dritte Lesung des Regierungsentwurfs so kurzfristig nach der Sachverständigenanhörung angesetzt werden wird, dass eine inhaltliche Berücksichtigung der Ergebnisse kaum mehr möglich erscheint (vgl. z.B. den Beratungsverlauf beim Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens: Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zwei Tage nach der Sachverständigenanhörung [BT-Drucks. 19/15161 v. 13.11.2019], zweite und dritte Lesung weitere zwei Tage später [BT-Prot. 128/16089 v. 15.11.2019]).

## II. Die Kernpunkte des Regierungsentwurfs und Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf

### 1. Materielles Strafrecht des § 261 StGB

Der Gesetzesentwurf sieht in **Art. 1** eine tief gehende und weit ausgreifende Neustrukturierung des bisherigen Tatbestands des § 261 StGB vor.

Sie beinhaltet die Abkehr von der abschließenden Aufzählung tauglicher Geldwäschevortaten in einem Katalog, wie dies der Gesetzgeber des OrgKG im Jahr 1992 bei der Neuschaffung des § 261 StGB aufgrund der völkerrechtlichen Vorgaben noch vorgesehen hatte. Nunmehr beschreitet der Regierungsentwurf den Weg hin zu einem „all-crimes approach“, wie er sich zwar in einigen europäischen Ländern – etwa in Italien im Kontext der Anti-Mafia-Politik (vgl. *Pansa*, in: *Combating Transnational Crime*, Hrsg. *Williams/Vlassis*, 2001, S. 251, 254) – etabliert hat, aber in der überwiegenden Mehrzahl der EU-Mitgliedsstaaten nicht verfolgt wird. Danach sollen künftig *alle* Straftaten als taugliche Geldwäschevortaten einzubeziehen sein mit dem Ziel, dass die Geldwäschestrafbarkeit deutlich häufiger als bisher greift.

Die breitflächige Erweiterung des Tatbestandes durch Streichung des selektiven Vortatenkatalogs will der Regierungsentwurf sowohl auf Tatbestands- als auch auf Strafzumessungsebene durch gewisse, gegenüber dem ursprünglichen Referentenentwurf (RefE) jedoch zum Teil schon wieder revidierte Einschränkungen balancieren. So sieht der RegE in Absatz 1 Satz 3 zunächst die explizite Aufnahme der jahrzehntealten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Strafverteidigerprivileg bei der Geldwäsche vor. Zudem sollen ersparte Aufwendungen aus Steuerdelikten künftig keine tauglichen Geldwäschegegenstände sein und der bereits zuvor angelegte Ausschlussgrund der Strafbarkeit bei straflosem Vorerwerb eines Dritten auf alle Tathandlungsmodalitäten der § 261 Abs. 1 und 2 StGB-RegE ausgedehnt werden. Mit Ausnahme der nach § 2 GwG Verpflichteten, für die in Absatz 4 ein eigener Qualifikationstatbestand mit im Mindestmaß erhöhter Strafe zu schaffen beabsichtigt ist, sieht der Entwurf mithin eine generelle Absenkung der Mindeststrafe auf Geld- statt Freiheitsstrafe von drei Monaten vor.

Von der im BMJV mit dem RefE noch im August 2020 zunächst anvisierten Abschaffung der leichtfertigen Geldwäschestrafbarkeit (dazu zustimmend Stellungnahme des Strafrechtausschusses der BRAK, StN Nr. 52/2020, S. 8) ist der RegE nunmehr wieder abgerückt, sodass er diese – mit einer wiederum den Strafverteidiger betreffenden Ausnahme in Satz 2 – in Absatz 6 wiederaufgreift. Die zudem gegenüber dem RefE intendierte Wiedereinführung des persönlichen Strafaufhebungsgrundes in Absatz 8 (Selbstanzeige) ist mit Nachdruck zu begrüßen.

### 2. Strafverfahrensrecht und Nebengesetze

Die Erweiterung des Tatbestandes soll zudem im Strafprozessrecht berücksichtigt werden, so dass **Art. 3** Änderungen in der StPO im Bereich des Zeugnisverweigerungsrechts und der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse vorsieht. Geplant ist, die Ausweitung der Eingriffsermächtigungen im Rahmen der Geldwäsche nur dann zuzulassen, wenn sie eine bestimmte (schwere) Vortat zum Gegenstand hat. Der im materiellen Recht von den Entwürfen gestrichene Katalog soll an dieser Stelle also quasi wiederaufleben, was schon nach der internen Logik der Entwürfe auf die Problematik des ganzen Konzepts hindeutet.

Mit **Art. 4** des Entwurfs ist schließlich eine Änderung des GVG geplant, wonach künftig die Wirtschaftsstrafkammern zuständig sein sollen.

**Art. 5** – der Änderungen im ProstSchG, GWB und GwG sowie in der FIDEVerzV, der GewO und der MRegV vorsieht – ist der Neustrukturierung des Geldwäschetatbestandes geschuldet und soll die dortigen Begrifflichkeiten an die Neuregelung anpassen.

## B Hauptteil

### I. Konzeptionelle Kritik am Regierungsentwurf

#### 1. Abschaffung des selektiven Vortatenkataloges

Die Aufgabe des seit 1992 etablierten Enumerationsprinzips zur Bestimmung der tauglichen Geldwäschevortaten und die Entscheidung für den „all-crimes-approach“ stellen einen Paradigmenwechsel in der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung dar. Dieser Ansatz ist

- europarechtlich nicht veranlasst,
- kriminalpolitisch nicht geboten und
- verfassungsrechtlich bedenklich,

so dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist am 03.12.2020 die Gesamtbalance einer Neuregelung noch einmal auf den Prüfstand zu stellen ist. 18 – größtenteils ablehnende oder zumindest nicht nur zu Nebenfragen kritische – Stellungnahmen zum RefE (vgl. [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Geldwaesche\\_Bekaempfung.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Geldwaesche_Bekaempfung.html)) legen dies nahe.

#### a) Europa- und völkerrechtlich: Überschreitung der internationalen Mindeststandards und Verkomplizierung der Rechtshilfe

Es wird nicht verkannt, dass eine selektive Ausweitung des Vortatenkataloges den verbindlichen unionsrechtlichen sowie den völkerrechtlichen Vorgaben geschuldet wäre. Auch wird nicht übersehen, dass die aktuelle Struktur des Tatbestandes, insbesondere wegen seines über fast drei Jahrzehnte hinweg ausgefertigten Vortatenkataloges, Lesbarkeit und Verständlichkeit des Gesetzes erheblich erschwert, er ist schon heute das „**enfant terrible des StGB**“ (*Jahn*, Geldwäsche, in: Handbuch des Strafrechts, Bd. 5 [Besonderer Teil 2], Hrsg. Hilgendorf/Kudlich/Valerius, 2020, § 39 Rn. 96 m.w.N.). Gleichwohl ist der „all-crimes-approach“ nicht sachgerecht und erforderlich. Mit ihm soll nunmehr, um im Bild zu bleiben, das Kind mit dem Bade ausgeschüttet werden.

Im RegE selbst wird zutreffend ausdrücklich festgehalten (BT-Drucks. 19/24180, S. 14 f.), dass die durch den Gesetzesentwurf umgesetzte EU-RL den Mitgliedstaaten diese Möglichkeit zwar eröffnet, den „all-crimes-approach“ aber trotz aller punitiven Bestrebungen der Vergangenheit nicht fordert. So können Vortaten zukünftig nicht nur alle Straftaten mit einer Mindeststrafdrohung von sechs Monaten Freiheitsstrafe (Art. 2 Nr. 5 EU-RL), sondern auch sämtliche Vergehenstatbestände der sog. »Eurodelikte« (vgl. Art. 4 Abs. 1 der PIF-RL 2017/1371/EU) sein. Der Kreis der Vortaten ist nach dem deutschen Entwurf damit erheblich größer als in der EU-RL 1018/1673 vorausgesetzt und auch größer als

selbst von der Financial Action Task Force (FATF) gefordert, obwohl die EU-RL über den – aus deutscher Sicht – schon sehr weitgehenden Ansatz der Kommission aus dem Jahr 2016 (COM[2016] 826 final vom 21.12.2016) noch hinausgegangen ist (vgl. *Jahn*, in: Handbuch des Strafrechts V, 2020, § 39 Rn. 93 m.w.N.).

Im Deutschen Bundestag wurde bislang insbesondere von der Partei DIE LINKE offensiv gefordert, bei der Geldwäschebekämpfung über das von den EU-RLen geforderte hinauszugehen. Dort wurde gefordert: „Die Schwachstellen der Geldwäschegesetzgebung in Deutschland machen eine Schärfung und Neuausrichtung der Geldwäschebekämpfung *über die Mindeststandards der EU-Richtlinie hinaus* erforderlich“ (BT-Ds. 19/11098, S. 4: „Masterplan gegen Geldwäsche – Finanzkriminalität bekämpfen“ – *Hervorh. v. hier*). Es ist überraschend, dass dieses **maximalpunitive Konzept** von der Regierungskoalition übernommen würde. In den Stellungnahmen anderer Berufsverbände zum RefE wurde diese Weichenstellung bereits kritisiert (z.B. Stellungnahme des Bundesverbands der Geldwäschebeauftragten v. 07.09.2020 zum RefE, S. 1; Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertags v. 07.09.2020 zum RefE, S. 3: „Überregulierung“).

Die Neustrukturierung in Deutschland ist zudem auch der Eigenlogik der unionsrechtlichen Bestrebung nach Vereinheitlichung der Geldwäschebekämpfung abträglich, ohne dass dieses politische Programm damit hier bewertet werden soll. So führt die Streichung des Vortatenkatalogs auch nach Auffassung des Verbands der Auslandsbanken in Deutschland e.V. (Stellungnahme vom 07.09.2020 zum RefE, S. 2) zu einem kaum mehr vergleichbaren Rechtsumfeld im EU-Kontext und damit zu einer Belastung international tätiger Unternehmen an den unterschiedlichen europäischen Standorten. Das Ziel einer internationalen Angleichung der Geldwäschestraftatbestände, um eine europaweite Harmonisierung der Geldwäschebekämpfung zu erreichen, sieht auch der Bundesverband der Zahlungs- und E-Geld-Institute in Gefahr (Stellungnahme vom 07.09.2020 zum RefE, S. 3). Mit dem Weg der Streichung des Vortatenkatalogs, den neben Deutschland auch nach der Aufzählung im Gesetzentwurf selbst (BT-Drucks. 19/24180, S. 15) nur fünf andere der 27 Mitgliedsstaaten beschreiten, ist ein kohärenter Ausbau justizieller und polizeilicher Geldwäschezusammenarbeit kaum mehr möglich. Grenzüberschreitende Auskunftersuchen betreffend Vortaten, die in anderen Mitgliedstaaten nicht geldwäschetauglich sind, würden im Falle der Umsetzung des RegE personelle Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden zusätzlich belasten.

Die fehlende Selektion durch einen enumerativen Katalog beschwört zudem die Gefahr einer weiter zunehmenden potentiellen Kriminalisierung von legaler Wirtschaftstätigkeit herauf, die zu einem „ständigen Misstrauen bei Geschäftsvorgängen“ mit den jeweiligen Vertragspartnern zwingt (vgl. dazu im Einzelnen Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertags zum RefE, S. 3; Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zum RefE vom 07.09.2020, S. 3). Auch im Kontext der – jedenfalls nach dem Koalitionsvertrag – auf dem politischen Restprogramm für 2021 noch stehenden Einführung von verschärften Verbandssanktionen nach dem OWiG oder möglicherweise auch nach einem eigenen Gesetz (VerSanG-RegE) bekräftigt dies den Trend, schwer zu erfüllende, da undifferenzierte Compliance-Pflichten für Unternehmen zu schaffen und sie mit potentiell weitreichenden Sanktionen zu bewehren. Dies alles trägt **Züge eines Überbietungswettbewerbs**.

Inwieweit in diesem Zusammenhang der für das Jahr 2021 zu erwartende Legislativvorschlag einer EU-Geldwäscheverordnung, mit der unter anderem die hier umzusetzende Geldwäscherichtlinie durch eine unmittelbar anwendbare EU-Geldwäscheverordnung teilweise ersetzt werden soll (vgl. den Beschluss des Bundesrats zur Mitteilung der Kommission zu einem Aktionsplan für eine umfassende Politik der Union zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, COM(2020) 2800 final, BR-Drucks. 325/20 vom 18.09.2020), binnen kurzem ohnehin neuen Handlungsbedarf auslösen könnte, ist derzeit noch nicht absehbar.

## b) Kriminalpolitisch und kriminologisch: Mangelnde Erfolge in der Geldwäschekämpfung trotz stetiger Verschärfung der Geldwäschestrafbarkeit

Der „all-crimes-approach“ des RegE ist auch vor rechtstatsächlichem Hintergrund kritikwürdig.

Die Erfahrungen der Vergangenheit haben gezeigt, dass sich die beständige *Erweiterung* des Vortatenkatalogs nicht positiv auf die Bemühungen des Gesetzgebers zur Eindämmung der Geldwäsche ausgewirkt hat. Es muss irritieren, darauf mit seiner *Streichung* zu reagieren.

Die Zahl der erledigten Verfahren im Bereich des § 261 StGB ist in den Jahren 2010 bis 2016 zwar stetig gestiegen (von 20.387 in 2010 auf 45.504 in 2016), jedoch war damit vor allem eine höhere Einstellungsquote verbunden (57,9% in 2010 und 71,8% in 2016 – vgl. Tabelle auf BT-Drucks. 19/3818, S. 17). Für das Jahr 2019 weist die Strafverfolgungsstatistik mit 40.612 sogar eine gesunkene Zahl an Erledigungen aus (Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2019, S. 22). Insgesamt sind die Zahlen vergleichsweise volatil. Aus ihnen kann jedenfalls **kein dringendes Regelungsbedürfnis** für Änderungen beim Vortatenkatalog abgeleitet werden (ebenso Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht vom 07.09.2020 zum RefE, S. 4 sowie *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417, 419: „Rechtlich gesehen zeigen ... Studienergebnisse: das maßgebliche Problem besteht nicht in einem zu lückenhaften Vortatenkatalog des § 261 StGB ...“).

Wenngleich es die Verfasser des Gesetzesentwurfs für naheliegend halten, dass gerade in einem immer stärker zusammenwachsenden Europa Straftäter die damit einhergehenden Vorzüge wie beispielsweise die Reise- und Kapitalverkehrsfreiheit dazu nutzen, strafbar erworbenes Vermögen über Umwege wieder in den Wirtschaftskreislauf einzuschleusen, mangelt es an einer empirisch belastbaren Grundlage für die These. Es bleibt im Dunkeln, welche konkreten Maßnahmen der europäischen Integration, abgesehen von der schon seit geraumer Zeit existierenden Reise- und Kapitalverkehrsfreiheit, zu einer Vereinfachung der Begehung von Straftaten beigetragen haben sollen.

Die – im Übrigen nur spärlich vorhandene – kriminologische Forschung belegt, dass die absolut dominierende Fallgruppe bei den in den Jahren 2014 bis 2016 insgesamt 2.913 rechtskräftig abgeurteilten Geldwäschetätern zu rund **99 % (!)** Fälle sog. **Finanz- und Warenagenten** und faktisch als solche Handelnde waren. Es handelt sich um Privatpersonen, die aufgrund ihrer Leichtfertigkeit (*Jahn*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2020, § 261 Rn. 82 m. zahlr. Nachw. aus der Rspr.) als Agenten instrumentalisiert wurden und keinen unmittelbaren Vermögensvorteil aus der Transaktion erhielten. Das Volumen der den Verfahren wegen Geldwäsche zugrundeliegenden inkriminierten Vermögenswerte lag bei fast jedem zweiten Verfahren **unterhalb von € 5.000** und die Vermögenswerte stammten zu über **90 % aus Deutschland** (zu den vorstehenden Angaben *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417, 418 f. auf der repräsentativen Basis einer bundesweiten Auswertung von 669 zufällig ausgewählten Strafakten). Eine neuerliche, diesmal grundlegende Gesetzesänderung bei den Vortaten auf der Grundlage einer – hält man nicht das Dunkelfeld für enorm groß – nur als solcher empfundenen Bedrohung ist abzulehnen.

Dies gilt umso mehr, als die Financial Intelligence Unit (FIU) des Zolls in ihrem eine Woche nach dem BMJV-RefE, am 18.08.2020, veröffentlichten Jahresbericht für 2019 darauf hinweist, dass das Gesamtmeldeaufkommen der Verdachtsmeldungen nach dem GwG erneut extrem angestiegen ist. Mit insgesamt 114.914 bei der FIU eingegangenen Verdachtsmeldungen ist gegenüber dem Vorjahr 2018 sogar ein Anstieg um beinahe 50% feststellbar (Jahresbericht S. 15, [www.zoll.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/jahresbericht\\_fiu.pdf](http://www.zoll.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/jahresbericht_fiu.pdf)). Seit dem

Jahr 2009 hat sich das jährliche **Meldeaufkommen** in Deutschland somit insgesamt **fast verzweifacht** (!). Wie angesichts dieser Zahlen und des notorischen Rückstaus bei der Abarbeitung der Verdachtsmeldungen von einer präventiven Lücke bei der Geldwäschebekämpfung die Rede sein kann, erschließt sich nicht. Was sich erschließt, ist, dass der mit der bis dato praktizierten sukzessiven Tatbestandsausweitung einhergegangene Anstieg des Meldeaufkommens zwar zahlreiche Ermittlungsansätze geliefert hat, diese aber gerade nicht zu einer Verurteilung geführt haben (s. auch Stellungnahme des Bundesverbands der Zahlungs- und E-Geld-Institute vom 07.09.2020, S. 10 f.: es seien nur **2%** [!] der Verdachtsmeldungen **strafrechtlich verfolgt** worden). Warum sich gerade *jetzt* bei einer kriminalpolitischen Strategie des *more of the same* eine Trendwende abzeichnen sollte, ist nicht nachvollziehbar. Ohne eine – angesichts der derzeitigen und zukünftigen gesamtwirtschaftlichen Lage in einer Pandemie illusorischen – erhebliche Stärkung personeller sowie finanzieller Ressourcen ist vielmehr von einer Verlagerung der Verfolgung schwerer Taten auf die verwaltungsmäßige Abarbeitung von Klein- und Kleinstkriminalität nach dem Wegfall eines gegenständlich begrenzten Vortatenkatalogs auszugehen. Das führt, wie der Deutsche Richterbund (vgl. Stellungnahme vom 07.09.2020, S. 1) nachvollziehbar darlegt, zu einer weiteren Verengung des **Flaschenhalses** bei den Staatsanwaltschaften und Gerichten statt einer gezielten Steuerung der Ressourcen mit dem Ziel der Eindämmung gewerbs- und bandenmäßig begangener Kriminalität. In der bereits erwähnten empirischen Studie der Universität Halle-Wittenberg (*Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417, 420) findet sich dazu die paradigmatische Aussage einer Vertreterin der Staatsanwaltschaft angesichts der jetzt schon bestehenden Flut der FIU-Verdachtsmeldungen nach dem GwG: „Wir **stempeln** nur noch **Einstellungsverfügungen**. Dadurch werden unsere Zeitkapazitäten verbraucht. Frustrierend“ (dazu – jeweils aus der Praktikerperspektive eines GenStA-Dezernenten bzw. -Abteilungsleiters – auch *Raschke*, NZWiSt 2020, 282, 285 und *Neuheuser*, NZWiSt 2020, 441, 443: „Darüber hinaus würde die vom RefE geforderte Aufgabe des limitierenden Vortatenkatalogs bei den dem Legalitätsprinzip verpflichtenden Ermittlungsbehörden zu einem außerordentlichen Ansteigen der Zahl der Anfangsverdachtsfälle und damit der – auch der Bagatelldelinquenz zuzuordnenden und neutrale bzw. berufstypische Handlungen erfassenden – Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche führen, deren **ordnungsgemäße Bearbeitung kaum zu erwarten** ist“; zu weiteren Konsequenzen im Bereich der Gefahrenabwehrbehörden vgl. die Stellungnahme Deutsche Zoll- und Finanzgewerkschaft vom 07.09.2020 zum RefE, S. 3).

Im Zusammenhang mit der sukzessiven Erweiterung des Vortatenkatalogs durch frühere Gesetzesänderungen wurde wiederholt auf die offensichtliche Unwirksamkeit des kriminalpolitischen Konzepts hingewiesen. Neueste Untersuchungen bestätigen diesen Befund auch das Sicht der empirisch-kriminologischen Forschung: „Das **Konzept der Bekämpfung** der Geldwäsche mit den Mitteln des Strafrechts kann man angesichts der gravierenden Defizite in ihrer strafrechtlichen Verfolgung als **gescheitert** ansehen“ (*Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417, 422). *Thomas Fischer* etwa zeigt auf, dass sich die Legitimität offenbar aus der Erfolglosigkeit des Konzepts speist: „Je erfolgloser die ‚Bekämpfung‘ bleibt, desto größer erscheint zwangsläufig die zu ‚bekämpfende‘ Gefahr. So treibt das Konzept das rechtsstaatliche Strafrechtssystem vor sich her“ (*Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 4d; vgl. auch *dens.*, Ultimative Ausdehnung, NJW-Editorial 37/2020, S. 3). Eine solche Kriminalpolitik der ständigen Erweiterungen trägt Züge des Irrationalen (*Jahn*, in: Handbuch des Strafrechts V, 2020, § 39 Rn. 91), denn „stets fehlt zum Erfolg angeblich noch eine *letzte* Ausweitung des Tatbestands oder der Ermittlungsmöglichkeiten“ (*Fischer*, StGB, § 261 Rn. 4d).

Die in dieser Stellungnahme geäußerten Bedenken reihen sich insgesamt ein in jene, die bereits früher im Rahmen der sukzessiven Verschärfung des Geldwäsche-Tatbestandes geäußert wurden. So wurde schon in der BRAK-Stellungnahme-Nr. 2/2007, als es um die Aufnahme des § 299 StGB in den Vortatenkatalog ging, kritisiert, dass dies dem ursprünglichen Gedanken, dort nur „schwere“ Straftaten aufzunehmen, widerspreche. Des Weiteren wurde in der Stellungnahme zur Einführung der Selbstgeldwäsche auf die damit verbundenen verfassungsrechtlichen Probleme sowie auf die Tatsache hingewiesen, dass für eine Erforderlichkeit der Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche zum Schutz der Wirt-

schaft und des Finanzkreislaufes jegliche Belege fehlten (BRAK-Stellungnahme Nr. 33/2015). Zudem hat die BRAK in Stellungnahme Nr. 36/2017 anlässlich der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug darauf aufmerksam gemacht, dass sich mit Blick auf § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB aus verschiedenen Gründen eine „strikte 1:1-Umsetzung“ empfehle.

## 2. Verfassungsrechtlich: Endgültige Abkehr vom ursprünglichen Ziel passgenauer Maßnahmen gegen Geldwäsche im OK- und Terrorismuskontext

Der Gesetzesentwurf selbst stellt zutreffend fest, dass § 261 StGB seiner ursprünglichen Konzeption nach der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität diene. Von diesem ursprünglichen Zweck der Geldwäschestrafbarekeit der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität hat sich der Geldwäschetatbestand immer weiter entfernt. Mit der Aufgabe des Vortatenkataloges ist diese Finalität nunmehr gänzlich weggefallen (anschaulich dazu Stellungnahme des Bundesverbands der Unternehmensjuristen vom 01.08.2020 zum RefE, S. 2 f.: Herabstufung des § 261 StGB zum „**Allerweltsdelikt**“). Der Gesetzesentwurf führt dazu aus, dass es nicht gerechtfertigt erscheine, die Geldwäschestrafbarekeit auf Erträge aus Straftaten der Organisierten Kriminalität oder typischerweise profitgeneigten Straftaten einzuengen. Ein Tatlohn könne schließlich für jede Straftat gewährt werden. In diesem Satz tritt deutlich zu Tage, dass die Bedeutung des strafrechtlichen ultima-ratio-Prinzips hier offenbar verkannt worden ist. Begründungsbedürftig ist nicht, dass ein Verhalten straflos ist, sondern dass etwas strafbar ist oder sein soll. Der Gesetzgeber ist also stets gehalten, tragfähige Gründe dafür zu liefern, warum eine Ausweitung der Strafbarkeit gerechtfertigt ist (*Bülte*, Geldwäschebekämpfung um jeden Preis, NZWiSt-Editorial 10/2020: „Bestrafung nicht strafwürdigen Verhaltens“; Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft vom 04.09.2020 zum RefE, S. 2: „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt“; Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. – WisteV – vom 07.09.2020 zum RefE, S. 4: „Masse statt Klasse“). Die in Aussicht genommene Regelung ist damit inhaltlich in der Gefahr, im Bereich von Vortaten aus dem Kreis der Massen- und Bagatelldelinquenz unverhältnismäßig zu sanktionieren, da die Grundrechtsbeeinträchtigungen *offensichtlich* schwerer wiegen als die durchzusetzenden Belange (vgl. *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 978 unter Hinweis auf *BVerfGE* 120, 274, 322).

Die **Unverhältnismäßigkeit der Sanktionierung** im Einzelfall zeigt sich an zwei konkreten Beispielen (vgl. bereits *Gercke/Jahn/Reckmann*, Inkriminierte Schokolade, Ito.de v. 19.10.2020): Zu den tauglichen Vortaten des § 261 StGB würden bei der Umsetzung des Referentenentwurfs künftig auch der einfache Diebstahl einer Tafel Schokolade (so auch *Chr. Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161, 163; *Jahn*, in: Handbuch des Strafrechts V, 2020, § 39 Rn. 93; in Bezug auf den einfachen Diebstahl zweifelnd *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591, 592) oder die Leistungerschleichung nach § 265a StGB durch sog. „Schwarzfahren“ in öffentlichen Verkehrsmitteln als Betrug i.S.v. Art. 2 Nr. 1 lit. i EU-RL zählen. Ein 14-jähriger, der sich die so erlangte Tafel Schokolade vom Vortäter verschafft, wäre demnach nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 RegE-StGB i.V.m. § 1 Abs. 2 JGG als Jugendlicher zu bestrafen; verzichtete man nach dem auch sonst bei den Anschlussdelikten geltenden Grundsatz der limitierten Akzessorietät (vgl. nur *BGHSt* 1, 47, 50; *BGHSt* 4, 76, 78; *Jahn*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2020, § 257 Rn. 6 m.w.N.) und in Übereinstimmung mit der Regelung in § 73 Abs. 1 StGB (*Heuchemer*, in: BeckOK-StGB, 48. Ed. 1.11.2020, § 73 Rn. 7) bei einer Tat nach § 261 RegE-StGB auf die Notwendigkeit schuldhafter Begehung, würde selbst die Verwendung eines ersparten einstelligen Eurobetrages im Anschluss an die „Schwarzfahrt“ eines 13-jährigen durch eine jugendliche oder heranwachsende Bekannte zur Kriminalstrafe führen (§ 261 Abs. 1 Nr. 4 StGB-RegE).

Der Verweis auf prozessuale Einstellungsmöglichkeiten nach den §§ 153 f. StPO verfängt angesichts der vorhersehbaren Belastung der Strafverfolgungsbehörden hier nicht. Deshalb ist mindestens die Einführung einer dem § 248a StGB vergleichbaren Regelung zu fordern (zutreffend Stellungnahme WisteV vom 07.09.2020 zum RefE, S. 3). Es empfiehlt sich damit die Einfügung eines neuen Absatzes nach der Strafzumessungsregel im bisherigen Absatz 5 (siehe dazu auch noch unter **III.2.**):

### **(5) §§ 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a gelten entsprechend.**

Es bleibt ausdrücklich dahingestellt, ob (allein) dadurch in dem laufenden Gesetzgebungsverfahren die Mindestanforderungen des *ultima ratio*-Prinzips eingehalten werden könnten.

## **III. Die Ausgestaltung der Neufassung des § 261 StGB-RegE im Einzelnen**

### **1. Die geplanten strafbarkeitsbeschränkenden Regelungen**

Trotz der vorstehenden (oben **B.I.**) Kritik am „all-crimes-approach“ wird nicht verkannt, dass der Entwurf auch Gegengewichte zum fehlenden Vortatenkatalog vorsieht.

#### **a) Risiken und Nebenwirkungen der geplanten Positivierung des Strafverteidigerprivilegs in § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB-RegE**

So ist u.a. die ausdrückliche Aufnahme des sog. „Strafverteidigerprivilegs“ in den geplanten § 261 Abs. 1 S. 3 StGB-RegE für sich genommen grundsätzlich zu befürworten, auch wenn dies wegen der Gesetzeskraft des Urteils des *BVerfG* vom 19.11.2003 (*BVerfGE* 110, 226, 246 ff. = BGBl. I 2004, S. 715) nach § 31 Abs. 2 *BVerfGG für diese Berufsgruppe* rein deklaratorisch ist. So wird für den Rechtsanwender immerhin nochmals klargestellt, dass berufstypisches Verhalten des Verteidigers i.S.d. § 138 Abs. 1 StPO tatbestandslos ist bzw. bleibt und er in seiner Berufsausübung als Wahl- und Pflichtverteidiger nicht unverhältnismäßig beschränkt werden darf.

Hinzuweisen ist jedoch darauf (vgl. zum Folgenden bereits *Jahn*, Kriminalisierung der Rechtsberatung, NJW-aktuell 44/2020, S. 15), dass die Regelung für einen **Umkehrschluss** in Anspruch genommen werden könnte, nach dem Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Bereich z.B. des Zivil- oder Verwaltungsrechts sowie der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, aber auch Insolvenzverwalter, die § 148 InsO auf massebezogenes Verhalten verpflichtet, Steuerberater – soweit sie nicht nach § 392 AO als Verteidiger gewählt sind – sowie Notare an diesem Privileg nicht (länger) teilhaben, weil zwar die Entscheidung des *BVerfG* nach ihrem erkennbaren Zweck auslegungsfähig ist, aber nicht der vom RegE bislang vorgeschlagene, eindeutige Wortlaut. Dies wäre ein **Kollateralschaden** der Geldwäschereform. Das *BVerfG* hat bislang ausdrücklich offengelassen, „ob im Fall zivilrechtlicher Mandate bei einem ‚untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit einem geldwäscherelevanten Sachverhalt‘ ... oder bei ‚Mischkonstellationen‘ von Verfassungen wegen eine Privilegierung auch des zivilrechtlich tätigen Rechtsanwalts geboten ist“ (*BVerfG*, NJW 2015, 2949, 2953 f. Tz. 53). Tatsächlich sprechen die Sachgründe für die Forderung nach der Anhebung der Schwelle auf direkten Vorsatz auch bei

diesen Berufsgruppen (ebenso *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045, 1050; *Joecks*, SAM 2013, 170, 174; *Glaser*, Geldwäsche [§ 261 StGB] durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme, 2009, S. 173 f., 189; *Jahn*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2020, § 261 Rn. 66). Zudem legt auch § 43 Abs. 2 Satz 1 GwG eine Differenzierung zwischen Strafverteidigern i.S.d. § 138 Abs. 1 StPO und anderen Berufsgruppen nicht nahe, weil er unterschiedslos »Informationen ..., die sie (die Mitglieder dieser Berufsgruppen – *d. Verf.*) im Rahmen von Tätigkeiten der Rechtsberatung oder Prozessvertretung erhalten haben«, von der Meldepflicht grundsätzlich ausnimmt. Diese Formulierung ist umfassend zu verstehen (*Barreto da Rosa*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 70). Empfohlen wird daher folgende Fassung des § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB:

**(1) ... <sup>3</sup>Wer als Strafverteidiger (§ 138 StPO), als Angehöriger in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO genannter rechtsberatender Berufe oder als Insolvenzverwalter für Rechtsberatung oder Prozessvertretung ein Honorar oder sonstiges Entgelt für seine Tätigkeit annimmt, handelt in den Fällen des Satzes 1 Nummer 3 und 4 nur dann vorsätzlich, wenn er zu dem Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatte.**

Auch die Ausschlussklausel in Absatz 6 Satz 2 ist entsprechend anzupassen:

– **(6) ... <sup>2</sup>Satz 1 gilt in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3 und 4 nicht für einen**  
**Strafverteidiger (§ 138 StPO), Angehörigen in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO genannter rechtsberatender Berufe oder Insolvenzverwalter für Rechtsberatung oder Prozessvertretung, wenn er ~~er~~ ein Honorar oder sonstiges Entgelt für seine Tätigkeit annimmt.**

**b) Verfassungsrechtliche Erforderlichkeit weiterer strafbarkeitseinschränkender Regelungen**

- Sachgerecht ist der geplante Wegfall der Erweiterungen des Tatobjektbegriffes bei bestimmten Steuerdelikten. Dem Täter, der sich Aufwendungen erspart, bleibt zwar mehr von seinem legal erworbenen Vermögen. Diese Ersparnis ist jedoch nicht geeignet, das Gesamtvermögen ganz oder teilweise zu kontaminieren und somit einen geldwäschetauglichen Gegenstand zu generieren.
- Zuzustimmen ist ferner der geplanten Ausweitung des Ausschlussgrundes des straflosen Vorerwerbs eines Dritten in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB-RegE. Spannungen zwischen den Tatbestandsvarianten der Absätze 1 und 2 werden damit aufgelöst.
- Positiv zu bewerten ist auch bei schon isolierter Betrachtung die Streichung der Mindeststrafe und die Ermöglichung der Verhängung von Geldstrafen, der dem Grundsatz des tat- und

schuldangemessenen Strafens als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung trägt (hiervon ausgenommen ist jedoch die Etablierung des Qualifikationstatbestandes des § 261 Abs. 4 StGB-RegE [s. Stellungnahme des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen e.V. vom 01.08.2020 zum RefE, S. 3, der auf die bereits bestehenden – und insoweit ausreichenden – Sanktionsmöglichkeiten nach § 56 GwG jedenfalls den Personenkreis der Syndikusanwälte betreffend verweist]).

- Zu begrüßen ist darüber hinaus, dass die geplante Ausweitung in Bezug auf die Vortaten mit einer Beschränkung besonders eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen einhergehen soll. Dies ist verfassungsrechtlich für den Reformgesetzgeber auch **alternativlos** (vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 1351, 1352 Tz. 40, m. zust. Anm. *M. Meyer*, ZWH 2020, 342, 344; *LG Bremen*, StV 2020, 778; *Neuheuser*, NStZ 2020, 559 und *ders.*, NZWiSt 2020, 441, 443 f. [zum RefE]; *Raschke*, NZWiSt 2020, 282: „doppelter Anfangsverdacht“).

Diese strafbarkeitsbeschränkenden Regelungen sind angesichts der ubiquitären Ausweitung des Anwendungsbereichs mit § 261 Abs. 1 StGB-RegE mit der Streichung des Vortatenkatalogs auch **verfassungsrechtlich erforderlich**. Darauf ist mit Blick auf etwaige Begehrlichkeiten zur Aufhebung weiterer strafbarkeitseinschränkender Regelungen nach der Erfahrung der nunmehr geplanten Wiedereinführung des Leichtfertigkeitstatbestands mit dem RegE (dazu sogleich unter **III.2.**) für das weitere Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich hinzuweisen.

In der Rechtsprechung des *BVerfG* ist mit Blick auf Strafvorschriften anerkannt (*BVerfGE* 17, 306, 314; vgl. auch *BVerfGE* 39, 1, 68, 78), dass der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit namentlich dann, wenn er in Verbindung mit der allgemeinen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers gesehen wird, wie sie in Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt, verlangt, dass der Einzelne vor unnötigen Eingriffen auch und gerade der strafenden öffentlichen Gewalt bewahrt bleibt („Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung“: *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 976 ff.). Das bedeutet vor allem, dass die Mittel des Eingriffs zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet sein müssen und den Einzelnen nicht übermäßig belasten dürfen. In den Blick zu nehmen ist dabei beim Phänomenbereich der Geldwäsche, dass die Neufassung mit der geplanten Streichung des Vortatenkatalogs eine extreme Variationsbreite von Handlungen in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden bringt, die von der Bagatell- bis zur organisierter Bandenkriminalität reicht. Aus diesem Grund hat der deutsche Gesetzgeber bislang die Beibehaltung des Vortatenkatalogs auch *ausdrücklich* mit Verhältnismäßigkeitserwägungen begründet (vgl. BT-Drucks. 12/989, S. 27 und BT-Drucks. 13/8651, S. 12; ebenso *Bösel/Jansen*, JZ 2019, 591, 593 f.; *Bülte*, NZWiSt 2017, 276, 287 f.; *Zöller*, Roxin-FS II, 2011, S. 1033, 1049; *Jahn*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2020, § 261 Rn. 56). Wird der Vortatenkatalog nunmehr – europarechtlich überobligatorisch – auf Straftaten im Bereich der leichten und mittleren Kriminalität ausgedehnt, so muss dem Verhältnismäßigkeitsprinzip daher auf anderem Wege entsprochen werden (zutr. *Bösel/Jansen*, JZ 2019, 591, 594).

## 2. Streichung des Leichtfertigkeitstatbestands in § 261 Abs. 6 StGB-RegE

Die Verfasser des Regierungsentwurfs beabsichtigen nunmehr, an der zuvor geplanten Abschaffung leichtfertiger Geldwäsche nicht weiter festzuhalten. So sieht der RegE – in Abkehr vom RefE – die (Wieder-)Einführung der Leichtfertigkeitsvariante vor (§ 261 Abs. 6 StGB-E). Eine Einschränkung soll nur im Hinblick auf Strafverteidiger gelten (§ 261 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und 4 StGB-E).

Nicht aufzulösen vermag der Entwurf bereits in logischer und systematischer Perspektive den Zusammenhang, dass eine leichtfertige Begehung *aller* nach § 261 Abs. 1 und 2 StGB-RegE möglichen

Tatmodalitäten nicht möglich erscheint. So fordern sowohl §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 als auch Abs. 2 StGB-RegE ausweislich der Entwurfsbegründung bestimmte „manipulative Tendenzen“ des Geldwäschetäters, die bei einer bloß leichtfertigen Begehungsweise kaum vorstellbar sind (*Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045, 1050). Darüber, wie ein leichtfertiges Verkennen der kriminellen Herkunft eines Vermögensgegenstandes bei gleichzeitig von manipulativer Motivation geleitetem Verbergen, Umtauschen, Übertragen etc. auszusehen hätte, verschweigt sich der RegE deshalb naheliegenderweise.

Die geplante (Wieder-)Einführung einiger Leichtfertigkeitsvarianten würde allerdings endgültig dazu führen, dass das verfassungsrechtliche *Tauziehen* zwischen der objektiven Tatbestandsweite und dem subjektiven Begrenzungsversuch nun zugunsten einer *quantitativ ausufernden* Strafverfolgung ausfiele (vgl. nochmals *Gercke/Jahn/Reckmann*, Inkriminierte Schokolade, Ito.de v. 19.10.2020). Gerade dies hatte der Referentenentwurf noch zu verhindern versucht. So haben dessen Verfasser (BMJV-RefE, S. 19 f.) noch vor wenigen Monaten mit Recht angemahnt, dass mit der Erweiterung des § 261 StGB-neu auf alle nur denkbar möglichen Vortaten eine „nahezu uferlose Anwendungsbreite“ einherginge, die eine „**Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens**“ befürchten lasse“. Fälle, die außerhalb leichtfertigen Handelns, nun nicht mehr erfasst würden, würden „jedenfalls durch die im Jahre 2017 vom Gesetzgeber in § 76a Abs. 4 StGB neugeschaffene Möglichkeit der Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft in den Bereichen der organisierten Kriminalität und des Terrorismus sichergestellt“, sodass rechtswidrige Taterträge abgeschöpft würden. Eine Strafbarkeit leichtfertiger Geldwäsche gehe zudem „über die Anforderungen der Richtlinie hinaus“ (BMJV-RefE, S. 20). Dies alles trifft nach wie vor zu.

Deshalb ist Absatz 6 zu streichen oder – nach der hier vertretenen Konzeption vorzugswürdig – Absatz 6 des RegE durch den hier unterbreiteten Vorschlag einer Minima-Regelung (oben **B.I.2.**) zu besetzen:

#### **Absatz 6 erhält folgende Fassung:**

#### **(6) §§ 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a gelten entsprechend.**

Auf den Vorschlag des Deutschen Richterbunds (Stellungnahme vom 07.09.2020 zum RefE, S. 1), die Leichtfertigkeits-Bezugstaten am Katalog des § 100a StPO – noch näher läge dann wohl ein Verweis auf § 138 Abs. 1 StGB – zu orientieren, wird nur vorsorglich verwiesen.

#### **IV.- Redaktionelle Mängel**

Hinzuweisen ist erneut auf zwei bereits im RefE enthaltene redaktionelle Unstimmigkeiten, die noch immer der Überarbeitung bzw. Klarstellung bedürfen.

#### **1. Die Tathandlungen in § 261 Abs. 2 StGB-RegE**

Die Tathandlungen „verheimlichen oder verschleiern“ im geplanten § 261 Abs. 2 StGB-RegE sind zu unbestimmt und lassen eine Auslegung zu, die über die im Gesetzesentwurf beabsichtigte Reichweite der Tatbestandsalternative hinausgeht.

Es ist nicht erkennbar, welche Bedeutung der Tatbestandsvariante „Verheimlichen“ neben der des „Verschleierns“ zukommen soll. Der Gesetzesentwurf selbst konstatiert (BT-Drucks. 19/24180, S. 20), dass die bisherige Regelung an der „Grenze der Verständlichkeit“ liegt: „Die einzelnen Tathandlungen lassen sich nicht trennscharf voneinander abgrenzen und überschneiden sich in vielfacher Weise ..., was sie insbesondere für die Praxis schwer handhabbar macht. Die Tathandlungen »verbirgt, dessen Herkunft verschleiert« ... beispielsweise haben in der derzeitigen Ausgestaltung des Tatbestands keine eigenständige Bedeutung“.

Mit „verheimlichen oder verschleiern“ soll jedoch wieder eine **neue Unklarheit** derselben Art Gesetz werden, die es zu vermeiden gilt. Es wird nicht übersehen, dass diese Friktionen (auch) den europarechtlichen Umsetzungsverpflichtungen geschuldet sind. Die Richtlinie fordert, dass u.a. unter Strafe gestellt werden soll „die Verheimlichung oder Verschleierung der wahren Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung von Verfügung oder Bewegung von Vermögensgegenständen oder von Rechten oder Eigentum an Vermögensgegenständen in Kenntnis der Tatsache, dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit stammen“. Die Richtlinie gibt jedoch keinen Hinweis darauf, welche unterschiedlichen Verhaltensweisen als „Verheimlichen“ im Gegensatz zu „Verschleiern“ und umgekehrt erfasst werden sollen. Der Unterschied erschließt sich auch bei Lektüre etwa der englischen („*concealment or disguise*“) oder französischen („*dissimuler ou déguise*“) Fassung der Richtlinie nicht. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Worte synonym gebraucht werden und es deshalb nicht erforderlich ist, beide Begriffe bei der Umsetzung in nationales Recht mit – mindestens – der Folge der Verwirrung des deutschen Rechtsanwenders und weiteren Verunklarung des Tatbestands zu übernehmen. Vielmehr eröffnet der Begriff des Verheimlichens neben dem des Verschleierns bei einem weiten Verständnis des Wortlautes die Möglichkeit, auch schlichtes Untätigbleiben dem Tatbestand unterfallen zu lassen. Der Duden definiert „verheimlichen“ als „jemanden von etwas, was man mitzuteilen verpflichtet wäre, bewusst nicht in Kenntnis setzen“. Im allgemeinen Sprachgebrauch wohnt dem Begriff des Verheimlichens damit offensichtlich ein Unterlassensmoment inne.

Erkennbar ist, dass ausweislich der Gesetzesbegründung nicht gewollt ist, einfaches Unterlassen ohne die Notwendigkeit des Vorliegens der weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 StGB unter Strafe zu stellen und auf diese Weise eine faktische Mitteilungspflicht jenseits des Bestehens einer Garantenpflicht zu generieren. Erforderlich sind gemäß dem Entwurf (BT-Drucks. 19/24180, S. 32) „konkret irreführende und aktiv unterdrückende Machenschaften bezogen auf alle Tatsachen, die den Ermittlungsbehörden bei den Ermittlungen und der Einziehung von Bedeutung sein können“. Da der Rechtsanwender bei der Auslegung einer Norm jedoch nicht gezwungen ist, sich (allein) am Willen des historischen Gesetzgebers zu orientieren, ist dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags weiterhin zu empfehlen, der Gefahr einer zu weiten Auslegung dieser Tathandlungsalternative mithilfe einer klaren Terminologie zu begegnen und die sprachliche Unklarheit der EU-RL bei der Umsetzung ins nationale Recht nicht im Anschluss an den RefE zu perpetuieren.

Hinzuweisen ist zuletzt noch auf die zahlreichen **ungeklärten Konkurrenzfragen** innerhalb der Anschlussdelikte, die der RegE heraufbeschwört. Durch die Aufgabe des Vortatenkatalogs träte § 261 StGB in direkte Konkurrenz zu den übrigen Anschlussdelikten der §§ 257 ff. StGB. So würde u.a. künftig fast jeder Fall der Hehlerei (§ 259 StGB) zugleich auch den Tatbestand der Geldwäsche verwirklichen. Das führte „zu weitreichenden Überschneidungen und einigen **Ungereimtheiten**“ (*Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045, 1046 m. zahlr. Bsp.), deren Klärung im Falle der Umsetzung des RegE die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Gesetzeskommentatoren intensiv beschäftigen dürften.

## 2. Anforderungen an die Vortat

Die geplante Neufassung durch Streichung des Passus „Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt“ erzeugt eine Unklarheit bei der Beantwortung der Frage, welche Anforderungen an die Vortat zu stellen sind.

Mit Gebrauch des Begriffs der „rechtswidrigen Tat“ wird bislang auf die einheitliche Definition des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB verwiesen, wonach nach allgemeinem Verständnis eine rechtswidrige, nicht jedoch zwingend schuldhaft begangene Tat gemeint ist. Nunmehr nimmt der Entwurf auf die Einziehungsvorschriften Bezug: Für den „Tatertrag“ soll der § 261 StGB-RegE an § 73 StGB anknüpfen. Demgemäß ist die Einziehung bezüglich dessen anzuordnen, was durch eine *rechtswidrige* Tat erlangt wurde. Schuldhafte Begehung ist danach nicht erforderlich (oben **B.I.2.**); außerdem sind auch Fahrlässigkeitstaten erfasst. Für das „Tatprodukt“ soll § 261 StGB-RegE hingegen an § 74 StGB und dessen Legaldefinition anknüpfen. § 74 StGB spricht von einer *vorsätzlichen* Tat. Der Gesetzesentwurf (BT-Drucks. 19/24180, S. 27) verhält sich zu dieser Frage wie folgt: „Dabei entspricht Tatprodukt der Legaldefinition in § 74 Absatz 1 StGB, so dass auch insoweit auf die entsprechende Rechtsprechung und Literatur verwiesen werden kann. Erfasst werden mithin Gegenstände, die durch eine vorsätzliche Tat hervorgebracht wurden.“

Gemäß den Kommentierungen zu § 74 StGB (statt Vieler *Saliger*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 74 Rn. 2) und im Umkehrschluss aus § 74 Abs. 3 StGB ist unter vorsätzlicher Tat eine volldeliktische, also *rechtswidrig und schuldhaft* begangene Tat zu verstehen. Fahrlässigkeitsstraftaten sind nicht erfasst. Die Orientierung an den Einziehungsvorschriften führt mithin zu **Friktionen** zwischen der Behandlung von Taterträgen *einerseits* und Tatprodukten *andererseits*. Es ist sicherlich nicht gewollt, dass eine Vortat nur dann ein geldwäschefähiges Tatprodukt hervorbringen kann, wenn sie auch schuldhaft begangen ist, für den Tatertrag indes die bloße Rechtswidrigkeit der Vortat ausreichen soll. In Bezug auf Surrogate bleibt nach dem Gesetzesentwurf zudem völlig offen, ob auf Rechtsprechung und Literatur zu § 73 StGB oder zu § 74 StGB rekuriert werden soll (vgl. auch *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045, 1047: „Die Neufassung der Grundformulierung des Tatobjekts der Geldwäsche ist daher insgesamt kritisch zu bewerten. Sie hilft zur Klärung der bisherigen Probleme nicht weiter und schafft dafür neue“).

Bei Beantwortung der Frage, welche Anforderungen an das subjektive Element der Vortat zu stellen sind, sind weniger gravierende Komplikationen zu erwarten, da aus einer Fahrlässigkeitstat typischerweise keine Vermögensgegenstände hervorgehen und dementsprechend nur vorsätzlich begangene Taten als Vortaten in Betracht kommen. Zu empfehlen ist jedoch, dass insoweit eine Klarstellung durch den Rechtsausschuss erfolgt.

## 3. Ergebnis

Diese und weitere redaktionelle Mängel müssen insgesamt auch in den redaktionellen Belangen zu dem Urteil führen, dass das **Ziel** des RegE, die praktische Handhabbarkeit des § 261 StGB zu verbessern, „in der Gesamtschau ... **verfehlt** (wird). Der Tatbestand wird insgesamt noch unübersichtlicher und soll sogar auf zehn Absätze anwachsen“ (*Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045, 1051).

### **C. Ergebnis und Kurzzusammenfassung**

Die im August 2020 noch erkennbaren Bemühungen des Referentenentwurfs, trotz des Paradigmenwechsels hin zum „all-crimes-approach“ eine per Saldo näherungsweise ausgewogene Neuregelung zu schaffen, gibt der Regierungsentwurf mit seiner Konzeption flächendeckender Kriminalisierung bei leichtfertiger Tatbegehung auf.

**Der „all-crimes-approach“ des Regierungsentwurfs zu § 261 StGB ist**

- nach europäischem Recht durch die Geldwäscherichtlinie 2018/1673 nicht veranlasst,
- nach deutschem Verfassungsrecht nur unter engen Voraussetzungen, deren Einhaltung zweifelhaft ist, verhältnismäßig,
- kriminologisch angesichts der Struktur der bisherigen Hellfeldkriminalität nicht naheliegend und
- kriminal- und justizpolitisch im „Kampf“ gegen Organisierte Kriminalität dysfunktional, weil die ohnehin belasteten Ressourcen der Strafverfolgung mit bagatelhaften Vortaten überstrapaziert werden.

**Sollte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vom „all-crimes-approach“ nicht abgehen, bedarf es jedenfalls einer Minima-Klausel (Verweis auf die §§ 243 Abs. 3, 247, 248a StGB in entsprechender Anwendung).**

**Der gegenüber dem Referentenentwurf mit dem Regierungsentwurf wieder aufgenommene Leichtfertigkeitstatbestand ist aus rechtslogischen Gründen teilweise selbstwidersprüchlich und führt im Übrigen bei Wegfall eines Vortatenkatalogs zu einer verfassungsrechtlich problematischen Überkriminalisierung. Absatz 6 des RegE sollte gestrichen werden.**

**Wegen der Strafbarkeitsrisiken für Rechtsberater jenseits der Strafverteidigung bedarf es einer Klarstellung in § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB-RefE und – für den Fall der Beibehaltung des Leichtfertigkeitkonzepts – auch in § 261 Abs. 6 Satz 2 StGB-RefE.**