

BDK | Poststraße 4-5 | D-10178 Berlin

Bundesministerin der Justiz
und für Verbraucherschutz
Ref. II A 4 – Herr Busch o.V.
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

nur per E-Mail

Bundvorsitzender

Ansprechpartner/in: Sebastian Fiedler
Funktion: Bundesvorsitzender

E-Mail: bdk.bgs@bdk.de
Telefon: +49 30 2463045-0

Datum: 07.09.2020

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche und zugleich Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1673

1. Ihr Schreiben vom 11. August 2020, AZ II A 4 – 4070/4-2-23 233/2020

Sehr geehrter Herr Busch,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Gelegenheit, zum o. g. Gesetzgebungsvorhaben Stellung nehmen zu können. Die folgende Stellungnahme konzentriert sich auf die aus Sicht des BDK zentralen geplanten Änderungen.

1 Position des BDK

1.1 Änderung von § 76a Abs. 4 StGB

Die Änderung von § 76 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 lit. f StGB-RefE lehnen wir ab. § 76a Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 lit. f StGB soll nach dem RefE künftig nur noch in Betracht kommen, wenn der einzuziehende Vermögensgegenstand in einem Verfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche sichergestellt wurde, bei dem die Vortat ein Verbrechen oder eine gewerbs- oder bandenmäßige Vortat ist.

Zunächst wirkt die Regelung in gewisser Weise widersprüchlich. § 76a Abs. 4 StGB ermöglicht es, Vermögen unklarer Herkunft unabhängig vom Nachweis einer konkreten rechtswidrigen Tat (selbständig) einzuziehen, wenn das Gericht davon überzeugt ist (vgl. dazu § 437 StPO), dass der sichergestellte Gegenstand aus (irgend-)einer rechtswidrigen Tat herrührt. Es ist mithin nicht erforderlich, dass die Tat im Einzelnen festgestellt wird; an die Überzeugung dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden (BT-Drs. 18/9252, S. 73 m.w.N.). In der Praxis kommt die Norm zur Anwendung, wenn die Taten, aus denen das Vermögen stammt, nicht im Einzelnen festgestellt werden können. Wie es dem Gericht dann aber gelingen soll, zu nicht im Einzelnen festzustellenden Taten zur Überzeugung hinsichtlich einer gewerbs- oder bandenmäßigen Begehungsweise zu kommen, bleibt schleierhaft. Oder umgekehrt formuliert: Gelingt es dem Gericht die gewerbs- oder bandenmäßige Begehung einer Tat nachzuweisen, bliebe für § 76a Abs. 4 StGB kein Raum mehr, da die Norm den übrigen Einziehungsvorschriften gegenüber subsidiär

ist (sowohl die Einziehung und die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach den §§ 73 bis 73c StGB als auch die selbständige Einziehung nach § 76a Absatz 1 bis 3 StGB gehen dem Abschöpfungsinstrument des § 76a Absatz 4 StGB vor (BT-Drs. 18/9525, S. 73).

Überdies fielen künftig zahlreiche bedeutsame Vortaten aus dem Anwendungsbereich des § 76a Abs. 4 StGB heraus. Beispielhaft: Vergehen der Terrorismusfinanzierung gemäß § 89c StGB, Unterstützung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 5 StGB (auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1 StGB) u.v.m. Diese Taten werden im Regelfall weder gewerbsmäßig noch bandenmäßig begangen.

Anordnungsvoraussetzung für die selbständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB ist, dass zum Zeitpunkt der Sicherstellung bereits ein Verdacht wegen einer Katalogtat nach § 76a Abs. 4 Satz 3 StGB bestand und die Sicherstellung wegen dieses Verdachts erfolgte (vgl. BGH, Urt. v. 18.09.2019, Az. 1 StR 320/18). Die Beurteilung sowohl einer banden- oder gewerbsmäßig begangenen Geldwäsche als auch einer banden- oder gewerbsmäßig begangenen Vortat ist zu diesem Zeitpunkt jedoch regelmäßig unmöglich.

In der Praxis sind regelmäßig Fälle festzustellen, in denen die erste Sicherstellung aufgrund eines Anfangsverdachts der Geldwäsche von Geldern aus dem illegalen Handel mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) erfolgte, ohne dass bereits konkrete Anzeichen für eine gewerbs- oder bandenmäßige Begehung des Betäubungsmittelhandels vorgelegen hätten. Der Vorwurf einer banden- oder einer gewerbsmäßigen Tatbegehung ist bspw. zum Zeitpunkt einer Fahrzeugkontrolle, anlässlich der Bargeld (und Betäubungsmittel oder Bargeld mit Betäubungsmittelanhaftungen etc.) gefunden wird, nur schwierig zu erheben.

Zusätzlich kritisch wird in diesem Kontext – wie auch bei der beabsichtigten Änderung von § 261 StGB – die Streichung der Begrifflichkeit des „Herrührens“ gesehen (ungeachtet der Tatsache, dass ausweislich der Begründung zum RefE die hierbei vorzunehmende wirtschaftliche Betrachtungsweise „ohne inhaltliche Veränderung fortgelten“ soll, vgl. S. 32). Der Begriff ist durch die Rechtsprechung ausreichend konkretisiert (vgl. auch BT-Drs. 18/9525, S. 73; u.a. BGH, Beschl. v. 20.05.2015, 1 StR 33/15), weshalb er erst 2017 bei der Neufassung der Vorschriften zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in § 76a Abs. 4 StGB übernommen wurde. Unter den Begriff des „Herrührens“, der zudem der in der Richtlinie (EU) 2018/1673 verwendeten Begrifflichkeit „aus einer kriminellen Tätigkeit stammen“ (sh. Erwägungsgrund 12, Art. 3) sehr nahe kommt, lassen sich neben Vermischungen (mit legalen Vermögenswerten) und hiesiger Auffassung nach auch Nutzungen (wie etwa Mieteinnahmen aus mit inkriminierten Mitteln angeschafften Immobilien) subsumieren.

Es besteht insofern weder ein rechtliches, noch ein praktisches Bedürfnis die weitreichendere und griffigere Begrifflichkeit zu ersetzen.

In der Gesamtbetrachtung würden die beabsichtigten Änderungen von § 76a Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 lit. f StGB die Norm weitgehend unanwendbar machen.

1.2 Änderung von § 261 StGB

1.2.1 All-crimes-Ansatz

Der Verzicht auf einen Vortatenkatalog wie er aktuell in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB enthalten ist, wird ausdrücklich begrüßt. Die Einführung eines all-crimes-Ansatzes vereinfacht die praktische

Handhabbarkeit und entspricht den Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) (vgl. FATF president's paper „Anti-money laundering and counter terrorist financing for judges & prosecutors“ vom Juni 2018, S. 5) sowie der Rechtslage in mehreren anderen europäischen Ländern wie Frankreich, Italien, Belgien, Schweden oder Großbritannien.

Ungeachtet dessen ist darauf hinzuweisen, dass die Einführung eines all-crimes-Ansatzes ein zentrales Problem der Verfolgbarkeit von Geldwäschehandlungen nicht beseitigt: Die Anforderungen an die Konkretisierung der Vortat werden hierdurch nicht berührt. Ermittlungen in Sachverhalten, wo die Herkunft von Vermögen durch komplexe, internationale (Offshore-)Strukturen aus Strohpersonen und Briefkastenfirmen verschleiert wird, werden durch einen all-crimes-Ansatz nicht erleichtert, da das entscheidende Hindernis hierbei nicht die Begrenzung der Strafbarkeit auf bestimmte Vortaten ist, sondern die Erforderlichkeit, überhaupt irgendeine kriminelle Quelle des betreffenden Vermögens nachzuweisen.

Sofern auf Seite 39 f. des RefE zum Vorsatz (m.w.N.) formuliert wird *„Das bloße Erkennen der Möglichkeit einer rechtswidrigen Herkunft des Gegenstandes reicht dagegen nicht aus. Es ist zumindest erforderlich, dass der Täter sich irgendwelche konkreten, von einem Sachverhalt her bestimmbaren Vorstellungen gemacht hat“* so wird hierdurch eine gravierende Schwierigkeit sehr deutlich aufgezeigt, die einer Geldwäscheverurteilung im „Kernbereich“ organisierter Kriminalität entgegensteht: Gerade professionelle Geldwäscher, die Geldwäschendiensteleistungen anbieten („crime as a service“) haben in aller Regel keine Kenntnis von der konkreten Herkunft des ihnen anvertrauten Vermögens, weil weder sie noch ihre Auftraggeber daran interessiert sind, diese Herkunft zu thematisieren.

1.2.2 Wegfall der Strafbarkeit der leichtfertigen Geldwäsche (aktuell § 261 Abs. 5 StGB)

Die beabsichtigte Streichung der Strafbarkeit der leichtfertigen Begehung der Geldwäsche (wie aktuell in § 261 Abs. 5 StGB geregelt) ist entschieden abzulehnen. Das Vorhaben wäre ein gravierender kriminalpolitischer Fehler. Entgegen der Annahme im RefE (S. 21) hätte die Änderung sehr wohl eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der Pönalisierung der Geldwäsche gegenüber der bisherigen Rechtslage zur Folge.

Die Bedeutung der Sanktionsmöglichkeit leichtfertiger Geldwäschehandlungen lässt sich zunächst aus der Strafverfolgungsstatistik ablesen, ausweislich der seit Jahren jeweils über die Hälfte aller Verurteilungen wegen Geldwäsche auf der aktuellen Norm des § 261 Abs. 5 StGB (leichtfertige Geldwäsche) beruht. Eine Streichung der Strafbarkeit leichtfertiger Geldwäschehandlungen hätte mithin einen deutlichen Rückgang in der Verurteilungsstatistik zur Folge, der auch von der FATF im Rahmen ihrer Deutschlandprüfung kritisch bewertet werden dürfte.

Ein Großteil dieser Verurteilungen wegen leichtfertiger Geldwäsche betrifft sog. Finanzagenten, d.h. Personen, die inkriminierte Geldbeträge, die aus Phishing-Attacken, Betrugshandlungen etc. stammen, auf ihrem Konto entgegennehmen, abheben und (häufig über Zahlungsdienstleister wie Western Union etc.) weiterleiten. Direkter oder bedingter Vorsatz können hier meist nicht nachgewiesen werden, so dass alleine die Leichtfertigkeitsstrafbarkeit eine Sanktionsmöglichkeit bietet. Das kriminalpolitische Bedürfnis der Sanktionierung einer solchen Finanzagententätigkeit dürfte unstrittig sein.

Zu berücksichtigen ist hierbei zudem, dass Finanzagenten in aller Regel von organisierten kriminellen Strukturen angeworben und eingebunden werden und damit Teil deren Systems sind,

das durch Ermittlungen gegen die Finanzagenten aufgeklärt werden kann, was bereits mehrfach eindrucksvoll durch internationale Aktionen gegen komplexe Finanzagentennetzwerke demonstriert wurde (sh. bspw. die European Money Mule Actions (EMMA)). Im Falle einer „Legalisierung“ der leichtfertigen Geldwäsche droht eine Isolierung Deutschlands im Rahmen derartiger Aktionen, zumindest jedoch wird eine deutsche Teilnahme an solchen konzertierten Ermittlungsvorhaben erschwert.

Der Wegfall der Strafbarkeit der leichtfertigen Geldwäsche kann auch nicht kompensiert werden. In der Praxis ist die Möglichkeit einer Verurteilung wegen leichtfertiger Geldwäsche für viele Richter die einzige Möglichkeit, um entsprechendes Verhalten verurteilen zu können. „Alternative“ Verurteilungen wegen bedingt vorsätzlicher Geldwäsche drohen angreifbarer zu werden und lassen vermehrte Revisionsanträge erwarten, die wiederum die „Beliebtheit“ der Norm des § 261 StGB in der gerichtlichen Praxis (weiter) schrumpfen lassen dürfte.

Zu befürchten ist ferner eine Schwächung des Opferschutzes. Die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche von Betrugsopfern (Phishing, Warenbetrug etc.) gegen die Finanzagenten würde durch den Wegfall der strafbaren leichtfertigen Geldwäsche erschwert. Wenn es zu keiner Verurteilung des Finanzagenten wegen leichtfertiger Geldwäsche kommt, da der bedingte Vorsatz nicht nachweisbar ist, kann sich das Opfer bzw. auch der Richter im Zivilprozess (der zu aufwändigerer „strafrechtlich orientierter“ Beweiserhebung gezwungen ist) auch nicht mehr auf die Verurteilung im Strafverfahren beziehen.

1.2.3 Erfassung von Tatprodukten in § 261 Abs. 1 S. 1 StGB-RefE

Aus hiesiger Sicht ist unklar, warum „Tatprodukte“ in § 261 Abs. 1 S. 1 StGB-RefE erfasst werden sollen (ebenso in § 261 Abs. 7 StGB-RefE). Ein „Waschen“ von Tatprodukten (bspw. Falschgeld, gefälschte Urkunden oder hergestellte Drogen) ist kaum vorstellbar und jedenfalls nicht über § 261 StGB zu sanktionieren.

1.2.4 „Waschen“ von Nutzungen nicht mehr von § 261 StGB-RefE erfasst

Wir sehen ein kriminalpolitisches Bedürfnis ferner darin, das „Waschen“ von Nutzungen, die der Täter wissentlich und willentlich aus einem Tatertrag einer rechtswidrigen Tat zieht, der Norm des § 261 StGB zu unterwerfen. Nicht zuletzt deshalb, da nach hiesiger Auffassung die Einziehung von Nutzungen, die der Drittbegünstigte aus ihm zugeflossenen Vermögenswerten selbst zieht, nach geltender Rechtslage nicht möglich ist (zu dieser Gesetzeslücke vgl. ausführlicher *Barreto da Rosa NZWiSt 2018, 215 ff.*).

Bspw. das „Waschen“ von Mieteinnahmen (wie in einem aktuellen öffentlichkeitswirksamen Verfahren gegen Clan-Mitglieder: in Millionenhöhe) aus Immobilien, die mit inkriminierten Mitteln erworben wurden, wäre nach dem RefE nicht mehr strafbar, was als nicht hinnehmbar zu werten ist.

1.2.5 Ausschluss der ersparten Aufwendungen (aktuell § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB)

Die Herausnahme ersparter Aufwendungen, die aktuell von § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB erfasst werden, ist abzulehnen. Das „Waschen“ ersparter Aufwendungen sollte weiterhin von § 261



StGB erfasst werden. Eine Streichung würde u.a. die Verfolgung von Geldwäschehandlungen von Vermögenswerten aus Straftaten nach § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) ebenso erschweren wie die Verfolgung weiterer Teile der Umweltkriminalität (z.B. die illegale Abfallentsorgung i.S. des § 326 StGB), dem nach einer INTERPOL-Schätzung viertgrößten Kriminalitätsphänomen weltweit.

Im Falle einer Streichung droht überdies eine Verschlechterung insbesondere auch für die internationale Zusammenarbeit, obgleich die Richtlinie (EU) 2018/1673 gerade eine Harmonisierung der nationalen Vorschriften bezweckt (auch hinsichtlich der Steuerstraftaten als Vortaten, vgl. Erwägungsgrund 8).

1.2.6 Strafverteidigerprivileg (§ 261 Abs. 1 Satz 3 StGB-RefE)

§ 261 Abs. 1 Satz 3 StGB-RefE soll die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 – BVerfGE 110, 226, 245 ff.; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14) zu den Vorsatzanforderungen bei der Annahme von Honoraren durch Strafverteidiger umsetzen.

Obgleich die Klarstellung „*Wer also einen Vermögensgegenstand, dessen kriminelle Herkunft er für möglich hält und sie billigt, verbirgt, in Vereitelungsabsicht umtauscht, überträgt oder verbringt oder relevante Tatsachen verheimlicht oder verschleiert, ist strafbar, selbst wenn er Strafverteidiger ist.*“ (RefE S. 35) zu begrüßen ist, bleibt die Beschränkung der Strafbarkeit von Strafverteidigern in den Fällen des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und 4 StGB-RefE auf die Fälle, in denen sie zu dem Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatten, kriminalpolitisch höchst fragwürdig. Bedingter Vorsatz ist damit bei Strafverteidigern nicht strafbar: Strafverteidiger dürften sich somit mit Verbrechensbeute bezahlen lassen, wenn sie dies für möglich halten und billigen (!). Zumindest für Beträge, welche die Pflichtverteidigergebühren überschreiten, ist diese Regelung strikt abzulehnen.

1.2.7 Qualifikationstatbestand für Verpflichtete (§ 261 Abs. 4 StGB-RefE)

§ 261 Abs. 4 StGB-RefE beinhaltet eine Qualifikation der Grundtatbestände der Absätze 1 und 2, wenn die Tat durch einen Verpflichteten nach § 2 GwG begangen wird. Hier scheint übersehen worden sein, dass Verpflichtete nach § 2 GwG zu einem überwiegenden Teil juristische Personen sind, d.h. bspw. Kreditinstitute, diese jedoch nicht Adressat von § 261 StGB sein können. Eine natürliche Person handelt in diesen Fällen nicht „als Verpflichteter“, sondern allenfalls (in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis) für einen Verpflichteten.

1.2.8 Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche (§ 261 Abs. 6 StGB-RefE)

Aus hiesiger Sicht ist ferner die zwar sprachlich verbesserte, aber inhaltlich nach wie vor missglückte Regelung zur Selbstgeldwäsche zu korrigieren. Das Inverkehrbringen ist ausweislich der damaligen Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6389 S. 14) der Norm des § 146 StGB (Geldfälschung) entnommen. Laut ständiger Rspr. (u.a. BGH NSTZ-RR 2002 S. 302 f.) ist die Übergabe an Mittäter jedoch als interner Vorgang *kein* Inverkehrbringen, womit Einzahlungen von inkriminiertem Vermögen durch den Geldwäscher auf sein Konto, Überweisungen an

Freunde/Mittäter etc. nicht erfasst werden, was im Kontext der Geldwäsche ein Inverkehrbringen fast immer ausschließt und die Regelung mithin entleert (vgl. ausführlich auch *Barreto da Rosa* JR 2019 S. 585 ff.).

1.2.9 Redaktionelle Ausgestaltung der Regelungen zu Auslandsvortaten (§ 261 Abs. 7 Nr. 2 StGB-RefE)

Die redaktionelle Ausgestaltung der Regelung zu den Auslandsvortaten in § 261 Abs. 7 Nr. 2 StGB-RefE ist unübersichtlich und in der Praxis schwer handhabbar.

1.2.10 Wegfall der Strafausschließungsregel (aktuell § 261 Abs. 9 S. 1 StGB)

Der (in der Begründung des RefE auch nicht weiter kommentierte) Wegfall der Strafausschließungsregel des aktuellen (und praktisch bedeutsamen) § 261 Abs. 9 S. 1 StGB ist abzulehnen.

Die in § 261 Abs. 9 S. 1 StGB enthaltenen Vergünstigungen sollen ausweislich der Begründung bei ihrer Schaffung (BT-Drucks. 12/989, S. 28) zur wirksameren Bekämpfung der organisierten Kriminalität beitragen, indem sie einen Anreiz für die Anzeige strafbarer Geldwaschvorgänge schaffen. Die Erstattung einer solchen Anzeige kann nicht nur zur Aufklärung der Geldwäsche selbst, sondern auch der Vortat (z.B. eines Betäubungsmitteldelikts) und darüber hinaus zur Sicherstellung des „gewaschenen“ Gegenstandes (z.B. des Erlöses aus illegalem Betäubungsmittelhandel) führen (BT-Drucks. 12/3533, S. 15).

Weshalb an der Regelung nicht festgehalten werden soll erschließt sich nicht und sollte zumindest näher begründet werden.

2 Fazit

Trotz einzelner Verbesserungen für die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche weist der Gesetzentwurf Regelungsvorschläge auf, die erhebliche negative Auswirkungen auf die Geldwäschebekämpfung in Deutschland hätten. Hier ist aus Sicht des BDK dringender Nachbesserungsbedarf angezeigt.

Die Kritik lässt sich dergestalt zusammenfassen und pointieren, dass trotz positiver Ansätze in der Gesamtbetrachtung die negativen Auswirkungen in einem Ausmaß überwiegen, dass keine Verbesserung, sondern eine Verschlechterung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche die Folge wäre und im Zweifelsfall sogar überhaupt keine Änderung an den aktuellen Normen vorgezogen werden müsste.

Mit freundlichen Grüßen



(Sebastian Fiedler)