

4. Teil: Schutz von kollektiven Rechtsgütern

§ 10: Schutz der Rechtspflege

I. Geldwäsche – § 261 StGB

1. Allgemeines

Geldwäsche bezeichnet das Einschleusen illegal erworbenen Vermögens in den legalen Wirtschafts- und Finanzkreislauf unter Verschleierung seines tatsächlichen Ursprunges (vgl. *HWSt/Herzog* Kap. XIII Rn. 3). Es geht dem Täter darum, illegal erlangte Vermögenswerte als legale auszugeben und so das Vermögen vor dem Zugriff der Berechtigten oder des Staates zu bewahren. Dabei ist das Hauptziel des Verbots der Geldwäsche, die Verfolgung der Vortat zu ermöglichen und dem Vortäter die Nutzung des illegalen Vermögens dadurch zu erschweren, dass er keine Abnehmer mehr finden soll.

Die Verbindung zur Wirtschaftskriminalität besteht vor allem darin, dass gerade innerhalb der zum Teil nur schwer zu durchschauenden Unternehmensfinanzstrukturen illegale Gelder – etwa aus schwarzen Kassen oder Steuerhinterziehung – Eingang in den regulären Wirtschaftskreislauf finden können. Zudem werden extra gegründete Unternehmen auch genutzt, um die Herkunft größerer Geldmengen zu verbergen. So kann etwa ein Restaurantbetrieb dazu dienen, Gelder aus Drogen-, oder Waffenhandel als Einnahmen von Kunden zu deklarieren und so als legales Vermögen in die Bilanzen einzubringen.

Der Straftatbestand der Geldwäsche ist noch jung und wurde erst 1992 eingeführt. Die Einführung ging maßgeblich auf europarechtliche Vorgaben zurück. So wurden zwischen 1991 und 2005 drei Richtlinien zur Geldwäsche erlassen. Der deutsche Straftatbestand wurde seitdem häufig geändert, wobei sein Anwendungsbereich zumeist erweitert wurde.

Die **Kritik** an § 261 StGB ist erheblich. Das Bedürfnis einer strafrechtlichen Sanktionierung wird auf vage Erscheinungen wie organisierte Kriminalität und allgemeine Korruption gestützt. Dementsprechend ist der Tatbestand sehr weit und unbestimmt gefasst, so dass teilweise sogar legal erworbenes Vermögen tauglicher Gegenstand der Geldwäsche sein kann (s.u. KK 340 ff.). Trotzdem ermöglicht der Tatverdacht der Geldwäsche eine Vielzahl eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen (z.B. die Telekommunikationsüberwachung, § 100a StPO, oder den sog. großen Lauschangriff, § 100c StPO). Auf der anderen Seite sind Erfolge i.S.v. Verurteilungen oder Gewinnabschöpfungen nur in geringem Maße zu verzeichnen. Dies gilt insbesondere in Relation zu den geschätzten Vermögenswerten, die von Geldwäsche betroffen sein sollen. Polizeilichen Angaben zufolge kommt jährlich ein Vermögen von 30-120.000 Mio. Euro *neu* hinzu, das aus kriminellen Vortaten stammen soll (*Fischer* § 261 Rn. 4a).

2. Rechtsgut

Das geschützte Rechtsgut ist umstritten.

- E.A.: Staatliche Rechtspflege und die Ermittlungsinteressen der Strafverfolgungsbehörden
- A.A.: Legaler Wirtschafts- und Finanzkreislauf
- A.A.: Rechtsgut der Vortat, z.B. Eigentum
- A.A.: Sowohl Rechtspflege als auch Rechtsgut der Vortat

Am überzeugendsten erscheint es, die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung als Schutzgut anzusehen, da durch Geldwäschehandlungen die Strafverfolgung der Vortat erschwert wird. Das Rechtsgut der Vortat ist als Reflex mitgeschützt.

3. Tatbestand

a) Gegenstand, der aus einer Vortat herrührt

aa) Gegenstand

Der Begriff des Gegenstandes umfasst neben Sachen auch Rechte und Forderungen. Insoweit ist beispielsweise auch illegal erlangtes Buchgeld tauglicher Gegenstand des § 261 StGB.

Bsp.: Geld auf „schwarzen“ Konten von Parteien, das dort deponiert wurde, um es nicht als Spende deklarieren zu müssen, ist ein tauglicher Gegenstand einer Geldwäschehandlung. Werden diese Gelder auf legale Konten der Partei mit Wissen der Verantwortlichen zurücküberwiesen, um sie nun beispielsweise für den anstehenden Wahlkampf zu nutzen, so handelt es sich hierbei um eine Geldwäsche. Hehlerei gem. § 259 scheidet hingegen aus, da Buchgeld keine Sache ist.

bb) Vortat

Die in Betracht kommenden rechtswidrigen Vortaten, aus denen der Gegenstand herrühren muss, sind abschließend in Abs. 1 S. 2 aufgezählt.

Mit der behaupteten Intention des Gesetzgebers, Delikte der sog. organisierten Kriminalität zu bekämpfen, hat die Aufzählung nur wenig gemein. Erfasst sind alle Verbrechen sowie z.B. Diebstahls- und Unterschlagungshandlungen, wenn sie gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande begangen worden sind. Auch entsprechende Untreuehandlungen und nun auch Steuerhinterziehung sind taugliche Vortaten, wobei insbesondere letzterer in der Regel jegliche Verbindung zur sog. organisierten Kriminalität fehlen dürfte.

Ausreichend sind auch im Ausland begangene Taten (Abs. 8), wenn die jeweilige Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist und den Taten des Abs. 1 entspricht. Dies bedeutet, dass die Tat zunächst – unterstellt, sie wäre im Inland erfolgt – eine rechtswidrige Tat im Sinne von Abs. 1 S. 2 darstellen muss. Außerdem muss die Tat auch nach dem Recht des Tatorts mit Strafe bedroht sein (Herzog *GWG/Nestler* § 261 StGB Rn. 44).

cc) Herrühren

Der Begriff des Herrührens ist weit zu verstehen und umfasst vermengte, verarbeitete, eingetauschte oder sonst veränderte Gegenstände. Hier besteht ein weiterer Unterschied zur Hehlerei (neben der Unterscheidung Gegenstand/Sache), bei der aus der Tat herrührende Sachen nicht erfasst sind (Straflosigkeit der Ersatzhehlerei). Für das Herrühren i.S.d. Geldwäsche nicht ausreichend ist, wenn der Gegenstand hauptsächlich auf Leistungen Dritter zurückzuführen ist oder Ausfluss einer Investition ist, die mittels deliktischer Beträge getätigt wurde.

Bsp.: Der aus Gewinnen einer gewerbsmäßigen Untreuehandlung gekaufte BMW ist tauglicher Gegenstand einer Geldwäsche, nicht aber einer Hehlerei. Kauft ein Freund des Veruntreuenden das Fahrzeug in Kenntnis seiner Finanzierung, kommt daher nur eine Strafbarkeit gem. § 261 StGB, nicht gem. § 259 StGB in Betracht.

Bsp.: Kauft sich ein Rauschgifthändler mit deliktisch erworbenem Geld einen Bauernhof, um sich dort niederzulassen, sind die Erträge hieraus (z.B. Milch der Kühe) nach h.M. nicht bemakelt. Das Ankaufen der Produkte im Wissen um die Finanzierung des Bauernhofs soll daher keine Geldwäsche sein.

Problematisch sind Fälle der **Kontaminierung von größeren, an sich unbemakelten Geldbeständen**. Nach wohl h.M. bemakeln auch geringe, aber nicht völlig unerhebliche (BGH NJW 2015, 3254, 3255; OLG Karlsruhe NJW 2005, 767, 769) Geldbeträge aus einer tauglichen Vortat hiermit verbundene Geldmengen.

Bsp.: Stammen 5 % der Gelder auf einem Konto eines Amtsträgers aus einer Bestechung, macht sich gem. § 261 StGB strafbar, wer sich in Kenntnis der Umstände 3.000 € auszahlen lässt. Nach anderer Ansicht müssen

bestimmte Anteilsquoten von 5 %, 25 % oder 50 % überschritten werden. Letztere Ansicht kann argumentativ damit gestützt werden, dass sonst nahezu alle Geldbestände der Welt bemakelt wären.

P: Steuerhinterziehung

Steuerhinterziehung gem. § 370 AO ist taugliche Vortat, wenn sie gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande begangen worden ist. Grundsätzlich müsste man ein „Herrühren“ in den Fällen, in denen durch die Steuerhinterziehung **Aufwendungen erspart** werden, verneinen: Diese ersparten Aufwendungen sind nämlich keine aus einer Vortat stammenden abgrenzbaren Gegenstände, sondern sie sind von vornherein nur im Gesamtvermögen vorhanden (*Fischer* § 261 Rn. 8a f.). Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber auch die Regelung in § 261 I 3 geschaffen: „Satz 1 gilt in den Fällen der gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Steuerhinterziehung nach § 370 der Abgabenordnung für die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen und unrechtmäßig erlangten Steuererstattungen und -vergütungen sowie in den Fällen des Satzes 2 Nr. 3 auch für einen Gegenstand, hinsichtlich dessen Abgaben hinterzogen worden sind“. Soweit der Gesetzgeber in der Aufzählung auch Steuererstattungen und -vergütungen erwähnt, ist dies überflüssig, da es sich hierbei um abgrenzbare Gegenstände handelt, die unproblematisch aus der Vortat herrühren (vgl. *Spatscheck/Wulf* NJW 2002, 2983, 2987).

Die gesetzgeberische Erweiterung auf ersparte Aufwendungen erweist sich allerdings als hochproblematisch und ist in ihren Auswirkungen noch nicht abschließend geklärt:

Die ersparten Aufwendungen lassen sich regelmäßig *nicht in einer Weise konkretisieren*, dass ein Objekt vorhanden wäre, an dem eine der Tatbestandshandlungen vollzogen werden könnte (NK/*Altenhain* § 261 Rn. 83). Hinterzieht jemand also beispielsweise Steuern in Höhe von 10.000 Euro – spart er also eine Steuerschuld in dieser Höhe –, ist fraglich, *welcher konkrete Gegenstand als Tatobjekt* in Betracht kommt.

Legt man nun den sehr weitgehenden Wortlaut von § 261 I 3 StGB zugrunde, könnte dieser so verstanden werden, dass das *gesamte Vermögen* des Steuerhinterziehers bemakelt ist, da die Steuerersparnis *ununterscheidbar im Gesamtvermögen* aufgeht. Dies ist allerdings unverhältnismäßig und daher gewichtigen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt (*Fischer* § 261 Rn. 8a ff.): Da kein *abgrenzbarer* Teil des Vermögens betroffen ist, würde somit nämlich jedweder Geldverkehr mit dem Hinterziehenden (bei Kenntnis der Vortat) unter Strafe gestellt. Hat also z.B. A Kenntnis davon, dass B eine Steuerhinterziehung begangen hat und erwirbt er von diesem eine (zuvor rechtmäßig erworbene) Vase, würde er sich gem. § 261 StGB strafbar machen, da die Vase als Teil des Gesamtvermögens bemakelt ist.

Derzeit ist noch nicht abschließend geklärt, ob bzw. wie die Vorschrift *einschränkend* ausgelegt werden kann. Nicht überzeugend ist es jedenfalls, den Wert der ersparten Aufwendungen willkürlich an einzelnen Gegenständen festzumachen, die (zufällig) dem Wert der Ersparnisse entsprechen (NK/*Altenhain* § 261 Rn. 83). Erspart also beispielsweise jemand 10.000 Euro Steuern und hat in seinem Vermögen zufällig ein (rechtmäßig erworbenes) Gemälde im Wert von 10.000 Euro, wäre es reine Willkür, gerade dieses Gemälde als bemakelt anzusehen.

In der Literatur wird daher teilweise auch die Schlussfolgerung gezogen, dass eine Strafbarkeit trotz der Regelung des § 261 I 3 StGB im Regelfall ausscheide, da eben kein konkretes Tatobjekt für die Geldwäschehandlungen ausgemacht werden kann (NK/*Altenhain* § 261 Rn. 83).

b) Tathandlung

aa) Absatz 1

Den Gegenstand verbergen, dessen Herkunft verschleiern oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereiteln oder gefährden.

Die einzelnen Tathandlungen überschneiden sich. Die Gemeinsamkeit besteht darin, dass Spuren der Herkunft des Gegenstandes beseitigt werden sollen. Auf einen Erfolg des Verbergens oder Verschleierns kommt es dabei nicht an. Für die Gefährdungshandlungen ist eine konkrete Gefahr erforderlich.

bb) Absatz 2

Absatz 2 stellt auch das Verschaffen, Verwahren oder Verwenden des Gegenstandes unter Strafe, wenn der Täter Kenntnis von der Herkunft des Gegenstandes zu dem Zeitpunkt der Erlangung hatte. Jedoch scheidet eine Strafbarkeit dann aus, wenn ein Dritter den Gegenstand zuvor erlangt und hierdurch keine Straftat begangen hat (Abs. 6).

Als problematisch wird angesehen, dass von dieser Regelung alltägliche Handlungen unter Strafe gestellt werden. Insbesondere wurde diskutiert, ob auch **Honorare für einen Strafverteidiger** von Abs. 2 erfasst sein können, da häufig Geldbestandteile des Mandanten bemakelt sein werden und eine Skepsis des Verteidigers hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Honorargeldes das Vertrauensverhältnis belasten könnte. BGH (BGHSt 47, 68) und BVerfG (BVerfGE 110, 226; siehe auch BVerfG NJW 2015, 2949, 2952) halten die Regelung des § 261 II Nr. 1 StGB jedoch dann nicht für verfassungswidrig (Einschränkung der Berufsfreiheit), wenn nur solche bemakelten Gegenstände erfasst sind, von deren rechtswidriger Herkunft der Verteidiger *sichere Kenntnis (direkter Vorsatz)* hat (verfassungskonforme Auslegung). In einer jüngeren Entscheidung hat das BVerfG entschieden, dass eine einschränkende Auslegung – entweder ebenfalls im subjektiven Tatbestand oder aber auch auf andere Weise – für Strafverteidiger auch im Hinblick auf den *Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand* des § 261 I StGB geboten ist (BVerfG NJW 2015, 2949, 2952 ff.).

c) Subjektiver Tatbestand

Grundsätzlich ist bedingter Vorsatz für alle objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich. Nach Abs. 5 ist auch Leichtfertigkeit in Bezug auf die Herkunft des Gegenstandes ausreichend. Bzgl. des Verschaffens gem. Abs. 2 Nr. 1 ist im Verhältnis Verteidiger-Mandanten jedoch sichere Kenntnis von der Herkunft des Gegenstandes nötig (s.o.). Eine Einschränkung bei anderen Berufsgruppen als Strafverteidigern wurde zwar von der Rechtsprechung gefordert, jedoch bisher nicht angenommen.

Bsp.: Der Unternehmensberater K erhält von der Firma V jährlich eine größere sechsstellige Summe für seine „Beratungstätigkeit“, wobei er lediglich passiv seinen Namen zu Werbezwecken zur Verfügung stellt. K weiß

aber, dass die Firma fast ihren kompletten Umsatz durch illegalen Waffenhandel mit kriminellen Vereinigungen erzielt, und alle anderen Tätigkeiten nur vorgeschoben sind. K macht sich mit der Annahme des Geldes zumindest wegen leichtfertiger Geldwäsche gem. § 261 I 2 Nr. 5, II, V StGB strafbar.

4. Fall zu § 261 StGB – Sachverhalt

Der Geschäftsführer G einer erfolgreichen GmbH überweist regelmäßig pflichtwidrig Geld auf das Konto der F, der Freundin des A, welcher Geschäftsführer einer kleinen, schlecht laufenden GbR ist. G's Motivation für die Überweisung des Geldes ist die Freundschaft zu A, dem er aus alten Zeiten noch einiges schuldet. G und A besprechen, dass F als Strohperson benutzt wird, damit die Verbindung der GmbH mit der GbR bei einer Wirtschaftsprüfung nicht auffällt. F denkt, dass G die Gelder aufgrund eines bestehenden Anspruches von A überweist. Angesichts der Tatsache, dass ihr Konto für die Transaktion benutzt wird, ist die Annahme, dass die Herkunft des Geldes rechtmäßig sei, leichtfertig. F übergibt, wie von Anfang an geplant, das Geld regelmäßig dem A, der so seine GbR und damit auch sich finanziell über Wasser hält.

Strafbarkeit der Beteiligten?

Strafrechtliche Würdigung

a) Strafbarkeit des G

§ 266 I StGB (+)

Als Geschäftsführer ist G vermögensbetreuungspflichtig. Er hat diese Stellung vorsätzlich missbraucht, da er pflichtwidrig Zahlungen vorgenommen hat. Diese führten auch zu einem Vermögensnachteil bei der GmbH.

Außerdem liegt auch ein besonders schwerer Fall gem. § 266 II i.V.m. § 263 III StGB vor. G schafft sich nämlich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle. Dass er das Geld dazu verwendet, alte Verbindlichkeiten zu begleichen, steht der Gewerbsmäßigkeit nicht entgegen (MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 841).

b) Strafbarkeit des A

aa) Strafbarkeit gem. §§ 266 I, II, 27 I i.V.m. § 263 III Nr. 1 Var. 1 StGB

Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat (+), Untreuehandlung des G

Hilfeleisten (+), durch gemeinsame Planung der Tat und Entgegennehmen des Geldes. Aber keine Mittäterschaft des A, da keine eigene Vermögensbetreuungspflicht.

Doppelvorsatz (+)

Besonders schwerer Fall

Gewerbsmäßigkeit: Hierbei handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 II StGB (MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 841 m.w.N.). Entscheidend ist demnach, ob bei A selbst die Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit vorliegen.

Sich Verschaffen einer nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang (+); aus einer wiederholten Tatbegehung (wohl +); fortgesetzte Überweisungen waren von Anfang an beabsichtigt, auch zwischenzeitlich leistete A Unterstützung durch das Entgegennehmen des Geldes.

bb) Strafbarkeit gem. § 261 I 2 Nr. 4 a) (-)

A ist an der Vortat beteiligt, weshalb die Strafbarkeit gem. § 261 IX 2 ausscheidet.

cc) Strafbarkeit gem. § 257 (-)

Auch hier scheidet die Strafbarkeit bereits deswegen aus, weil A an der Vortat beteiligt war (§ 257 III).

d) Strafbarkeit der F

aa) Strafbarkeit gem. §§ 266 I, 27 I (-)

Indem F als Mittelsperson fungierte, förderte sie zwar die Tat des G, jedoch handelte sie ohne Vorsatz.

bb) Strafbarkeit gem. § 261 I 2 Nr. 4 a), II Nr. 1, V (+)

F könnte sich wegen Geldwäsche gem. § 261 I 2 Nr. 4 a), II Nr. 1, V strafbar gemacht haben, indem sie ihr Konto für die Überweisungen zur Verfügung stellte und das Geld regelmäßig A übergab. Da gem. Abs. 5 auch ein leichtfertiges Nichterkennen der rechtswidrigen Herkunft des Gegenstandes ausreicht, ist die Strafbarkeit nicht bereits wegen fehlenden Vorsatzes ausgeschlossen.

Tatobjekt des § 261 kann jeder vermögenswerte Gegenstand, also auch Buchgeld, sein. Eine taugliche Vortat liegt vor, da die *Untreue gewerbsmäßig* begangen wurde.

Zudem liegt auch eine Tathandlung vor: Jedenfalls durch die Weitergabe des Geldes an A überträgt sie diesem die tatsächliche Verfügungsgewalt darüber (Verschaffen an einen Dritten, § 261 II Nr. 1 StGB). Ob sie sich durch das Bereitstellen des Kontos das Geld auch (kurzfristig) selbst verschafft, kann somit letztlich offen bleiben.

Die Strafbarkeit ist daher zu bejahen.

Hinweis zur Vertiefung: *Sehr problematisch ist dagegen die Konstellation, in denen die Haupttat nicht gewerbsmäßig erfolgte, beim Teilnehmer aber die Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit vorliegen (vgl. dazu BGH NJW 2008, 2516 ff.). Stellt die Beihilfe zur Untreue in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 I, 27 i.V.m. §§ 28 II, 266 II, 263 III Nr. 1 Var. 1 eine taugliche Vortat dar? Der BGH verneint dies (BGH NJW 2008, 2516), da der Wortlaut „Taten“ darauf hinweise, dass nur die Haupttat taugliche Vortat der Geldwäsche sein könne. Zudem müsse die Geldwäsche wegen ihrer tatbestandlichen Weite eng ausgelegt werden.*

Eine andere Ansicht lässt auch die Beihilfe als Vortat ausreichen und verweist auf die kriminalpolitische Bedeutung eines weit gefassten Geldwäschetatbestandes, insbesondere hinsichtlich der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus.

cc) Strafbarkeit gem. § 257 I (-), V fehlte der Vorsatz.

dd) Strafbarkeit gem. § 259 I (-)

Buchgeld ist keine Sache, das abgehobene Geld ist i.S.d. § 259 nicht mehr bemakelt.

ee) Strafbarkeit gem. § 246 (-)

V war durch das Abheben Eigentümerin des Geldes und berechtigt zur Übergabe an A.

Schlagwörter zur Wiederholung

- I. Sinn des Verbots der Geldwäsche / Kritik an § 261
- II. Geldwäsche durch Annahme eines Verteidigerhonorars?

Literaturhinweise

HWSt/*Herzog* Kap. XIII

Ebner/Jahn JuS 2009, 597

Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht BT Rn. 280-293a

Zur Geldwäsche durch die Annahme von Verteidigerhonoraren:

BVerfGE 110, 226 (= NJW 2004, 1305)

BVerfG NJW 2015, 2949, 2952 ff.

Katholnigg NJW 2001, 2041-2045 (für uneingeschränkte Möglichkeit der Strafbarkeit)