

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 74



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

SVEN HUFNAGEL

Der Strafverteidiger unter dem Generalverdacht
der Geldwäsche gemäß § 261 StGB –

*eine rechtsvergleichende Darstellung
(Deutschland, Österreich, Schweiz und USA)*

TENEA



Sven Hufnagel

Der Strafverteidiger unter dem Generalverdacht
der Geldwäsche gemäß § 261 StGB –
eine rechtsvergleichende Darstellung
(Deutschland, Österreich, Schweiz und USA)

(Juristische Reihe TENE A/www.jurawelt.com; Bd. 74)

Zugleich Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main
Dissertation 2003

D 30

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TENE A Verlag für Medien
Berlin 2004
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
Bookstation GmbH · 78244 Gottmadingen
Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München
TENE A-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2004

ISBN 3-86504-087-X

VORWORT

Die vorliegende Arbeit, die im Herbst 2003 von der Juristischen Fakultät der Johann-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen wurde, entstand in einem Zeitraum von etwa 3 ½ Jahren. Bei der Bearbeitung habe ich neben manchen Höhen auch einige Tiefen erlebt, in denen die zusätzliche Belastung neben dem Juristischen Vorbereitungsdienst und dem Zweiten Juristischen Staatsexamen überhand zu nehmen oder schlicht und einfach kein wissenschaftliches Vorankommen möglich schien. Nachfolgend möchte ich jenen Personen Dank sagen, die mich in diesen schwierigen Phasen unterstützt und motiviert haben und mir auch im übrigen hilfreich zur Seite standen.

Zunächst möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dirk Fabricius dafür bedanken, daß er am Entstehen der Arbeit stets engagiertes Interesse zeigte und mit konstruktiven Anregungen wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Seine Betreuung, wie auch der Umgang mit seinen Doktoranden, war zu allen Zeiten vorbildlich.

Darüber hinaus danke ich Herrn Honorarprofessor Dr. Rainer Hamm für die Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Professor Dr. Thomas Vesting für die kurzfristige Übernahme des Vorsitzes in der Disputation.

Mein Dank gilt ferner zahlreichen in- und ausländischen Institutionen, wie auch Anwalts-Kollegen aus Österreich, der Schweiz und den USA, die sich mir kollegialiter als Informationsquelle insbesondere für die ausländische Problematik des Geldwäscheverdachts gegenüber Strafverteidigern zur Verfügung stellten. Sie alle namentlich zu erwähnen würde den Umfang dieses Vorworts sprengen.

Besonderer Dank gilt schließlich meinen Angehörigen. Meine Familie und meine Freundin standen in der Promotionszeit stets unterstützend und aufmunternd an meiner Seite. Meinem Vater danke ich für die Anregung des Themas dieser Arbeit und für weiterführende Diskussionen mit praxisorientierter Sichtweise.

Meinen Eltern gemeinsam verdanke ich, daß sie mir von meiner Geburt an ihre Liebe und Fürsorge zuteil werden ließen, zu allen Zeiten für mich da waren und insgesamt maßgeblich dazu beigetragen haben, mich zu dem Menschen zu machen, der ich heute bin. Ihnen ist daher diese Arbeit gewidmet.

Aschaffenburg, im Januar 2005

Sven Hufnagel

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	I
LITERATURVERZEICHNIS	XI
TABELLENVERZEICHNIS	XXV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXVII

TEIL 1: Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Zielsetzung	3
C. Gang der Untersuchung	3

TEIL 2: Die Bekämpfung der Geldwäsche in Deutschland, Österreich, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika	5
--	----------

A. Allgemeines zur Geldwäsche.....	5
I. Begriff und Methoden der Geldwäsche	5
II. Ziele und Methoden der Geldwäschebekämpfung	9
B. Supranationale und völkerrechtliche Vorgaben zur Geldwäschebekämpfung.....	9
I. Die “Recommendation” des Europarats, das “Statement of Principles” der BIZ und die 40 Empfehlungen der FATF	10
II. Das Wiener Übereinkommen, das Europaratsübereinkommen und die 1.EU-Geldwäscherichtlinie	11
III. Die 2.EU-Geldwäscherichtlinie	13
C. Die Geldwäschebekämpfung in Deutschland	15
I. § 261 StGB	15
1. Gesetzeshistorie	16
2. Regelungszweck	16
3. Regelungsinhalt.....	17
a. Objektiver Tatbestand	17
(i) Tatobjekt.....	17
(1) Gegenstand.....	18

(2) Vortat	18
(a) Verbrechen gemäß § 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB und Vergehen gemäß § 261 Abs.1 S.2 Nrn.2-5 StGB.....	18
(b) Auslandstaten gemäß § 261 Abs.8 StGB	20
(c) Zur Vortat-Konkretisierung	20
(3) Herrühren.....	24
(ii) Tathandlung	25
(1) Handlungsalternativen des § 261 Abs.1 S.1 StGB	25
(2) Handlungsalternativen des § 261 Abs.2 StGB unter Berücksichtigung der Einschränkung durch § 261 Abs.6 StGB	26
b. Subjektiver Tatbestand.....	27
c. Sonstiges.....	28
(i) Strafmaß.....	28
(ii) Versuchsstrafbarkeit.....	28
(iii) Tätige Reue	28
II. §§ 1 ff. GwG	29
1. Gesetzeshistorie.....	30
2. Regelungszweck	30
3. Regelungsinhalt.....	31
a. Pflichtenkatalog	31
b. Adressatenkreis.....	32
c. Sanktionsvorschriften	34
III. Sonstige Vorschriften	34
1. § 43a StGB.....	35
2. § 73d StGB.....	36

D. Die Geldwäschebekämpfung in Österreich, der Schweiz und den USA 36

I. Gründe für den Rechtsvergleich in dieser Arbeit.....	36
1. Allgemeine Gründe unter Einbeziehung geldwäscherechtlicher Besonderheiten	37
2. Spezielle Gründe für den Rechtsvergleich mit den ausgewählten Ländern	38
a. Österreich.....	38
b. Schweiz	39
c. USA	39
II. Einleitende Vorbehalte zum Rechtsvergleich.....	40
III. Darstellung der jeweiligen Landesgesetze zur Bekämpfung der Geldwäsche.....	42
1. Österreich.....	42
a. § 165 öStGB.....	42
(i) Objektiver Tatbestand von § 165 Abs.1 und 2 öStGB.....	43
(1) Tatobjekt	43
(a) Vermögensbestandteile	43
(b) Vortat	44
(aa) Verbrechen und Vergehen – ein Rechtsvergleich der Vortatenkataloge in § 165 Abs.1 öStGB und § 261 Abs.1 S.2 StGB	44
(bb) Auslandstaten	50
(c) Herrühren im Sinne von § 165 Abs.4 öStGB	51
(2) Tathandlungen von § 165 Abs.1 und 2 öStGB	52
(ii) Objektiver Tatbestand von § 165 Abs.5 öStGB.....	52
(1) Tatobjekt	53
(2) Tathandlung	54
(iii) Subjektiver Tatbestand des § 165 öStGB.....	55
(iv) Sonstiges	56
(1) Konkurrenzverhältnis der Absätze 2 und 5 des § 165 öStGB.....	56
(2) Strafmaß	56

(3) Versuchsstrafbarkeit	58
(4) Tätige Reue.....	58
b. §§ 40, 41 BWG, § 18a VAG, §§ 365m bis 365t GewO (1994) de lege lata und §§ 8a bis 9 RAO de lege ferenda.....	58
2. Schweiz	61
a. Art.305 ^{bis} schwStGB	61
(i) Objektiver Tatbestand	62
(1) Tatobjekt	62
(a) Vermögenswerte	62
(b) Vortat.....	62
(aa) Verbrechen, aber keine Vergehen – ein Rechtsvergleich der Bestimmung in Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB mit dem Vortatenkatalog des § 261 Abs.1 S.2 StGB	62
bb) Auslandstaten gemäß Art.305 ^{bis} Ziff.3 schwStGB	70
(c) Herrühren	71
(2) Tathandlung	71
(ii) Subjektiver Tatbestand	72
(iii) Sonstiges	73
(1) Strafmaß	73
(2) Versuchsstrafbarkeit	74
(3) Tätige Reue.....	74
b. Art.1 ff. schwGwG.....	74
c. Sonstige Vorschriften	77
(i) Art.1 ff. VSB.....	77
(ii) Art.305 ^{ter} schwStGB.....	77
(1) Art.305 ^{ter} Unterabs.1 schwStGB	77
(2) Art.305 ^{ter} Unterabs.2 schwStGB	80
(iii) EBK-Richtlinien	80
3. USA	81
a. Gesetzeshistorie	81
(i) Geldwäschetatbestände der ersten Generation	81
(1) „Bank Secrecy Act 1982“, „Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act“ und „Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act“	81
(2) Allgemeine Verbrechenstatbestände	82
(ii) Geldwäschetatbestände der zweiten Generation: Reformen des „Bank Secrecy Act 1982“	83
(iii) Geldwäschetatbestände der dritten Generation: „Anti Drug Abuse Act“	83
(iv) Geldwäschetatbestände der vierten Generation: „Patriot Act“	84
b. Darstellung der Strafvorschriften	85
(i) Vorbemerkung zum amerikanischen Geldwäschestrafrecht	85
(ii) 18 U.S.C. § 1956	87
(1) § 1956 (a) (1)	87
(a) Objektiver Tatbestand	88
(aa) Tatobjekt	88
(bb) Tathandlung	89
(b) Subjektiver Tatbestand.....	90
(aa) Einstellung zum Tatobjekt.....	90
(bb) Einstellung zur Tathandlung	90
(cc) Fahrlässigkeitstatbestand	92
(c) Sonstiges: Strafmaß, Versuchsstrafbarkeit und tätige Reue.....	92
(2) § 1956 (a) (2)	93
(a) Objektiver Tatbestand	93
(aa) Tatobjekt	93
(bb) Tathandlung	94
(b) Subjektiver Tatbestand.....	94
(c) Sonstiges: Strafmaß, Versuchsstrafbarkeit und tätige Reue.....	95

(3) § 1956 (a) (3)	95
(iii) 18 U.S.C. § 1957	95
(1) Objektiver Tatbestand	95
(a) Tatobjekt	96
(b) Tathandlung	97
(2) Subjektiver Tatbestand	98
(3) Sonstiges: Strafmaß, Versuchsstrafbarkeit und tätige Reue	99

E. Zusammenfassung	99
---------------------------------	-----------

TEIL 3: Die Erfassung des Verteidiger-Honorars durch die Straftatbestände der Geldwäsche im In- und Ausland..... 113

A. Die Problematik in Deutschland 113

I. Zur Bedeutung des Phänomens Geldwäsche für Rechtsanwälte in Deutschland	113
1. Eine Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zum quantitativen Umfang der Geldwäsche im Bereich der Rechtsberatungsberufe	113
2. Die Behandlung des Honorarproblems in der deutschen Literatur und Rechtsprechung – ein kurzer Überblick	115
II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Honorar-Problematik	117
III. Zur Erfassung von Verteidigerhonorar durch § 261 StGB – eine wortlautgetreue Subsumtion nach Auffassung des Verfassers	119
1. Erfassung durch § 261 Abs.2 (ggf. i.V.m. Abs.5) StGB	119
a. Objektiver Tatbestand	119
(i) § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB	119
(1) Die Fallkonstellation der Annahme vollständig kontaminierten Geldes	120
(2) Die Fallkonstellation der Annahme vermischten (Giral-)Geldes – Gedanken zur Tauglichkeit als Tatobjekt im Sinne von § 261 Abs.1 S.1 und 2 StGB	120
(a) Ansatz 1: Teilkontamination führt immer zur Gesamtkontamination des Giralgeldes	121
(b) Ansatz 2: Teilkontamination führt zur vollständigen Entmakelung des Giralgeldes	121
(c) Ansatz 3: Tatobjektstauglichkeit in Abhängigkeit vom Umfang der Teilkontamination	122
(d) Zwischenergebnis	125
(ii) § 261 Abs.2 Nr.2 Alt.1 und 2 StGB	125
(iii) Die Ausnahmeregelung des § 261 Abs.6 StGB und die unbare Honorierung über Banken – ein „Allheilmittel gegen die Krankheit Geldwäsche“ ?	125
(a) Grammatisches Argument	126
(b) Systematisches Argument	126
(c) Teleologisches Argument	129
(d) Zwischenergebnis	129
(iv) Zusammenfassung	130
b. Subjektiver Tatbestand	130
2. Erfassung durch § 261 Abs.1 S.1 StGB (auch i.V.m. §§ 25 ff. StGB)	133
3. Ergebnis	135

IV. Verfassungsrechtliche Konsequenzen einer wortlautgetreuen Anwendung von § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB	135
1. Das Prozeßgrundrecht eines Beschuldigten auf freie Wahl eines Strafverteidigers und die Institutsgarantie der Strafverteidigung	137
a. Dogmatische Herleitung	137
b. Schutzbereich	138
c. Eingriff – oder: Strafverteidigung unter dem Damoklesschwert der Geldwäschestrafbarkheit ?	140
(i) Verhaltensmuster 1: Unbeeinträchtigte Wahlverteidigung trotz Geldwäsche-Rechtsprechung	141
(1) Straf- und berufsrechtliche Risiken des Strafverteidigers	141
(2) Strafverteidigung im Fadenkreuz staatlicher Ermittler	141
(3) Zusammenfassung	143
(ii) Verhaltensmuster 2: Wahlverteidigung bei gleichzeitiger Vornahme von Schutzmaßnahmen	143
(1) Selbstschutz durch bewusstes Wegsehen	143
(2) Selbstschutz durch bewusstes Nachforschen	145
(3) Zusammenfassung	145
(iii) Verhaltensmuster 3: Ablehnung der Wahlverteidigung	146
(iv) Zwischenergebnis	146
d. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	147
(i) Legitimer Zweck	147
(ii) Geeignetes Mittel	148
(iii) Erforderlichkeit	149
(iv) Zwischenergebnis	149
(v) Angemessenheit	149
(1) Zur Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation unter Beachtung der Rückgriffsmöglichkeit auf das Institut der Pflichtverteidigung	150
(a) Der Verweis auf die Pflichtverteidigung als logische Konsequenz eines fehlenden Anspruchs auf Finanzierung der Wahlverteidigung mit illegalen Mitteln ?	150
(aa) Fallkonstellation 1: Der beschuldigte Mandant verfügt erwiesenermaßen nur über illegale Mittel	151
(bb) Fallkonstellation 2: Der beschuldigte Mandant verfügt nur mutmaßlich über illegale Mittel	152
(cc) Zwischenergebnis	153
(b) Die Pflichtverteidigung – eine angemessene Strafverteidigung oder eher ein „Rechtsschutz zweiter Klasse“ ?	154
(aa) Zur eingeschränkten Möglichkeit notwendiger Verteidigung bei Geldwäsche-Vorfällen	154
(bb) Zu den Auswirkungen der minderen Pflichtverteidigungsvergütung auf die Qualität der Strafverteidigung	155
(cc) Zu den Beschränkungen der Pflichtverteidigung auf bestimmte Verfahrensabschnitte	157
(dd) Zur Abhängigkeit der Verteidigerbestellung von richterlichem Ermessen	159
(ee) Zur Beschränkung der Pflichtverteidigung auf einen einzigen Anwalt	160
(ff) Zusammenfassung	160
(c) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Wahl- und Pflichtverteidigung	161
(d) Zur Signalwirkung eines Antrags auf Beiordnung als Pflichtverteidiger	161
(e) Zusammenfassung	163

(2) Zur Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation aufgrund der Bedeutung von § 261 StGB für eine wirksame Bekämpfung der Geldwäschekriminalität.....	164
(vi)Zusammenfassung	166
e. Ergebnis	166
2. Die Grundrechte des Anwalts.....	167
a. Das Recht auf freie Berufsausübung (Art.12 Abs.1 GG).....	167
(i) Schutzbereich.....	167
(ii) Eingriff	168
(iii)Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	171
(iv)Ergebnis.....	174
b. Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG).....	174
c. Das allgemeine Gleichheitsgrundrecht (Art.3 Abs.1 GG).....	175
(i) Schutzbereich.....	175
(ii) Eingriff	175
(1) Gemeinsamer Oberbegriff	176
(2) Zur willkürlichen Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem in Bezug auf die Möglichkeiten tätiger Reue (§ 261 Abs.9 und 10 StGB) durch „nicht-anwaltliche“ Geldwäscher und durch Strafverteidiger.....	176
(a) Strafverteidigung – Eine Entscheidung zwischen § 261 Abs.2 StGB und § 203 Abs.1 StGB ?.....	177
(aa) Offenbarungsbefugnis im Sinne von § 203 Abs.1 StGB durch § 261 Abs.9 und 10 StGB ?	177
(bb) Offenbarungsbefugnis im Sinne von § 203 Abs.1 StGB durch §§ 11 und 12 GwG ?	178
(cc) Offenbarungsbefugnis im Sinne von § 203 Abs.1 StGB durch § 34 StGB ?	180
(dd) Zusammenfassung.....	183
(b) Berufsrechtliche Konsequenzen als Folge tätiger Reue durch Strafverteidiger (§§ 114 Abs.1, 113 Abs.1 BRAO i.V.m. § 43a Abs.2 BRAO oder § 2 Abs.1 BORA) ?	183
(3) Zwischenergebnis.....	185
(iii)Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	185
(iv)Ergebnis.....	186
3. Zusammenfassung.....	186
B. Die Problematik im Ausland – ein Rechtsvergleich mit Österreich, der Schweiz und den USA.....	187
I. Österreich.....	187
1. Zur Existenz des Problems in Österreich – eine Subsumtion unter § 165 öStGB ...	187
a. § 165 Abs.1 öStGB.....	187
b. § 165 Abs.2 öStGB.....	188
c. § 165 Abs.5 öStGB.....	190
d. Zusammenfassung.....	192
2. Zur Bedeutung des Problems in Österreich – eine Bestandsaufnahme anhand der österreichischen Judikatur und Literatur	192
a. Judikatur.....	192
b. Literatur	194
3. Ergebnis	195
II. Schweiz	195
1. Zur Existenz des Problems in der Schweiz – eine Subsumtion unter die Art.305 ^{bis} und 305 ^{ter} schwStGB	195
a. Art.305 ^{bis} schwStGB.....	195
b. Art.305 ^{ter} schwStGB	199

2. Zur Bedeutung des Problems in der Schweiz – eine Bestandsaufnahme anhand der schweizerischen Judikatur und Literatur	199
3. Ergebnis	200
III. USA	200
1. Zur Existenz des Problems in den USA – eine Subsumtion unter 18 U.S.C §§ 1956 und 1957	200
a. 18 U.S.C § 1956	200
(i) § 1956 (a) (1)	200
(ii) § 1956 (a) (2)	202
b. 18 U.S.C. § 1957	202
(i) Grundsatz	202
(ii) Sonderregelungen für Strafverteidiger	204
(1) Die „Prosecution Policy“ des „U.S. Department of Justice“	204
(2) Die Ausnahmeregelung von 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) – Eine Problemlösung in Abhängigkeit von der Auslegung des Sechsten Zusatzes zur amerikanischen Verfassung ?	205
(a) Der Sechste Verfassungszusatz – der Versuch einer Inhaltsbestimmung anhand der Rechtsprechung des „Supreme Court“	207
(b) Der Sechste Verfassungszusatz – der Versuch einer Inhaltsbestimmung anhand teleologischer Gedanken zu 18 U.S.C. § 1957 (f) (1)	209
2. Ergebnis	211
C. Zusammenfassung	212
 TEIL 4: Eine kritische Auseinandersetzung mit bestehenden Ansätzen zur Lösung der Honorar-Problematik	217
 A. Lösungsansätze innerhalb des Geldwäschetatbestandes (§ 261 StGB)	217
I. Die Tatbestandslösungen als Ausnahmeregelungen im objektiven Tatbestand von § 261 Abs.2 StGB	217
1. Zur Lehre von der Sozialadäquanz und zu artverwandten Konstruktionen (WELZEL / SALDITT / HASSEMER)	217
a. Inhalt	217
b. Kritische Würdigung	218
2. Zur verfassungskonformen Auslegung von § 261 Abs.2 StGB (HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT HAMBURG)	220
a. Inhalt	220
b. Kritische Würdigung	220
3. Zur teleologischen Reduktion von § 261 Abs.2 StGB (BARTON)	222
a. Inhalt	222
b. Kritische Würdigung	223
4. Zur rechtspolitischen Schaffung eines Honorarprivilegs in Anlehnung an die Regelung in 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) in den USA	224
a. Inhalt	224
b. Kritische Würdigung	225

II.	Die Vorsatzlösungen als Privilegierungen im subjektiven Tatbestand von § 261 Abs.2 und 5 StGB.....	226
1.	Zum Ausschluß der Leichtfertigkeit nach dem Vorbild der SCHWEIZ in Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB (auch SCHMIDT).....	227
a.	Inhalt.....	227
b.	Kritische Würdigung	228
2.	Zum Erfordernis eines dolus directus zweiten Grades nach dem Vorbild ÖSTERREICHs in § 165 Abs.2 und 5 öStGB	230
a.	Inhalt.....	230
b.	Kritische Würdigung	231
3.	Zum Erfordernis eines dolus directus zweiten Grades nebst Ermahnung der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte zur Sorgfalt und zum pragmatischen Vorgehen (in Anlehnung an BURGSTALLER)	232
a.	Inhalt.....	232
b.	Kritische Würdigung	233
4.	Zum Erfordernis eines dolus directus zweiten Grades nebst prozessualer Ermittlungsimmunität – eine institutionelle Vorsatzlösung (GRÜNER UND WASSERBURG).....	234
a.	Inhalt.....	234
b.	Kritische Würdigung	236
5.	Zum Erfordernis einer Vorteilssicherungsabsicht (DEUTSCHER ANWALTSVEREIN, 1992).....	237
a.	Inhalt.....	237
b.	Kritische Würdigung	238
III.	Ergebnis	238
B.	Lösungsansätze außerhalb des Geldwäschetatbestandes (§ 261 StGB).....	240
I.	Zum Erfordernis eines prozessualen Rechtfertigungsgrundes als Mittel zur Wahrung prozessualer Chancengleichheit (BERNSMANN)	240
1.	Inhalt.....	240
2.	Kritische Würdigung	242
II.	Zur Tauglichkeit der Möglichkeiten einer Verfahrenseinstellung als formell-rechtlicher Lösungsansatz (KARGL).....	245
1.	Inhalt.....	245
2.	Kritische Würdigung	245
III.	Zu einer rechtspolitischen Änderung der deutschen Vorschrift über den Verteidiger-Ausschluss in § 138a StPO entsprechend § 63 öStPO-E (in Anlehnung an BURGSTALLER).....	246
1.	Inhalt.....	246
2.	Kritische Würdigung	247
IV.	Ergebnis	249
C.	Zusammenfassung	250

TEIL 5: Ein eigener Ansatz zur Lösung des Honorarproblems durch rechtspolitische Änderungen des strafprozessualen Wahl- und Pflichtverteidigungsrechts und der Struktur des anwaltlichen Gebührenrechts	251
A. Grundsätzliche Überlegungen zu einem problemangemessenen Lösungsansatz	251
B. Konkretisierung des Lösungsansatzes	256
I. Die Zukunft der Wahlverteidigung	256
1. Die Modalitäten der Wahlverteidiger-Honorierung de lege ferenda.....	256
a. Die Rolle des Staates bei der Honorarzahung	257
(i) Endgültige Kostentragungspflicht des Staates	257
(ii) Vorleistungspflicht des Staates	258
(iii) Der Staat als Zahlstelle	259
b. Die Honorarzahungsmodalitäten im Einzelnen.....	259
2. Zum Umfang der Wahlverteidigung de lege ferenda	261
II. Die Zukunft der notwendigen Verteidigung.....	262
1. Die notwendige Verteidigung de lege lata	262
2. Zum Erfordernis einer notwendigen Verteidigung trotz de lege ferenda ausgeweiteter Wahlverteidigungsmöglichkeiten.....	263
3. Zum Umfang der notwendigen Verteidigung de lege ferenda	265
a. Eine rechtsvergleichende Darstellung zur notwendigen Verteidigung de lege lata	266
(i) USA	266
(ii) Österreich	266
(iii) Schweiz.....	267
(iv) Zusammenfassung.....	268
b. Beschränkung der Pflichtverteidigung in Deutschland auf Fälle der absolut notwendigen Verteidigung	268
4. Die Honorierung und Finanzierung der bestellten Verteidigung de lege ferenda.....	270
C. Kritische Überprüfung des Lösungsansatzes.....	272
I. Zur Tauglichkeit des Ansatzes zur Lösung des Honorarproblems	272
II. Zur praktischen Umsetzbarkeit des Lösungsansatzes und zu dessen Konformität mit supranationalem Recht.....	273
D. Zusammenfassende Thesen zum eigenen Lösungsvorschlag	279
TEIL 6: Schlussdarstellung	283

ANHANG	A-1
A. Auszug aus dem deutschen Strafgesetzbuch: § 261 StGB	A-1
B. Auszug aus dem österreichischen Strafgesetzbuch: §§ 165, 165a öStGB	A-3
C. Auszug aus dem schweizerischen Strafgesetzbuch: Art.305^{bis}, 305^{ter} schwStGB	A-4
D. Auszug aus dem strafrechtlichen Teil des amerikanischen United States Code: 18 U.S.C. §§ 1956, 1957	A-5

LITERATURVERZEICHNIS

- **Ackermann, Jürg-Beat:** Geldwäscherei – Money Laundering
Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 12
Zürich, 1992
zitiert: *Ackermann, Money Laundering*

- **Ambos, Kai:** Annahme „bemakelten“ Verteidigerhonorars als
Geldwäsche ?
Einschränkungsversuche im Lichte des Völker- und
ausländischen Rechts
JZ 2002, Seiten 70 – 82

- (ders.) Internationalisierung des Strafrechts: Das Beispiel
„Geldwäsche“
ZStrW 2002, Seiten 236 – 256

- **Amelung, Martin:** Der Anwalt – abhängiges Organ unabhängiger Richter?
Eine Betrachtung anhand der Geldwäsche- und Schill-
Entscheidungen des BGH
AnwBl 2002, Seiten 347 – 350

- **Antieau, Chester J.:** Modern Constitutional Law
Volume I: The Individual and the Government
Rochester (New York), 1969
zitiert: *Antieau, Constitutional Law I*

- (ders.) Modern Constitutional Law
Volume II: The States and the Federal Government
Rochester (New York), 1969
zitiert: *Antieau, Constitutional Law II*

- **Arzt, Gunther:** Das schweizerische Geldwäschereiverbot im Lichte
amerikanischer Erfahrungen
ZStrR 1989, Seiten 160 – 201

- (ders.) Geldwäscherei – Eine neue Masche zwischen Hehlerei,
Strafvereitelung und Begünstigung
NSTz 1990, Seiten 1 – 6

- **Barton, Stephan:** Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein
Gegenstand aus einer der im Katalog des
§ 261 I Nr.1-3 StGB bezeichneten Straftaten her ?
NSTz 1993, Seiten 159 – 165

- (ders.) Mindeststandards der Strafverteidigung
1.Auflage
Baden-Baden, 1994
zugl.: Hamburg, Univ., Habil.-Schrift, 1992/93
zitiert: *Barton, Strafverteidigung*

- (ders.) Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche
(§ 261 StGB)
StV 1993, Seiten 156 – 163

- **Bassenge, Peter /
Brudermüller, Gerd /
Diederichsen, Uwe /
Edenhofer, Wolfgang /
Heinrichs, Helmut /
Heldrich, Andreas /
Putzo, Hans /
Sprau, Hartwig /
Thomas, Heinz /
Weidenkaff, Walter:** Palandt
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch u.a.
62.Auflage
München, 2003
zitiert: ***Palandt**, BGB, Bearbeiter*

- **Bernsmann, Klaus:** Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die
Geldwäsche – Vorüberlegungen zu einem
besonderen Rechtfertigungsgrund
StV 2000, Seiten 40 – 45

- (ders.) Die Geldwäsche-Entscheidung des BGH – Eine
(polemische) Analyse
StraFo 2001, Seiten 344 – 350

- (ders.) Geldwäsche (§ 261 StGB) und Vortatkonkretisierung
StV 1998, Seiten 46 – 51

- (ders.) Zur Stellung des Strafverteidigers im deutschen
Strafverfahren
StraFo 1999, Seiten 226 – 230

- **Beulke, Werner:** Anmerkung zum Urteil des BGH vom 01.09.1992
– 1 StR 281/92 –
Jura 1994, Seiten 116 – 121

- (ders.) Der Verteidiger im Strafverfahren – Funktion und
Rechtsstellung
Frankfurt a.M., 1980
zitiert: *Beulke, Strafverteidiger*

- **Bittmann, Folker:** Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung
und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als
geldwäscherelevante Infektionsquelle
wistra 2003, Seiten 161 – 169

- **Blokzyl, Jacqueline:** Der USA „Patriot Act“ 2001
Das Anti-Terror-Gesetz Amerikas nach den Anschlägen
des 11.September 2001
Internet:
[http://www.boell.de/downloads/aussen/patriot_act.pdf]

- **Bockemühl, Jan (Hrsg.):** Handbuch des Fachanwalts Strafrecht
Neuwied, 2000

- **Bottermann, Christoph:** Untersuchung zu den grundlegenden Problematiken des
Geldwäschetatbestandes, auch in seinen Bezügen zum
Geldwäschegesetz
Bochum, 1995
zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1994

- **Bottke, Wilfried:** Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche
wistra 1995, Seiten 87 – 91 (Teil 1) und
Seiten 121 – 130 (Teil 2)

- **Burger, Armin:** Die Einführung der gewerbs- und bandenmäßigen Steuerhinterziehung sowie aktuelle Änderungen im Bereich der Geldwäsche
- Eine Darstellung und Bewertung der neuesten Entwicklung -
wistra 2002, Seiten 1 – 8

- **Burger, Armin / Peglau, Jens:** Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten“ Geldes als Verteidigerhonorar
Besprechung von HansOLG Hamburg, Beschluß vom 06.01.2000
wistra 2000, Seiten 161 – 164

- **Burgstaller, Manfred:** Geldwäscherei durch Annahme eines Rechtsanwalts honorars ?
AnwBl (Österreich) 2001, Seiten 574 – 587

- **Burr, Christian:** Geldwäsche: eine Untersuchung zu § 261 StGB
Bonn, 1995
zugl.: Bonn, Univ., Diss. 1994

- **Calvi, James V. / Coleman, Susan :** American Law and Legal Systems
2nd edition
Texas, 1992

- **Carl, Dieter / Klos, Joachim:** Verdachtsmeldepflicht und Strafaufhebung in Geldwäschefällen
- Zur Konkurrenz des § 11 GwG zu § 261 IX StGB -
wistra 1994, Seiten 161 – 167

- (dies.) Zur Anwendbarkeit des § 261 StGB bei Auslandstaten
NSTz 1995, Seiten 167 – 168

- **Corwin, Edward S. / Small, Norman J. / Jayson, Lester S.:** The Constitution of the United States of America
Analysis and Interpretation
Annotations of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 22, 1964
Washington, 1964

- **Dahs, Hans:** Handbuch des Strafverteidigers
6. Auflage
Köln, 1999

- **Däubler-Gmelin, Herta:** Überlegungen zur Reform des Strafprozesses
StV 2001, Seiten 359 – 363

- **Davidson, Daniel V. / Jespersen, Robert R.:** The American Legal System
Boston, Massachusetts, 1987

- **Dionyssopoulou, Athanassia:** Der Tatbestand der Geldwäsche: eine Analyse der dogmatischen Grundlagen des § 261 StGB
Frankfurt (M.), 1999
zugl.: Frankfurt (M.), Univ., Diss., 1998

- **Dombek, Bernhard:** Die Auswirkungen des neuen Geldwäschegesetzes auf die Berufstätigkeit der Rechtsanwälte
ZAP 2003, Fach 23, Seiten 613 – 624

- (ders.) Geplante Änderung der EU-Geldwäscherichtlinie
BRAK-Mitteilungen 3/2000, ohne Seitenangabe
(unter der Rubrik „Akzente“)

- (ders.) Rechtsberatende Tätigkeit und Geldwäsche – Pflichten und Risiken des Rechtsanwalts bei Verdacht der Geldwäsche
ZAP 2000, Fach 21, Seiten 201 – 212

- **Ebert, Dieter:** Strukturreform der BRAGO –
Entwurf der Expertenkommission für ein
Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
BRAK-Mitt. 2001, Seiten 284 – 287

- **Egger Tanner, Christine:** Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei
Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland
Zürich, 1999
zugl.: Zürich, Univ., Diss., 1998

- **Eisenberg, Ulrich:** Beweisrecht der StPO
Spezialkommentar
4.Auflage
München, 2002
zitiert: *Eisenberg, Kommentar*

- (ders.) Straf(verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegenüber „Organisiertem Verbrechen“
NJW 1993, S.1033 – 1039

- **Flatten, Thomas:** Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche
Frankfurt a.M. u.a., 1996
zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1996

- **Frank, Robert:** Die Bekämpfung der Geldwäsche in den USA
High-Tech-Gewinnaufspürung, drakonische Strafen und radikale Gewinneinziehung – Ist der amerikanische Ansatz ein Vorbild für Deutschland ?
Frankfurt a.M. u.a., 2002
zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2001

- **Freund, Georg:** Stellungnahme eines Arbeitskreises der Strafrechtslehrer zum „Eckpunktepapier“ zur Reform des Strafverfahrens
GA 2002, Seiten 82 – 97

- **Friedli, Georg:** Anwalt und Geldwäscherei
in: Festschrift „100 Jahre Schweizerischer Anwaltsverband“ (1998)
zitiert: *Friedli, FS-SAV (1998)*

- **Friese, Franz:** Amerikanische Verfassung und Regierung
Wie sie sind – wie sie wurden
2.Auflage
Frankfurt, 1947

- **Fülbier, Andreas /
Aepfelbach, Rolf R.:** GwG
Kommentar zum Geldwäschegesetz
4.Auflage
Köln, 1999
zitiert: *Fülbier / Aepfelbach, GwG*

- **Gentzik, Daniel:** Die Europäisierung des deutschen und englischen
Geldwäschestrafrechts
Eine rechtsvergleichende Untersuchung
Berlin, 2002
zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2001

- **Götz, Heinrich /
Windholz, Georg:** Gebührenzahlungen von Mandanten aus
rechtswidrigen Vermögenswerten im Sinne von
§ 261 StGB (sogenannte Geldwäsche)
AnwBl 2000, Seiten 642 – 647

- **Gotzens, Markus /
Schneider, Michael C.:** Geldwäsche durch Annahme von
Strafverteidigerhonoraren ?
– Rechtslage nach der Entscheidung BGH
2 StR 513/00 vom 4. Juli 2001, wistra 2001, 379 –
wistra 2002, Seiten 121 – 129

- **Gräfin von Galen,
Margarete:** Bekämpfung der Geldwäsche –
Ende der Freiheit der Advokatur ?
NJW 2003, Seiten 117 – 118

- (dies.) Der Verteidiger – Garant eines rechtsstaatlichen
Verfahrens oder Mittel zur Inquisition ? Der
Beschuldigte – verteidigt oder verkauft ?
Überlegungen zur verfassungskonformen Auslegung
von § 261 Abs. 2 Ziff. 1 und Abs. 5 StGB unter
Berücksichtigung der Absätze 9 und 10 der Vorschrift
StV 2000, Seiten 575 – 583

- **Grüner, Gerhard /
Wasserburg, Klaus:** Geldwäsche durch die Annahme des
Verteidigerhonorars?
GA 2000, Seiten 430 – 447

- **Guggisberg, Jürg:** Kritische Betrachtung der neuen Vorschriften aus der
Sicht des Anwalts
in: Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht (Schriftenreihe
des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Bd.8),
Seiten 55 – 63
Zürich, 1991

- **Haffke, Bernhard:** Zwangsverteidigung – notwendige Verteidigung –
Pflichtverteidigung – Ersatzverteidigung
StV 1981, Seiten 471 – 486

- **Hamm, Rainer:** Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozeß
NJW 1993, Seiten 289 – 297

- (ders.) Geldwäsche durch die Annahme von
Strafverteidigerhonorar ?
NJW 2000, Seiten 636 – 638

- **Hartmann, Tanja:** Der Strafverteidiger und sein Handeln – oftmals
Strafvereitelung und Geldwäsche ?
– Ein Überblick
AnwBI 2002, Seiten 330 – 335

- **Hartung, Gerrit:** Strafverteidiger als Geldwäscher ?
Ein Beitrag zur Auslegung des § 261 StGB
AnwBI 1994, Seiten 440 – 444

- **Hassemer, Winfried:** Professionelle Adäquanz
- Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur
Steuerhinterziehung -
wistra 1995, Seiten 41 – 46 (Teil 1) und
Seiten 81 – 87 (Teil 2)

- **Hefendehl, Roland:** Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das
Verfassungsrecht missglückte Regelungen des
Besonderen Teils retten ?
– Die „Geldwäsche“ durch den Strafverteidiger –
in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am
15.05.2001
Hrsg.: Schönemann, Bernd
Berlin u.a., 2001
zitiert: *Hefendehl, FS-Roxin (2001)*

- **Hellwig, Hans-Jürgen:** Die neue Geldwäscherichtlinie
– Blick zurück und nach vorn –
AnwBI 2002, Seiten 144 – 147

- (ders.) EU-Geldwäscherichtlinie: Kommt die
Verdachtsmeldepflicht für Rechtsanwälte ?
Oder: Der Anwalt als Spitzel der Obrigkeit ?
AnwBI 2000, Seiten 614 – 616

- **Herrmann, Joachim:** Überlegungen zur Reform der notwendigen
Verteidigung
StV 1996, Seiten 396 – 405

- **Hetzer, Wolfgang:** Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung der
Gesetze gegen Geldwäsche
NJW 1993, Seiten 3298 – 3301

- (ders.) Systemgrenzen der Geldwäschebekämpfung ?
ZRP 1999, Seiten 245 – 253

- **Höpfel, Frank /
Ratz, Eckart (Hrsg.):** Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Österreich)
2.Auflage
Wien, 1999
zitiert: **Wiener Kommentar**, öStGB, Bearbeiter

- **Höreth, Ulrike:** Die Bekämpfung der Geldwäsche unter Berücksichtigung einschlägiger ausländischer Vorschriften und Erfahrungen
Waiblingen, 1996
zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1996

- **Hombrecher, Lars:** Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger ?
– Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers –
Aachen, 2001
zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2001

- **Hoyer, Petra / Klos, Joachim:** Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis
2.Auflage
Bielefeld, 1998

- **Hund, Horst:** Der Geldwäschetatbestand – mißglückt oder mißverstanden ?
ZRP 1996, Seiten 163 – 166

- **Jahn, Matthias:** Das Zivilrecht der Pflichtverteidigung
JR 1999, Seiten 1 - 5

- **Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo:** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Kommentar
4.Auflage
München, 1997
zitiert: *Jarass / Pieroth, GG, Bearbeiter*

- **Jescheck, Hans-Heinrich / Ruß, Wolfgang / Willms, Günther:** Strafgesetzbuch
Leipziger Kommentar
Großkommentar
Zweiter Band (§§ 32 bis 60)
10.Auflage
Berlin u.a., 1985
zitiert: **Leipziger Kommentar, StGB, Bearbeiter**

- **Johnigk, Frank:** Anwaltstätigkeit unter dem Geldwäschegesetz
BRAK-Mitt. 1994, S.58 – 66

- **Kaiser, Günther:** Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung
wistra 2000, Seiten 121 – 130

- **Kargl, Walter:** Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB)
NJ 2001, Seiten 57 – 63

- **Katholnigg, Oskar:** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 04.07.2001 – 2 StR 513/00 –
JR 2002, Seiten 30 – 33

- (ders.) Kann die Honorarannahme des Strafverteidigers als Geldwäsche strafbar sein ?
NJW 2001, Seiten 2041 – 2045

- **Katz, Alfred:** Staatsrecht – Grundkurs im öffentlichen Recht
12.Auflage
Heidelberg, 1994

- **Kilchling, Michael (Hrsg.):** Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa
- Eine rechtsvergleichende Evaluationsstudie zur
Gewinnabschöpfung in Fällen von Geldwäsche und
anderen Formen Organisierter Kriminalität -
Freiburg i. Br., 2002
zitiert: *Kilchling, Gewinnabschöpfung, Bearbeiter*

- (ders.) Die vermögensbezogene Bekämpfung der
Organisierten Kriminalität
Recht und Praxis der Geldwäschebekämpfung und
Gewinnabschöpfung zwischen Anspruch und
Wirklichkeit
wistra 2000, Seiten 241 – 249

- **Klos, Joachim:** Anmerkung zum Beschluß des LG Saarbrücken vom
08.04.1997 – 8 Qs 72/97 –
wistra 1997, Seiten 236 – 237

- **Knorz, Johannes:** Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB
Frankfurt am Main u.a., 1996
zugl.: Trier, Univ., Diss., 1996

- **Köbler, Gerhard:** Rechtsenglisch
Deutsch-englisches und englisch-deutsches
Rechtswörterbuch für jedermann
4.Auflage
München, 2000

- **Köck, Elisabeth:** Prozessuale Probleme für Verteidiger bei
Geldwäscheverdacht
AnwBI (Österreich) 2002, Seiten 18 – 23

- **Körner, Harald Hans:** Rechtsprechungsübersicht zu Geldwäschedelikten in
Deutschland und in der Schweiz
NStZ 1996, Seiten 64 – 67

- **Körner, Harald Hans /
Dach, Eberhard:** Geldwäsche – Ein Leitfaden zum geltenden Recht
München, 1994
zitiert: *Körner / Dach, Geldwäsche, Bearbeiter*

- **Krämer, Achim:** Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts
AnwBI 1995, Seiten 422 – 426

- **Krauskopf, Lutz:** Geldwäscherei und organisiertes Verbrechen als
europäische Herausforderung
ZStrR 1991, Seiten 385 – 394

- **Kreß, Claus:** Das neue Recht der Geldwäschebekämpfung
Eine Bestandaufnahme nach nationaler und
europäischer Rechtssetzung sowie höchstrichterlicher
Rechtsfindung
wistra 1998, Seiten 121 – 124

- **Kudlich, Hans:** Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht
JZ 2003, Seiten 127 – 133

- **Kulisch, Sylvia:** Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche
StraFo 1999, Seiten 337 – 339

- **Lackner, Karl:** Strafgesetzbuch
Kommentar
22. Auflage
München, 1997
zitiert: *Lackner, StGB*

- **Lampe, Ernst-Joachim:** Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)
JZ 1994, Seiten 123 – 132

- **Lechner, Hans /
Zuck, Rüdiger:** Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Kommentar
4. Auflage
München, 1996
zitiert: *Lechner / Zuck, BVerfGG*

- **Leip, Carsten /
Hardtke, Frank:** Der Zusammenhang von Vortat und Gegenstand der
Geldwäsche unter besonderer Berücksichtigung der
Vermengung von Giralgeld
wistra 1997, Seiten 281 – 285

- **Leitner, Werner:** Die Geldwäsche-Entscheidung des BGH –
Auswirkungen auf die Praxis der Strafverteidigung
(Anmerkung zum Urteil vom 04.07.2001)
StraFo 2001, Seiten 388 – 390

- **Lombardini, Carlo:** Die Bekämpfung der Geldwäscherei in der Schweiz
WM 2000, Seiten 1473 – 1483

- **Lörcher, Heike:** EU-Geldwäscherichtlinie – Anwälte zwischen
Verschwiegenheits- und Meldepflicht
BRAK-Magazin 2001, Heft 2, Seiten 4 – 5

- **Lüderssen, Klaus:** Anmerkung zum Beschluß des HansOLG Hamburg
vom 06.01.2000
StV 2000, Seiten 205 – 208

- (ders.) Die Stellung des Strafverteidigers – neue Aspekte:
Wahrheitspflicht, „Geldwäsche“, Schadensersatz
Internet: [[http://www.jura.uni-
frankfurt.de/luederssen/lued_text1.rtf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/luederssen/lued_text1.rtf)]
zitiert: *Lüderssen, Internet*

- **Lütke, Hans Josef:** Geldwäsche bei Auslandsvortat und nachträgliche
Gewährung rechtlichen Gehörs
wistra 2001, Seiten 85 – 89

- **Madlener, Kurt:** Die Institution des Verteidigers in rechtsvergleichender
Sicht
ZStrW 1981, Seiten 275 – 308

- **Maiwald, Manfred:** Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche
in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.
Geburtstag am 11. April 1999
Hrsg.: Weigend, Thomas / Küpper, Georg
Berlin u.a., 1999
zitiert: *Maiwald, FS-Hirsch (1999)*

- **Matt, Holger:** Geldwäsche durch Honorarannahme eines
Strafverteidigers
- Besprechung von BGH, Urteil vom 04.07.2001,
2 StR 513/00 -
GA 2002, Seiten 137 – 152

- **Maunz, Theodor /
Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Ulsamer, Gerhard /
Grasshof, Karin /
Klein, Franz /
Bethge, Herbert /
Rozek, Jochen:** Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Kommentar
Band 2
Stand: Juli 2002
München
zitiert: *Maunz, BVerfGG, Bearbeiter*

- **Messerli, Beat:** Die Geldwäscherei de lege lata et ferenda
- Bemerkungen zu einem von Paolo Bernasconi
erarbeiteten und durch das EJPD 1987 in die
Vernehmlassung geschickten Gesetzesentwurf -
ZStrR 1988, Seiten 418 – 433

- **Meyer-Goßner, Lutz:** Strafprozessordnung
Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und
ergänzende Bestimmungen
Kommentar
46. Auflage
München, 2003
zitiert: *Meyer-Goßner, StPO*

- **Miebach, Klaus /
Sander, Günther M.:** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band 3 (§§ 185 – 262 StGB)
Kommentar
München, 2003
zitiert: ***Münchener Kommentar, StGB, Bearbeiter***

- **Müther, Detlef:** Verteidigerhonorar und Geldwäsche
Jura 2001, Seiten 318 – 325

- **Nestler, Cornelius:** Der Bundesgerichtshof und die Strafbarkeit des
Verteidigers wegen Geldwäsche
Besprechung von BGH, Urteil vom 04.07.2001
(2 StR 513/00)
StV 2001, Seiten 641 – 648

- **Niemöller, Martin:** Verändert das Verfassungsrecht die
Strafprozessordnung ?
StraFo 2000, Seiten 361 – 364

- **Niggli, Marcel Alexander/
Wiprächtiger, Hans
(Hrsg.):** Basler Kommentar
Strafgesetzbuch II (Schweiz)
Art. 111 – 401 StGB
Basel u.a., 2003
zitiert: **Basler Kommentar**, *schwStGB*, *Bearbeiter*

- **Oswald, Katharina:** Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche
(§ 261 StGB i.V.m. dem GwG) – eine kriminologisch-
empirische Untersuchung
wistra 1997, Seiten 328 – 331

- **Otto, Harro:** Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen,
geschäftsmäßigen Verhaltens
JZ 2001, Seiten 436 – 444

- **Perron, Walter:** Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts
überwindbar?
Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen
der Angleichung und Vereinheitlichung
unterschiedlicher Strafrechtssysteme
ZStrW 1997, Seiten 281 – 301

- **Peters, Karl:** Fehlerquellen im Strafprozeß
Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in
der Bundesrepublik Deutschland
Band 2: Systematische Untersuchungen und
Folgerungen
Karlsruhe, 1972

- **Pieroth, Bodo /
Schlink, Bernhard:** Grundrechte – Staatsrecht II
9. Auflage
Heidelberg, 1993

- **Prittwitz, Cornelius:** Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung -
oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik
StV 1993, Seiten 498 – 502

- **Roxin, Claus:** Strafrecht - Allgemeiner Teil
Band 1: Grundlagen / Der Aufbau der Verbrechenslehre
3. Auflage
München, 1997

- **Salditt, Franz:** Der Tatbestand der Geldwäsche
StraFo 1992, Seiten 121 – 136

(ders.) Geldwäsche durch Strafverteidigung
- Über Norm und Rolle -
StraFo 2002, Seiten 181 – 185

- **Schäfer, Gerhard:** Die Praxis des Strafverfahrens
6. Auflage
Stuttgart u.a., 2000

- **Schaefer, Hans Christoph
/ Wittig, Günter:** Geldwäsche und Strafverteidiger
NJW 2000, Seiten 1387 – 1389

- **Scherp, Dirk:** Geldwäsche durch Strafverteidiger
NJW 2001, Seiten 3242 – 3244

- **Schlaich, Klaus / Koriath, Stefan:** Das Bundesverfassungsgericht
Stellung, Verfahren, Entscheidungen
5.Auflage
München, 2001

- **Schmid, Niklaus:** Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten
Eine Einführung
2.Auflage
Heidelberg, 1993
zitiert: *Schmid, Strafrecht USA*

- (ders.) (Hrsg.): Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei
Band 1
Zürich, 1998
zitiert: *Schmid, Kommentar, Bearbeiter*

- **Schmidt, Jens:** Geldwäsche und Verteidigerhonorar
JR 2001, Seiten 448 – 452

- **Schmidt, Wilhelm:** Die Rechtslage nach der Geldwäscheentscheidung des BGH
StraFo 2003, Seiten 2 – 6

- **Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz:** Kommentar zum Grundgesetz
9.Auflage
Neuwied u.a., 1999
zitiert: *Schmidt-Bleibtreu / Klein, GG, Bearbeiter*

- **Schönke, Adolf / Schröder, Horst:** Strafgesetzbuch
Kommentar
26.Auflage
München, 2001
zitiert: *Schönke / Schröder, StGB, Bearbeiter*

- **Schubarth, Martin:** Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen
ZStrW 1998, Seiten 827 – 847

- (ders.) (Hrsg.): Commentaire du droit pénal suisse
Code pénal suisse – Partie spéciale
Volume 9 : Crimes ou délits contre l'administration de la justice (Art.303-311 CP)
Bern, 1996
zitiert : *Schubarth, Code pénal suisse, Bearbeiter*

- **Seebode, Manfred:** Wortlautgrenze und Strafbedürfnis
Die Bedeutung des Wortlauts der Strafgesetze am Beispiel eigennütziger Strafvereitelung
JZ 1998, Seiten 781 – 783

- **Spiske, Wolfgang:** Pecunia olet ?
Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei
Frankfurt am Main u.a., 1998
zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1997

- **Stern, Klaus:** Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
Allgemeine Lehren der Grundrechte
Band III, Halbband 2
München, 1994

- **Stratenwerth, Günter:** Schweizerisches Strafrecht
Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen
5.Auflage
Bern, 2000

- **Suendorf, Ulrike:** Geldwäsche: Eine kriminologische Untersuchung
Neuwied u.a., 2001
zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2001

- **Tipke, Klaus / Kruse, Heinrich Wilhelm:** Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung
Kommentar zur AO und FGO
16.Auflage
Köln, Stand: Juli 2001
zitiert: *Tipke / Kruse, AO, Bearbeiter*

- **Trechsel, Stefan:** Schweizerisches Strafgesetzbuch
Kurzkomentar
2.Auflage
Zürich, 1997
zitiert: *Trechsel, schwStGB*

- **Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas:** Strafgesetzbuch und Nebengesetze
Kurz-Kommentar
51.Auflage
München, 2003
zitiert: *Tröndle / Fischer, StGB, Bearbeiter*

- **Unbekannter Verfasser (BRAK):** Stellungnahme der BRAK zum Entwurf eines Gesetzes über die Vergütung der Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG-E) der Expertenkommission „BRAGO-Strukturreform“
BRAK-Mitt. 2002, Seiten 69 – 77
zitiert: *N.N. (BRAK), BRAK-Mitt. 2002*

- **Unbekannter Verfasser (DAI):** Anwaltshonorar und Geldwäsche
BRAK-Mitt. 1994, Seiten 92 – 98
zitiert: *N.N.(DAI), BRAK-Mitt. 1994*

- **Vehling, Karl-Heinz:** Die Funktion des Strafverteidigers im Strafverfahren – ein Beitrag zum Selbstverständnis der Strafverteidigung
StV 1992, Seiten 86 – 91

- **Vogel, Joachim:** Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand ?
ZStrW 1997, Seiten 335 – 356

- **von Münch, Ingo / Kunig, Philip (Hrsg.):** Grundgesetz-Kommentar
Bd.1, Präambel, Art.1–19
5.Auflage
München, 2000
zitiert: *von Münch / Kunig, GG, Bearbeiter*

- **Wohlers, Wolfgang:** Geldwäscherei durch die Annahme von
Verteidigerhonoraren – Art. 305^{bis} StGB als Gefahr für
das Institut der Wahlverteidigung
ZStrR 2002, Seiten 197 – 219

- (ders.) Strafverteidigung vor den Schranken der
Strafgerichtsbarkeit
StV 2001, Seiten 420 – 429

- **Zeder, Fritz:** Ausweitung der EG-Geldwäsche-Richtlinie: Konflikt
zwischen Verbrechensvorbeugung und
Berufsgeheimnis ?
LJZ 4/2002, Seiten 86 – 104

- **Zuck, Rüdiger:** Geldwäsche: Die verfassungswidrige Indienstrafe
des Rechtsanwalts für die Zwecke der Strafverfolgung
NJW 2002, Seiten 1397 – 1398

TABELLENVERZEICHNIS

<u>Tabelle 1:</u>	Übersicht über die geldwäschetauglichen Verbrechens- und Vergehenstatbestände im deutschen Strafrecht	S. 19 – 20
<u>Tabelle 2:</u>	Vergleichende Übersicht zu den geldwäschetauglichen Vortaten in Österreich und in Deutschland	S. 46 – 49
<u>Tabelle 3:</u>	Vergleichende Übersicht zu den geldwäschetauglichen Vortaten in der Schweiz und in Deutschland	S. 66 – 69
<u>Tabelle 4:</u>	Übersicht über die wesentlichen strafrechtlichen Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche in Deutschland, Österreich, der Schweiz und den USA	S. 102 – 107

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz / Absätze
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung – AO 1977 – in der Fassung der Bekanntmachung vom 01.10.2002
Art.	Artikel
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz in der Fassung vom 27.07.1993
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet – Aufenthaltsgesetz – vom 20.06.2002
AufenthG/EWG	Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – Aufenthaltsgesetz / EWG – in der Fassung vom 31.01.1980
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet – Ausländergesetz – vom 09.07.1990
Az.	Aktenzeichen
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe – Betäubungsmittelgesetz – vom 03.10.1951 (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.08.1896
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (Schweiz)
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte in der Fassung vom 01.07.2003
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte vom 26.07.1957
BRÄK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRÄK-Magazin	Magazin der Bundesrechtsanwaltskammer
BRÄK-Mitt.	BRÄK-Mitteilungen / Fachzeitschrift der BRÄK
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 01.08.1959
BSA	Bank Secrecy Act (USA)
bspw.	beispielsweise
BStP	Bundesgesetz vom 15.06.1934 über die Bundesstrafrechtspflege (Schweiz)
BT-Drs.	Drucksache des Bundestags
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln – Betäubungsmittelgesetz – vom 01.03.1994
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht – Bundesverfassungsgerichtsgesetz – in der Fassung vom 11.08.1993
BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen – Bankwesengesetz – (Österreich)

bzgl. bzw.	bezüglich beziehungsweise
DAI DAV DBG	Deutsches Anwaltsinstitut Deutscher Anwaltsverein Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer (Schweiz)
ders. d.h. dies. Diss. DOJ	derselbe das heißt dieselbe(n) Dissertation Department of Justice (engl.) = Justizministerium (USA)
E EBK EGV	Entwurf Eidgenössische Bankenkommission (Schweiz) Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957 in der konsolidierten Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 02.10.1997
(E)MRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950
engl. etc. EU	englisch et cetera (lat.) = und so weiter Europäische Union
f. / ff. FATF FDP FinStrG	folgende Financial Action Task Force on Money Laundering Freiheitlich-demokratische Partei Bundesgesetz vom 26.06.1958, betreffend das Finanzstrafrecht und das Finanzstrafverfahrensrecht – Finanzstrafgesetz – (Österreich)
Fn. FS	Fußnote Festschrift
GA gem. GewO (1994) GG	Goltdammer's Archiv für Strafrecht gemäß Gewerbeordnung vom 19.03.1994 (Österreich) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949
ggf. GVG	gegebenenfalls Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.1975
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten – Geldwäschegesetz – vom 25.10.1993
Habil. HansOLG h.M. Hrsg. Hs.	Habilitationsschrift Hanseatisches Oberlandesgericht nach herrschender Meinung Herausgeber Halbsatz
idF i.E. i.S.v.	in der Fassung im Ergebnis im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KontrollstellenVO	Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Sorgfaltspflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre vom 25.11.1998 (Schweiz)
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
lit.	Litera (lat.) = Buchstabe
LJZ	Liechtensteinische Juristen-Zeitung
MLCA	Money Laundering Control Act 1986 (USA)
mind.	mindestens
Mio.	Millionen
MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950, auch als EMRK bezeichnet
m.w.N.	mit weiterem Nachweis / mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.N.	nomen nescio (lat.) = Name unbekannt
Nr(n).	Nummer(n)
NSZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
o.	oben
obj.	objektive/-er/-en
öAnwBl	Anwaltsblatt (Österreich)
ÖRAK	Österreichischer Rechtsanwaltskammertag (Österreich)
öS	österreichische Schilling (Österreich)
öStGB	Strafgesetzbuch (Österreich)
öStPO	Strafprozessordnung (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.07.1992
PATRIOT ACT	Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (USA)
RAO	Rechtsanwaltsordnung (Österreich)
RICO	Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (USA)
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren vom 01.01.1977
Rn.	Randnummer

RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwälte
RVNeuOG	Gesetz zur Neuordnung des Rechtsanwaltsvergütungsrechts
s.	siehe
S.	Seite(n)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband (Schweiz)
schwGwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor – Geldwäschereigesetz, GwG – vom 10.10.1997 (Schweiz)
schwStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.03.1937 (Schweiz)
SMG	Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Vorläuferstoffe – Suchtmittelgesetz, SMG – vom 01.01.1998 (Österreich)
sog.	sogenannte(r)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SPG	Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei – Sicherheitspolizeigesetz – (Österreich)
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998
StPO	Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04.1987
str.	strittig / umstritten
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
t.v.A.	(nach) teilweise vertretene(r) Auffassung
u.a.	unter anderem / und andere
Univ.	Universität
Unterabs.	Unterabsatz / Unterabsätze
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte(n) Staaten von Amerika
U.S.	United States (USA)
U.S.C.	United States Code (USA)
v.	von / vom
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz vom 18.10.1978 über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung – Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG – (Österreich)
VSb	Vereinbarung über die Sorgfaltspflichten der Banken vom 01.07.1977 (Schweiz)
vgl.	vergleiche
vs.	versus (engl.) = gegen
wg.	wegen
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (früher: Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht)
WM	Wertpapiermitteilungen

ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO	Zivilprozessordnung in der Fassung vom 12.09.1950
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (auch: SchwZStr) (Schweiz)
ZSt(r)W	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
1.EU-Geldwäscherichtlinie	Richtlinie 91/308/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 10.06.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zweck der Geldwäsche
2.EU-Geldwäscherichtlinie	Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Union vom 04.12.2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG

TEIL 1: EINLEITUNG

A. Problemstellung

„Strafverteidigung ist Kampf – Kampf um die Rechte des Beschuldigten im Widerstreit mit den Organen des Staates, die dem Auftrag zur Verfolgung von Straftaten zu genügen haben.“¹

Auch wenn dieser Definitionsversuch von DAHS verbal auf den ersten Blick martialisch anmuten mag, vermittelt er doch in aller Kürze einen Eindruck darüber, worauf es bei der Institution Strafverteidigung ankommt:

Der Verteidiger hat als parteilicher Vertreter² seines Mandanten außer- und innerhalb des Gerichtssaales dafür zu sorgen, daß dessen Recht auf ein ordnungsgemäßes und faires Verfahren (sogenanntes „fair trial“-Prinzip, Art.6 MRK³) im Rahmen einer strafrechtlichen Verfolgung gewahrt wird⁴. Damit stellt Strafverteidigung eine Kompensation des naturgemäß vorhandenen Autonomiedefizits des meist juristisch nicht gebildeten Beschuldigten gegenüber dem Staat dar und dient der Herstellung einer prozessualen Waffengleichheit⁵.

¹ Vgl. DAHS, S.6, Rn.1

² Streng genommen ist SCHÄFER zuzustimmen, wenn er für den Strafverteidiger den Begriff der „Vertretung“ des Beschuldigten meidet und den Ausdruck „Beistand“ wählt, weil die Strafprozessordnung eine Vertretung des Beschuldigten nur in wenigen, v.a. in den §§ 234, 329, 350, 411 StPO abschließend geregelten Fällen zulässt (vgl. SCHÄFER, S.21, Rn.50 und auch JAHN, JR 1999, S.2). Aus Gründen der Verständlichkeit und im Hinblick auf die auch in § 3 Abs.1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) gewählte Umschreibung wird hier im Folgenden dennoch auf den gebräuchlicheren Begriff der „Vertretung“ abgestellt, dies mit dem Hinweis darauf, daß er nicht als terminus technicus verwandt wird.

³ Zur Bedeutung der (Europäischen) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten – (E)MRK – im deutschen Rechtsraum siehe Fn.616

⁴ Insoweit besteht in Rechtsprechung und Literatur wohl noch überwiegend Einigkeit hinsichtlich der Verfahrensrolle des Strafverteidigers (vgl. statt vieler nur BERNSMANN, StraFo 1999, S.226 ff. und die Nachweise bei HAMM, NJW 1993, S.289). Insbesondere die Rechtsprechung lehnt aber ein rein auf die Interessenvertretung reduziertes Begriffsverständnis der Strafverteidigung ab. So umfasst der Auftrag des Strafverteidigers nach Auffassung des BUNDESGERICHTSHOFS zusätzlich den Bereich der Strafrechtspflege per se (vgl. BGHSt 29, 99, 106) und das BUNDESVERFASSUNGSGERICHT spricht dem Rechtsanwalt diesbezüglich sogar eine auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete, amtsähnliche Stellung zu (vgl. BVERFGE 38, 105, 119).

⁵ Insoweit ist BERNSMANN in StraFo 1999, S.227 und VEHLING in StV 1992, S.89 noch rechtzugeben. Pointiert hat auch das höchste Gericht der USA – der Supreme Court – entschieden: „[The right to counsel ...] embodies a realistic recognition of the obvious truth that the average defendant does not have the professional skill to protect himself when brought before a tribunal with power to take his life or liberty, wherein the prosecution is presented by experienced and learned Counsel.“ (vgl. den Nachweis bei ANTIEAU, Constitutional Law I, S.318). Vorschnell urteilt VEHLING aber meines Erachtens, wenn er für die Strafverteidigung in Anlehnung an das Bild eines Torwarts im sportlichen Bereich folgert, daß es hier wie dort um die Abwehr gegnerischer Angriffe gehe und sich diese Bemühungen im Bereich der Strafverteidigung darin erschöpften, den Widerspruch gegen den von der Staatsanwaltschaft geäußerten Vorwurf strafrechtlich relevanten Verhaltens zu formulieren (a.a.O., S.86). Dabei vernachlässigt er nämlich die Fälle, in denen ein Rechtsanwalt mit der Strafverteidigung eines schuldigen und geständigen Mandanten beauftragt wird. Hier kann es eben gerade nicht um eine Zurückweisung

Aber gerade das damit einhergehende elementare Recht eines jeden Beschuldigten ist heute mehr gefährdet denn je zuvor.

Das altrömische Sprichwort „Pecunia non olet – Geld stinkt nicht“ bedarf der Überprüfung nämlich auch in Hinsicht auf die Institution der Strafverteidigung, die elementar bedroht ist, weil ihre handelnden Organe verstärkt⁶ wegen Geldwäsche strafrechtlich belangt werden⁷. In Rede steht dabei vor allem § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB, der das „Sich-verschaffen“ eines bestimmten, aus dem Vortatenkatalog des Absatz 1 Satz 2 herrührenden Gegenstandes pönalisiert. Eine ausdrückliche Ausnahme von der Strafandrohung macht das Gesetz auch dann nicht, wenn ein Anwalt für die von ihm vorgenommene Strafverteidigung Honorarzahlungen annimmt und die Zahlungsmittel zuvor vom Mandanten deliktisch erlangt wurden.

Der BUNDESGERICHTSHOF kam dementsprechend in einem Urteil vom 04.07.2001 im Ergebnis dazu, daß sich Strafverteidiger durch eine derartige Honorarannahme der Geldwäsche sollen strafbar machen können⁸. Gerade aufgrund dieser ersten höchstinstanzlichen Entscheidung liegt die Vermutung nahe, daß fortan verstärkt mit Ermittlungsmaßnahmen in diesen Fallkonstellationen zu rechnen ist. Erhöht wird die Relevanz des Themas noch durch die verstärkt geforderten Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche und des Terrorismus, deren Diskussion auf nationaler, wie auch internationaler Ebene seit den terroristischen Anschlägen vom 11. September 2001 auf das World Trade Center in New York (USA) und auf das Pentagon in Washington D.C. (USA) enorme Ausmaße angenommen hat⁹.

der staatlichen Beschuldigung gehen, sondern nur darum, die Rechte auf ein ordnungsgemäßes Verfahren auch für einen strafbar handelnden Bürger zu wahren.

⁶ So SCHMIDT, JR 2001, S.450. Vgl. zu einem ersten Versuch einer quantitativen Erfassung der Geldwäsche im Bereich der Rechtsberatungsberufe weiter unten auf den S.113 ff. [Teil 3:A.I.1].

⁷ Soweit ersichtlich, wurde im bundesdeutschen Rechtsraum erstmals am 04.06.1999 ein Strafverteidiger öffentlich der Geldwäsche angeklagt, weil er von seiner Mandantin, einer Drogenkurierin, einen Honorar-Vorschuß in Höhe von 5.000 DM angenommen haben soll. Das zuständige Landgericht Hamburg nahm erfreulicherweise die ihm nach § 199 Abs.1 StPO zukommende Prüfungskompetenz im Zwischenverfahren ernst und lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den Anwalt aus tatsächlichen Gründen gemäß §§ 203, 204 Abs.1 StPO ab. Auf die hiergegen von der zuständigen Staatsanwaltschaft eingelegte sofortige Beschwerde nach § 210 Abs.2 StPO wurde im Januar 2000 in einer heftigst diskutierten Entscheidung vom HANSEATISCHEN OBERLANDESGERICHT HAMBURG (Beschuß v. 06.01.2000 – 2 W 185/99; NJW 2000, S.673 ff. = NStZ 2000, S.311 ff.) abschlägig beschlossen. Das Gericht war nämlich der Auffassung, ein Strafverteidiger könne sich jedenfalls aus rechtlichen Gründen grundsätzlich nicht allein durch die bloße Annahme von (wenn auch deliktisch erlangten) Honorargeldern wegen Geldwäsche strafbar machen, was aus einer zwingend vorzunehmenden verfassungskonformen Auslegung des § 261 Abs.2 Nr.1 StGB folge. Zu der anderslautenden Auffassung des BGH in einem weiteren Fall einer Geldwäsche-Anklage vgl. unten auf den S.117 ff. [Teil 3:A.II].

⁸ Eine nähere Darstellung des zugrundeliegenden Sachverhalts und der Entscheidung des BGH bleibt aus Gründen der besseren Übersicht späteren Ausführungen vorbehalten; an dieser Stelle mag der Verweis auf die S.117 ff. [Teil 3:A.II] genügen.

⁹ So ähnlich auch AMBOS, JZ 2002, S.71. ZEDER sieht in der Verabschiedung der 2.EU-Geldwäscherichtlinie (Richtlinie 2001/97/EG, siehe dazu unten auf S.13 [Teil 2:B.III]) gar

Wie aber sollen Strafverteidiger¹⁰ wirksam ihre Aufgaben erfüllen können, wenn sie zugleich befürchten müssen, selbst einer strafbaren Geldwäsche bezichtigt zu werden ?

E contrario: Wie können die Rechte eines Beschuldigten gesichert werden, wenn die ihm zur Verfügung stehenden Wahlverteidiger vornehmlich um ihrer eigenen Straflosigkeit Willen handeln ?

B. Zielsetzung

Mit der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, ob sich Strafverteidiger in Deutschland de lege lata durch die bloße Annahme kontaminierten Honorars wegen Geldwäsche nach § 261 StGB strafbar machen können. Nach einer kritischen verfassungsrechtlichen und rechtsvergleichenden Prüfung der gefundenen Ergebnisse soll schlussendlich und unter erneuter Einbeziehung rechtsvergleichender Erkenntnisse versucht werden, eine der Problematik adäquate Lösung herauszuarbeiten.

C. Gang der Untersuchung

Systematisch bedingt diese Zielsetzung nach der hier vorgenommenen Einleitung zum Thema (Teil 1) zunächst in Teil 2 eine kurz gefasste allgemeine Darstellung zur Problematik der Geldwäsche und zu deren Bekämpfung. Um die später erfolgende Subsumtion der Strafverteidigerhonorare unter die Geldwäschetatbestände Deutschlands und der Vergleichsländer Österreich, Schweiz und USA zu

¹⁰ „eine Maßnahme im Gefolge des 11. September 2001“ (vgl. ZEDER, LJZ 4/2002, S.93). Verfehlt wäre es, den Begriff des Strafverteidigers auf einen überwiegend strafrechtlich orientierten Rechtsanwalt zu beschränken; vielmehr betrifft die vorliegend diskutierte Problematik grundsätzlich all jene Personen, die Wahlverteidigung ausüben dürfen, also neben in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälten (§ 138 Abs.1 StPO) auch Rechtslehrer an deutschen Hochschulen (§ 138 Abs.1 StPO), unter bestimmten Bedingungen Rechtsreferendare (§ 138 Abs.2 i.V.m. § 139 StPO), sowie in bestimmten Steuerstraßverfahren auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer (§ 392 AO). Im übrigen sind auch sonstige rechtsberatende Berufe von der Problematik tangiert, freilich mit dem Unterschied, daß ein Strafverteidiger regelmäßig sehr viel detailliertere Einblicke in delinquentes Verhalten seines Mandanten bekommen wird, als beispielsweise ein Rechtsanwalt, der seinen Klienten in einer Mietrechtssache berät und vertritt (vgl. dazu auch die Ansätze von BERNSMANN, StV 2000, S.42 und N.N. (DAI), BRAK-Mitt. 1994, S.93 ff., sowie die Beispiele von GÖTZ / WINDHOLZ, AnwBl 2000, S.645).

ermöglichen, werden noch im selben Teil die gesetzlichen Grundlagen in den inter- und supranationalen, wie auch jeweils nationalen Bemühungen in der straf- und finanzrechtlich orientierten Geldwäschebekämpfung dargestellt. Dabei werden die jeweiligen Straftatbestände insoweit miteinander verglichen, als der Anwendungsumfang der Vorschrift aufgezeigt werden soll, um hieraus später Schlussfolgerungen hinsichtlich der Bedeutungsschwere der Strafverteidigerproblematik ziehen zu können.

Nach diesen Vorbereitungen erfolgt in Teil 3 schließlich die angekündigte und vor allem an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angelehnte Untersuchung, ob die Annahme bestimmter Honorargelder für Strafverteidiger in Deutschland *de lege lata* und *expressis verbis* eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche begründen kann. Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung des diesbezüglichen Untersuchungsergebnisses wird intensiv auf die Berufsfreiheit des Anwalts (Art.12 Abs.1 GG), auf dessen Recht auf Gleichbehandlung (Art.3 Abs.1 GG) sowie auf das Recht eines Beschuldigten auf Wahlverteidigung eingegangen.

Sodann wird untersucht, ob und in welchem Umfang sich Strafverteidiger-Kollegen in Österreich, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika wegen schlichter Honorarannahme einer möglichen Geldwäschestrafbarkeit ausgesetzt sehen.

In Teil 4 werden hiernach zahlreiche Ansätze, die die derzeitige, rechtlich unbefriedigende Situation in Deutschland zu entschärfen versuchen, dargestellt und kritisch gewürdigt. Dabei werden auch die in den Vergleichsländern bestehenden, schon am Ende des dritten Teils erläuterten Gesetzeslagen in den Vergleichsländern herangezogen, um sie im Hinblick auf eine denkbare rechtspolitische Initiative in Deutschland zu begutachten.

Letztlich vermag das Problem jedoch nach Auffassung des Verfassers – so viel darf vorweggenommen werden – nur durch einen unkonventionellen, neuen und außerhalb des Geldwäschestrafrechts liegenden Ansatz gelöst zu werden. Dieser auf einer rechtspolitischen Änderung des Wahl- und Pflichtverteidigungsrechts und des anwaltlichen Gebührenrechts basierende Ansatz wird in Teil 5 vorgestellt und auf seine Tauglichkeit zur Lösung des Honorarproblems sowie auf seine praktische Umsetzbarkeit hin überprüft.

Die vorliegende Arbeit schließt sodann in Teil 6 mit einer Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse und mit der Wiedergabe der für die zugrundeliegende Problematik wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen im Anhang.

Die in dieser Arbeit zitierte Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Juli 2003.

TEIL 2: DIE BEKÄMPFUNG DER GELDWÄSCHE IN DEUTSCHLAND, ÖSTERREICH, DER SCHWEIZ UND DEN VEREINIGTEN STAATEN VON AMERIKA

Zur Ermöglichung eines besseren Verständnisses hinsichtlich des hier zugrundeliegenden Strafverteidigerproblems bedarf es zunächst einer Einführung in die Materie der Geldwäschebekämpfung, bei der neben allgemeinen Erwägungen insbesondere auch auf die bestehenden nationalen, wie auch inter- und supranationalen Regelungen einzugehen ist.

A. Allgemeines zur Geldwäsche

Einleitend soll versucht werden, den Begriff der Geldwäsche zu umreißen sowie mögliche Methoden der Geldwäsche und deren Bekämpfung darzustellen.

I. Begriff und Methoden der Geldwäsche

Der Begriff „Geldwäsche“ ist eine direkte Übersetzung des in den USA gebräuchlichen Terminus „money laundering“¹¹. Dieser wird für eine amerikanische Wortschöpfung aus den 20er-Jahren gehalten. In dieser Zeit nutzte das Organisierte Verbrechen unter seiner Kontrolle stehende Waschsalons, in denen mit Münzen betriebene Waschmaschinen standen, um die Erlöse aus illegalen Aktivitäten zu tarnen. Den Einnahmen aus dem Betrieb der Waschmaschinen wurden schließlich noch die Gewinne aus dem Verkauf von Alkohol in der Zeit der Prohibition hinzugezählt und mit diesen vermengt, um sie sodann als Einkünfte aus legalem Erwerb erscheinen zu lassen – das Geld wurde „gewaschen“.

Die Frage nach der Notwendigkeit „geldwaschender“ Tätigkeiten ist an sich leicht zu beantworten, wenn man sich in die Lage eines Straftäters versetzt, der vermögensdeliktisch handelt: Durch einen Betrug, einen Diebstahl, eine Erpressung oder eine ähnliche Straftat bringt sich der Kriminelle zunächst lediglich in den Besitz des Tatobjektes, welches in Geld oder sonstigen Vermögenswerten bestehen kann.

¹¹ Vgl. hierzu, wie auch für die folgenden Ausführungen zur Begrifflichkeit der Geldwäsche FRANK, S.23 und 27 m.w.N.; siehe interessehalber auch die unten in Fn.292 aufgeführte italienische und französische Terminologie.

Damit ist aber nur ein Teilerfolg des kriminellen Tuns erzielt. Schließlich sind insbesondere Geldwerte auch für einen Straftäter nur dann interessant, wenn er mit diesen wirtschaften kann. Zumindest bei großen Summen kontaminierten Geldes besteht daher nach der Begehung der eigentlichen Straftat noch die Notwendigkeit, die erlangten Mittel so zu tarnen, daß sie bei ihrer späteren Verwendung keinen Verdacht bei den Finanz- und Polizeibehörden erwecken¹², die schließlich dazu führen könnten, daß das eigentliche Beschaffungsdelikt aufgedeckt und schließlich auch strafprozessual geahndet wird.

Damit ist bereits grob die Intention der Geldwäsche¹³ angesprochen. Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die umfangreiche Diskussion in der Lehre verschafft werden, um das Phänomen der Geldwäsche näher zu definieren:

Der DEUTSCHE GESETZGEBER sieht Geldwäsche als „*das Einschleusen von Vermögensgegenständen aus organisierter Kriminalität in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zum Zwecke der Tarnung*“ an¹⁴.

Zahlreiche Vertreter der Literatur sprechen sich aber zurecht insbesondere dagegen aus, Geldwäsche auf solche Vermögenswerte zu beschränken, die aus der Organisierten Kriminalität stammen. Zutreffend wird dabei unter anderem kritisiert, daß diese Sonderart delinquenten Verhaltens selbst massiven Schwierigkeiten bei der phänomenologischen Beschreibung unterliege¹⁵. In der Tat macht es nämlich wenig Sinn, bei der Definition eines bis dato unbestimmten Begriffes auf einen anderen Begriff zurückzugreifen, der ebenso wenig konkretisiert ist. Außerdem dürfte zwar unumstritten sein, daß der Hauptanwendungsbereich der Geldwäscheaktivitäten in dem Betäubungsmittelrecht liegt, welches wiederum der Organisierten Kriminalität zugeordnet wird¹⁶. Allerdings besteht auch in anderen, ebenfalls sehr lukrativen Kriminalitätsformen die Notwendigkeit Geld zu waschen – man denke nur

¹² Vgl. HUND, ZRP 1996, S.164. Freilich handelt es sich bei der Geldwäsche um ein „Mengenproblem“. Übliche kleinere Bargeldsummen bedürfen hingegen regelmäßig nicht eines besonderen „Waschvorganges“ – diese werden schlicht durch Ausgeben in Umlauf gebracht und damit vom Delinquenten wirtschaftlich verwertet. Geldwäsche erlangt also erst dann eine eigenständige Bedeutung, wenn kontaminierte Vermögenswerte aufgrund ihres Umfangs nicht mehr unauffällig verwendet werden können.

¹³ Zwar können nach dem oben Ausgeführten grundsätzlich neben Geld auch sonstige deliktisch erlangte Vermögenswerte Gegenstände eines „Waschvorgangs“ sein. Regelmäßig dürften sich entsprechende Folgeaktivitäten aber auf Geldwerte beziehen, weshalb es nachvollziehbar erscheint, den Begriff der „Geld“-Wäsche zu verwenden (so auch HUND, ZRP 1996, S.164). Im weiteren Verlauf dieser Arbeit ist daher bei entsprechenden Ausführungen zur Geldwäsche auch immer an die mögliche „Wäsche sonstiger Vermögenswerte“ zu denken.

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 12/989, S.26

¹⁵ Vgl. HUND, ZRP 1996, S.165 und HETZER, ZRP 1999, S.245; vgl. zum Begriff und zur Phänomenologie des Organisierten Verbrechens statt vieler nur EISENBERG, NJW 1993, S.1033-1035

¹⁶ Vgl. HUND, ZRP 1996, S.164 und die Erlaß-Begründung (vor Art.1) zur Richtlinie 91/308/EWG des RATES DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN vom 10.06.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zweck der Geldwäsche

an die Wirtschaftskriminalität, die Steuerhinterziehung oder auch die Korruption¹⁷.

Entsprechend allgemeiner und ohne Bezugnahme auf Organisierte Kriminalität fasst BOTTKE die gesetzgeberischen Aktivitäten im Rahmen der Geldwäsche daher als solche Maßnahmen auf, die ergriffen werden gegen *„Verhaltensweisen, die einen aus einer Straftat stammenden Gegenstand unter Beibehaltung seines Wertes durch einen anderen ersetzen, so seinen Wert unter Verschleierung des kriminellen Herkunftsortes des Gegenstandes verschieben und für legale Verwendungen verfügbar machen“*¹⁸.

Und auch nach der Auffassung des EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES, geäußert in der sogenannten „2.EU-Geldwäscherichtlinie“ (2001/97/EG) vom 04.12.2001, ist unter Geldwäsche *„der Umtausch oder Transfer [...], das Verheimlichen oder Verschleiern [...], der Erwerb, der Besitz oder die Verwendung von Vermögensgegenständen [... aus häufig, jedoch nicht zwingend organisierter Kriminalität ...] sowie die Beteiligung an einer dieser Handlungen“* zu verstehen¹⁹.

Plastisch stellt OSWALD ihr Verständnis dar, wonach Geldwäsche eine *„Technik [ist], bei der illegale, schwarze Gelder in scheinbar legale, weiße Gelder umgewandelt [werden]“*²⁰.

Für zutreffend halte ich auch die für die GESETZGEBUNG DER VEREINIGTEN STAATEN VON AMERIKA grundlegend gewordene und entsprechend vielfach zitierte Formulierung: *„The problem of money laundering, the means by which one conceals the existence, illegal source, or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate [...]“*²¹.

Sehr ähnlich formulieren KÖRNER UND DACH die beiden Schritte, die zusammen eine Geldwäsche ausmachen sollen: *„In einer ersten Phase [zielen alle Operationen darauf ab], Vorhandensein, Herkunft oder Zweckbestimmung von Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen stammen, zu verheimlichen, um sie in einer zweiten Phase schließlich als rechtmäßige Einkünfte erscheinen zu lassen.“*²² Demnach sei Geldwäsche auf drei Stufen zu unterscheiden: „placement“ - „layering“ -

¹⁷ So auch HUND, ZRP 1996, S.165 und HETZER, ZRP 1999, S.245

¹⁸ Vgl. BOTTKE, wistra 1995, S.87

¹⁹ Demgegenüber waren die EU-Mitgliedstaaten durch die „1.EU-Geldwäscherichtlinie“ (Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche; siehe dazu unten auf S.11 [Teil 2:B.II]) lediglich zur Bekämpfung des Waschens von Erlösen aus Drogenstraftaten verpflichtet worden. Dieses eingeschränkte Verständnis von Geldwäsche wurde durch die „2.EU-Geldwäscherichtlinie“ aus dem Jahre 2001 dann wie dargelegt erweitert.

²⁰ Vgl. OSWALD, wistra 1997, S.328

²¹ Vgl. den Nachweis in ARZT, ZStrR 1989, S.167, Fn.15

²² Vgl. Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.13 f., Rn.6

„integration“²³.

Dabei sollen wohl die beiden erstgenannten Stufen zusammen die Phase der Verheimlichung ausmachen, wohingegen die letzte Stufe offensichtlich die Integrationsphase darstellt.

Vorrangiges Ziel des „placement“ sei es, die Spuren der deliktischen Herkunft zu verschleiern sowie eine Identifikation der Vermögenswerte und eine Einziehung durch den Staat zu verhindern, beispielsweise durch Wechseln schmutzigen Bargeldes in andere Währungen oder andere Vermögenswerte, wie etwa Wertpapiere oder Immobilien²⁴. Besonderer Beliebtheit erfreut sich dabei das Fingieren von Umsätzen in Betrieben mit hohem Bargeldvolumen, wie etwa in Taxibetrieben, Pizzerien oder Spielbanken²⁵.

Das „layering“ hingegen sei überwiegend international geprägt und unter anderem auf den Transfer schmutzigen Geldes in andere Staaten rund um die Welt gerichtet²⁶. Dabei würden sogenannte „Off-Shore-Zentren“ wie etwa die Cayman-Islands bevorzugt, also Länder mit fehlenden Buchführungspflichten und Bankenaufsichten, mangelhaften Steuerkontrollen und Strafvorschriften²⁷. Aber auch Länder ohne aufsichtsrechtliche Kontrolle wie die Schweiz oder Liechtenstein seien aufgrund ihrer kaum kontrollierbaren Finanzgesellschaften begehrte Ziele von Geldwäschetransaktionen²⁸. Weiter diene das „layering“ dem Verschleierungsziel auch durch Zwischenschaltung unverdächtiger Dritter, wie etwa Anwälte, Treuhänder oder Scheinfirmen²⁹.

Die „integration“ sei schließlich die mittel- oder langfristige Weiterbehandlung vorgewaschener Vermögenswerte, die darauf ausgerichtet sei, daß eine etwaige Verbindung seitens der Strafverfolgungsbehörden nicht mehr mit illegalen, sondern nur noch mit legalen und steuerlich veranlagten Geschäften hergestellt werden kann³⁰. Als Geldwaschanlagen eignen sich dabei erneut alle Wirtschaftsunternehmen, bei denen viel Bargeld anfällt und bei denen mit den aus Verbrechen stammenden Geldern ein hoher Umsatz vorgetäuscht werden kann³¹.

Zusammenfassend stellt Geldwaschen also den Schnittpunkt von illegalen Erlösen aus Straftaten und legalem Finanzkreislauf dar³². Da in diesem Moment illegales Geld kurzzeitig „sichtbar“ wird, bietet das Geldwaschen für die Strafverfolgungsbehörden einen Ansatz, in die Strukturen vor allem der organisierten Kriminalität

²³ Vgl. Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.28, Rn.42; vgl. zu anderen Geldwäsche-Modellen HOYER / KLOS, S.9 m.w.N.

²⁴ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.28, Rn.43

²⁵ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.28, Rn.43

²⁶ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.28, Rn.44

²⁷ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.28, Rn.44 und S.29, Rn.46

²⁸ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.28, Rn.44

²⁹ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.28, Rn.44

³⁰ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.31, Rn.47

³¹ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.31, Rn.47

³² Vgl. BT-Drs. 12/989, S.26

einzudringen und von diesem Schnittpunkt aus Transaktionen zurückzuverfolgen³³.

II. Ziele und Methoden der Geldwäschebekämpfung

Ziel einer jeden Geldwäschebekämpfung muß es nach alledem sein, zu verhindern, daß illegale, verschleierte Verbrechensprofite in den legalen Finanzkreislauf gelangen³⁴. Das schmutzige Geld soll verkehrsunfähig gemacht werden, um den Täter wirtschaftlich zu isolieren und ihm letztlich den Reiz für entsprechende geldwäschetaugliche Vortaten zu nehmen³⁵. Um dieses Ziel zu erreichen, soll eine sogenannte „paper-trail“ – eine Papierspur illegaler Finanzströme – erstellt werden, die es den Strafverfolgungsbehörden ermöglichen soll, den Herkunftsweg illegaler Vermögenswerte zu verfolgen und damit letztlich auch bis zu den Hintermännern des Verbrechens vorzudringen³⁶. Zu diesem Zweck existieren in allen Vergleichsländern Regelungen, die bestimmte Identifikations- und Aufzeichnungspflichten beschreiben³⁷.

B. Supranationale und völkerrechtliche Vorgaben zur Geldwäschebekämpfung

Wie dargestellt, wird Geldwäsche in weiten Bereichen mit internationalen Bezügen durchgeführt, um hierdurch den kriminellen Ursprung der Gelder leichter verschleiern zu können³⁸. National beschränkte Maßnahmen der Geldwäschebekämpfung, die der internationalen Koordinierung und Zusammenarbeit nicht Rechnung tragen würden, hätten demnach nur eine sehr begrenzte Wirkung³⁹. Daher wird die Geldwäschebekämpfung auch nicht allein der nationalen Gesetzgebung überlassen. Vielmehr wurde durch inter- und supranationale Instrumente versucht, ein welt- oder zumindest doch europaweit harmonisiertes Niveau der materiell-rechtlichen

³³ Vgl. BT-Drs. 12/989, S.26

³⁴ Vgl. Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.13, Rn.4. Über den tatsächlichen Umfang von Geldwäsche-Aktivitäten existieren nur grobe Schätzungen, die teilweise von Beträgen bis zu 1 Billion US-Dollar jährlich für den internationalen Rechtsraum ausgehen (vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.4 m.w.N.).

³⁵ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.13, Rn.4 und Schmid, Kommentar, ACKERMANN, Art.305^{bis}, Rn.258

³⁶ Vgl. Körner / Dach, a.a.O., S.13, Rn.4 und Schmid, a.a.O., Rn.265

³⁷ Vgl. dazu auf den Seiten 29 ff. (Deutschland), 58 ff. (Österreich), 74 ff. (Schweiz) und 81 ff.(USA)
³⁸ Vgl. auch die Erlaß-Begründung (vor Art.1) zur 1.EU-Geldwäscherichtlinie (vgl. unten auf S.11 [Teil 2:B.II])

³⁹ Vgl. a.a.O.

Strafbarkeit der Geldwäsche zu schaffen⁴⁰. Im Folgenden soll eine kurze Chronik dieser internationalen Bemühungen dargestellt werden.

I. Die “Recommendation” des Europarats, das “Statement of Principles” der BIZ und die 40 Empfehlungen der FATF

Eine Vorreiterrolle in den internationalen Bemühungen um die Geldwäschebekämpfung wird der „Recommendation No. R (80) 10“ zuteil, mit der der EUROPARAT am 27.06.1980 erstmals empfohlen hat, unter anderem Identifikationspflichten in nationales Recht zu übernehmen⁴¹.

Der BASELER AUSSCHUSS FÜR BANKENAUFICHT DER BANK FÜR INTERNATIONALEN ZAHLUNGS- AUSGLEICH (BIZ) formulierte am 12.12.1988 dann mit den „Statements of Principles“ generell gehaltene Prinzipien gegen den kriminellen Missbrauch des Bankensystems⁴².

Dem Auftrag der Europäischen Gemeinschaft und verschiedener Staatschefs gehorchend, erließ die FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MONEY LAUNDERING (FATF) – ein zwischenstaatliches Gremium aus Rechts- und Finanzexperten aus damals 15 und gegenwärtig 29 Ländern – am 07.02.1990 schließlich vierzig konkretisierte Empfehlungen zur Bekämpfung der Geldwäsche⁴³.

Gemein ist den dargestellten Empfehlungen und Prinzipien, daß sie keinerlei völker- oder gemeinschaftsrechtliche Verbindlichkeit entfaltet haben, sondern allenfalls unverbindliche Mindeststandards klarstellen konnten⁴⁴. Daher erscheint es auch vertretbar, in dieser Arbeit auf nähere Ausführungen zu verzichten.

⁴⁰ Auf die Frage, ob dieses Ziel erreicht worden ist, soll in dieser Arbeit aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Insofern mag der Verweis auf VOGEL, ZStrW 1997, S.335 ff. genügen, der allerdings zeitlich bedingt die neu erlassene „2.EU-Geldwäscherichtlinie“ von 2001 (siehe dazu unten auf S.13 [Teil 2:B.III.]) und die damit einhergehenden Änderungen im Geldwäschebekämpfungssystem noch nicht in seine Ausführungen einbeziehen konnte.

⁴¹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.88

⁴² Vgl. ACKERMANN, a.a.O.

⁴³ Vgl. ACKERMANN, a.a.O. m.w.N.. Diese vierzig Empfehlungen der FATF wurden zwischenzeitlich mehrfach aktualisiert. Sie sind im Internet abrufbar unter [<http://www.fatf-gafi.org>]. Vgl. weiter die „Special Recommendations on Terrorist Financing“ der FATF vom 31.10.2001 zur Bekämpfung der Terrorismus-Finanzierung (download möglich im Internet unter [http://www1.oecd.org/fatf/SRecsTF_en.htm]).

⁴⁴ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.88

II. Das Wiener Übereinkommen, das Europaratsübereinkommen und die 1.EU-Geldwäscherichtlinie

Größere Bedeutung erlangt haben hingegen die folgenden internationalen Regelungsversuche auf dem Gebiet der Geldwäschebekämpfung:

- das in Wien geschlossene „Übereinkommen der VEREINTEN NATIONEN vom 20.12.1998 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen“
(sogenanntes „Wiener Übereinkommen“)⁴⁵
- das am 08.11.1990 in Straßburg erreichte „Übereinkommen des EUROPARATS über das Waschen, das Aufspüren, die Beschlagnahme und die Einziehung der Erträge aus Straftaten“
(sogenanntes „Europaratsübereinkommen“)⁴⁶
- die „Richtlinie 91/308/EWG des RATES DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN vom 10.06.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zweck der Geldwäsche“
(sogenannte „1.EU-Geldwäsche-Richtlinie“⁴⁷)⁴⁸.

Zwar können auch die hierbei getroffenen Regelungen keine unmittelbare innerstaatliche Geltung beanspruchen. Dennoch erscheint es aufgrund der mittelbaren Einflüsse auf nationale Gegebenheiten⁴⁹ angebracht, einen inhaltlichen Überblick über die zugrundeliegenden völkerrechtlichen und supranationalen Regelungen zu vermitteln, um hierdurch das Verständnis für die daraufhin erlassenen nationalen Gesetze und ihren Vergleich miteinander zu schärfen:

⁴⁵ Abgedruckt bei HOYER / KLOS, S.465 ff. und im Internet abrufbar unter:
[<http://www.vilp.de/Depdf/14/d037.pdf>]

⁴⁶ Abgedruckt bei HOYER / KLOS, S.491 ff.

⁴⁷ Der Begriff der „1.EU-Geldwäsche-Richtlinie“ wurde hier als Abkürzung gewählt, um im Folgenden der Arbeit einerseits durch Vermeidung allzu langer Bezeichnungen die Verständlichkeit zu gewährleisten und andererseits die Differenzierbarkeit zu der weiter unten beschriebenen „2.EU-Geldwäsche-Richtlinie“ zu ermöglichen.

⁴⁸ Abgedruckt bei HOYER / KLOS, S.543 ff. und im Internet abrufbar unter:
[http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1991/de_391L0308.html]

⁴⁹ So auch VOGEL, ZStrW 1997, S.336. Insbesondere beschreibt Art.249 Abs.3 EGV, daß eine EU-Richtlinie für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist; lediglich die Wahl der Form und der Mittel bleibt den innerstaatlichen Stellen überlassen.

Nahezu wortgleich wird im Wiener Übereinkommen, dem Europaratsübereinkommen und der 1.EU-Geldwäscherichtlinie der Tatbestand der Geldwäsche umschrieben⁵⁰. Als mögliches Tatobjekt gilt dabei im Wesentlichen einheitlich jeder Vermögensgegenstand, der aus einer bestimmten Vortat stammt⁵¹. Vortaten in diesem Sinne sind nach dem Wiener Übereinkommen nur Betäubungsmittelstraftaten. Art.1 fünfter Spiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie hingegen überlässt die Bestimmung darüber hinausgehender tauglicher Vortaten den EU-Mitgliedsstaaten, wohingegen Art.6 Nr.4 des Europaratsübereinkommens regelt, daß grundsätzlich alle Straftaten erfasst sein sollen, die Vertragsstaaten aber die Möglichkeit haben, sich Ausnahmen vorzubehalten.

Verboten sind dann unter anderem das Verheimlichen oder Verschleiern der Natur, der Herkunft, der Quelle, der Lage oder der Rechtslage an entsprechenden Vermögensgegenständen⁵², weiter jegliche Vermögensbewegung hinsichtlich eines solchen Vermögensgegenstandes in der Absicht, dessen illegalen Ursprung zu verbergen⁵³ und schließlich die sogenannte Vermögens- und Nutzhehlerei, die im dolosen Erwerb oder Besitz oder der dolosen Verwendung illegalen Vermögens besteht⁵⁴.

In subjektiver Hinsicht wird die Geldwäsche grundsätzlich auf vorsätzliche Handlungen beschränkt, wobei der Vorsatz aus objektiven Tatumständen geschlossen werden kann⁵⁵. Für die Umsetzung waren diese Vorgaben aber nicht verbindlich. Vielmehr sind die Vertrags- beziehungsweise Mitgliedsstaaten ermächtigt, strengere Maßnahmen zu treffen und von dem jeweils gesetzten Mindeststandard abzuweichen⁵⁶.

Auffallend ist, daß in keinem der Regelwerke konkrete Maßgaben für Strafandrohungen für verbotswidriges Verhalten enthalten sind. So beschränken sich Art.3 Nrn.1 und 4 lit.a des Wiener Übereinkommens und Art.6 Nr.1 des Europarat-übereinkommens darauf, die Vertragsstaaten zur Kriminalisierung der Geldwäsche zu verpflichten. Art.14 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie belässt es gar bei einer den

⁵⁰ Vgl. Art.3 Nr.1 lit.b und lit.c i) des Wiener Übereinkommen, Art.6 Nr.1 des Europaratsübereinkommen und Art.1 dritter Spiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

⁵¹ Vgl. Art.1 lit.p des Wiener Übereinkommens, Art.1 lit.a des Europaratsübereinkommens, Art.1 vierter Spiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie; vgl. weiter VOGEL, ZStrW 1997, S.338

⁵² Vgl. Art.3 Nr.1 lit.b (ii) des Wiener Übereinkommens, Art.6 Nr.1 lit.b des Europaratsübereinkommens und Art.1 dritter Spiegelstrich zweiter Unterspiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

⁵³ Vgl. Art.3 Nr.1 lit.b (i) des Wiener Übereinkommens, Art.6 Nr.1 lit.a des Europaratsübereinkommens und Art.1 dritter Spiegelstrich erster Unterspiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

⁵⁴ Vgl. Art.3 Nr.1 lit.c (i) des Wiener Übereinkommens, Art.6 Nr.1 lit.c des Europaratsübereinkommens und Art.1 dritter Spiegelstrich dritter Unterspiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

⁵⁵ Vgl. Art. 3 Nr.3 des Wiener Übereinkommens, Art. 6 Nr.2 lit.c des Europaratsübereinkommens und Art.1 dritter Spiegelstrich Satz 2 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

⁵⁶ Vgl. Art.24 des Wiener Übereinkommens, Art.6 Nr.3 lit.a des Europaratübereinkommens und Art.15 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

Mitgliedsstaaten auferlegten Verpflichtung, die Geldwäsche „zu ahnden“.

Diese Ahndung war nach Auffassung des europäischen Gesetzgebers mit strafrechtlichen Maßnahmen allein nicht getan. Der Schutzzweck der 1.EU-Geldwäscherichtlinie ist nämlich die Solidität des europäischen Finanzsystems und das Vertrauen der Öffentlichkeit hierin sowie die Bekämpfung der Drogen- sowie sonstiger Kriminalität⁵⁷. Hierfür sei es erforderlich, auf präventiver Ebene Institutionen des Finanzsystems mit in das Geldwäschebekämpfungssystem einzubinden⁵⁸. So wurden unter anderem Kredit- und Finanzinstitute zur erhöhten Aufmerksamkeit im Bezug auf geldwäscheverdächtige Geschäfte aufgerufen, indem bestimmte Identifizierungs-, Aufzeichnungs-, Aufbewahrungs- und Meldepflichten in der 1.EU-Geldwäscherichtlinie geschaffen wurden. Gegenüber Berufsträgern und Unternehmenskategorien, die keine Kredit- und Finanzinstitute im Sinne von Art.1 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie sind, sollten die Mitgliedsstaaten nach Art.12 der Richtlinie lediglich dafür Sorge tragen, daß auch sie zumindest teilweise in den Pflichtenkreis eingebunden werden, sofern sie Tätigkeiten ausüben, die besonders für Geldwäschezwecke geeignet sind⁵⁹.

Aus europäischem Gemeinschaftsrecht waren die Mitgliedsstaaten schlussendlich gemäß Art.249 Abs.3 i.V.m. Art.10 EGV verpflichtet, die 1.EU-Geldwäscherichtlinie in innerstaatliches Recht zu transformieren, ebenso wie aus dem Wiener Übereinkommen und dem Europaratsübereinkommen völkerrechtliche Umsetzungspflichten für die Mitgliedsstaaten resultierten⁶⁰.

III. Die 2.EU-Geldwäscherichtlinie

Im Dezember 2001 schließlich kam es zum Erlass der „Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Union vom 04.12.2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG“ („2.EU-Geldwäscherichtlinie“)⁶¹, deren erklärtes Hauptziel es war, die bestehende 1.EU-Geldwäscherichtlinie zu aktualisieren und insgesamt die Geldwäschebekämpfung in der Europäischen Union zu verbessern⁶². Zu diesem Zweck wurde der Anwendungsbereich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie merklich ausgeweitet:

⁵⁷ Vgl. VOGEL, ZStrW 1997, S.338

⁵⁸ Vgl. die Erlaß-Begründung (vor Art.1) der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

⁵⁹ Zu den Änderungen des Adressatenkreises der 1.EU-Geldwäscherichtlinie durch die 2.EU-Geldwäscherichtlinie vgl. im Folgenden unter [Teil 2:B.III.].

⁶⁰ Vgl. VOGEL, ZStrW 1997, S.342

⁶¹ Vgl. zum Ablauf des europäischen Gesetzgebungsverfahrens HELLWIG, AnwBl 2002, S.144 f. und ZEDER, LJZ 4/2002, S.86 ff.

⁶² Vgl. die Erlaß-Begründung der 2.EU-Geldwäscherichtlinie (vor Art.1) unter Punkt (1)

So wurden die EU-Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, unter anderem Notare und Rechtsanwälte in den Pflichtenkreis einzubinden, wenn sie für ihren Klienten an der Planung oder Durchführung bestimmter Transaktionen, wie etwa dem Kauf beziehungsweise Verkauf von Immobilien oder der Gründung von Gesellschaften, mitwirken⁶³. Allerdings müssen die Mitgliedsstaaten eine Meldepflicht bei Geldwäscheverdacht gegenüber diesen Juristen nicht zwingend umsetzen, wenn der Verdacht auf Informationen beruht, die sie von einem oder über einen ihrer Klienten im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für diesen erhalten haben oder die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verteidiger dieses Klienten vor, während oder nach einem Gerichtsverfahren erlangen⁶⁴.

Neben der Ausweitung des Adressatenkreises hinsichtlich der in der 1.EU-Geldwäscherichtlinie zusammengefassten Pflichten wurde durch die 2.EU-Geldwäscherichtlinie auch der Vortatenkatalog der strafbaren Geldwäsche zumindest auf alle schweren Straftaten und insbesondere hinsichtlich der Bekämpfung des organisierten Verbrechens erweitert⁶⁵. Die Mitgliedsstaaten sind nun gehalten, mindestens die Betäubungsmittelstraftaten im Sinne von Art.3 Abs.1 lit.a) des Wiener Übereinkommens, die Handlungen krimineller Vereinigungen, den schweren Betrug, die Bestechung, sowie sonstige mit langjähriger Freiheitsstrafe bedrohte Straftaten, die beträchtliche Erfolge hervorbringen können, als Katalogtaten

⁶³ Vgl. den durch Art.1 Nr.2 der 2.EU-Geldwäscherichtlinie neu eingefügten Art.2a der 1.EU-Geldwäscherichtlinie

⁶⁴ Vgl. Art.6 Abs.3 S.2 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie in der Fassung des Art.1 Nr.5 der 2.EU-Geldwäscherichtlinie. Demgegenüber enthielt ein früherer Änderungsvorschlag zur 1.EU-Geldwäscherichtlinie eine solche Ausnahme noch nicht und wollte unter anderem Rechtsanwälten auch dann eine Meldepflicht auferlegen, wenn sie einen Geldwäscheverdacht im Rahmen einer Rechtsberatung hegen; dann sollte der Anwalt gar verpflichtet sein, Meldung zu erstatten, ohne seinen Mandanten hiervon in Kenntnis zu setzen (sog. „tipping-off“; vgl. hierzu HELLWIG, AnwBl 2000, S.614; vgl. weiter den geänderten Art.8 Abs.2 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie zur nun für die Mitgliedstaaten geschaffenen Möglichkeit, die Informierung des Mandanten durch nationales Gesetz zuzulassen). Hierdurch sollten anlässlich der Terroranschläge vom 11.September 2001 in New York und Washington (USA) auch die Bemühungen in der Bekämpfung des Terrorismus gestärkt werden, wenngleich Fachleute darauf hinweisen, daß Terroristen ihre Aktionen gar nicht durch gewaschenes Geld finanzieren (vgl. BRAK, Stellungnahme zur geplanten Verdachtsmeldepflicht, im Internet abrufbar unter [<http://www.brak.de>]). Während des gesamten Rechtssetzungsverfahrens haben die BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER (BRAK), der DEUTSCHE ANWALTSVEREIN (DAV) und der EUROPÄISCHE DACHVERBAND CCBE die Entscheidungsträger darauf hingewiesen, daß nicht nur die gerichtliche, sondern auch die rechtsberatende Tätigkeit des Anwalts der Verschwiegenheit unterliege und zu den Grundrechten des Bürgers gehöre (vgl. LÖRCHER, BRAK-Magazin 2001, Heft 2, S.4). Die Gefahr, der Anwalt werde durch den ursprünglich geplanten Verpflichtungsumfang zum Spitzel der Obrigkeit (vgl. HELLWIG, AnwBl 2000, S.616), ist durch die nun erlassene Richtlinie zumindest abgemildert worden. Zwar hält DOMBEK die geltende Aufspaltung anwaltlicher Tätigkeit in rechtsberatende, nicht verdachtsmeldepflichtige Tätigkeit einerseits und der Verdachtsmeldung unterworfenen, vermögensverwaltende Tätigkeit andererseits für bedauerlich (vgl. BRAK-Mitteilungen 2000, Heft 3, in der Rubrik „Akzente“); letztlich sieht aber auch er ein, daß die Einbindung von Anwälten in die Pflichten der EU-Geldwäscherichtlinien jedenfalls insoweit nicht verhindert werden kann, als ihre Tätigkeit bankenähnliche Gestalt annimmt.

⁶⁵ Vgl. die Erlaß-Begründung der 2.EU-Geldwäscherichtlinie (vor Art.1) unter Punkt (9) und (10)

auszuzeichnen⁶⁶.

Die Frist zur Umsetzung der 2.EU-Geldwäscherichtlinie in nationales Recht ist gemäß deren Art.3 Abs.1 S.1 bereits am 15.06.2003 abgelaufen. Deutschland ist der aus Art.249 Abs.3 i.V.m. Art.10 EGV resultierenden Umsetzungspflicht durch Erlass des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus – Geldwäschebekämpfungsgesetz⁶⁷ – vom 08.08.2002 vollständig nachgekommen. In Österreich ist die Umsetzung in diversen Einzelgesetzen hingegen noch nicht vollständig abgeschlossen⁶⁸.⁶⁹

C. Die Geldwäschebekämpfung in Deutschland

In Deutschland sind die gesetzgeberischen Versuche der Geldwäschebekämpfung im Wesentlichen durch § 261 StGB und durch das Geldwäschegesetz gekennzeichnet.

I. § 261 StGB

Beginnend soll auf den für diese Arbeit bedeutenderen Straftatbestand der Geldwäsche eingegangen werden⁷⁰.

⁶⁶ Vgl. Art.1 E) der 1.EU-Geldwäscherichtlinie in der Fassung des Art.1 Nr.1 der 2.EU-Geldwäscherichtlinie

⁶⁷ BGBl. 2002 I (S.3105 ff.)

⁶⁸ Vgl. diesbezüglich unten auf S.58 ff. [Teil 2:D.III.1.b]

⁶⁹ Nur der Vollständigkeit wegen soll der Monatsbericht 08/2002 des BUNDESFINANZMINISTERIUMS (download im Internet möglich unter [http://www.bundesfinanzministerium.de/Anlage13794/Teil-4-Monatsbericht-August-2002-Statistik-und-Dokumente-II.pdf]) ausschnittsweise zitiert werden: „Gegenwärtig ist die EU-Kommission im Begriff, eine dritte Geldwäscherichtlinie vorzubereiten, die Lücken im Maßnahmenkatalog gegen Geldwäsche (Risk Management und Customer Due Dilligence-Standards im unbaren internationalen Zahlungsverkehr, Maßnahmen zur Verfolgung des Underground-Banking und der Regulierung des Finanztransfergeschäfts) schließen [... und] der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus dienen soll.“

⁷⁰ Die folgenden Ausführungen zu § 261 StGB sollen lediglich einen Einblick in die strafrechtliche Geldwäschebekämpfung bieten und die Grundlage dafür schaffen, einerseits eine Subsumtion der Annahme von Honorargeldern durch Strafverteidiger vornehmen zu können und andererseits einen Vergleich zu ausländischen Regelungen zu ermöglichen. Hingegen wird kein Anspruch auf Vollständigkeit derart erhoben, daß jegliche Probleme im Zusammenhang mit dem Geldwäsetatbestand angesprochen oder gar aufgeklärt werden sollen. Insofern mag der Verweis genügen auf die einschlägigen Kommentierungen von Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.1 ff.; Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.1 ff. und Lackner, StGB, KÜHL, § 261, Rn.1 ff. sowie auf die Abhandlungen von BOTTERMANN, S.1 ff.; KNORZ, S.1 ff.; BURR, S.1 ff.; DIONYSOPOULOU, S.1 ff.; SPISKE, S.1 ff.; MAIWALD, FS-Hirsch (1999), S.631-649; HOYER / KLOS, S.1 ff. und KÖRNER / DACH, Geldwäsche, S.1 ff..

1. Gesetzeshistorie

Der deutsche Gesetzgeber transformierte 1992 die 1.EU-Geldwäscherichtlinie vor allem durch das Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (OrgKG) in nationales Recht. Dieses Gesetz wiederum führte unter anderem⁷¹ den am 22.09.1992 in Kraft getretenen § 261 in das deutsche Strafgesetzbuch ein, mit dem erstmals die Strafbarkeit der Geldwäsche speziell geregelt wurde⁷². Seitdem unterlag die Norm zahlreichen Änderungen⁷³.

2. Regelungszweck

Der Gesetzgeber erhoffte sich, durch eine Kriminalisierung der Geldwäsche, durch die sie flankierenden Regeln und durch deren Umsetzung durch die Organe der Kriminalitätsbekämpfung in die Strukturen der organisierten Kriminalität einzudringen, ihr die Möglichkeiten der Gewinnakkumulation zu nehmen und so ihren Nerv zu treffen⁷⁴. Insbesondere sollte erreicht werden, daß der Vortäter isoliert wird und seine Möglichkeiten der Verwendung von deliktisch erlangten Gütern im ordentlichen Wirtschaftskreislauf beschränkt werden, um letztlich dadurch die Vortaten der Geldwäsche einzudämmen⁷⁵. Anschaulich drückt es BARTON aus, wenn er die Intention des Gesetzgebers darauf reduziert, daß sich Kriminalität nicht mehr lohnen solle⁷⁶, wenngleich er sich damit nach meiner Auffassung der Kritik aussetzt, daß es sich hierbei um den erwünschten, generalpräventiven Nebeneffekt einer jeden erfolgreichen Strafverfolgung handelt, nicht hingegen um rein geldwäschespezifische Ziele⁷⁷.

⁷¹ Ebenfalls durch das OrgKG eingefügt wurden bspw. die Vorschriften über die Vermögensstrafe (§ 43a StGB), über den Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110a StPO), über die Rasterfahndung (§ 98a StPO) und über den Einsatz technischer Mittel (§ 100c StPO); vgl. dazu statt vieler nur EISENBERG, NJW 1993, S.1035 ff..

⁷² Zu den vor der Einführung von § 261 StGB bestehenden strafrechtlichen Lücken in der Geldwäscheerfassung durch die §§ 257 ff. StGB vgl. BT-Drs.12/989, S.26; HARTUNG, AnwBl 1994, S.441; LAMPE, JZ 1994, S.123 f.; ARZT, NStZ 1990, S.2 ff. und ausführlich HÖRETH, S.54-80.

⁷³ Vgl. zu den Gesetzesänderungen von § 261 StGB den Überblick in Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.1

⁷⁴ Vgl. HETZER, NJW 1993, S.3298 f.; Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.1; BOTTKE, wistra 1995, S.88 f.

⁷⁵ Vgl. Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.1

⁷⁶ Vgl. BARTON, StV 1993, S.157

⁷⁷ So ähnlich auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.124 und wohl auch DIONYSOPOULOU, S.137

3. Regelungsinhalt

Um das gesetzte Ziel zu verfolgen, schuf der Gesetzgeber mit § 261 StGB einen der umfangreichsten⁷⁸ Straftatbestände des allgemeinen Strafrechts, der auszugsweise⁷⁹ wie folgt lautet:

§ 261 – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte

(1) Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind ...

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Gegenstand

1. sich oder einem Dritten verschafft oder
2. verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er die Herkunft des Gegenstandes zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat.

(3) und (4) ...

(5) Wer in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 leichtfertig nicht erkennt, daß der Gegenstand aus einer in Absatz 1 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(6) Die Tat ist nicht nach Absatz 2 strafbar, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen.

(7) bis (10) ...

a. Objektiver Tatbestand

(i) Tatobjekt

Taugliche Tatobjekte einer Geldwäsche können nach § 261 Abs.1 S.1 (ggf. i.V.m. Abs.2) des Strafgesetzbuchs solche Gegenstände sein, die aus einer in Absatz 1 Satz 2 aufgeführten rechtswidrigen Tat herrühren.

⁷⁸ Ein namentlich nicht bekannter Verfasser des DAI führte meines Erachtens zutreffend aus, daß der Vorschrift jedes Kurze, Abstrakte fehle, sie geradezu geschwätzig lang geraten sei und gleichzeitig ein Potpourri verschiedenster Tatbestände, Nebenfolgen und Strafzumessungsregeln bilde (vgl. N.N. (DAI), BRAK-Mitt. 1994, S.93).

⁷⁹ Ein vollständiger Abdruck der aktuell geltenden Fassung von § 261 StGB findet sich im Anhang auf Seite A-1 f..

(1) Gegenstand

Bei dem „zu waschenden“ Gegenstand handelt es sich regelmäßig um Geld, weshalb die für § 261 StGB gewählte amtliche Bezeichnung als „Geldwäsche“ durchaus seine Berechtigung hat⁸⁰. Darüber hinaus stellt die zusätzliche Betitelung der „Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte“ klar, daß nicht nur Geld in strafrechtlich zu beanstandender Weise verunreinigt sein kann, sondern auch andere Vermögenswerte, wie etwa Sachen, Rechte und Forderungen, Wertpapiere und Schmuck⁸¹ der Reinigung bedürfen können.

(2) Vortat

§ 261 Abs.1 S.2 (ggf. i.V.m. Abs.8) StGB bestimmt abschließend, welche Delikte der Gesetzgeber als geldwäschetaugliche Vortaten einordnet.

(a) Verbrechen gemäß § 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB und Vergehen gemäß § 261 Abs.1 S.2 Nrn.2-5 StGB

Grundsätzlich ist nach dem Wortlaut von § 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB zunächst jedes fremde oder auch eigene⁸² Verbrechen vortattauglich, also wegen § 12 Abs.1 und 3 StGB alle rechtswidrigen Taten, die in ihrem Grundtatbestand mindestens mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bedroht sind. Dabei kommt es weder darauf an, ob sich das Verbrechen gegen fremdes Vermögen oder andere Rechtsgüter richtet, noch, ob es dem Bereich der Organisierten Kriminalität zuzurechnen ist oder nicht⁸³. Allerdings weist der BUNDESGERICHTSHOF zurecht darauf hin, daß längst nicht alle Verbrechen die Erzielung geldwäschetauglicher Vermögensvorteile mit sich bringen⁸⁴.

Weitere taugliche Vortaten sind zahlreiche, in § 261 Abs.1 S.2 Nrn.2-5 StGB enumerativ aufgeführte Vergehen, also Straftaten, die gemäß § 12 Abs.2 StGB im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind⁸⁵.

⁸⁰ Vgl. dazu auch schon oben in Fn.13

⁸¹ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.6; Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.3; vgl. weiter Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.15, Rn.12

⁸² Das in § 261 Abs.1 StGB a.F. vorgesehene Erfordernis, daß es sich um die Tat eines anderen handeln müsse, wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 04.05.1998 (OrgKG, BGBl. I 845) aufgegeben.

⁸³ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.10

⁸⁴ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893

⁸⁵ Sالدitt vermutet, daß die Jahre des Vortatenkataloges gezählt seien und nur vorübergehend darauf verzichtet wurde, sämtliche Straftaten als taugliche Vortaten der Geldwäsche auszugestalten (vgl. StraFo 2002, S.183 m.w.N.). Für einen solchen sog. „all-crime-Ansatz“ (vgl. zu dieser Terminologie KÖRNER, NSTz 1996, S.66 und BURGER, wistra 2002, S.2) plädieren bspw. HUND, ZRP 1996, S.165 und HETZER, ZRP 1999, S.246.

Einen (nicht abschließenden) Überblick über die relevanten geldwäschetauglichen Vergehen und Verbrechen gibt die folgende Tabelle:

Einzeldelikt ⁸⁶		Vorschrift	Qualifizierung
Bildung krimineller Vereinigungen im In- oder Ausland		§ 129 StGB (ggf. i.V.m. § 129b Abs.1 StGB)	Vergehen
Unterstützung oder Werbung für terroristische Vereinigungen im In- oder Ausland		§ 129a Abs.3 StGB (ggf. i.V.m. § 129 b Abs.1 StGB)	Vergehen
Geldfälschung		§ 146 Abs.1 und Abs.2 StGB	Verbrechen
Menschenhandel	bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung (wg. § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 a.E. StGB)	§ 180b StGB	Vergehen
	schwerer Fall	§ 181 Abs.1 StGB	Verbrechen
Zuhälterei (nur bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung, vgl. § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 a.E. StGB)		§ 181a StGB	Vergehen
Mord aus Heimtücke		§ 211 Abs.1, Abs.2 2.Gruppe 1.Alt. StGB	Verbrechen
Körperverletzung mit Todesfolge		§ 227 StGB	Verbrechen
Erpresserischer Menschenraub		§ 239a StGB	Verbrechen
Geiselnahme		§ 239b StGB	Verbrechen
Diebstahl	jeweils nur bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung, vgl. § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 a.E. StGB	§ 242 StGB	Vergehen
Unterschlagung		§ 246 StGB	Vergehen
Raub, schwerer Raub, Raub mit Todesfolge, räuberischer Diebstahl		§§ 249 Abs.1, 250, 251, 252 StGB	Verbrechen
Erpressung (nur bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung, vgl. § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 a.E. StGB)		§ 253 StGB	Vergehen
Einfache und schwere räuberische Erpressung mit / ohne Todesfolge		§§ 253, 255 StGB	Verbrechen
Hehlerei	jeweils nur bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung, vgl. § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 a.E. StGB	§ 259 StGB	Vergehen
Betrug, Computerbetrug und Subventionsbetrug		§§ 263 bis 264 StGB	
Untreue		§ 266 StGB	
Urkundenfälschung		§ 267 StGB	
Fälschung beweisbarer Daten		§ 269 StGB	
Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels		§ 284 StGB	
Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen, sowie mit radioaktiven und anderen gefährlichen Stoffen		§§ 326 und 328 StGB, jeweils Abs.1, 2 und 4	
Bestechlichkeit		§ 332 Abs.1 und Abs.3 StGB	
Bestechung		§ 334 StGB	Vergehen
Betäubungsmitteldelikte	einfache Fälle (unerlaubter Anbau, unerlaubte Herstellung, unerlaubter Handel und Erwerb von Betäubungsmitteln)	§ 29 Abs.1 S.1 Nr.1 BtMG	Vergehen
	schwere Fälle (v.a. unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge als Einzel- oder Bandentäter)	§ 29a Abs.1 Nr.2, 30 Abs.1 Nr.1, 30a Abs.1 und Abs.2 Nr.2 BtMG	Verbrechen

(Fortsetzung folgt auf Seite 20)

⁸⁶ Zur besseren Verständlichkeit und genaueren Beschreibung wurde teilweise von den amtlichen Bezeichnungen der einzelnen Delikte abgewichen.

Einzeldelikt		Vorschrift	Qualifizierung
Fiskaldelikte	Gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung	§ 370a S.1 AO	Verbrechen
	Gewerbsmäßiger, gewaltsamer und bandenmäßiger Schmuggel	§ 373 AO	Vergehen
	gewerbsmäßige (wegen § 261 Abs. 1 S.2 Nr.3 StGB !) Steuerhinterziehung	§ 374 AO	
gewerbs- oder bandenmäßiger (wegen § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 a.E. StGB !) Menschen-smuggel		§ 84 AsylVfG	Vergehen
gewerbs- oder bandenmäßiges (wegen § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 a.E. StGB !) Einschleusen von Ausländern		§ 96 AufenthG bzw. § 92a AuslG ⁸⁷	Vergehen
sämtliche Vergehen, die von einem Mitglied einer kriminellen oder terroristischen in- oder ausländischen Vereinigung iSv §§ 129, 129a, 129b Abs.1 StGB begangen wurden (wg. § 261 Abs.1 S.2 Nr.5 StGB)			Vergehen

Tabelle 1: Übersicht über die geldwäschetauglichen Verbrechen- und Vergehenstatbestände im deutschen Strafrecht

(b) Auslandstaten gemäß § 261 Abs.8 StGB

Der Kreis der tauglichen Tatobjekte wird schließlich über § 261 Abs.8 StGB auf all jene Gegenstände erweitert, die aus einer im Ausland begangenen Tat herrühren. Voraussetzung hierfür ist aber, daß auch diese außerhalb des durch die §§ 3 ff. StGB bestimmten Geltungsbereichs des deutschen Strafgesetzbuches begangene Tat eine rechtswidrige Tat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB ist, die am ausländischen Tatort ebenfalls mit Strafe bedroht ist.

Diese Bestimmung war besonders erforderlich, da die Vortat einerseits und die Geldwäsche andererseits oft in verschiedenen Ländern begangen werden⁸⁸.

(c) Zur Vortat-Konkretisierung

Der (Vermögens-)Gegenstand muß also aus einer der vorab ausführlich beschriebenen, konkretisierten Taten herrühren (§ 261 Abs.1 S.1 und 2 StGB). Geldwäsche ist damit insofern als akzessorisches Delikt ausgestaltet, als stets ein

⁸⁷ Das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG; BGBl. I S.1946; nicht zu verwechseln mit dem AufenthG/EWG) vom 20.06.2002 wurde als Art.1 des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz; BGBl. I S.1946) vom selben Tag verkündet und sollte nach dessen Art.15 Abs.3 am 01.01.2003 in Kraft treten. Jedoch wurde das gesamte Gesetzespaket kurze Zeit vor seinem Inkrafttreten durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.12.2002 wegen förmlicher Unvereinbarkeit mit der Verfassung (Art.78 GG) für nichtig erklärt (vgl. BVerfG, Urteil v. 18.12.2002 – 2 BvF 1/02 -, download im Internet möglich unter [http://www.bverfg.de/entscheidungen/text/fs20021218_2bv000102]). Bis zu einer verfassungskonformen Neuregelung eines Zuwanderungsgesetzes dürfte es damit hinsichtlich der Geldwäschenvortat des Einschleusens von Ausländern auch weiterhin auf § 92a AuslG ankommen, der eigentlich durch § 96 AufenthG zum 01.01.2003 abgelöst werden sollte.

⁸⁸ Vgl. Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.18, Rn.19

Bezug zu einer Vortat herzustellen ist⁸⁹.

Erstaunlich ist, daß sich nur schwerlich Stellungnahmen darüber finden lassen, welche Gewissheit hinsichtlich dieses Vortatbezuges erforderlich ist, obwohl gerade hierin ein Kernproblem der Strafverfolgung und damit ein Hauptgrund für die oft ausgerufene Ineffektivität der Geldwäschebekämpfung gesehen wird⁹⁰.

Als richtungsweisend darf wohl ein Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 10.11.1999⁹¹ angesehen werden, in welchem der 5.Strafsenat der Revision eines Angeklagten stattgab, weil dessen Verurteilung wegen Geldwäsche durch das Landgericht Leipzig⁹² der rechtlichen Nachprüfung nicht standhielt. Die Bundesrichter waren nämlich der Auffassung, daß das Landgericht die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung zwischen Vortat und Geldwäsche verkannt habe. Die vom Landgericht für die Herkunft des Geldes aus gewerbsmäßiger Steuerhhelei angeführten Tatsachen seien allenfalls eine Vermutung. Es könne, auch wenn man eine legale Erlangung des Geldes ausschlosse, nicht ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden, daß der Geldbetrag aus einer Nichtkatalogtat stamme, die keine taugliche Vortat für Geldwäsche darstelle.

Nach diesen Ausführungen des Bundesgerichtshofs bestätigt sich die gehegte Vermutung, daß der bloße Verdacht, das Geld rühre aus schwerwiegenden Straftaten her, nicht ausreichen kann⁹³. Bei der Feststellung der rechtswidrigen Tat aus dem Katalog des § 261 Abs.1 S.2 StGB muß es sich vielmehr um die Verwirklichung einer Strafnorm durch ein ganz bestimmtes Verhalten einer bestimmten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort handeln⁹⁴. Schließlich ist der Begriff der „rechtswidrigen Tat“ in § 11 Abs.1 Nr.5 StGB legaldefiniert als „*Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht*“. Durch die Inkorporation dieses Begriffes in § 261 Abs.1 S.1 StGB ist die Rechtswidrigkeit der (Vor-)Tat selbst zum Tatbestandsmerkmal geworden, so daß die Anforderungen an dessen prozessuale Feststellung grundsätzlich wie bei allen übrigen Tatbestandsmerkmalen auch zu stellen sind⁹⁵. So wenig eine bloße Vermutung für die Annahme einer Haupttat ausreicht, zu der eine Person Beihilfe im Sinne von § 27 StGB geleistet haben soll, so wenig lässt sich das Vorliegen einer rechtswidrigen Herkunftstat im Rahmen von § 261 StGB nur mutmaßen⁹⁶.

⁸⁹ Vgl. so ähnlich MESSERLI, ZStrR 1988, S.429

⁹⁰ Vgl. LÜTKE, wistra 2001, S.86; KAISER, wistra 2000, S.122; KILCHLING, wistra 2000, S.244

⁹¹ BGH, Beschluß v. 10.11.1999 – 5 StR 476/99 –, abgedruckt in wistra 2000, S.67 und StV 2000, S.67

⁹² LG Leipzig, Urteil v. 14.06.1999 – 11 KLs 213 Js 48938/98 –

⁹³ Vgl. auch KÖRNER, NSTZ 1996, S.66

⁹⁴ So auch BERNSMANN, StV 1998, S.47 und LÜTKE, wistra 2001, S.86

⁹⁵ So auch BERNSMANN, a.a.O.

⁹⁶ So auch BERNSMANN, StV 1998, S.47 und i.E. auch Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261,

Im übrigen spricht auch die Existenz des Vortatenkataloges in § 261 Abs.1 S.2 StGB dafür, daß der konkrete Nachweis einer Vortat unerlässlich ist⁹⁷. Schließlich soll durch die Vermeidung eines sogenannten „all-crime-Ansatzes“ gerade eine Beschränkung der Geldwäschestrafbarkeit auf geldwäscherelevante Vortaten erreicht werden. Reichte nun schon der bloße Verdacht einer Katalogtat aus, hätte der Katalog selbst tatsächlich aber keine Funktion⁹⁸.

Auch die systematische Stellung von § 261 StGB im 21.Abschnitt des Strafgesetzbuches („Begünstigung und Hehlerei“) spricht für das Erfordernis eines konkreten Nachweises einer Vortat⁹⁹. Da es sich bei der Begünstigung (§ 257 StGB), der Strafvereitelung (§§ 258, 258a StGB) und der Hehlerei (§§ 259, 260, 260a StGB) ebenfalls um sogenannte Anschlussstaten nach einer rechtswidrigen Tat handelt, darf davon ausgegangen werden, daß im strukturgleichen Geldwäscheparagraphen (§ 261 StGB) gleichermaßen auf eine konkret festgestellte Haupttat abgestellt werden muß¹⁰⁰.

Nach alledem müssen also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte (§ 152 Abs.2 StPO) sowohl bezüglich der Vortat als auch bezüglich der in § 261 Abs.1 und 2 StGB genannten Geldwäschehandlungen vorliegen bevor die Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei strafprozessuale Ermittlungen wegen des Verdachts der Geldwäsche einleiten darf¹⁰¹. Weder ist nämlich jedes illegale Geld geldwäschetauglich¹⁰², noch genügt bereits der bloße Verdacht bezüglich des Herrührens aus einer schwerwiegenden Straftat¹⁰³.

Dabei soll nicht verschwiegen werden, daß das Erfordernis eines solchen doppelten Anfangsverdachts zu prozessualen Schwierigkeiten führen kann und aus kriminalpolitischer Sicht zur Wahrung oder Steigerung der Effektivität des § 261 StGB gerne etwas anderes gefordert würde¹⁰⁴. Der Verzicht auf eindeutige Feststellungen der Vortaten im Bereich der Geldwäschestrafbarkeit würde aber – um mit BERNSMANNs Worten zu sprechen – einen Angriff auf den Grundsatz in dubio pro reo, den Anklagegrundsatz (§ 155 StPO) und das Schuldprinzip darstellen und damit an den Fundamenten eines rechtsstaatlichen Strafrechts rütteln¹⁰⁵. Einem solchen

Rn.9

⁹⁷ So auch BERNSMANN, a.a.O.; a.A. ist KREß, wistra 1998, S.125

⁹⁸ So auch BERNSMANN, a.a.O.

⁹⁹ So auch BERNSMANN, a.a.O.

¹⁰⁰ Vgl. BERNSMANN, StV 1998, S.48, auch zu weiteren Argumenten in teleologischer und rechtshistorischer Art und Weise (a.a.O., S.48-50).

¹⁰¹ So auch KÖRNER, der hierbei von einem „doppelten Anfangsverdacht“ spricht (vgl. KÖRNER, NStZ 1996, S.66) und LG SAARBRÜCKEN, Beschluß v. 08.04.1997, wistra 1997, S.235

¹⁰² So auch KÖRNER, NStZ 1966, S.66

¹⁰³ So auch KLOS, wistra 1997, S.236

¹⁰⁴ So ähnlich auch BERNSMANN, StV 1998, S.47; vgl. auch HETZER, NJW 1993, S.3299

¹⁰⁵ Vgl. BERNSMANN, a.a.O.; so ähnlich auch LÜTKE, wistra 2001, S.86 und i.E. auch KILCHLING, wistra 2000, S.244 sowie KAISER, wistra 2000, S.122. Dennoch sprechen sich einige Vertreter der Literatur für einen derartigen „all-crime-Ansatz“ aus, so bspw. HUND, ZRP 1996, S.165 und

Ansatz ist daher mit aller Entschiedenheit entgegenzutreten. Anderenfalls würde ein Beschuldigter gerade bei der Geldwäsche nicht für das bestraft, was man ihm mit rechtsstaatlichen Mitteln beweisen kann, sondern schlicht für das, was man ihm zutraut¹⁰⁶. Treffend hat der Politiker LOTHAR SPÄTH dies am 11.11.1999 bei einem Vortrag bei der BfG Bank in Essen in das pointierte und einprägsame Bild gefasst, daß Bill Gates in Deutschland in Untersuchungshaft käme, bis geklärt werden könne, wie es in einem anständigen Staat möglich sei, daß ein junger Unternehmer siebzig Milliarden Dollar schwer ist¹⁰⁷.

Bestehen hiernach keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte im Sinne eines doppelten Anfangsverdachts, ist das Verfahren gemäß § 170 Abs.2 S.1 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts einzustellen.

Sind diese anfänglichen Probleme erst einmal überwunden, stellt sich das Problem sehr ähnlich wieder im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Nachweis der Vortat¹⁰⁸: Auch hier muß die jeweilige Vortat zumindest in ihren wesentlichen Merkmalen festgestellt werden¹⁰⁹. Offenbleiben kann danach meines Erachtens die konkrete rechtliche Einordnung der Vortat, solange nur festgestellt wird, daß es sich überhaupt um eine Katalogtat im Sinne des § 261 Abs.1 S.2 StGB handelt¹¹⁰. Für eine Verurteilung erforderlich ist hingegen die Konkretisierung der Vortaten nach Täter, Art und Weise der Begehung, Tatzeitpunkt und Tatort, sowie die Feststellung, daß der Geldbetrag aus diesen konkretisierten Vortaten stammt¹¹¹. Auch wenn natürlich ein rechtskräftiges Urteil den Nachweis der Vortat stark vereinfacht, muß meines Erachtens auch das Gericht, das die Geldwäsche zu beurteilen hat, ohne rechtskräftiges Urteil selbständig die Tatbestandsmerkmale der Vortat prüfen und feststellen können¹¹².

Kann eine derartige Feststellung nicht ohne Zweifel getroffen werden, ist der Angeklagte vom Gericht in dubio pro reo freizusprechen¹¹³.

HETZER, ZRP 1999, S.246.

¹⁰⁶ So schon LÜTKE, wistra 2001, S.86

¹⁰⁷ Vgl. den Nachweis bei LÜTKE, a.a.O.

¹⁰⁸ So auch MESSERLI, ZStrR 1988, S.429

¹⁰⁹ Vgl. Münchener Kommentar, StGB, NEUHEUSER, § 261, Rn.42

¹¹⁰ So auch BERNSMANN, StV 1998, S.51 und Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.4a und i.E. wohl auch BITTMANN, wistra 2003, S.168; a.A. sind GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.122 und für die gleiche Problematik in der Schweiz STRATENWERTH, S.339

¹¹¹ So auch BERNSMANN, StV 1998, S.51 und LÜTKE, wistra 2001, S.86

¹¹² So auch Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.17, Rn.16 sowie Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.4a und Münchener Kommentar, StGB, NEUHEUSER, § 261 StGB, Rn.42; zum gleichen Problem in der Schweiz vgl. MESSERLI, ZStrR 1988, S.430 und TRECHSEL, schwStGB, Art.305^{bis}, Rn.11

¹¹³ Vgl. dazu BGH, Beschluß v. 10.11.1999 – 5 StR 476/99 – (abgedruckt in wistra 2000, S.67 und StV 2000, S.67) sowie BURGER, wistra 2002, S.6

(3) Herrühren

Der Gegenstand muß weiter aus einer bestimmten Vortat herrühren. Mit dem nicht legal-definierten und bewusst weit gefassten Begriff des „Herrührens“ hat zwar der Gesetzgeber die geldwäschetypischen Fälle erfasst, aber gleichfalls die Grenzen des Merkmals weitgehend ungeklärt gelassen¹¹⁴. Einigkeit besteht wohl zumindest insofern, als in dem „Herrühren“ ein Kausalzusammenhang derart gesehen wird, daß ein Gegenstand als Resultat aus einer bestimmten Straftat entstammen beziehungsweise umgekehrt die Vortat die Ursache für die Erlangung des Gegenstandes darstellen muß¹¹⁵.

Jedoch würden bei einem derart beschränkten Begriffsverständnis schon vom Ansatzpunkt der Geldwäschebekämpfung nur ein geringer Teil der Geldwäschetaten erfasst. Schließlich ist es Ziel eines jeden Geldwäschers, strafrechtlich kontaminierte Vermögenswerte zunächst zu verschleiern, um sie letztendlich wieder in den allgemeinen Wirtschaftskreislauf zu integrieren¹¹⁶. Je vielschichtiger die angewandten Methoden zur Verschleierung sind, desto geringer ist dann auch das Risiko der Entdeckung der Tat. Daher ist es nicht verwunderlich, daß im Bereich der Geldwäsche oftmals über eine ganze Kette von Verwertungshandlungen versucht wird, die ursprüngliche deliktische Herkunft des Vermögens zu verschleiern. Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde in Kenntnis dieses Umstandes hervorgehoben, daß auch das, was unter Beibehaltung des Wertes nach mehreren Transaktionen an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes getreten ist, erfasst werden soll¹¹⁷. Bemakelte Tatobjekte sind hiernach neben den unmittelbar aus der Vortat stammenden Löhnen, Entgelten oder durch die Straftat hervorgebrachten Gegenständen auch Surrogate des ursprünglich Erlangten¹¹⁸. Dies soll nach überwiegender Auffassung zumindest solange gelten, als bei den Surrogaten ein Vermögenszusammenhang noch identifizierbar ist¹¹⁹.

Es ist zu bedauern, daß der deutsche Gesetzgeber sein Begriffsverständnis um das „Herrühren“ bis heute nicht legiferiert hat und in § 261 StGB trotz zahlreicher Änderungen noch immer keine Legaldefinition dieses Tatbestandsmerkmals enthalten ist, um die damit zusammenhängenden Streitigkeiten zu beenden. Insbesondere gilt dies, weil der österreichische Gesetzgeber in § 165 Abs.4 öStGB¹²⁰ eine Umschreibung des auch im dortigen Geldwäschetatbestand verwendeten „Herrührens“ gewählt hat, die meines Erachtens auch dem oben skizzierten Verständnis des deutschen Gesetzgebers entspricht und mit geringen Änderungen

¹¹⁴ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.7

¹¹⁵ Vgl. BARTON, NStZ 1993, S.159 f.

¹¹⁶ Siehe dazu schon oben auf S.5 ff. [Teil 2:A.I.]

¹¹⁷ Vgl. BT-Drs. 12/989, S.27

¹¹⁸ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.7

¹¹⁹ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.8

übernommen werden könnte: *„Ein Vermögensbestandteil rührt aus einer strafbaren Handlung her, wenn ihn der Täter der strafbaren Handlung durch die Tat erlangt oder für ihre Begehung empfangen hat oder wenn sich in ihm der Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswertes verkörpert.“*

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der Anwendungsbereich des § 261 StGB durch die den sonstigen Anschlussstraftaten (§§ 257-259 StGB) fremde¹²¹ Erfassung auch von Surrogaten massiv ausgeweitet wird, dies in der Hoffnung, eine möglichst umfassende Bekämpfung der Geldwäsche zu ermöglichen¹²².

(ii) Tathandlung

(1) Handlungsalternativen des § 261 Abs.1 S.1 StGB

Als Tathandlungen zählt § 261 Abs.1 S.1 StGB eine Reihe von Begehungsweisen auf, die auf das Verschleiern der Identität inkriminierter Gegenstände (Alt.1 – sogenannter „Verschleierungstatbestand“¹²³) oder auf das Vereiteln oder Gefährden des staatlichen Zugriffs auf diese (Alt.2 – sogenannter „Vereitelungs- oder Gefährdungstatbestand“¹²⁴) angelegt sind.

Strafbar macht sich nach der ersten Alternative, wer einen bemakelten Gegenstand verbirgt, also mittels einer nicht üblichen örtlichen Unterbringung oder einer den Gegenstand verdeckenden Handlung den Zugang zu einem Tatobjekt erschwert, etwa durch Verstecken oder Vergraben der Sache¹²⁵. Bestraft wird weiter, wer die Herkunft des Gegenstandes verschleiert, also durch irreführende Machenschaften darauf abzielt, einem Tatobjekt den Anschein einer anderen (legalen) Herkunft zu verleihen oder zumindest die wahre Herkunft zu verbergen, beispielsweise durch Falschbuchungen, durch Kontoführung unter falschem Namen oder durch die Vermischung schmutziger Gelder mit sauberen¹²⁶.

¹²⁰ Vgl. dazu auf S.51 [Teil 2:D.III.1.a(i)(1)(c)]

¹²¹ Beispielsweise ist im Bereich der Hehlerei ein Ersatz für die durch die Vortat erlangte Sache jener nicht gleichzustellen, mit der Folge, daß die Ersatzhehlerei nicht unter § 259 StGB fällt (vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 259, Rn.8 f.). Im übrigen wurde der weite Begriff des „Herrührens“ in § 261 StGB vom Gesetzgeber bewusst gerade deswegen gewählt, um hierdurch Strafbarkeitslücken, die sich im Rahmen der klassischen Anschlussdelikte (§§ 257-259 StGB) bei der Transferierung von Kriminalitätsgewinnen aus dem illegalen in den legalen Markt ergaben (vgl. hierzu ARZT, NSTZ 1990, S.2-4), zu schließen (vgl. BARTON, NSTZ 1993, S.160).

¹²² Vgl. BARTON, a.a.O.

¹²³ Zu den Begrifflichkeiten vgl. KARGL, NJ 2001, S.59

¹²⁴ Zu den Begrifflichkeiten vgl. KARGL, a.a.O.

¹²⁵ Vgl. Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.11

¹²⁶ Vgl. Schönke / Schröder, a.a.O.

Nach der zweiten Alternative wird schließlich noch solches Verhalten pönalisiert, welches darauf gerichtet ist, die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines kontaminierten Gegenstandes zu vereiteln oder konkret zu gefährden¹²⁷.

(2) Handlungsalternativen des § 261 Abs.2 StGB unter Berücksichtigung der Einschränkung durch § 261 Abs.6 StGB

Geldwäsche liegt darüber hinaus nach § 261 Abs.2 StGB unter anderem auch dann vor, wenn der Täter einen bemakelten Gegenstand sich oder einem Dritten verschafft; das bloße Verwahren oder Verwenden des Gegenstandes ist hingegen nur dann strafbar, wenn der Täter bei seiner Besitzerlangung hinsichtlich der Herkunft des Gegenstandes bösgläubig war¹²⁸. Dieser sogenannte „Isolierungstatbestand“¹²⁹ dient ganz besonders dem erklärten Ziel der Geldwäschebekämpfung, den Vortäter zu isolieren und die inkriminierten Gegenstände praktisch verkehrsunfähig zu machen und ihre Verwendung im legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zu verhindern¹³⁰.

Indes ist § 261 Abs.2 StGB ziemlich weit gefasst¹³¹. Diesen Umstand hat der Gesetzgeber selbst erkannt und den Tatbestand über die in Absatz 6 getroffene Regelung eingeschränkt¹³². Zum Schutze des allgemeinen Rechtsverkehrs vor unangemessen langen Geldwäscheketten und damit einhergehend zur Vermeidung einer vollständigen Blockade des allgemeinen Wirtschaftsverkehrs nimmt § 261 Abs.6 StGB die Fälle des Absatzes 2¹³³ immer dann aus der Strafbarkeit heraus, wenn ein Dritter zuvor den Gegenstand erlangt hat ohne hierdurch eine Geldwäsche-Straftat zu begehen¹³⁴. Insbesondere soll durch Schaffung dieses „entmakelnden Durchgangserwerbes“¹³⁵ der gutgläubige Erwerber im Sinne von § 935 Abs.2 BGB nicht durch Strafandrohungen daran gehindert werden, die erworbene Sache weiterzuveräußern¹³⁶. Dabei kommt es allerdings nach einhelliger Meinung nicht darauf an, ob der am Anfang stehende Erwerb durch den Dritten oder

¹²⁷ Vgl. Schönke / Schröder, a.a.O.

¹²⁸ Durchaus denkbar sind hierbei auch Überschneidungen der Tathandlungen von § 261 Abs.1 und Abs.2 StGB (vgl. BOTTKE, wistra 1995, S.121).

¹²⁹ Zu den Begrifflichkeiten vgl. KARGL, NJ 2001, S.59

¹³⁰ Vgl. BT-Drs. 12/989, S.27

¹³¹ Vgl. auch Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.14 und SPISKE, S.156

¹³² Vgl. SPISKE, S.156 f.

¹³³ Zu dem Spannungsverhältnis zwischen § 261 Abs.2 StGB und Absatz 1, für den die Ausnahmeregelung des Absatzes 6 nicht gilt, vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.28; SPISKE, S.160 f. und KNORZ, S.144.

¹³⁴ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.27. Zu weiteren Einschränkungsvorsuchen v.a. bei Alltagsgeschäften zur Deckung des Lebensbedarfs und bei der Honorierung freiberuflicher Leistungen vgl. Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.15-17 und Tröndle / Fischer, a.a.O. Rn.30-39.

¹³⁵ Zur Begrifflichkeit vgl. AMBOS, JZ 2002, S.72

¹³⁶ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.28

nachfolgende einschlägige Handlungen zivilrechtlich wirksam ist beziehungsweise sind oder nicht¹³⁷. Nicht entscheidend ist daher etwa die Frage einer möglichen Bösgläubigkeit der Nachfolger¹³⁸. Maßgeblich ist allein, daß der Dritte mit der Erlangung des Gegenstandes keine Straftat nach § 261 StGB begangen hat¹³⁹.

b. Subjektiver Tatbestand

Hinsichtlich der Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 261 StGB ist mindestens bedingter Vorsatz erforderlich, der die Tatobjektseigenschaft, die Tathandlung und den Taterfolg umfassen muß¹⁴⁰.

Ein „richtiger“ Fahrlässigkeitstatbestand im Bereich der Geldwäschebekämpfung ist dem deutschen Strafrecht fremd. Einzig hinsichtlich der Herkunft des bemakelten Gegenstandes reicht es nach § 261 Abs.5 StGB bereits aus, daß der Täter die hieraus resultierende Bemakelung leichtfertig¹⁴¹ nicht erkannt hat. Leichtfertigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn sich die dubiose Herkunft des Gegenstandes nach Sachlage aufdrängt und der Täter dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer acht lässt¹⁴². Damit entspricht die Leichtfertigkeit weitgehend der aus dem bürgerlichen Recht bekannten groben Fahrlässigkeit, wobei allerdings für die Vorhersehbarkeit des Taterfolges bei der Leichtfertigkeit subjektive Kriterien, wie etwa die persönliche Kenntnis und Fähigkeiten des Täters, maßgebend sind¹⁴³.

Bemerkenswert ist, daß sich der deutsche Gesetzgeber mit dem Leichtfertigkeitstatbestand entschieden hat, sogar das in der 1.EU-Geldwäscherichtlinie als Mindeststandard geforderte Maß zu erhöhen¹⁴⁴, um damit Beweisschwierigkeiten zu

¹³⁷ Vgl. Lackner, StGB, KÜHL, Rn.6; Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.14; Münchener Kommentar, StGB, NEUHEUSER, § 261, Rn.68 (dort in Fn.134); SPISKE, S.159

¹³⁸ Vgl. Lackner, StGB, KÜHL, § 261, Rn.6

¹³⁹ Vgl. Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.14

¹⁴⁰ Vgl. Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.18

¹⁴¹ Gegen den Leichtfertigkeitstatbestand wird vereinzelt geltend gemacht, daß hierdurch der sonst vom Gesetzgeber überwiegend eingehaltene Grundsatz, fahrlässiges Verhalten im Bereich der Vermögensdelikte im Interesse eines freien Wirtschaftsverkehrs nicht mit Strafe zu bedrohen, durchbrochen worden sei (vgl. hierzu u.a. HARTUNG, AnwBl 1994, S.440 und zu weiterer Kritik an § 261 Abs.5 StGB Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.17 m.w.N. und HÖRETH, S.151-155). Meines Erachtens geht dieser Vorwurf fehl, da es sich bei der Geldwäschenvorschrift nicht um ein typisches Vermögensdelikt handelt, weil nicht etwa fremdes Vermögen per se geschützt wird, sondern letztlich der Erhalt einer sozialen Marktwirtschaft durch ein funktionierendes Kredit- und Finanzwesen (so auch BOTTKE, wistra 1995, S.89).

¹⁴² Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.42

¹⁴³ Vgl. BT-Drs. 12/989, S.28 und SCHMIDT, JR 2001, S.451

¹⁴⁴ In Art.1 dritter Spiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie werden nämlich nur bestimmte vorsätzlich begangene Handlungen als Geldwäsche qualifiziert. Zu einer Verschärfung dieser Vorgaben war der nationale Gesetzgeber aber über Art.15 der Richtlinie legitimiert. Obwohl in subjektiv-tatbestandlicher Hinsicht durch die 2.EU-Geldwäscherichtlinie keine Verschärfungen zu erkennen sind, kann in Deutschland selbst die zukünftige Pönalisierung eines Tatbestandes der (einfachen) Fahrlässigkeit wohl nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Einen solchen hatte die SPD schon 1994 befürwortet (BT-Drs. 12/2720, S.43 und 12/6784, S.2) und wird womöglich in ihrer derzeitigen Regierung erneut hierfür plädieren (vgl. GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.129, Fn.63).

vermeiden und eine wirksame Strafverfolgung sicherzustellen¹⁴⁵. Daher handelt es sich beim Tatbestandsmerkmal der Leichtfertigkeit zwar strukturell um eine materielle Strafrechtsnorm, vom gedanklichen Inhalt aber eher um eine Beweisregel¹⁴⁶.

c. Sonstiges

(i) Strafmaß

Für den Fall der leichtfertigen Unkenntnis um die Herkunft des bemakelten Gegenstandes besteht gemäß § 261 Abs.5 StGB eine Strafandrohung von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Alle übrigen Fälle, in denen es zur Vollendung eines Tatbestandes aus § 261 Abs.1 oder 2 StGB kommt, sind in der Regel mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bedroht. Für besonders schwere Fälle, wie etwa bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung, sieht § 261 Abs.4 StGB gar eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vor.

(ii) Versuchsstrafbarkeit

Neben der Vollendung ist wegen § 261 Abs.3 i.V.m. § 23 Abs.1 StGB auch der Versuch des Vergehens (§ 12 Abs.1, 2 StGB) der Geldwäsche strafbar, dann aber unter Beachtung der obligatorischen Strafmilderung nach § 23 Abs.2 i.V.m. § 49 Abs.1 StGB.

(iii) Tätige Reue

Am Ende regelt § 261 StGB schließlich die Rechtsfolgen reuigen Nachtatverhaltens: Insbesondere wird gemäß § 261 Abs.9 S.1 Nr.1 StGB nicht nach den Absätzen 1 bis 5 bestraft, wer die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder eine solche Anzeige freiwillig veranlasst. In Anlehnung an die in § 371 der Abgabenordnung (AO) geregelte Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung gilt dies ausdrücklich freilich nur solange, als die Tat in diesem Zeitpunkt nicht bereits entdeckt war und sich der Täter dieses Umstandes bewusst war oder hätte sein

¹⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 12/989, S.27 und HETZER, NJW 1993, S.3299. Insofern unterstützt PRITTWITZ diesen Gedankengang unter Hinweis darauf, daß es heutzutage nur noch wenige „schwarze Schafe“ gäbe, die Millionenbeträge auf Konten deponierten und damit einen Verdacht auf vorsätzliches Handeln auf sich zögen; die Mehrzahl der Besitzer waschbedürftigen Geldes bediene sich wohl eher der Hilfe von Personen, die über die Herkunft des Geldes nichts wüssten bzw. nichts wissen wollten; um auch die Geldwäsche dieser „grauen Schafe“ zu erfassen, bedürfe es eben der Pönalisierung „fahrlässiger“ Geldwäsche (vgl. StV 1993, S.500). Vgl. aber zur Kritik an dem Leichtfertigkeitstatbestand und der hierin begründeten Idee, dem materiellen Strafrecht eine prozesserleichternde Funktion zuzuschreiben VOGEL, ZStrW 1997, S.347 m.w.N. .

¹⁴⁶ Vgl. N.N. (DAI), BRAK-Mitt. 1994, S.95

können¹⁴⁷. Bei einer vorsätzlichen Geldwäsche müssen darüber hinaus noch die Voraussetzungen des § 261 Abs.9 S.1 Nr.2 StGB erfüllt sein. Der Täter muß hiernach durch die Anzeige einen bestimmten kriminalpolitisch erwünschten Erfolg herbeigeführt haben, konkret: die Sicherstellung des bemakelten Gegenstandes bewirkt haben¹⁴⁸.

Weiter besteht für das Gericht die fakultative Möglichkeit, gemäß § 261 Abs.10 StGB die Strafe nach seinem Ermessen im Sinne von § 49 Abs.2 StGB zu mildern oder ganz hiervon abzusehen, wenn der Täter freiwillig sein Wissen offenbart und damit wesentlich an der Aufdeckung weitergehender Taten mitgewirkt hat. Die Vorschrift ist der sogenannten „kleinen Kronzeugenregelung“ des § 31 Nr.1 BtMG nachgebildet¹⁴⁹ und soll die Erlangung von wertvollen „szene-internen“ Kenntnissen ermöglichen, wenngleich hierbei immer auch die Gefahr besteht, daß ein Krimineller zu seinem eigenen Vorteil einen anderen sprichwörtlich „in die Pfanne haut“, ihn also etwa grundlos belastet¹⁵⁰. Zu beachten ist aber auch hier die bereits erwähnte Abhängigkeit der Möglichkeiten einer Strafmilderung oder gar -verschonung von der erfolgreichen Aufklärung anderer rechtswidriger Taten.

Mit den erläuterten Absätzen wollte der Gesetzgeber einen Anreiz für die Anzeige strafbarer Geldwäschevorgänge schaffen; dies in der Hoffnung, eine solche Anzeige werde nicht nur zur Aufklärung der Geldwäsche selbst, sondern auch der Vortat und zur Sicherstellung des gewaschenen Gegenstandes führen¹⁵¹.

Zusammenfassend soll also durch die in § 261 Abs.9 S.1 und Abs.10 StGB angebotenen Vergünstigungen eine wirksamere Bekämpfung der Geldwäsche ermöglicht werden.

II. §§ 1 ff. GwG

Ergänzt werden die Strafbestimmungen des § 261 StGB in Deutschland durch die Vorschriften des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG).

¹⁴⁷ Vgl. HÖRETH, S.186

¹⁴⁸ Vgl. HÖRETH, S.188

¹⁴⁹ Vgl. EISENBERG, Kommentar, S.375, Rn.945

¹⁵⁰ Vgl. auch HÖRETH, S.191

¹⁵¹ Vgl. GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.575; ähnlich auch Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.38, Rn.72

1. Gesetzeshistorie

Das Geldwäschegesetz wurde etwa ein Jahr nach Inkrafttreten des § 261 StGB geschaffen und trat am 29.11.1993 in Kraft. Damit setzte der deutsche Gesetzgeber auch die übrigen, nicht strafrechtlich orientierten Vorgaben der 1.EU-Geldwäscherichtlinie von 1991 in nationales Recht um.

Deutschland war dann auch der erste Staat¹⁵², in dem durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (Geldwäschebekämpfungsgesetz)¹⁵³ vom 08.08.2002 auch die Umsetzung der 2.EU-Geldwäscherichtlinie vorgenommen wurde, für welche eine Frist bis zum 15.06.2003 bestimmt war¹⁵⁴. Dieses Geldwäschebekämpfungsgesetz beinhaltet wiederum in Art.1 umfangreiche Änderungen des bereits bestehenden Geldwäschegesetzes (GwG).

2. Regelungszweck

Mit dem § 261 StGB hatte der Gesetzgeber lediglich einen Tatbestand geschaffen, der die Geldwäsche als Straftat qualifiziert. Die sich hieraus bietenden Möglichkeiten waren jedoch abgesehen von allgemeinen general-präventiven Aspekten der Strafgesetze überwiegend von repressiver Natur. Schnell wurde klar, daß eine Eindämmung der Geldwäscheaktivitäten allein auf dieser Ebene nicht gelingen würde¹⁵⁵. Grund für diese Überlegungen mag der Umstand gewesen sein, daß es sich bei der Geldwäsche selbst und deren häufigsten Vortat – dem illegalen Drogenhandel – um sogenannte „victimless crimes“ handelt, so daß Geldwäsche insgesamt weitgehend ein Feld der Opferlosigkeit ist und deshalb mit einer Strafanzeige üblicherweise nicht zu rechnen ist¹⁵⁶. Daher bedurfte es nach weit verbreiteter Auffassung¹⁵⁷ des Mitwirkens von nicht strafverfolgungsbefugten, also externen Personen und Organen, um einen mit guten Erfolgsaussichten gesegneten Kampf gegen die Geldwäsche und damit letztlich vor allem auch gegen die Organisierte Kriminalität führen zu können¹⁵⁸. Erst dann ginge § 261 StGB nicht mehr ins Leere, erst dann bliebe dieser Kampf nicht länger auf halbem Wege stehen¹⁵⁹.

¹⁵² Vgl. DOMBEK, ZAP 2003, Fach 23, S.613

¹⁵³ BGBl. 2002 I (S. 3105 ff.)

¹⁵⁴ Vgl. Art.3 Abs.1 S.1 der 2.EU-Geldwäscherichtlinie

¹⁵⁵ Vgl. BOTKE, wistra 1995, S.125

¹⁵⁶ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.81

¹⁵⁷ Maßgeblich ist hierbei freilich vor allem die Auffassung des europäischen Gesetzgebers, der 1991 durch die 1.EU-Geldwäscherichtlinie den Mitgliedsstaaten ein Rahmengesetz vorgab, welches diese in innerstaatliches Recht zu transformieren hatten.

¹⁵⁸ Vgl. BOTKE, wistra 1995, S.125

Das Geldwäschegesetz wurde demnach als Mittel der vorbeugenden Erkennung der Geldwäsche geschaffen, sollte also der Verdachtsgewinnung und -kontrolle dienen¹⁶⁰. Insofern wird meines Erachtens richtigerweise das Geldwäschegesetz vielfach auch als eine Art „Ausführungsgesetz zu § 261 StGB“ aufgefasst¹⁶¹.

3. Regelungsinhalt

Um den Strafverfolgungsbehörden Anhaltspunkte für einschlägige Geldwäsche-transaktionen zu liefern, hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, verschiedenen Institutionen Mitwirkungspflichten aufzuerlegen¹⁶².

a. Pflichtenkatalog

Diese Institutionen¹⁶³ müssen zunächst bei bestimmten, in den §§ 2 bis 6 GwG näher beschriebenen Geschäftsvorfällen ihre Kunden anhand eines Personalausweises oder Reisepasses identifizieren¹⁶⁴ und durch Nachfrage den wirtschaftlich Berechtigten einer Finanztransaktion¹⁶⁵ feststellen¹⁶⁶ (§ 8 Abs.1 GwG). Der praktisch wohl relevanteste Fall ist dabei in § 2 Abs.2 GwG geregelt, demzufolge eine allgemeine Identifizierungspflicht bereits dann besteht, wenn ein Institut Bargeld¹⁶⁷, Wertpapiere oder Edelmetalle im Wert von mindestens 15.000 € annimmt – eines darüber hinausgehenden, konkreten Verdachts der Geldwäsche bedarf es hingegen nicht. Der Schwellen-Betrag muß dabei nicht zwingend in einer einzigen Transaktion erreicht oder überschritten werden; § 2 Abs.3 GwG bestimmt insofern, daß beim

¹⁵⁹ Vgl. HETZER, NJW 1993, S.3299

¹⁶⁰ Vgl. BOTTKE, wistra 1995, S.125

¹⁶¹ So etwa SPISKE, S.138 und JOHNIK, BRAK-Mitt. 1994, S.58

¹⁶² Vgl. SPISKE, S.138 m.w.N.. OSWALD fasst es in wistra 1997, S.329 richtig zusammen, wenn sie schreibt, daß durch das Geldwäschegesetz letztlich Privaten Aufgaben übertragen werden, die eigentlich im Zuständigkeitsbereich der Strafverfolgungsbehörden liegen. Auch HAMM stellt in NJW 1993, S.290 zutreffend fest, daß durch das Geldwäschegesetz letztlich nicht nur Bankangestellte, sondern auch Rechtsanwälte in bestimmten Fällen zu ehrenamtlichen Polizisten gemacht würden. In die gleiche Richtung argumentiert schließlich ZUCK, wenn er meint, sich von einem Rechtsanwalt als „Außenstelle der Staatsanwaltschaft“ nicht beraten, vertreten oder verteidigen lassen zu wollen (vgl. NJW 2002, S.1398).

¹⁶³ Siehe dazu im Folgenden auf S.32 [Teil 2:C.II.3.b]

¹⁶⁴ Identifizieren bedeutet dabei nach der Legaldefinition in § 1 Abs.5 GwG das Feststellen des Namens aufgrund eines Personalausweises oder Reisepasses sowie des Geburtsdatums, des Geburtsortes, der Staatsangehörigkeit und der Anschrift sowie der Art, Nummer und ausstellenden Behörde des amtlichen Ausweises. In Umsetzung der 2.EU-Geldwäscherichtlinie und aufgrund der Änderungen durch Art.1 Nr.2 b. bb. GeldwäschebekämpfungsgG kann die Identifizierung auch anhand einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne von § 2 Nr.3 des Signaturgesetzes erfolgen.

¹⁶⁵ Finanztransaktionen sind nach § 1 Abs.6 GwG alle Handlungen, die eine Geldbewegung oder eine sonstige Vermögensverschiebung bezwecken und bewirken.

¹⁶⁶ Eine Ausnahme von den Identifizierungspflichten aus den §§ 2 bis 6 GwG regelt § 7 GwG, der ein Absehen von der Identifizierung unter anderem dann zulässt, wenn der zu Identifizierende dem Verpflichteten persönlich bekannt ist und bereits früher identifiziert worden ist.

¹⁶⁷ Dem Bargeld ist durch die Änderungen des Geldwäschebekämpfungsgesetzes nun elektronisches Geld als Zahlungsmittel gleichgestellt worden (§ 1 Abs.7 GwG).

begründeten Verdacht des Vorliegens einer inneren Verbindung auch mehrere Transaktionen summarisch erfasst werden können. Durch diese Regelung soll verhindert werden, daß ein Institutskunde der Identifizierungspflicht des Instituts dadurch entgeht, daß er beispielsweise eine Bar-Abhebung in Höhe von 20.000 € durch zwei getrennte Abhebungen zu je 10.000 € vornimmt.

Die durch die Identifizierung ermittelten Angaben müssen von den Instituten nach § 9 GwG aufgezeichnet (Abs.1 und 2) und sechs Jahre lang aufbewahrt (Abs.3) werden.

Wenn Tatsachen festgestellt wurden, die darauf schließen lassen, daß eine Finanztransaktion einer Geldwäsche im Sinne von § 261 StGB dienen soll, so wird die dann aus § 6 GwG resultierende, betragsunabhängige Verdachtsidentifizierungspflicht neben den Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten des § 9 GwG schließlich nach § 11 Abs.1 S.1 GwG durch eine Pflicht zur Anzeige ergänzt, um die zuständigen Strafverfolgungsbehörden und die beim Bundes-kriminalamt geführte Zentralstelle für Verdachtsanzeigen¹⁶⁸ über den Geldwäscheverdacht zu informieren. Gleiches gilt aufgrund der Änderungen des Geldwäschegesetzes durch das Geldwäschebekämpfungsgesetz, wenn Tatsachen auf eine Finanzierung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a StGB, gegebenenfalls auch in Verbindung mit § 129b StGB, hinweisen (§ 6 Abs.1 S.1 und § 11 Abs.1 S.2 GwG). Die Mitteilung der Verdachtsanzeige gegenüber dem Auftraggeber der Finanztransaktion¹⁶⁹ ist grundsätzlich wegen § 11 Abs.5 GwG verboten.

b. Adressatenkreis

Von den vorangegangenen beschriebenen Pflichten betroffen sind nach § 1 Abs.1, 2, 4 GwG im Wesentlichen Kredit- und Finanzinstitute sowie Versicherungsunternehmen.

Rechtsanwälte gerieten hingegen bislang grundsätzlich nicht in den Pflichtenkreis des Geldwäschegesetzes. Lediglich bei der Annahme von Bargeld im Wert von mindestens 15.000 € als Treuhänder waren auch sie nach § 3 Abs.1 GwG a.F. zur

¹⁶⁸ Durch Art.1 Nr.6 GeldwäschebekämpfungsgG wurde die Einrichtung einer Zentralen Analyse- und Informationsstelle für Verdachtsanzeigen beim Bundeskriminalamt vorgesehen. In dieser zentralen Stelle sollen nun sämtliche Verdachtsanzeigen gesammelt, statistisch erfasst und ausgewertet werden, um schließlich sowohl die Strafverfolgungsbehörden, als auch die Meldepflichtigen über aktuelle Erkenntnisse im Geldwäschebereich informieren und mit anderen zentralen Meldestellen der übrigen EU-Mitgliedsstaaten zusammenwirken zu können.

¹⁶⁹ Die angetragene Finanztransaktion ist zudem grundsätzlich und nach Möglichkeit aufzuschieben und darf frühestens durchgeführt werden, wenn die Zustimmung der Staatsanwaltschaft übermittelt wurde oder wenn der zweite Werktag nach dem Abgangstag der Anzeige verstrichen ist, ohne daß die Durchführung der Transaktion strafprozessual verboten wurde (§ 11 Abs.1 S.3 und 4 GwG).

Identifizierung des Auftraggebers und nach § 9 Abs.1 S.1 und Abs.3 S.1 GwG zur Aufzeichnung und Aufbewahrung der getroffenen Feststellungen verpflichtet¹⁷⁰. Der in § 11 GwG geregelten Verdachtsanzeigepflicht unterlagen Rechtsanwälte hingegen auch bei der entgeltlichen Verwaltung fremden Vermögens bisher nicht. In Ausübung der üblichen anwaltlichen Tätigkeiten gegen Zahlung von Honorargeldern trafen ihn damit keinerlei Pflichten nach dem Geldwäschegesetz¹⁷¹.

Durch das Geldwäschebekämpfungsgesetz ist nun aber eine auch die Anwaltschaft betreffende Erweiterung des Anwendungsbereiches des Geldwäschegesetzes zu verzeichnen¹⁷². Hiernach unterliegen unter anderem Rechtsanwälte¹⁷³ den allgemeinen Identifizierungs-, Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten beispielsweise dann, wenn sie für ihre Mandanten beim Kauf oder Verkauf von Immobilien, der Verwaltung von Geld, der Eröffnung von Bankkonten oder der Gründung von Gesellschaften und der Beschaffung der hierfür erforderlichen Mittel mitwirken (§ 3 Abs.1 S.1 Nr.1 i.V.m. § 2 Abs.1-3, § 6 S.1, § 9 GwG). Grundsätzlich sind neuerdings auch Rechtsanwälte zur Anzeige verpflichtet, wenn sich bei der Durchführung der vorbeschriebenen Geschäfte ein Geldwäscheverdacht ergibt (§ 11 Abs.1 S.1 GwG)¹⁷⁴. Eine Ausnahme von dieser Anzeigepflicht regelt § 11 Abs.3 GwG für den Fall, daß dem Geldwäscheverdacht Informationen von dem oder über den Mandanten zugrunde liegen, die der Rechtsanwalt im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung dieses Mandanten erhalten hat (Satz 1). Wenn die Rechtsberatung von dem Mandanten aber bewusst für den Zweck der Geldwäsche in Anspruch genommen wird und der Rechtsanwalt dies weiß, bleibt die Anzeigepflicht weiter bestehen (Satz 2).

In jedem Fall erfolgt eine etwa erforderliche Anzeige seitens eines Rechtsanwalts aber nicht gegenüber der zuständigen Strafverfolgungsbehörde und gegenüber dem Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsanzeigen –, sondern gegenüber der Bundesrechtsanwaltskammer (§ 11 Abs.4 S.1 GwG). Diese kann zu der Anzeige Stellung nehmen, muß diese dann aber ihrerseits zwingend letztlich an die Strafverfolgungsbehörde und das Bundeskriminalamt weiterleiten (§ 11 Abs.4 S.2

¹⁷⁰ Der ursprüngliche Regierungsentwurf sah demgegenüber sogar in § 3 Abs.2 GwG vor, daß das Recht auf Verteidigung durch die in § 3 Abs.1 GwG geregelte Identifizierungspflicht nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werden sollte. Diese explizite Herausnahme des Strafverteidigers aus dem Anwendungsbereich der Identifizierungspflicht wurde jedoch vom Vermittlungsausschuß nach dessen Anrufung durch den Bundesrat wieder gestrichen (vgl. hierzu HARTUNG, AnwBl 1994, S.442).

¹⁷¹ Vgl. auch SPISKE, S.139

¹⁷² Vgl. zu den hiermit verbundenen Auswirkungen auf die Freiheit der Advokatur, sowie zum „(Un-)Sinn“ der Änderungen des Geldwäschegesetzes im Bezug auf die Anwaltschaft GRÄFIN VON GALEN, NJW 2003, S.117 f. und ZUCK, NJW 2002, S.1397 f.

¹⁷³ Weiter mit eingebunden wurden durch Art.1 Nr.4 lit.b GeldwäschebekämpfungsgG u.a. Rechtsbeistände, die Mitglieder bei einer Anwaltskammer sind, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Buchprüfer, Steuerberater und Immobilienmakler (vgl. § 3 Abs.1 S.1 Nrn.1-3 GwG).

¹⁷⁴ Vgl. zu der neuen Verdachtsmeldepflicht für Rechtsanwälte die Ausführungen von DOMBEK, ZAP 2003, Fach 23, S.619-621

und 3 GwG)¹⁷⁵.

Über § 11 Abs.5 GwG ist es dem Anwalt ebenso wie sonstigen Adressaten des Geldwäschegesetzes verwehrt, den Auftraggeber der Finanztransaktion von seiner Anzeige in Kenntnis zu setzen¹⁷⁶. Tut er es dennoch, so kann sein Handeln als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € belegt werden (§ 17 Abs.2 Nr.2, Abs.3 GwG).

Festzuhalten bleibt aber, daß die Erweiterung des Pflichtenkreises Rechtsanwälte eben nur nach Maßgabe des § 3 Abs.1 S.1 Nr.1 GwG betrifft. Die erweiterten Pflichten treffen damit insbesondere den im Zivilrecht und Verwaltungsrecht tätigen Rechtsanwalt¹⁷⁷, wohingegen der strafrechtlich orientierte Anwalt hiervon regelmäßig verschont bleiben dürfte.

c. Sanktionsvorschriften

Ein freiwilliges pflichtgemäßes Mitwirken der genannten Institutionen kann wohl schon ob der zum Teil erheblich kostenintensiven Maßnahmen nicht erwartet werden¹⁷⁸. Daher entschied sich der Gesetzgeber dafür, vorsätzliche oder auch nur fahrlässige Zuwiderhandlungen nach § 17 Abs.1 und 2 GwG als Ordnungswidrigkeit einzustufen und im Einzelfall mit einer Geldbuße bis zu 100.000 € zu ahnden (§ 17 Abs.3 GwG).

III. Sonstige Vorschriften

In der Hoffnung, der organisierten Kriminalität effektiv entgegen treten zu können, führte der deutsche Gesetzgeber durch das OrgKG neben dem Geldwäsche-

¹⁷⁵ Vgl. schon GRÄFIN VON GALEN, NJW 2003, S.118, auch zu dem Umstand, daß der deutsche Gesetzgeber insofern nicht von den durch die EU geschaffenen Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, der BRAK einen eigenen Entscheidungsspielraum einzuräumen und diese letztlich nur als „Poststelle“ einsetzt.

¹⁷⁶ Insofern hat sich der Gesetzgeber mit dem Geldwäschebekämpfungsgesetz bedauerlicherweise nicht dazu durchringen können, von der durch Art.1 Nr.7 der 2.EU-Geldwäscherichtlinie geschaffenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, den Anwälten die Informierung ihres Mandanten über die Anzeige zu gestatten. LÖRCHER bemerkt in BRAK-Magazin 2001, Heft 2, S.5 zutreffend, daß der Mandant bei einer solchen Gesetzeslage befürchten muß, daß der Anwalt seines Vertrauens ihn hinter seinem Rücken den Strafverfolgungsbehörden meldet. Hinsichtlich der damit einhergehenden Bedenken sei auf die Ausführungen in Fn.64 verwiesen.

¹⁷⁷ So auch DOMBEK, ZAP 2003, Fach 23, S.613

¹⁷⁸ Mit der Fragestellung „cui bono?“ leitet PRITTWITZ darüber hinausgehend noch seine Bedenken ein, daß lediglich bekannt gewordene Geldwäscherfälle Verlustgeschäfte für die Banken darstellen; jeder verborgen gebliebene Fall hingegen bringe der Bank zumindest Transaktionsgebühren ein. Auch insofern liege also das Motto „pecunia non olet“ nahe mit der Folge, daß es eher im Interesse der Banken sei, möglichst wenige Geldwäscherfälle bekannt werden zu lassen (vgl. StV 1993, S.501).

tatbestand des § 261 StGB noch weitere Normen ein, namentlich insbesondere die Vermögensstrafe (§ 43a StGB) und den erweiterten Verfall (§ 73d StGB)¹⁷⁹. Da diese Instrumente insbesondere im Zusammenhang mit der Geldwäsche und deren Beweisschwierigkeiten als wenig effektive Mittel zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität gelten¹⁸⁰ beziehungsweise galten und für die dieser Arbeit zugrundeliegende Problematik ohne ersichtliche Relevanz sind, beschränkt sich die nachfolgende Darstellung auf einen kurzen Überblick.¹⁸¹

1. § 43a StGB

Die Vermögensstrafe war eine besondere, nicht am Tagessatzsystem des § 40 StGB zu bemessende Geldstrafe, die auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet war¹⁸². Die Höhe der Strafe orientierte sich gemäß § 43a Abs.1 S.1 StGB am Vermögen des Täters, welches nach Absatz 1 Satz 3 auch geschätzt werden konnte. Sofern ein Gesetz – wie etwa in § 261 Abs.7 S.3 StGB geschehen – auf § 43a StGB verweist, konnte das Gericht wegen § 43a Abs.1 S.1 StGB neben einer lebenslangen oder zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zusätzlich die Vermögensstrafe verhängen. Damit sollte das Spektrum der strafrechtlichen Reaktionsmittel gegenüber vermögenden Tätern erweitert werden, sofern der Zugriff auf das Vermögen eine wirksame Reaktion sein kann¹⁸³. Jedoch stellte § 43a StGB nicht etwa einen Strafschärfungsgrund oder eine Strafrahmenerweiterung dar¹⁸⁴. Denn die Vermögensstrafe mußte in Kumulation mit der Freiheitsstrafe tatschuldangemessen sein, was letztlich dazu führte, daß die an sich verwirkte Freiheitsstrafe in einem entsprechenden Maße zu kürzen war¹⁸⁵.

Heftig kritisiert wurde aber seit geraumer Zeit, daß ein Schlüssel für die Umrechnung des zu gewährenden Freiheitsstrafenrabatts in eine Vermögensstrafe fehle¹⁸⁶. Diese für den Täter nicht vorhersehbaren Umstände führten schließlich auch dazu, daß das Bundesverfassungsgericht den § 43a StGB in einem Urteil vom 20.03.2002 wegen Unvereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art.103 Abs.2 GG für verfassungswidrig und damit nichtig erklärt hat¹⁸⁷.

¹⁷⁹ Vgl. SUENDORF, S.249

¹⁸⁰ Vgl. SUENDORF, S.274

¹⁸¹ Vgl. zu den §§ 43a und 73d StGB und auch zu weiteren, insbesondere strafprozessualen Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (u.a. die §§ 98a, 100a, 100c, 110a StPO) HOYER / KLOS, S.297–304

¹⁸² Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 43a, Rn.3a

¹⁸³ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.3a

¹⁸⁴ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.6

¹⁸⁵ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.6

¹⁸⁶ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.6; vgl. auch SUENDORF, S.272 m.w.N. zu weiterer Kritik an § 43a StGB

2. § 73d StGB

Nach § 73d Abs.1 S.1 StGB können Tätergewinne unter erleichterten Voraussetzungen abgeschöpft werden, wenn eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden ist, das – wie etwa § 261 Abs.7 S.3 und 4 StGB – auf diese Vorschrift verweist. Nach der Intention des Gesetzgebers bedarf es hierfür keines dezidierten Nachweises darüber, aus welcher konkreten Tat das Geld letztlich stammt¹⁸⁸. Das Gericht ordnet den Verfall von Gegenständen vielmehr nach § 73d Abs.1 S.1 StGB bereits dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind.

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift bleibt einer Prüfung des Bundesverfassungsgerichts vorbehalten. Schon jetzt werden gegen § 73d StGB aber ähnliche verfassungsrechtliche Bedenken geäußert, wie gegen § 43a StGB¹⁸⁹.

D. Die Geldwäschebekämpfung in Österreich, der Schweiz und den USA

Im folgenden rechtsvergleichenden Teil soll herausgearbeitet werden, auf welche Art und Weise andere ausgesuchte Länder die Geldwäsche bekämpfen.

I. Gründe für den Rechtsvergleich in dieser Arbeit

Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse sollen letztlich dazu dienen, die nationale Rechtslage vor allem in Hinblick auf das zugrundeliegende Problem der Honorarannahme durch Strafverteidiger mit ausländischem Recht zu vergleichen sowie kritisch zu betrachten und sodann unter Berücksichtigung ausländischer Regelungen eine angemessene Lösung zu suchen.

¹⁸⁷ Vgl. BVERFG, Urteil vom 20.03.2002, BGBl. I 1340

¹⁸⁸ Vgl. SUENDORF, S.273

¹⁸⁹ Vgl. SUENDORF, a.a.O.

1. Allgemeine Gründe unter Einbeziehung geldwäscherechtlicher Besonderheiten

Insofern spricht für eine Rechtsvergleichung generell schon ein rechtsökonomischer Faktor: Die Orientierung an ausländischen Regelungen und den Erfahrungen hiermit ermöglicht es dem nationalen Gesetzgeber, aus positiven Erfahrungen des Auslands wertvolle Erkenntnisse zu ziehen und andererseits rechtspolitische Fehler zu vermeiden, die bereits in benachbarten oder fernen Ländern begangen wurden¹⁹⁰.

Außerdem erscheinen gerade bei grenzüberschreitenden Delikten wie der Geldwäsche nur multinationale, europäisch und übereuropäisch koordinierte Schranken erfolgversprechend¹⁹¹. Eine rein nationale Binnenwissenschaft ohne Rechtsvergleichung kann bei solchen internationalen Dimensionen von Straftaten zu großen Fehlerquellen im Umgang mit dem Tatbestand führen¹⁹², die unter anderem auf mangelnder Selbstkritik beruhen können¹⁹³.

Auch den allgemein zunehmenden internationalen Verflechtungen ist es zu verdanken, daß rechtsvergleichenden Darstellungen heutzutage eine größere Bedeutung zuerkannt wird als früher¹⁹⁴. Im Strafrecht sind sie unter dem in § 7 StGB formulierten Gedanken der Mitberücksichtigung von ausländischem Strafrecht von Interesse¹⁹⁵. Nach dessen Absatz 2 Nummer 1 ist ein deutscher Täter für im Ausland begangene Taten nur dann nach deutschem Strafrecht zu behandeln, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist. Insofern bedarf es bei der rechtlichen Behandlung von Auslandstaten also der Erkenntnis darüber, ob dort die Tat ebenfalls unter Strafe steht. Auch hierfür können rechtsvergleichende Darstellungen hilfreich sein.

Darüber hinaus mag die Rechtsvergleichung auch der Stärkung der Völkergemeinschaften, dabei insbesondere der Europäischen Union, dienen, indem zwar noch keine europäische Vereinheitlichung der Rechtsordnungen zu beobachten ist, aber immerhin eine zunehmende Angleichung zwischen einzelnen Ländern¹⁹⁶.

Letztlich hat sich die Rechtsvergleichung inzwischen als probates Mittel zur Auslegung interpretationsbedürftiger Normen bewährt¹⁹⁷.

¹⁹⁰ Vgl. SCHMID, Strafrecht USA, S.4; SCHUBARTH, ZStrW 1998, S.834 und PERRON, ZStrW 1997, S.284

¹⁹¹ Vgl. KRAUSKOPF, ZStrR 1991, S.394

¹⁹² Vgl. dazu die ausführlichen Beispiele in SCHUBARTH, ZStrW 1998, S.828 ff.

¹⁹³ Vgl. SCHUBARTH, ZStrW 1998, S.833. Auch MESSERLI hält gerade im Bereich der grenzüberschreitenden Geldwäsche rechtsvergleichende Erkenntnisse für unabdingbar (vgl. ZStrR 1988, S.422).

¹⁹⁴ Vgl. SCHMID, Strafrecht USA, S.3

¹⁹⁵ Vgl. SCHMID, Strafrecht USA, S.3

¹⁹⁶ Vgl. SCHMID, a.a.O.. Vgl. aber zu dem Erfordernis einer zumindest teilweise national ausgerichteten Strafrechtswissenschaft SCHUBARTH, ZStrW 1998, S.847. Vgl. weiter zu den Problemen bei der Erschaffung einer international einheitlichen Strafrechtsordnung PERRON, ZStrW 1997, S.281 ff. und v.a. S.298 m.w.N. auf erfahrene Rechtsvergleicher, die der Auffassung sind, daß eine internationale Rechtsvereinheitlichung in absehbarer Zeit gar nicht erst angestrebt werden sollte.

¹⁹⁷ Vgl. SCHMID, a.a.O.

2. Spezielle Gründe für den Rechtsvergleich mit den ausgewählten Ländern

Neben diesen allgemein für jede Rechtsvergleichung im Geldwäscherecht sprechenden Aspekten soll im Folgenden erläutert werden, warum die Auswahl der Vergleichsländer in dieser Arbeit konkret auf Österreich, die Schweiz und die Vereinigten Staaten von Amerika gefallen ist:

a. Österreich

Ein Vergleich der deutschen Rechtslage mit der in Österreich vorherrschenden Situation vermag vor allem aufgrund der vielfach festzustellenden Parallelen aufschlussreich zu werden:

Das österreichische Rechtssystem basiert zunächst einmal auf den gleichen römisch-rechtlichen Grundsätzen wie das deutsche.

Als Mitgliedsstaat der Europäischen Union ist Österreich in seiner nationalen Gesetzgebung im Kampf gegen die Geldwäsche gleichermaßen wie Deutschland vor allem durch die Vorgaben der beiden EU-Geldwäscherichtlinien aus den Jahren 1991 und 2001 beeinflusst. Dabei dürfen die sehr ähnlichen Ausgangssituationen hinsichtlich der Geldwäschegesetzgebung in den beiden Ländern aber nicht zu der Schlussfolgerung verleiten, daß quasi zwangsläufig eine Gleichheit im Ergebnis bestünde – schließlich handelt es sich bei den europarechtlichen Vorgaben lediglich um Richtlinien, also eine Art Rahmengesetz, welches den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung in nationales Recht mehr oder minder große Freiräume lässt. Insofern erscheint es besonders interessant, von welchen europarechtlichen Freiheiten Österreich Gebrauch gemacht hat und inwiefern dies zu Regelungen geführt hat, die von der unter gleichen Vorgaben stehenden deutschen Rechtslage abweichen.

Darüber hinaus hat Österreich bereits seit Jahren den Ruf, ein für Geldwäsche attraktives Land zu sein¹⁹⁸. Die Gründe hierfür sollen in der ehemals an die Deutsche Mark gekoppelten stabilen Währung, dem funktionsfähigen Finanzsystem, der liberalen Devisenpolitik, dem strengen Bankgeheimnis, der Möglichkeit der anonymen Veranlagung, einer sicheren Wirtschaft ohne nennenswerte Arbeitskonflikte, dem stabilen politischen System sowie seiner zentralen Lage innerhalb Europas und damit der Nähe zum ehemaligen Ostblock liegen¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.85

¹⁹⁹ Vgl. Kilchling, a.a.O.

b. Schweiz

Mit einer umgekehrt orientierten Argumentation sollen die Vorzüge eines Rechtsvergleiches mit der Schweiz dargestellt werden: Dieses deutsche Nachbarland ist gerade kein Mitgliedsstaat der Europäischen Union, damit auch nicht den EU-Geldwäscherichtlinien unterworfen und insgesamt im Bereich der Geldwäschegesetzgebung weitgehend autark. Insofern dürfte die Frage auf Interesse stoßen, welche Versuche ein in Europa liegendes Land bei der Bekämpfung der Geldwäsche unternimmt, ohne dabei europarechtlichen Umsetzungszwängen zu unterliegen.

Im übrigen symbolisiert die Schweiz auch heute noch einen bedeutenden Finanzmarkt mit ungebrochener internationaler Ausstrahlung²⁰⁰. Gütezeichen dieses Finanzplatzes sind neben der geographischen Lage in Zentraleuropa unter anderem die recht stabilen wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse, eine starke Frankenwährung und das sprichwörtlich „gute Schweizer Bankgeheimnis“²⁰¹. Im Zusammenhang mit dem Umstand, daß von der Schweiz Rechtshilfe wegen Fiskal- und Devisenvergehen nur nach innerstaatlichen Regeln und damit in sehr eng begrenztem Umfang geleistet wird, und darüber hinaus Finanzgeschäfte in großem Umfang in bar abgewickelt werden, ist es naheliegend, daß die Schweiz als Finanzdrehscheibe auch für Geldwäsche anfällig ist²⁰².

Die Schweiz wurde sich dann auch der erheblichen Gefahr bewußt, in die weltweite Verschiebung und Umschichtung illegaler Vermögenswerte eingespannt zu werden²⁰³ und damit den „fatalen Ruf“ angeheftet zu bekommen, mit ihren Finanzinstituten den Gangstern dieser Welt bei deren Beutesicherung behilflich zu sein²⁰⁴. Um dem entgegenzuwirken, wurde in ganz unüblichem Tempo ein Strafgesetz gegen die Geldwäsche erlassen²⁰⁵. Hierdurch nahm die Schweiz auf dem Gebiet der Geldwäschebekämpfung innerhalb Europas eine Art Vorreiterrolle ein²⁰⁶, was sie auch insofern als Vergleichsnation interessant erscheinen läßt.

c. USA

Der Rechtsvergleich zu dem amerikanischen Strafrecht erscheint dann ganz besonders interessant. Zum einen bestehen zwischen der Bundesrepublik Deutschland (BRD) und den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) zahlreiche

²⁰⁰ Vgl. HOYER / KLOS, S.133 auch zu statistischen Daten hinsichtlich der Schweizer Finanzmärkte

²⁰¹ Vgl. HOYER / KLOS, S.134

²⁰² Vgl. HOYER / KLOS, a.a.O.

²⁰³ Vgl. MESSERLI, ZStrR 1988, S.422 und KRAUSKOPF, ZStrR 1991, S.387

²⁰⁴ Vgl. Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, vor Art.305^{bis}, Rn.40

²⁰⁵ Vgl. HOYER / KLOS, S.136

²⁰⁶ Vgl. KRAUSKOPF, ZStrR 1991, S.394; a.A. sind wohl HOYER / KLOS, S.136

Gemeinsamkeiten insbesondere in staatsrechtlicher Hinsicht, wie beispielsweise dem Föderalismus und dem Demokratieprinzip, andererseits aber auch reizvolle Unterschiede im allgemeinen Rechtssystem²⁰⁷. So basiert das deutsche System auf römischem Recht, während das US-amerikanische Rechtssystem auf anglo-amerikanischen Wurzeln beruht²⁰⁸. Insbesondere aber gilt das US-amerikanische Rechtssystem weitgehend als vorbildlich, vor allem hinsichtlich der Fairness des Strafverfahrens²⁰⁹.

Konkret auf das Hauptproblem dieser Arbeit bezogen, werden die USA vor allem aufgrund der ihnen bei der Bekämpfung der Geldwäsche zukommenden Vorreiterrolle interessant²¹⁰: Bei den Vereinigten Staaten handelt es sich um das erste westliche Land, das aufgrund seiner gravierenden Probleme mit der organisierten Kriminalität auf dem Gebiet der Geldwäschebekämpfung bereits Anfang der 70er Jahre mit dem sogenannten "Bank Secrecy Act" erste Maßnahmen ergriffen hat. Seitdem konnten beträchtliche Fortschritte und Erfolge auf diesem Gebiet der Verbrechensbekämpfung verbucht werden²¹¹. Teile des US-amerikanischen Geldwäschebekämpfungssystems haben daher für andere Staaten modellhaften Charakter²¹².

II. Einleitende Vorbehalte zum Rechtsvergleich

Bevor auf die Rechtslage in den ausländischen Vergleichsstaaten eingegangen wird, erscheinen die folgenden Vorbehalte angebracht:

Es gilt als inzwischen gesicherte Erkenntnis, daß rechtliche Regelungen und Institutionen nicht per se, sondern erst vor dem Hintergrund der von ihnen tatsächlich betroffenen Fälle und der Art und Weise ihrer praktischen Umsetzung in die Wirklichkeit verstanden werden können²¹³. Das Kardinalproblem rechtsvergleichender Forschungen liegt daher in der Erfassung der unterschiedlichen rechtstatsächlichen Gegebenheiten²¹⁴. Im Rahmen einer juristischen Promotion kann nicht einmal versucht werden, eben diese Umstände von insgesamt vier Vergleichsländern darzustellen und dabei die einzelnen Regelungsbereiche des materiellen Strafrechts, des Strafverfahrensrechts und des Sanktionsrechts zu

²⁰⁷ Vgl. SCHMID, Strafrecht USA, S.5

²⁰⁸ Vgl. SCHMID, a.a.O.

²⁰⁹ Vgl. SCHMID, a.a.O.

²¹⁰ Vgl. HOYER / KLOS, S.95

²¹¹ Vgl. FÜLBIER / AEPFELBACH, GwG, S.459 und HOYER / KLOS, S.96

²¹² Vgl. HOYER / KLOS, S.96

²¹³ Vgl. PERRON, ZStrW 1997, S.286

²¹⁴ Vgl. PERRON, a.a.O.

analysieren und landesbezogen zu vergleichen, um schließlich auch noch zu erläutern, wie sich das jeweilige Landes-System als Ganzes verhält, auf welche Lebenssachverhalte es reagiert und zu welchen praktischen Ergebnissen es gelangt.

Ein vollständiger Rechtsvergleich zur strafrechtlichen Erfassung der Geldwäsche müsste wohl in tatbestandlicher Hinsicht neben den hier jeweils bestehenden eigentlichen Geldwäschetatbeständen auch verwandte Tatbestände, wie die Begünstigung, die Strafvereitelung und vor allem die Hehlerei, mit einbeziehen²¹⁵. Schließlich hängt die Notwendigkeit eines eigenständigen Straftatbestandes der Geldwäsche ja insbesondere davon ab, ob und inwieweit das zuvor geltende Recht Geldwäschepraktiken in strafrechtlicher Hinsicht erfasst²¹⁶. Eine eigene Geldwäschestrafnorm ist also im Wesentlichen zur Lückenschließung erforderlich²¹⁷. Umfassend dargestellt werden kann die aktuelle Gesetzeslage zur Bekämpfung der Geldwäsche also streng genommen nur, wenn neben den Geldwäschetatbeständen an sich auch artverwandte Deliktstypen untersucht werden. Eine solche Untersuchung müsste neben der bloßen Darstellung der Rechtslage von insgesamt vier Staaten auch die Auslegung der jeweiligen Tatbestände durch die nationale Lehre und die Rechtsprechung beinhalten²¹⁸ und würde ins Uferlose führen. Außerdem ist davon auszugehen, daß in den hier verglichenen Ländern, in denen jeweils Sondertatbestände der Geldwäsche existieren, diese die wesentlichen geldwäscherelevanten Handlungen strafrechtlich erfassen und die oben erwähnten artverwandten Tatbestände insofern nach der Legiferierung gesonderter Geldwäsche-Tatbestände nur geringe Bedeutung haben dürften.

Daher scheint es angebracht und auch ausreichend, die rechtsvergleichende Darstellung auf die speziellen Vorschriften zur Geldwäschebekämpfung zu beschränken. In concreto soll sich die Darstellung hauptsächlich auf die hier ausschlaggebenden Strafvorschriften beziehen. Ausführungen zu den nicht kriminalwissenschaftlich, sondern eher verwaltungs- oder bankenrechtlich orientierten Regelungen dienen hingegen nur dem besseren Verständnis der ausländischen Bemühungen um eine effektive Geldwäschebekämpfung und sollen demnach nur einen Überblick bieten.

Schließlich sei noch erwähnt, daß es auch nicht Ziel dieser Arbeit ist, die jeweiligen Strafvorschriften der Vergleichsländer im Kampf gegen die Geldwäsche en detail miteinander zu vergleichen; insofern mag der Verweis auf bereits erschienene Abhandlungen genügen²¹⁹. Hier soll ein Vergleich den Leser lediglich in die Lage

²¹⁵ So auch schon AMBOS, ZStrW 2002, S.240

²¹⁶ Vgl. auch AMBOS, a.a.O., S.241

²¹⁷ Vgl. auch AMBOS, a.a.O.

²¹⁸ So auch AMBOS, a.a.O.

²¹⁹ Siehe für einen Rechtsvergleich zwischen den Geldwäschestraftatbeständen der Bundesrepublik

versetzen, sich einen Überblick über den wesentlichen Anwendungsbereich der jeweiligen Strafvorschriften zu verschaffen, um damit letztlich den Umfang der Geldwäscheproblematik für Strafverteidiger im In- wie auch im ausgewählten Ausland einschätzen zu können.

Zusammengefasst werden können die vorstehenden Vorbehalte wohl unter der Devise, daß die Idee einer flächendeckenden Erfassung und systematischen Vergleichung verschiedener Rechtsordnungen angesichts der praktischen Schwierigkeiten im Laufe der Zeit zugunsten einer nüchterneren und pragmatischeren Vorgehensweise aufgegeben wurde, die sich auch mit punktuellen Erkenntnissen begnügt²²⁰ beziehungsweise geradezu begnügen muß.

III. Darstellung der jeweiligen Landesgesetze zur Bekämpfung der Geldwäsche

1. Österreich

Die wesentlichen Geldwäschebestimmungen Österreichs finden sich derzeit vor allem in § 165 des österreichischen Strafgesetzbuches, sowie in diversen Vorschriften des Bankwesensgesetzes, des Versicherungsaufsichtsgesetzes und der Gewerbeordnung von 1994.

a. § 165 öStGB²²¹

Strafbar ist die Geldwäscherei²²² in Österreich nach § 165 öStGB.

Deutschland und der Schweiz etwa EGGER TANNER, S.1 ff.; vgl. für einen oberflächlich gehaltenen Rechtsvergleich zwischen Deutschland und diversen anderen Staaten wie Schweiz, Österreich, USA, Großbritannien, Kanada, Italien und Australien HÖRETH, S.81 ff.; vgl. für einen Rechtsvergleich zwischen den USA und der Schweiz ACKERMANN, Money Laundering, S.163 ff.; vgl. weiter und über den selbst beschränkten Umfang dieser Arbeit hinausgehend für einen Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Großbritannien GENTZIK, S.59 ff.; vgl. auch AMBOS, JZ 2002, S.70 ff. für eine rechtsvergleichende Darstellung im Hinblick auf die Geldwäscheregelungen der gesamten EU-Mitgliedsstaaten, sowie Kolumbien, Kroatien, Polen, Russland, Schweiz, Türkei und USA.

²²⁰ Vgl. PERRON, ZStrW 1997, S.285

²²¹ Die offizielle Kurzbezeichnung für das Strafgesetzbuch Österreichs lautet wie in Deutschland und der Schweiz schlicht „StGB“. Zur Unterscheidung und Abgrenzung von den dort geltenden Strafgesetzbüchern wird in dieser Arbeit die Abkürzung „öStGB“ verwendet.

²²² Abweichend von der deutschen Terminologie wird die Geldwäsche in Österreich als „Geldwäscherei“ bezeichnet (vgl. § 165 öStGB).

(i) Objektiver Tatbestand von § 165 Abs.1 und 2 öStGB

§ 165 öStGB pönalisiert unter dem expliziten Titel „Geldwäscherei“ in zwei Tatbeständen der sogenannten vortatbezogenen Geldwäscherei²²³ Verhaltensweisen in Bezug auf bestimmte kontaminierte Vermögenswerte. Auszugsweise²²⁴ lautet § 165 öStGB wie folgt:

§ 165 – Geldwäscherei

(1) Wer Vermögensbestandteile, die aus einem Verbrechen, einem Vergehen nach den §§ 223, 224, 225, 229, 230, 269, 278, 278d, 288, 289, 293, 295 oder 304 bis 308 oder einem in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden Finanzvergehen des Schmuggels oder der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben eines anderen herrühren, verbirgt oder ihre Herkunft verschleiert, insbesondere, indem er im Rechtsverkehr über den Ursprung oder die wahre Beschaffenheit dieser Vermögensbestandteile, das Eigentum oder sonstige Rechte an ihnen, die Verfügungsbefugnis über sie, ihre Übertragung oder darüber, wo sie sich befinden, falsche Angaben macht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer wissentlich solche Vermögensbestandteile an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt.

(3) bis (5): ...

(1) Tatobjekt

Als geldwäschetauglich werden im österreichischen Strafrecht also nach § 165 Abs.1 öStGB solche Vermögensbestandteile angesehen, die aus einer bestimmten Straftat herrühren.

(a) Vermögensbestandteile

Der vom österreichischen Gesetzgeber gewählte Ausdruck der Vermögensbestandteile im Sinne von § 165 Abs.1 öStGB ist bewusst sehr weit gewählt²²⁵ und umfasst neben Geld noch andere bewegliche, aber auch unbewegliche körperliche Sachen, Forderungen wie insbesondere Bankguthaben sowie andere vermögenswerte Rechte²²⁶, wie etwa Lizenzen, Verlags- und Urheberrechte oder Firmenanteile²²⁷. Neben diesen ursprünglich deliktisch

²²³ Vgl. zu diesem Begriff Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.86

²²⁴ Ein vollständiger Abdruck der §§ 165 und 165a öStGB findet sich im Anhang auf Seite A-3.

²²⁵ Vgl. zur Kritik an der „fast uferlosen Weite“ des Tatbestandes und für bestehende Einschränkungsversuche Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.7 f.

²²⁶ Vgl. Wiener Kommentar, a.a.O., Rn.6

²²⁷ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.90 m.w.N.. Der Anwendungsbereich von § 165 öStGB wurde durch das Strafrechtsänderungsgesetz 1998 (BGBl. I 1998/153) insofern erweitert, als die bis dahin bestehende Einschränkung des Delikts

erworbenen Vermögenswerten sind aber auch die möglicherweise durch Umwandlung oder Umtausch entstandenen Surrogate hiervon erfasst²²⁸.

(b) Vortat

§ 165 Abs.1 öStGB beschreibt abschließend, welche Delikte der österreichische Gesetzgeber als geldwäschetaugliche Vortaten ansieht.

(aa) Verbrechen und Vergehen – ein Rechtsvergleich der Vortatenkataloge in § 165 Abs.1 öStGB und § 261 Abs.1 S.2 StGB

Als Vortat kommen dabei neben sämtlichen Verbrechen seit 1998²²⁹ auch korruptionsartige Vergehen und einzelne Finanzvergehen im Sinne von § 35 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG)²³⁰ in Betracht (§ 165 Abs.1 öStGB). Im Oktober 2002 ist dieser Katalog zur wirksameren Bekämpfung der organisierten Kriminalität und des Terrorismus²³¹ erneut ausgeweitet worden und umfasst nun bestimmte, diese Kriminalitätsformen bekräftigende Delikte gegen die Zuverlässigkeit von Urkunden und Beweiszeichen, gegen die Staatsgewalt und gegen die Rechtspflege.

Durch die neuerlichen Änderungen durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2002 wurde also der Anwendungsbereich des österreichischen Geldwäscheparagraphen erheblich vergrößert. Trotzdem bleibt dieser auf den ersten Blick noch hinter dem immensen Umfang des Vortatenkatalogs im deutschen § 261 StGB zurück. Eine genauere Einschätzung zum Anwendungsbereich des österreichischen Geldwäschereitbestandes erfordert aber eine Auseinandersetzung mit dem dortigen Verständnis von dem Begriff des Verbrechens, da sich die vermuteten Unterschiede hinsichtlich des Umfangs der Vortatenkataloge aufgrund einer unterschiedlichen gesetzgeberischen Qualifizierung von Straftaten als Verbrechen oder Vergehen stark relativieren könnten.

Aus diesem Grund sollen hier beiderseits einige geldwäschetypische Vortaten auf ihre Qualifikation als Verbrechen oder Vergehen untersucht werden, um damit festzustellen, ob sie in den jeweiligen Rechtsordnungen als Geldwäschevortaten unter § 261 Abs.1 S.2 StGB beziehungsweise § 165 Abs.1 öStGB zu subsumieren sind. Hinsichtlich der deutschen Rechtslage kann auf die in Tabelle 1 zusammengetragenen Erkenntnisse zurückgegriffen werden.

auf Vermögensbestandteile von einem Wert über 100.000 Schilling (S) beseitigt wurde (vgl. hierzu BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.574).

²²⁸ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.90 m.w.N.

²²⁹ Strafrechtsänderungsgesetz von 1998, BGBl I 1998/153

²³⁰ Bundesgesetz vom 26.06.1958, betreffend das Finanzstrafrecht und das Finanzstrafverfahrensrecht (Finanzstrafgesetz – FinStrG, BGBl. 129/1958)

²³¹ Vgl. die Begründung im Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 2002 (download möglich im Internet unter [<http://www.justiz.gv.at>])

Zuvor sind jedoch die folgenden Vorbehalte zu beachten: Schon bedingt durch den selbst beschränkten Umfang dieser Arbeit kann zum einen kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden; vielmehr kann eine Gegenüberstellung nur punktuell erfolgen, indem einzelne geldwäschetypische Delikte miteinander verglichen werden. Weiter ist zu bedenken, daß es nur darauf ankommen kann, Delikte miteinander zu vergleichen, die sich vom Grundgedanken her ähnlich sind, auch wenn sich die jeweiligen Gesetzgeber im Detail durchaus für voneinander abweichende Formulierungen in den Tatbeständen entschieden haben können.

Erforderlich ist zunächst eine kurze Auseinandersetzung mit dem österreichischen Verständnis eines Verbrechens im Sinne des Strafgesetzbuches: Während § 12 Abs.1 StGB für Deutschland regelt, daß Verbrechen solche Straftaten mit einer Strafandrohung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe sind, definiert § 17 Abs.1 öStGB den Begriff des Verbrechens hiervon abweichend als „vorsätzliche Handlung, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht ist“. Hierbei wird eine Einzelbetrachtung für erforderlich gehalten und es für nicht ausreichend angesehen, wenn erst durch Zusammenrechnung einer tatmehrheitlichen Subsumtionseinheit die Verbrechenseigenschaft begründet wäre²³².

Damit orientiert sich das österreichische Strafrecht hinsichtlich der Einstufung von Delikten als Verbrechen oder Vergehen gerade nicht zwingend an der Mindeststrafandrohung.

Nach alledem soll die nachfolgende Übersicht eine Überprüfung der eingangs erwähnten, vorläufigen Einschätzung zum Anwendungsumfang von § 165 Abs.1 öStGB und § 261 Abs.1 S.2 StGB ermöglichen²³³.

²³² Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.12

²³³ Auch VOGEL erwähnt ausdrücklich eine Abhängigkeit des sachlichen Umfangs der Geldwäschestrafbarkeit von den in Betracht kommenden Vortaten (vgl. ZStrW 1997, S.343).

<i>Delikt</i>		Österreich		
		<i>Vorschrift</i>	<i>Qualifizierung</i>	<i>Geldwäschevortat</i>
Vorteilsannahme / Bestechlichkeit		§§ 304 – 306a öStGB	grds. Vergehen (bei §§ 304 Abs.1 und 2, 305 bis 306a öStGB); bei Bestechlichkeit und Vorteilswert über 2.000 € (§ 304 Abs.1 i.V.m. Abs.3 öStGB) <u>ausnahmsweise</u> sogar Verbrechen	ja (165 Abs.1 öStGB – sowohl bei Vergehen, als auch bei Verbrechensqualifikation)
Bestechung		§§ 307 und 308 öStGB	Vergehen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Betäubungs- mitteldelikte	einfachere Delikte	§§ 27 Abs.1, 30 Abs.1 SMG ²³⁴	Vergehen	nein
	schwerere Delikte	§§ 27 Abs.2, 28 Abs.1, 31 Abs.1, 32 Abs.1 SMG	Vergehen	nein
		§§ 28 Abs.2-5, 31 Abs.2, 32 Abs.2 SMG	Verbrechen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Betrug	einfach	§ 146 öStGB	Vergehen	nein
	gewerbs- oder bandenmäßig	§ 148 öStGB (nur gewerbsmäßig)	Verbrechen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Diebstahl	einfach	§ 127 öStGB	Vergehen	nein
	gewerbs- oder bandenmäßig	§ 130 öStGB	Verbrechen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Erpressung	einfach	§ 144 öStGB	Verbrechen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
	gewerbs- oder bandenmäßig	§ 145 Abs.2 Nr.1 öStGB (nur gewerbsmäßig)		
	räuberische Erpressung	§ 145 öStGB im übrigen		
Geldfälschung		§ 232 öStGB	Verbrechen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Hehlerei	einfach	§ 164 Abs.1-3 öStGB	Vergehen	nein
	gewerbs- oder bandenmäßig; sonstige schwere Fälle	§ 164 Abs.4 öStGB	Verbrechen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Kriminelle Vereinigung (Gründung oder Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung)		§ 278 öStGB	Vergehen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Raub (einfacher / schwerer / mit Todesfolge)		§§ 142 bis 143 öStGB	Verbrechen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
räuberischer Diebstahl (einfacher / schwerer / mit Todesfolge)		§ 131 öStGB		

(Fortsetzung folgt auf Seite 48)

²³⁴ Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Vorläuferstoffe (Suchtmittelgesetz – SMG, BGBl. I 112/1997) vom 01.01.1998

Deutschland			Delikt	
Vorschrift	Qualifizierung	Geldwäschevortat		
§ 332 Abs.1 und Abs.3 StGB (nur Bestechlichkeit; nicht bei bloßer Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB)	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.2a StGB)	Vorteilsannahme / Bestechlichkeit	
§ 334 StGB (nur bei Bestechung; nicht bei bloßer Vorteilsgewährung gemäß § 333 StGB)		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.2a StGB)	Bestechung	
§ 29 Abs.1 S.1 Nr.1 BtMG	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.2b StGB)	Betäubungs- mitteldelikte	einfachere Delikte
§ 29a Abs.1 Nr.2, 30 Abs.1 Nr.1, 30a Abs.1 und Abs.2 Nr.2 BtMG	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)		schwerere Delikte
§ 263 Abs.1, 263a Abs.1, 264 Abs.1 StGB	Vergehen	nein	Betrug	einfach
§ 263 Abs.3 S.1 und S.2 Nr.1 StGB, § 263a Abs.2 i.V.m. § 263 Abs.3 StGB		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)		gewerbs- oder banden- mäßig
§ 242 Abs.1 StGB § 243 Abs.1 S.2 Nr.3, § 244 Abs.1 Nr.2 StGB	Vergehen	nein ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)	Diebstahl	einfach
				gewerbs- oder banden- mäßig
§ 253 Abs.1 StGB § 253 Abs.4 StGB	Vergehen Vergehen (wg. § 12 Abs.3 StGB)	nein ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)	Erpressung	einfach
§§ 253 i.V.m. 255 StGB	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)		gewerbs- oder banden- mäßig räuber- ische Erpressung
§ 146 Abs.1 und 2 StGB	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)	Geldfälschung	
§ 259 Abs.1 StGB § 260 Abs.1 StGB (gewerbs- oder bandenmäßig)	Vergehen	nein ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)	Hehlerei	einfach
§ 260a Abs.1 StGB (gewerbs- und bandenmäßig zugleich)	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)		gewerbs- oder banden- mäßig, sonstige schwere Fälle
§ 129 Abs.1 StGB	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.5 StGB)	Kriminelle Vereinigung (Gründung oder Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung)	
§§ 249-251 StGB	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)	Raub (einfacher / schwerer / mit Todesfolge)	
§ 252 i.V.m. §§ 249-251 StGB			räuberischer Diebstahl (einfacher / schwerer / mit Todesfolge)	

(Fortsetzung folgt auf Seite 49)

<i>Delikt</i>		Österreich		
		<i>Vorschrift</i>	<i>Qualifizierung</i>	<i>Geldwäschevortat</i>
Schmuggel	einfach	§ 35 Abs.1 FinStrG	(Finanz-) Vergehen iSv § 1 S.1 FinStrG	ja , aber nur, wenn das Gericht zur Ahndung gemäß § 53 Abs.1b i.V.m. 2a FinStrG zuständig ist (§ 165 Abs.1 öStGB)
	gewerbs- oder bandenmäßig / gewalt-sam	§ 35 Abs.1 i.V.m. § 38 Abs.1 S.1 lit.a bis c FinStrG		
Steuerhinter- ziehung	einfach	§ 33 FinStrG	(Finanz-) Vergehen iSv § 1 S.1 FinStrG	nein
	gewerbs- oder banden- mäßig	§ 33 i.V.m. § 38 Abs.1 S.1 lit.a FinStrG (nur gewerbsmäßig)	(Finanz-) Vergehen iSv § 1 S.1 FinStrG	
Terrorismusfinanzierung		§ 278d öStGB	Vergehen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
Urkundsdelikte (Urkunden- fälschung, -unterdrückung, etc.)	einfach	§§ 223 bis 225, 229, 230 öStGB	Vergehen	ja (§ 165 Abs.1 öStGB)
	gewerbs- oder banden- mäßig			
Zuhälterei	einfach	§ 216 Abs.1, 2 öStGB	Vergehen	nein
	gewerbs- oder banden- mäßig	§ 216 Abs.3 öStGB		

Tabelle 2: Vergleichende Übersicht zu den geldwäschetauglichen Vortaten in Österreich und in Deutschland

Deutschland			Delikt	
Vorschrift	Qualifizierung	Geldwäschevortat		
§ 372 AO	Vergehen (wg. § 369 Abs.2 AO i.V.m. § 12 Abs.1, 2 StGB)	nein	Schmuggel	einfach
§ 373 AO		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.3 StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig / gewaltsam
§ 370 Abs.1 AO	Vergehen (wg. § 369 Abs.2 AO i.V.m. § 12 Abs.1, 2 StGB)	nein	Steuerhinterziehung	einfach
§ 370a S.1 AO	Verbrechen (wg. § 369 Abs.2 AO i.V.m. § 12 Abs.1 StGB)	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 und S.3 StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig
§ 129a Abs.3 StGB	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.5 StGB)	Terrorismusfinanzierung	
§§ 267 Abs.1, 269 Abs.1 StGB (keine Urkundenunterdrückung gemäß § 274 StGB)	Vergehen	nein	Urkundsdelikte (Urkundenfälschung, -unterdrückung etc.)	einfach
§ 267 Abs.3 S.2 Nr.1 StGB ggf. über § 269 Abs.3 auch bzgl. § 269 Abs.1 StGB		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a)		gewerbs- oder bandenmäßig
§ 181a Abs.1 StGB	Vergehen	nein	Zuhälterei	einfach
§ 181a Abs.2 StGB (gewerbsmäßig)		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig

In der vorangegangenen Übersicht fällt zunächst auf, daß der österreichische Gesetzgeber im Wesentlichen und von Unterschieden im Detail abgesehen, geldwäschetaugliche Straftaten sehr ähnlich als Verbrechen beziehungsweise Vergehen qualifiziert hat, wie der deutsche Gesetzgeber. Gerade diese geringen Unterschiede sorgen aber schließlich dafür, daß sich die eingangs geäußerte Vermutung deutlich relativiert und fortan nicht mehr davon auszugehen ist, daß der Vortatenkatalog des § 261 Abs.1 S.2 StGB jenen in § 165 Abs.1 öStGB im Umfang deutlich überwiegt. Insbesondere werden die in Deutschland als Vergehen ausgestalteten Delikte des jeweils gewerbs- oder bandenmäßig begangenen Diebstahls, der Erpressung und der Hehlerei hier nur Dank der Vorschrift des § 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB in den Katalog geldwäschetauglicher Vortaten einbezogen, während diese Delikte in Österreich als Verbrechen ausgestaltet und damit automatisch über § 165 Abs.1 öStGB geldwäschetauglich sind. Auffallendster Unterschied bleibt sicherlich, daß die österreichische Regelung gerade im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität, welche eines der Hauptbetätigungsfelder der Organisierten Kriminalität ausmacht und damit Geldwäsche in diesem Bereich sehr häufig erforderlich macht, deutlich hinter der deutschen Vorschrift zurückbleibt und einfachere Delikte überhaupt nicht, schwerere Delikte hingegen nur zum Teil geldwäschetauglich ausgestaltet sind.

Abschließend darf damit nach dem unter mehrerlei Vorbehalt durchgeführten Vergleich vorsichtig resümiert werden, daß die österreichische Regelung in § 165 Abs.1 öStGB entgegen dem ersten Anschein in sehr weiten Bereichen den gleichen Umfang einnimmt, wie die deutsche Regelung²³⁵ und gegenüber § 261 Abs.1 S.2 StGB vor allem im Bereich der Betäubungsmittelstrafbarkeit defizitär ist.

(bb) Auslandstaten

Eine Regelung, die – ähnlich wie § 261 Abs.8 StGB für den deutschen Rechtsraum – auch Auslandstaten in den Katalog geldwäschetauglicher Vortaten miteinbezüge, existiert im österreichischen Strafgesetzbuch nicht. Wohl überwiegend wird aber in der österreichischen Literatur durch eine (angeblich zwingend vorzunehmende) teleologische Interpretation²³⁶ ein ähnliches Ergebnis erzielt wie in Deutschland. Vorausgesetzt sei dann aber, daß die im Ausland begangene Vortat auch im Tatortstaat strafbar sei²³⁷. Insofern werden ähnliche Gesichtspunkte verfolgt, wie in Deutschland mit den Regelungen der §§ 3 ff. StGB.

²³⁵ So ähnlich aber ohne Begründung resümiert auch AMBOS, ZStrW 2002, S.244

²³⁶ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.90 und BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.578 m.w.N.

(c) Herrühren im Sinne von § 165 Abs.4 öStGB

Wie bereits dargelegt, muß der Vermögensbestandteil weiter aus einer der genannten Vortaten herrühren. Anders als sein deutscher „Kollege“ hat sich der österreichische Gesetzgeber die Mühe gemacht, den kompliziert zu bestimmenden Begriff des „Herrührens“ in § 165 Abs.4 öStGB legal zu definieren²³⁸:

§ 165 – Geldwäscherei

(1) bis (3): ...

(4) Ein Vermögensbestandteil rührt aus einer strafbaren Handlung her, wenn ihn der Täter der strafbaren Handlung durch die Tat erlangt oder für ihre Begehung empfangen hat oder wenn sich in ihm der Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswertes verkörpert.

(5): ...

Das Herrühren umfasst damit neben der Beuteerlangung auch die Bestechungseinnahme, den Belohnungsempfang, den Entgelterhalt und darüber hinaus die wirtschaftliche Repräsentanz eines umgewandelten Vermögenszuwachses dieser Art²³⁹. Entscheidend für die Geldwäschetauglichkeit ist demnach nicht die Identität der Sache, sondern die Identität des wirtschaftlichen Wertes, die so lange gegeben ist, wie sich der Vermögenswert in einer geschlossenen Kette von Umwandlungsvorgängen auf den ursprünglich deliktisch erlangten Vermögenswert zurückführen läßt²⁴⁰.

Vielfach wird hiergegen der Einwand erhoben, das mögliche Tatobjekt einer Geldwäscherei im Sinne von § 165 öStGB sei durch diese Begrifflichkeit und mangels einer Ausnahmeregelung extrem weit umschrieben und nach allgemeiner Auffassung in der österreichischen Literatur daher dringend zu begrenzen²⁴¹. BURGSTALLER etwa folgt dem von KLIPPL hergeleiteten Ansatz, daß ein einschlägig bemakelter Vermögensbestandteil jedenfalls dann seine weitere Eignung als Tatobjekt verlieren müsse, wenn ihn ein Dritter im eigenen Interesse gegen eine adäquate Gegenleistung erlangt habe, ohne hierdurch eine strafbare Handlung zu begehen²⁴². Damit fordert er letztlich eine sehr ähnliche Einschränkung, wie sie im deutschen Strafrecht zumindest für den Tatbestand des § 261 Abs.2 StGB durch

²³⁷ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.90

²³⁸ Mit dieser Legaldefinition dürften in Österreich die auf S.24 [Teil 2:C.I.3.a(i)(3)] für den deutschen Rechtsraum angedeuteten Auslegungsschwierigkeiten um den Begriff des „Herrührens“ wohl weitgehend ausgeräumt worden sein.

²³⁹ Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.5

²⁴⁰ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.90-92 m.w.N. auch zu der Frage, ob durch diese Regelung der ursprünglich deliktisch erworbene Vermögenswert dauerkontaminiert bleibt und die Geldwäscherei hieran folglich ad infinitum möglich wäre.

²⁴¹ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.578 m.w.N. auch zu den zahlreichen unterschiedlichen Vorschlägen, die zur Eingrenzung von § 165 öStGB bislang gemacht wurden.

Absatz 6²⁴³ Gesetz geworden ist.

(2) Tathandlungen von § 165 Abs.1 und 2 öStGB

Strafbar macht sich nach § 165 Abs.1 öStGB, wer geldwäschetaugliche Vermögensbestandteile der beschriebenen Art verbirgt oder ihre Herkunft verschleiert.

Verbergen ist dabei jede Tätigkeit, die das Auffinden eines deliktstauglichen Vermögenswertes durch den Verletzten, von ihm Beauftragte oder Strafverfolgungsorgane vereiteln oder erschweren soll²⁴⁴.

Durch die Übernahme von Beispielen aus dem Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen von 1988²⁴⁵ wird in § 165 Abs.1 öStGB selbst weiter erläutert, daß unter einer Herkunftsverschleierung insbesondere Falschangaben im Rechtsverkehr über den Ursprung oder die wahre Beschaffenheit der Vermögensbestandteile, das Eigentum oder sonstige Rechte an ihnen, die Verfügungsbefugnis über sie, ihre Übertragung oder darüber, wo sie sich befinden, zu verstehen ist.

§ 165 Abs.2 öStGB pönalisiert schließlich das An-sich-bringen, Verwahren, Anlegen, Verwalten, Umwandeln, Verwerten oder Übertragen an einen Dritten. Treffend fasst es BURGSTALLER zusammen, wenn er meint, die gesetzlichen Umschreibungen in Absatz 2 seien derart weit gespannt, daß sie praktisch jedweden Umgang mit kontaminierten Vermögensbestandteilen erfassen²⁴⁶.

(ii) Objektiver Tatbestand von § 165 Abs.5 öStGB

Neben den vortatbezogenen Absätzen 1 und 2 beinhaltet § 165 öStGB seit Oktober 2002 aufgrund der Änderungen durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2002 nun in Absatz 5 die sogenannte „organisationsbezogene Geldwäscherei“²⁴⁷, die zuvor in der Regelung des § 278a Abs.2 S.1 öStGB a.F. hinter dem titelgewordenen

²⁴² Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., m.w.N.

²⁴³ Vgl. dazu schon oben auf S.26 [Teil 2:C.I.3.a(ii)(2)]

²⁴⁴ Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.16

²⁴⁵ Vgl. Wiener Kommentar, a.a.O., Rn.17

²⁴⁶ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.579; so ähnlich auch Wiener Kommentar, a.a.O., Rn.18

²⁴⁷ Vgl. zu diesem Begriff Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.87 und Wiener Kommentar, öStGB, STEININGER, § 278a, Rn.1 und 23. Die Vorschrift des § 278a Abs.2 S.1 a.F. öStGB galt bislang aufgrund ihres Organisationsbezugs gemeinhin als österreichische Spezialität (vgl. nur Kilchling, a.a.O.). Es kann dahinstehen, ob die Nachfolgeregelung § 165 Abs.5 öStGB n.F. dieses Prädikat auch noch unter Geltung der seit August 2002 bestehenden deutschen Regelung verdient, nach der über § 261 Abs.2 i.V.m. Abs.1 S.1 und S.2 Nr.5 StGB u.a. das Sich-verschaffen, Verwahren oder Verwenden eines Gegenstandes bestraft werden kann, wenn dieser aus der Bildung krimineller Vereinigungen oder aus der Förderung terroristischer Vereinigungen herrührt oder aus einem Vergehen, welches von einem Mitglied einer solchen Vereinigung begangen wurde (vgl. hierzu

Ziel der Bekämpfung einer „kriminellen Organisation“ versteckt war:

§ 165 – Geldwäscherei

(1) bis (4): ...

(5) Wer wissentlich Bestandteile des Vermögens einer kriminellen Organisation (§ 278a) oder einer terroristischen Vereinigung (§ 278b) in deren Auftrag oder Interesse an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer die Tat in Bezug auf einen 40.000 Euro übersteigenden Wert begeht, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Hiernach macht sich in objektiver Hinsicht also strafbar, wer mit Zuspruch einer kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung bestimmte Handlungen in Bezug auf Bestandteile von deren Vermögen vornimmt.

(1) Tatobjekt

Die Vermögensbestandteile müssen einer kriminellen Organisation oder einer terroristischen Vereinigung entstammen. Die Bestandteile des Vermögens im Sinne von § 165 Abs.5 öStGB entsprechen inhaltlich denen aus § 165 Abs.1 öStGB. Insofern mag der Verweis auf die obigen Ausführungen genügen²⁴⁸.

Zur effektiven Bekämpfung der organisierten Kriminalität wurde § 278a Abs.2 S.1 öStGB a.F. / § 165 Abs.5 öStGB n.F. so ausgestaltet, daß bereits der Beweis der Zugehörigkeit von Vermögensbestandteilen zum Vermögen einer kriminellen Organisation oder einer terroristischen Vereinigung ausreichend, eine Zuordnung zu einer bestimmten Straftat hingegen nicht erforderlich ist²⁴⁹. Diese Bestimmung erfasst damit nach einhelliger Meinung alle Bestandteile des Vermögens einer kriminellen Organisation oder einer terroristischen Vereinigung, unabhängig davon, ob sie illegal oder legal erworben wurden²⁵⁰. Diese Regelung basiert auf dem Gedanken, daß selbst legal erworbene Vermögensbestandteile der Erweiterung des Aktionsspielraumes einer kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung dienen²⁵¹.

auch nachfolgend in Fn.249).

²⁴⁸ Vgl. dazu schon oben auf S.43 [Teil 2:D.III.1.a(i)(1)(a)]

²⁴⁹ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.97. Hierin dürfte auch nach der Neufassung des § 165 Abs.5 öStGB der entscheidende Unterschied zu dem noch immer vortatbezogenen § 261 Abs.2 i.V.m. Abs.1 S.1 und S.2 Nr.5 StGB liegen. Insofern handelt es sich bei der österreichischen Regelung wohl auch weiterhin um eine „Spezialität des Landes“ (vgl. bereits Fn.247).

²⁵⁰ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.580

²⁵¹ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.97

Erforderlich ist also nur, daß die Vermögenswerte der Organisation in dem Sinne gehören, daß sie unmittelbar durch ihre Mitglieder, durch Strohleute oder Scheinfirmen, aber auch durch von ihr beherrschte legale Unternehmen verfügen kann²⁵².

Relativ komplexe Umschreibungen der Tatbestandsmerkmale „kriminelle Organisation“ und „terroristische Vereinigung“ sind schließlich §§ 278a S.1 n.F. und 278b Abs.3 öStGB zu entnehmen, auf die § 165 Abs.5 öStGB n.F. durch Klammerzitate verweist²⁵³.

(2) Tathandlung

Diese Vermögensbestandteile müsste ein Täter im Auftrag oder Interesse der kriminellen Organisation beziehungsweise der terroristischen Vereinigung an sich bringen, verwahren, anlegen, verwalten, umwandeln, verwerten oder einem Dritten übertragen.

Die genannten Handlungen entsprechen dabei denen aus § 165 Abs.2 öStGB²⁵⁴, so daß erneut auf weiter oben stehende Ausführungen verwiesen werden darf²⁵⁵. Insofern erscheint es mir richtig, hinsichtlich § 278a Abs.2 S.1 öStGB a.F. / § 165 Abs.5 öStGB n.F. von einer „Erweiterung des § 165 Abs.2 öStGB“ zu sprechen²⁵⁶.

Gegenüber § 165 Abs.2 öStGB beinhaltet dessen Absatz 5 dann aber eine objektive Begrenzung derart, daß die hierin beschriebenen Handlungen nur dann strafbewährt sein sollen, wenn sie im Auftrag oder doch zumindest im Interesse der kriminellen Organisation / der terroristischen Vereinigung erfolgen²⁵⁷. Dafür muß das Handeln nach überwiegender Auffassung entweder durch eine der Organisation zurechenbare Willenserklärung veranlasst worden sein oder es muß wenigstens ihre Struktur oder Ziele faktisch fördern²⁵⁸.

²⁵² Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, STEININGER, § 278a, Rn.24

²⁵³ Erforderlich für eine kriminelle Vereinigung ist nach § 278a S.1 öStGB n.F. „[...] eine auf längere Zeit angelegte unternehmensähnliche Verbindung einer größeren Zahl von Personen [...], die [...] auf die wiederkehrende und geplante Begehung [bestimmter] schwerwiegender strafbarer Handlungen [...] ausgerichtet ist, die dadurch eine Bereicherung in großem Umfang oder erheblichen Einfluß auf Politik oder Wirtschaft anstrebt und die andere zu korrumpieren oder einzuschüchtern oder sich auf besondere Weise gegen Strafverfolgungsmaßnahmen abzuschirmen sucht [...]“. Eine terroristische Vereinigung zeichnet sich nach § 278b Abs.3 öStGB durch einen „[...] auf längere Zeit angelegten Zusammenschluß von mehr als zwei Personen [aus], der darauf ausgerichtet ist, daß von einem oder mehreren Mitgliedern dieser Vereinigung eine oder mehrere terroristische Straftaten [im Sinne von § 278c öStGB] ausgeführt werden.“

²⁵⁴ So auch Wiener Kommentar, öStGB, STEININGER, § 278a, Rn.27

²⁵⁵ Siehe dazu schon oben auf S.52 [Teil 2:D.III.1.a(i)(2)]

²⁵⁶ Vgl. zu diesem Begriff Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.96

²⁵⁷ Vgl. auch BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.581

²⁵⁸ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O. m.w.N. auch zu engeren Interpretationen der in § 278a Abs.2 S.1 öStGB a.F. / § 165 Abs.5 öStGB n.F. geforderten Tatbestandsmerkmale „im

(iii) Subjektiver Tatbestand des § 165 öStGB

Wegen der Verbergung oder Verschleierung kontaminierten Vermögens gemäß § 165 Abs.1 öStGB macht sich wegen § 7 Abs.1 öStGB nur derjenige strafbar, der vorsätzlich handelt. Hierfür ist nach § 5 Abs.1 öStGB erforderlich, daß der Täter einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht (Halbsatz 1), wobei es ausreicht, wenn der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet (Halbsatz 2).

Ausreichend ist also für § 165 Abs.1 öStGB ein *dolus eventualis* sowohl hinsichtlich der verbrecherischen Herkunft der Vermögensbestandteile, als auch hinsichtlich der übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale²⁵⁹. LÖSCHNIG-GSPANDL und KILCHLING versuchen dies mit dem Hinweis zu begründen, daß es bei den inkriminierten Tathandlungen um *per se* anrühige Unterstützungshandlungen gehe²⁶⁰.

Demgegenüber handele es sich bei den in § 165 Abs.2 öStGB und § 278a Abs.2 S.1 a.F. / 165 Abs.5 n.F. öStGB identisch beschriebenen Handlungen um typische und in der Regel geschäftsübliche Verwahrungs- und Verwaltungstätigkeiten von Banken und Wirtschaftstreuhändern, denen also gerade an sich kein Unrechtsgehalt innewohne²⁶¹. Daher macht sich nach dem Gesetzeswortlaut auch nur derjenige strafbar, der wissentlich und damit gesteigert vorsätzlich²⁶² den jeweiligen objektiven Tatbestand erfüllt. Dies ist nach § 5 Abs.3 öStGB anzunehmen, wenn der Täter den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält. Damit entspricht die hier geforderte Wissentlichkeit in etwa dem in Deutschland bekannten *dolus directus* zweiten Grades, der ebenfalls durch einen herausgehobenen Wissensfaktor gekennzeichnet ist²⁶³.

Ein allgemeiner Vorstellungsinhalt über die Tathandlung und die vermögensdeliktische Herkunft des Tatobjekts genügt nach alledem nicht²⁶⁴. Vielmehr muß der Täter die Vortatumstände, aus denen die Subsumierbarkeit als geldwäschereitaugliche Vortat folgt, in seine Vorstellung mit einbeziehen²⁶⁵, wenngleich es dabei freilich nicht auf eine juristisch zutreffende Einordnung ankommt²⁶⁶.

Auftrag“ und „im Interesse“.

²⁵⁹ Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.20

²⁶⁰ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.93 f.

²⁶¹ Vgl. Kilchling, a.a.O., S.94 und 98, sowie BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.579

²⁶² Vgl. Wiener Kommentar, a.a.O., Rn.21

²⁶³ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 15, Rn.7

²⁶⁴ Vgl. Wiener Kommentar, a.a.O., Rn.21

²⁶⁵ Vgl. Wiener Kommentar, a.a.O., Rn.21. Vgl. weiter zu den Problemen hinsichtlich der Feststellbarkeit der Wissentlichkeit BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.582.

²⁶⁶ Vgl. Wiener Kommentar, a.a.O., Rn.22

Damit wird hinsichtlich der Kenntnis um die Objektsherkunft der wesentliche Unterschied zwischen den ansonsten ähnlich weiten Tatbeständen § 165 Abs.2 öStGB und § 261 Abs.2 StGB deutlich: Während in Deutschland aufgrund von § 261 Abs.5 StGB sogar leichtfertige Unkenntnis hinsichtlich der Herkunft des Gegenstandes ausreicht, begnügt sich der österreichische Gesetzgeber nicht einmal mit einem *dolus eventualis*, sondern fordert – wohl zur Einschränkung des Tatbestandes – sogar eine dem *dolus directus* zweiten Grades ähnelnde subjektive Einstellung des Täters zu der Herkunft des Vermögensbestandteils.

Für die Vornahme einer der Handlungsvarianten des § 278a Abs.2 S.1 öStGB a.F. / § 165 Abs.5 öStGB n.F. soll hingegen auch bedingter Vorsatz genügen²⁶⁷, was mit den obigen Ausführungen zum nahezu gleichlautenden § 165 Abs.2 öStGB kaum zu vereinbaren und deshalb meines Erachtens abzulehnen ist.

Da das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist fahrlässige Geldwäscherei in Österreich unter Hinweis auf § 7 Abs.1 öStGB nicht strafbar²⁶⁸.

(iv) Sonstiges

(1) Konkurrenzverhältnis der Absätze 2 und 5 des § 165 öStGB

Das Konkurrenzverhältnis zwischen der vortatbezogenen Geldwäscherei in § 165 Abs.2 öStGB und der organisationsbezogenen Geldwäscherei in § 278a Abs.2 öStGB a.F. / § 165 Abs.5 öStGB n.F. ist scheinbar nicht abschließend geklärt. Anders ist es nicht zu erklären, daß sogar innerhalb eines Kommentars sowohl die Auffassung vertreten wird, § 165 Abs.2 öStGB sei gegenüber § 278a Abs.2 öStGB a.F. subsidiär²⁶⁹, als auch die Meinung, § 278a Abs.2 öStGB a.F. sei das speziellere Delikt²⁷⁰. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, weshalb diese Situation durch die insofern bloß redaktionelle Änderung in Form einer Umnummerierung von § 278a Abs.2 öStGB a.F. zu § 165 Abs.5 öStGB n.F. eine Änderung erfahren haben sollte.

(2) Strafmaß

Die Verbergungs- und Verschleierungsalternative des § 165 Abs.1 öStGB wird bei vollständiger Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen²⁷¹ und damit gemäß

²⁶⁷ Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, STEININGER, § 278a, Rn.28

²⁶⁸ Vgl. auch BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.579

²⁶⁹ So Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.26

²⁷⁰ So Wiener Kommentar, öStGB, STEININGER, § 278a, Rn.23

²⁷¹ Die Mindestzahl der Tagessätze bei einer Geldstrafe beträgt in Österreich zwei Tagessätze

§ 17 Abs.1 und 2 öStGB als Vergehen bestraft.

Ebenso werden die Tatbestandshandlungen des § 165 Abs.2 öStGB, also vor allem das An-sich-bringen, Verwahren und Verwerten bestimmter Vermögensbestandteile, bestraft.

Wer die Tat in Bezug auf einen 40.000 € übersteigenden Wert oder als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, die sich zur fortgesetzten Geldwäscherei verbunden hat, erfüllt die Qualifikation des § 165 Abs.3 öStGB und ist hiernach mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Der organisationsbezogene Geldwäscher muß nach § 165 Abs.5 öStGB im Grundsatz mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und im qualifizierten Fall mit Bezug auf einen Vermögensbestandteil im Wert von mehr als 40.000 € mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren rechnen.

Dabei fällt auf, daß die Strafandrohungen für eine Geldwäsche in Österreich deutlich unter denen liegen, die der deutsche Gesetzgeber statuiert hat:

In Deutschland wird bereits die Leichtfertigkeitsoption des § 261 Abs.5 StGB mit gleicher Strafe bedroht, wie in Österreich die (einfachen) Vorsatzhandlungen des § 165 Abs.1 und 2 öStGB.

Selbst die österreichischen Qualifikationen in § 165 Abs.3 und Abs.5 letzter Halbsatz öStGB liegen lediglich in ihrer Untergrenze geringfügig höher, als dies in Deutschland schon für die mit bedingtem Vorsatz verwirklichtbaren Grundtatbestände des § 261 Abs.1 und 2 StGB gilt.

Die bandenmäßige Begehung wird schließlich nach deutschem Höchstmaß mit zehn Jahren bedroht (§ 261 Abs.4 StGB), wohingegen ein Täter in Österreich nur maximal fünf Jahre Strafe befürchten muß (§ 165 Abs.3 öStGB).

(§ 19 Abs.1 öStGB). Die Höhe eines Tagessatzes bemißt sich dabei nach den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Rechtsbrechers im Zeitpunkt des Urteils erster Instanz, ist jedoch mit mindestens 2 € und höchstens 327 € anzusetzen (§ 19 Abs.2 öStGB). Dabei fällt im Vergleich mit der deutschen Rechtslage auf, daß zwar die Bemessungsgrundlagen im Wesentlichen gleichgestaltet sind (vgl. § 40 Abs.1 S.1 StGB und § 19 Abs. 2 S.1 öStGB), dies aber keineswegs für die Strafzumessung an sich gilt: Während nach deutschem Strafrecht grundsätzlich Geldstrafen von 5 bis 360 Tagessätzen zu je 1 € bis 5.000 € ausgesprochen werden können (§ 40 Abs.1 S.2 und Abs.2 S.3 StGB), wird der verfügbare Strafraum in Österreich hinsichtlich der Höhe eines jeden Tagessatzes im Mindestmaß mit 2 € und im Höchstmaß mit 327 € festgelegt (§ 19 Abs.2 S.2 öStGB). Zwar regelt das österreichische Strafrecht in § 19 Abs.1 S.2 öStGB abweichend von Deutschland nur eine Mindestanzahl an Tagessätzen und setzt keine allgemeine Obergrenze, sondern allenfalls – wie etwa in § 165 Abs.1 öStGB – tatbestandsbezogene Höchstmaße fest; jedoch darf hieraus nicht der Schluß gezogen werden, daß eine ähnliche „Sanktionsschwere“ wie in Deutschland dadurch ermöglicht würde, daß bei zwar geringerer Tagessatzhöhe einfach eine größere Anzahl an Tagessätzen verhängt wird. Denn auch in Österreich wird die Tagessatzanzahl anhand der Schwere der Straftat bestimmt, so daß sich bspw. die besonders hohe Tagessatzanzahl gegenüber einem sehr vermögenden Täter verbietet, wenn diese letztlich nur vorgenommen wird, um den betragsmäßig eng gesteckten Rahmen der Geldstrafe zu umgehen.

(3) Versuchsstrafbarkeit

Die dargestellten Strafandrohungen gelten in Österreich wegen § 15 Abs.1 öStGB auch beim bloßen Versuch der Geldwäscherei²⁷².

(4) Tätige Reue

Auch in Österreich wird die tätige Reue eines Geldwäschers im Interesse des Staates an einer Sicherstellung von Geldwäschetatobjekten nach § 165a öStGB strafbefreiend belohnt.

Inhaltlich entspricht der Strafaufhebungsgrund²⁷³ des § 165a öStGB in Teilen etwa dem § 261 Abs.9 S.1 Nr.2 StGB²⁷⁴. Während in Österreich bereits das bloße Bemühen eines Geldwäschers um die Sicherstellung wesentlicher Vermögensbestandteile für eine Strafbefreiung ausreichen kann (§ 165a Abs.2 öStGB), ist für die vorsätzlich begangene Geldwäsche in Deutschland wegen § 261 Abs.9 S.1 StGB neben der Bewirkung einer solchen Sicherstellung (Nr.2) eine eigene oder veranlasste Anzeige der Tat (Nr.1) erforderlich.

b. §§ 40, 41 BWG, § 18a VAG, §§ 365m bis 365t GewO (1994) de lege lata und §§ 8a bis 9 RAO de lege ferenda

Neben den Strafvorschriften existieren auch in Österreich präventiv orientierte Regelungen zur Geldwäschebekämpfung, die im Wege der Transformierung der diesbezüglichen Vorgaben in der 1.EU-Geldwäscherichtlinie von 1991 entstanden sind. Anders als in Deutschland wurde dort allerdings kein sogenanntes „horizontales“, also eigenständiges Geldwäsche(rei)gesetz erlassen, sondern die notwendigen Regelungen in den jeweiligen Materiengesetzen der Pflichtkreisadressaten integriert²⁷⁵. Im Wesentlichen reduzierte sich das gesetzgeberische Handeln bislang auf das Bundesgesetz über das Bankwesen²⁷⁶ (Bankwesengesetz – BWG), welches an Kredit- und Finanzinstitute adressiert ist, und auf § 18a des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 18.10.1978 (VAG), welches Lebensversicherungsunternehmen bestimmte geldwäscheorientierte Pflichten auferlegt.

Zur Vermeidung von Wiederholungen sollen diese Regelungen nicht en detail dargestellt werden, zumal eine Erläuterung ohnehin nur der Vollständigkeit wegen

²⁷² Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.24 und STEININGER, § 278a, Rn.19

²⁷³ Vgl. Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165a, Rn.1

²⁷⁴ Siehe hierfür bereits oben auf S.28 [Teil 2:C.I.3.c(iii)]

²⁷⁵ Vgl. ZEDER, LJZ 4/2002, S.101

²⁷⁶ BGBl. Nr. 532/1993, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr.2/2001

und zum besseren Verständnis der österreichischen Bemühungen um die Bekämpfung der Geldwäscherei vorzunehmen ist, für das Hauptproblem dieser Arbeit aber mangels Relevanz nicht erforderlich zu sein scheint. Außerdem ist aufgrund der gemeinsamen Vorgaben durch die EU-Geldwäsche-Richtlinien ohnehin weitgehend davon auszugehen, daß sich die Umsetzungsregelungen Deutschlands und Österreichs sehr ähnlich sind. Ausreichend aber auch angebracht erscheint es daher, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Bezug auf das deutsche Geldwäschegesetz herauszuarbeiten.

Ein Hauptunterschied wurde bereits eingangs erwähnt, indem die in Österreich „klassenweise“ vorgenommene Umsetzung der EU-Vorgaben in unterschiedlichen Gesetzen erläutert wurde, während dies in Deutschland einheitlich im Rahmen des Geldwäschegesetzes geschehen ist.

Im übrigen stimmen die präventiv orientierten Konzepte zur Bekämpfung der Geldwäsche in Österreich und Deutschland – so viel darf vorweggenommen werden – im Wesentlichen überein: In beiden Ländern werden den Normadressaten bei bestimmten Geschäftsvorgängen Pflichten zur Identifikation des Kunden auferlegt²⁷⁷. Diese Verpflichtung besteht jeweils bereits dann, wenn eine Transaktion im Wert von mindestens 15.000 € vorgenommen wird²⁷⁸ oder ein Verdacht bezüglich des Vorliegens einer strafbaren Geldwäschehandlung vorliegt²⁷⁹. Die im Rahmen der Identitätsfesthaltemaßnahmen vorgenommenen Aufzeichnungen²⁸⁰ sind schließlich fünf beziehungsweise sechs Jahre aufzuheben²⁸¹. Bei Vorliegen eines Geldwäscheverdachts besteht darüber hinaus in beiden Ländern eine Pflicht zur Anzeige desselben²⁸².

Ein deutlicher Unterschied besteht (noch) hinsichtlich des Adressatenkreises der vorab beschriebenen Pflichten.

Einheitlich sind die Regelungen insofern, als in beiden Ländern Kredit- und Finanzinstitute sowie Versicherungsunternehmen und Immobilienmakler verpflichtet werden²⁸³.

²⁷⁷ Vgl. für Österreich u.a. § 40 Abs.1 BWG und für Deutschland §§ 4 und 8 Abs.1 S.1 GwG

²⁷⁸ Vgl. für Österreich u.a. § 40 Abs.1 Nr.2 und 4 BWG und für Deutschland § 2 Abs.2 GwG

²⁷⁹ Vgl. für Österreich § 40 Abs.1 Nr.3 BWG, sowie § 18a Abs.1 Nr.2 VAG und für Deutschland § 6 GwG

²⁸⁰ Vgl. für Österreich u.a. § 40 Abs.1 Nr.2 und 4 BWG und für Deutschland § 9 Abs.1 und 2 GwG

²⁸¹ Vgl. für Österreich § 40 Abs.3 BWG und § 18a Abs.4 VAG („fünf Jahre“) und für Deutschland § 9 Abs.3 GwG („sechs Jahre“)

²⁸² Vgl. für Österreich § 41 Abs.1 Nr.1 BWG ggf. i.V.m. § 18a Abs.6 VAG (Verdachtsanzeige gegenüber dem Bundesinnenminister, vgl. § 6 des Bundesgesetzes über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei, Sicherheitspolizeigesetz – SPG) und für Deutschland § 11 Abs.1 S.1 GwG (Verdachtsanzeige gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und gegenüber dem Bundeskriminalamt)

²⁸³ Vgl. für Österreich § 1 Abs.1 und 2 BWG, § 18a VAG sowie § 365m Abs.1 GewO (1994) und für Deutschland § 1 Abs.1, 2 und 4 und § 3 Abs.1 Nr.3 GwG

Auffallend ist aber die derzeit unterschiedliche Handhabung hinsichtlich der Inanspruchnahme von Rechtsanwälten:

Insofern sei wiederholend darauf hingewiesen²⁸⁴, daß die Juristen in Deutschland aufgrund der Änderungen durch das Geldwäschebekämpfungsgesetz bereits jetzt den allgemein im Geldwäschegesetz geregelten Identifizierungs-, Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten beispielsweise dann unterliegen, wenn sie für ihre Mandanten beim Kauf oder Verkauf von Immobilien oder der Verwaltung von Geld tätig werden²⁸⁵. In diesen Fällen sind die Anwälte sogar zur Anzeige eines Geldwäscheverdachts verpflichtet, wenn diesem Verdacht nicht gerade solche Informationen zugrunde liegen, die der Rechtsanwalt im Rahmen der Rechtsberatung oder Prozessvertretung des Mandanten erhalten hat²⁸⁶. Die Mitteilung der Verdachtsanzeige gegenüber dem Mandanten ist den Anwälten in Deutschland dann unter Androhung einer Geldbuße bis zu 50.000 € untersagt²⁸⁷.

Demgegenüber betreffen den in Österreich tätigen Anwalt derzeit noch keinerlei Pflichten. Da aber auch Österreich der Pflicht zur Transformierung der 2.EU-Geldwäscherichtlinie von 2001 in nationales Recht unterliegt, ist de lege ferenda davon auszugehen, daß die österreichischen Anwälte dieses Privileg nicht mehr allzu lange werden genießen können und auch im übrigen ähnliche Maßnahmen getroffen werden, wie sie das geänderte Geldwäschegesetz Deutschlands schon jetzt zeigt. Art.3 der 2.EU-Geldwäscherichtlinie bestimmt für die Umsetzung der Richtlinie eigentlich eine Frist bis zum 15.06.2003. Diese ist inzwischen abgelaufen. Es ist daher davon auszugehen, daß in naher Zukunft über den bereits eingebrachten Entwurf über das „Bundesgesetz, mit dem die Rechtsanwaltsordnung, das Rechtsanwaltsstarifgesetz, das Disziplinarstatut für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter, das Bundesgesetz über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassung von europäischen Rechtsanwälten in Österreich, die Notariatsordnung und das Bankwesengesetz geändert werden“²⁸⁸ entschieden werden wird. Dieser Gesetzesentwurf sieht in Art.1 vor allem eine Neueinfügung der §§ 8a bis 8c und von § 9 Abs.4 und 5 in die Rechtsanwaltsordnung (RAO) vor, mit denen im Wesentlichen die EU-Vorgaben mit gleichem Inhalt umgesetzt werden sollen, wie in Deutschland im Geldwäschegesetz. Auffälligster Unterschied ist hierbei meines Erachtens die Vorschrift des neu zu schaffenden § 8c Abs.1 S.3 RAO, der gemäß Art.1 des Entwurfes des oben bezeichneten Änderungsgesetzes folgenden Wortlaut erhalten soll: *„Von einer Verdachtsmeldung [...] darf der Rechtsanwalt seine Partei in Kenntnis setzen, soweit dies dazu dienen soll, die Partei von der Vornahme verbotener Handlungen und Unterlassungen*

²⁸⁴ Vgl. insgesamt zu der deutschen Rechtslage nach dem Geldwäschegesetz schon oben auf den S.31 ff. [Teil 2:C.II.3]

²⁸⁵ Vgl. § 3 Abs.1 S.1 Nr.1 i.V.m. § 2 Abs.1-3, § 6 S.1, § 9 GwG

²⁸⁶ Vgl. § 11 Abs.1 S.1 und Abs.3 S.1 GwG

²⁸⁷ Vgl. §§ 11 Abs.5, 17 Abs.2 Nr.2 und Abs.3 GwG

²⁸⁸ Download im Internet möglich unter [<http://www.justiz.gv.at/gesetzes/detail.php?id=32>]

abzuhalten, die mit Geldwäsche zusammenhängen könnten.“ Abweichend von der in Deutschland geltenden Rechtslage sollen Rechtsanwälte in Österreich ihre Mandanten also nicht hinter deren Rücken ausliefern müssen, sondern dazu befugt sein, sie aus kriminalpräventiven Gründen und in EU-konformer Weise²⁸⁹ von der gebotenen Verdachtsmeldung zu informieren. Diese soll im übrigen – anders als in der Bundesrepublik Deutschland aufgrund von § 11 Abs.4 S.1 GwG – nicht zunächst an die Berufskammer der Rechtsanwälte als Zwischenmeldestelle gehen, sondern direkt an das österreichische Bundeskriminalamt²⁹⁰.

Abschließend bleibt festzuhalten, daß auch der österreichische Gesetzgeber Verstöße gegen die dargestellten Pflichten ahndet, wenngleich der betragsmäßige Rahmen der zur Verfügung stehenden Sanktionen kleiner ist, als in Deutschland²⁹¹.

2. Schweiz

Der schweizerische Gesetzgeber regelt die Geldwäscherei²⁹² im Wesentlichen im Art.305^{bis} ²⁹³ des schweizerischen Strafgesetzbuches, sowie im schweizerischen Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor.²⁹⁴

a. Art.305^{bis} schwStGB²⁹⁵

Geldwäscherei ist in der Schweiz strafbar nach Art.305^{bis} schwStGB²⁹⁶, der am

²⁸⁹ Vgl. Art.8 Abs.2 der 2.EU-Geldwäscherichtlinie (2001/97/EG)

²⁹⁰ Vgl. Art.1 ÄnderungsG-E mit Bezug auf § 8c Abs.1 S.1 RAO n.F.

²⁹¹ Vgl. für Österreich u.a. §§ 98 Abs.2 Nr.6 und 99 Nr.8 BWG („bis zu 20.000 €“) und für Deutschland § 17 Abs.1 bis 3 GwG („bis zu 100.000 €“)

²⁹² Abweichend von der bundesdeutschen Terminologie und übereinstimmend mit den österreichischen Begrifflichkeiten wird die Geldwäsche im deutsch-sprachigen Teil der Schweiz als „Geldwäscherei“ (vgl. Art.305^{bis} schwStGB) und in freier Übersetzung im italienischsprachigen Gebiet als „riciclaggio di denaro“ (also etwa „Geld-Recycling“) und in der französischen Schweiz direkt übersetzt als „blanchissage“ bzw. „blanchiment d'argent“ bezeichnet (vgl. Schubarth, schwStGB, CASSANI, Art.305^{bis} schwStGB, vor Rn.1).

²⁹³ Der Gesetzgeber der Schweiz kennzeichnet nachträglich eingefügte Vorschriften durch hochgestellte lateinische Ordnungszahlen wie bspw. in den Art.179^{bis}, 179^{ter}, 179^{quater}, 179^{quinquies}, 179^{sexies}, 179^{septies}, 179^{octies}, 179^{novies} schwStGB.

²⁹⁴ Vgl. zur Gesetzgebungshistorie in der Schweiz die Ausführungen in Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, vor Art.305^{bis}, Rn.9 ff.

²⁹⁵ Die offizielle Kurzbezeichnung für das Strafgesetzbuch der Schweiz lautet wie in Deutschland und Österreich schlicht „StGB“. Zur Unterscheidung und Abgrenzung von diesen Strafgesetzbüchern wird hier die Abkürzung „schwStGB“ verwendet. Ein vollständiger Abdruck des Art.305^{bis} schwStGB ist dem Anhang auf Seite A-4 zu entnehmen.

²⁹⁶ Bei Art.305^{bis} schwStGB handelt es sich nach Lombardini, WM 2000, S.1478 um den „eigentlichen Geldwäschereiartikel“. Zu dem Sonderdelikt des Art.305^{ter} schwStGB vgl. unten auf S.77 ff. [Teil 2:D.III.2.c(ii)]. Nur kurz soll darüber hinaus darauf hingewiesen werden, daß die

01.08.1990 in Kraft getreten ist und auszugsweise wie folgt lautet:

Art.305^{bis} – Geldwäscherei

1. Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiß oder annehmen muß, aus einem Verbrechen herrühren, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft.

2. und 3.: ...

(i) Objektiver Tatbestand

(1) Tatobjekt

Geldwäschetaugliche Tatobjekte sind im schweizerischen Strafrecht also nur solche Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen herrühren (Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB).

(a) Vermögenswerte

Um möglichen neuen Geldwäschereimethoden entgegenzuwirken, werden in der Schweiz unter das Tatbestandsmerkmal „Vermögenswerte“ weitgefasst alle Gegenstände mit wirtschaftlichem Wert subsumiert, also neben Geld auch Wertpapiere, Edelmetalle und Edelsteine, Forderungen und Forderungserlasse sowie Gewinne und Verlustverminderungen²⁹⁷. Daher ist davon auszugehen, daß inhaltlich kein wesentlicher Unterschied zu dem Tatbestandsmerkmal „Gegenstand“²⁹⁸ im deutschen § 261 Abs.1 S.1 StGB besteht²⁹⁹.

(b) Vortat

(aa) Verbrechen, aber keine Vergehen – ein Rechtsvergleich der Bestimmung in Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB mit dem Vortatenkatalog des § 261 Abs.1 S.2 StGB

Auffallend ist im Vergleich zu den Regelungen der Bundesrepublik Deutschland und Österreichs in § 261 StGB beziehungsweise § 165 öStGB, daß die Schweiz ausschließlich Verbrechen als Geldwäschevortaten genügen lässt. Ein Deliktskatalog, der daneben auch bestimmte Vergehen als geldwäschetaugliche

Strafgesetzgebung in der Schweiz grundsätzlich Sache des Bundes ist und nur subsidiär die Kantone hierzu befugt sind (vgl. Art.333 und 335 schwStGB).

²⁹⁷ Vgl. TRECHSEL, schwStGB, Art.305^{bis}, Rn.9; ACKERMANN, Money Laundering, S.235 und Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.5

²⁹⁸ Siehe hierzu bereits oben auf S.18 [Teil 2:C.I.3.a(i)(1)]

²⁹⁹ So auch EGGER TANNER, S.37

Vortaten auszeichnen würde, existiert hingegen nicht³⁰⁰.

Vordergründig könnte deshalb davon ausgegangen werden, daß in Deutschland und Österreich in größerem Umfang Delikte als geldwäschetaugliche Vortaten angesehen werden. Zwar beansprucht die vorliegende Arbeit nicht, die jeweiligen Landesbestimmungen im Kampf gegen die Geldwäsche nach ihrer Effektivität zu beurteilen und zu vergleichen. Dennoch bedarf es zumindest grob der Bestimmung des Anwendungsbereiches der einzelnen Strafvorschriften, da etwa mit einem sehr umfangreichen Vortatenkatalog auch die mögliche Strafbarkeit eines Verteidigers bei der Honorarannahme wahrscheinlicher wird beziehungsweise umgekehrt sich das hier zugrundeliegende Problem immer mehr relativiert, je stärker der jeweilige Vortatenkatalog eingeschränkt ist.

Der Anwendungsumfang von Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB ist dabei keineswegs so eindeutig und auf den ersten Blick zu bestimmen, wie zuvor angedacht wurde. Die Einschätzung, daß Deutschland aufgrund der Einbeziehung diverser Vergehen in § 261 Abs.1 S.2 StGB über den umfangreicheren Vortatenkatalog verfüge, als die sich auf reine Verbrechen reduzierende Schweiz, muß nämlich insofern überprüft werden, als es aufgrund unterschiedlicher gesetzgeberischer Qualifizierungen von Delikten als Verbrechen oder als Vergehen möglich erscheint, daß in der Schweiz in einem ähnlichen Umfang Straftaten geldwäschetauglich sind wie in der Bundesrepublik Deutschland³⁰¹.

Aus diesem Grund soll auch hier und in Anlehnung an die diesbezüglichen Ausführungen zur österreichischen Gesetzeslage³⁰² versucht werden, durch die Untersuchung und den Vergleich einiger als geldwäschetypisch erachteter Vortaten festzustellen, ob sie in den jeweiligen Rechtsordnungen als Geldwäschevortaten unter § 261 Abs.1 S.2 StGB beziehungsweise Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB zu subsumieren sind.

Freilich sind hierbei die schon für Österreich geltend gemachten Vorbehalte insbesondere hinsichtlich des nicht erhobenen Anspruchs auf Vollständigkeit und Detailtreue gleichermaßen zu beachten³⁰³.

Da der schweizerische Gesetzgeber sich bei der Umschreibung geldwäschetauglicher Vortaten auf Verbrechenstatbestände beschränkt hat, darf eine

³⁰⁰ Der Grund für den Verzicht auf eine Einzelauflistung in der Schweiz mag nach Auffassung von PIETH darin liegen, daß damit die permanenten Reformen etwa des hiesigen deutschen Gesetzgebers vermieden werden sollten (vgl. Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.7).

³⁰¹ Vgl. zu einem ähnlichen Gedankengang bezüglich der österreichischen Regelung in § 165 Abs.1 öStGB schon oben auf S.44 ff. und allgemein EGGER TANNER, S.58.

³⁰² Siehe dazu schon oben auf S.44 ff.

³⁰³ Vgl. dazu schon oben auf S.44 ff.

Auseinandersetzung mit dieser Deliktsqualifikation als Grundvoraussetzung des nachfolgenden Vergleichs angesehen werden.

Verbrechen sind nach Art.9 Abs.1 schwStGB alle mit Zuchthaus bedrohten Handlungen. Die Zuchthausstrafe ist dabei die schwerste Freiheitsstrafe, die das schweizerische Strafrecht kennt (Art.35 S.1 schwStGB). Diese ist grundsätzlich auf ein bis zwanzig Jahre befristet und kann nur bei besonderer gesetzlicher Bestimmung lebenslänglich sein (Art.35 S.2 und 3 schwStGB). Die in Art.36 schwStGB geregelte Gefängnisstrafe ist hingegen grundsätzlich auf eine Dauer von mindestens drei Tagen und höchstens drei Jahren ausgelegt.

Dabei fällt auf, daß je nach gesetzlicher Ausgestaltung des konkreten Tatbestandes im Strafraum zwischen einem Jahr und drei Jahren parallel sowohl die Gefängnisstrafe, wie auch die Zuchthausstrafe als Sanktion ausgesprochen werden können.

Geldwäschetauglich sind Vortaten in der Schweiz damit bereits ab einer Freiheitsstrafe von einem Jahr, aber eben nur dann, wenn die mindestens einjährige Freiheitsstrafe nicht einfache Gefängnisstrafe, sondern qualifizierte Zuchthausstrafe ist (Art.35 S.1 und 2 schwStGB).

Mit dieser Unterscheidung innerhalb der Freiheitsstrafen geht der schweizerische Gesetzgeber hinsichtlich der geldwäschetauglichen Vortaten jedenfalls über das in § 12 Abs.1 StGB für Deutschland geregelte Erfordernis hinaus, das für die Qualifizierung als Verbrechen nur eine Strafandrohung von mindestens einjähriger Freiheitsstrafe vorsieht, wo man eine Unterscheidung zwischen Gefängnis- und Zuchthausstrafe hingegen aber nicht kennt.

Nach diesen vorbereitenden Ausführungen soll die nachfolgende Übersicht eine Überprüfung der vorab getätigten Einschätzung hinsichtlich des Anwendungsumfangs von Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB in Relation zum deutschen § 261 Abs.1 S.2 StGB ermöglichen:

<i>Delikt</i>		Schweiz		
		<i>Vorschrift</i>	<i>Qualifizierung</i>	<i>Geldwäschevortat</i>
Bestechlichkeit		Art.322 ^{quater} schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
Bestechung		Art.322 ^{ter} schwStGB		ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
Betäubungs- mitteldelikte	einfachere Delikte	Art.19 Ziff.1 S.1, Art.19a, 19c-23 BetMG ³⁰⁴	Vergehen	nein
	schwerere Delikte	Art.19 Ziff.1 S.2 i.V.m. Ziff.2 BetMG	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
Betrug	einfach	Art.146 Abs.1 schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
	gewerbs- oder bandenmäßig	Art.146 Abs.2 schwStGB (nur gewerbsmäßig)		
Diebstahl	einfach	Art.139 Ziff. schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
	gewerbs- oder bandenmäßig	Art.139 Ziff.2 und Ziff.3 Alt.1 schwStGB		
Erpressung	einfach	Art.156 Ziff.1 schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
	gewerbs- oder bandenmäßig	Art.156 Ziff.2 schwStGB (nur gewerbsmäßig)		
	räuberische Erpressung	Art.156 Ziff.3 i.V.m. Art.140 schwStGB		
Geldfälschung		Art.240 Unterabs.1 schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
Hehlerei	einfach	Art.160 Ziff.1 S.1 schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
	gewerbs- oder bandenmäßig	Art.160 Ziff.2 schwStGB (nur gewerbsmäßig)		
Kriminelle Vereinigung (Gründung oder Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung)		Art.260 ^{ter} schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)
Raub (einfacher / schwerer / mit Todesfolge) und räuberischer Diebstahl		Art.140 schwStGB	Verbrechen	ja (Art.305 ^{bis} Ziff.1 schwStGB)

(Fortsetzung folgt auf Seite 68)

³⁰⁴ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz – BetMG) vom 03.10.1952, AS 1952, 241; Stand: 27.11.2001

Deutschland			Delikt	
Vorschrift	Qualifizierung	Geldwäschevortat		
§ 332 Abs.1 und Abs.3 StGB	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.2a StGB)	Bestechlichkeit	
§ 334 StGB		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.2a StGB)	Bestechung	
§ 29 Abs.1 S.1 Nr.1 BtMG	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.2b StGB)	Betäubungs- mitteldelikte	einfachere Delikte
§ 29a Abs.1 Nr.2, 30 Abs.1 Nr.1, 30a Abs.1 und Abs.2 Nr.2 BtMG	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)		schwerere Delikte
§ 263 Abs.1, 263a Abs.1, 264 Abs.1 StGB	Vergehen	nein	Betrug	einfach
§ 263 Abs.3 S.1 und S.2 Nr.1 StGB, § 263a Abs.2 i.V.m. § 263 Abs.3 StGB		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig
§ 242 Abs.1 StGB	Vergehen	nein	Diebstahl	einfach
§ 243 Abs.1 S.2 Nr.3, § 244 Abs.1 Nr.2 StGB		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig
§ 253 Abs.1 StGB	Vergehen	nein	Erpressung	einfach
§ 253 Abs.4 StGB	Vergehen (wg. § 12 Abs.3 StGB)	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig
§ 253 i.V.m. § 255 StGB	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)		räuberische Erpressung
§ 146 Abs.1 und Abs.2 StGB	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)	Geldfälschung	
§ 259 Abs.1 StGB	Vergehen	nein	Hehlerei	einfach
§ 260 Abs.1 StGB (gewerbs- oder bandenmäßig)		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig, sonstige schwere Fälle
§ 260a Abs.1 StGB (gewerbs- und bandenmäßig zugleich)	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)		
§ 129 Abs.1 StGB	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.5 StGB)	Kriminelle Vereinigung (Gründung oder Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung)	
§§ 249-252 StGB	Verbrechen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB)	Raub (einfacher / schwerer / mit Todesfolge) und räuberischer Diebstahl	

(Fortsetzung folgt auf Seite 69)

<i>Delikt</i>		Schweiz		
		<i>Vorschrift</i>	<i>Qualifizierung</i>	<i>Geldwäschevortat</i>
Steuerhinterziehung	einfach	Art. 175 Abs. 1 DBG ³⁰⁵	lediglich sog. Übertretung gemäß Art. 101 schwStGB (Sanktion: Geldbuße iSv Art. 106 schwStGB)	nein
	gewerbs- oder bandenmäßig	nicht geregelt		nein
Terrorismusfinanzierung		nicht speziell geregelt, aber wohl von Art. 260 ^{ter} schwStGB umfasst	Verbrechen	wohl ja (Art. 305 ^{bis} Ziff. 1 schwStGB)
Urkundsdelikte (Urkundenfälschung, -unterdrückung etc.)	einfach	Art. 251 Ziff. 1 und 254 Abs. 1 schwStGB	Verbrechen	ja (Art. 305 ^{bis} Ziff. 1 schwStGB)
	gewerbs- oder bandenmäßig	nicht speziell geregelt		
Zuhälterei	einfach	Art. 195 schwStGB	Verbrechen	ja (Art. 305 ^{bis} Ziff. 1 schwStGB)
	Gewerbsmäßig	nicht speziell geregelt		

Tabelle 3: Vergleichende Übersicht zu den geldwäschetauglichen Vortaten in der Schweiz und in Deutschland

³⁰⁵ Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer (DBG), AS 1991, 1184; Stand: 21.05.2002

Deutschland			Delikt	
Vorschrift	Qualifizierung	Geldwäschevortat		
§ 370 Abs.1 AO	Vergehen (wg. § 369 Abs.2 AO i.V.m. § 12 Abs.1, 2 StGB)	nein	Steuerhinterziehung	einfach
§ 370a S.1 AO	Verbrechen (wg. § 369 Abs.2 AO i.V.m. § 12 Abs.1 StGB)	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1 und S.3 StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig
§ 129a Abs.3 StGB	Vergehen	ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.5 StGB)	Terrorismusfinanzierung	
§§ 267 Abs.1, 269 Abs.1 StGB (keine Urkundenunterdrückung gemäß § 274 StGB)	Vergehen	nein	Urkundensdelikte (Urkundenfälschung, - unterdrückung etc.)	einfach
§ 267 Abs.3 S.2 Nr.1 StGB ggf. über § 269 Abs.3 auch bzgl. § 269 Abs.1 StGB		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a)		gewerbs- oder bandenmäßig
§ 181a Abs.1 StGB	Vergehen	nein	Zuhälterei	einfach
§ 181a Abs.2 StGB (gewerbsmäßig)		ja (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.4a StGB)		gewerbs- oder bandenmäßig

Nach der vorangegangenen Übersicht fällt zunächst einmal auf, daß der schweizerische Gesetzgeber zahlreiche Delikte als Verbrechen qualifiziert hat, die in Deutschland als bloßes Vergehen ausgestaltet wurden (z.B. Bestechungsdelikte; einfacher, gewerbs- oder bandenmäßiger Betrug; einfacher, gewerbs- oder bandenmäßiger Diebstahl; einfache, gewerbs- oder bandenmäßige Erpressung; einfache und gewerbsmäßige Hehlerei; Gründung oder Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung; Terrorismusfinanzierung; einfache Urkundsdelikte; einfache Zuhälterei).

Hinsichtlich der Geldwäschetauglichkeit ist zu beobachten, daß aufgrund dieser unterschiedlichen gesetzgeberischen Wertung und trotz der unterschiedlichen Gestaltung von Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB und § 261 Abs.1 S.2 StGB nahezu alle der insgesamt dargestellten Delikte in der Schweiz ebenso als geldwäschetauglich angesehen werden, wie auch in Deutschland. Lediglich im Bereich einfacher Betäubungsmitteldelikte und gewerbs- oder bandenmäßiger Steuerhinterziehung geht die deutsche Regelung über die der Schweiz hinaus und sieht auch hieraus herrührende Gegenstände als Tatobjekte einer Geldwäsche an. Dafür sind in der Schweiz selbst einfach begangene Delikte des Betrugs, des Diebstahls, der Erpressung, der Hehlerei sowie der Zuhälterei und einfache Urkundendelikte als Verbrechen ausgestaltet, so daß sie – anders als in Deutschland – Geldwäschevortat sein können.

Hiernach kann unter erneutem Hinweis auf die eingangs erwähnten Vorbehalte zusammengefasst werden, daß die schweizerische Vortaten-Regelung in Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB entgegen ersten Bedenken hinsichtlich ihres Umfangs in weiten Bereichen der deutschen Regelung in § 261 Abs.1 S.2 StGB entspricht. Nur in wenigen Bereichen bestehen zwischen den genannten Vorschriften hinsichtlich der Vortaten Unterschiede, die jedoch an anderer Stelle in etwa wieder aufgewogen werden. Der Unterschied der jeweiligen Landesvorschriften ist also nicht derart gravierend, wie zunächst vermutet werden konnte, sondern liegt letztlich im Detail verborgen.

bb) Auslandstaten gemäß Art.305^{bis} Ziff.3 schwStGB

Als Vortat kommt gemäß Art.305^{bis} Ziff.3 schwStGB auch eine im Ausland begangene Straftat in Betracht, sofern diese auch am Begehungsort strafbar ist. Dabei muß es sich wegen Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB um ein Verbrechen nach dem dargelegten schweizerischen Verständnis handeln³⁰⁶.

³⁰⁶ Vgl. auch TRECHSEL, schwStGB, Art.305^{bis}, Rn.10; ACKERMANN, Money Laundering, S.216 f.. Vgl. insgesamt zum Inhalt des Art.305^{bis} Ziff.3 schwStGB und zu einem Vergleich mit § 261 Abs.8 StGB EGGER TANNER, S.81-90.

(c) Herrühren

Um taugliches Tatobjekt einer strafbaren Geldwäscherei sein zu können, muß ein Vermögenswert in der Schweiz aus einem Verbrechen herrühren (Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB).

Leider hat es auch der schweizerische Gesetzgeber unterlassen, diesen Begriff legal zu definieren³⁰⁷. Die Intention für die Verwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs sollte nach den Ausführungen zu der gleichlautenden deutschen Regelung³⁰⁸ dennoch klageworden sein: Auch in der Schweiz war der Gesetzgeber darum bemüht, dem Umstand Rechnung zu tragen, daß die Geldwäscherei vielfach auch eine Wandelung der Form der Wertträger mitumfasst³⁰⁹. Demnach sollten wohl auch solche Vermögenswerte erfasst werden, die zwar nicht mehr sachlich, wohl aber wertmäßig dem unmittelbar aus dem Verbrechen herrührenden Vermögenswert entsprechen, demgegenüber also wertgleiche Surrogate darstellen³¹⁰.

(2) Tathandlung

Strafbar macht sich nach Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung solcher geldwäschetauglicher Vermögenswerte zu vereiteln. Die Herausarbeitung der insofern relevanten und weitgehend³¹¹ der deutschen Regelung in § 261 Abs.1 S.1 StGB entsprechenden Vereitelungshandlungen hat der schweizerische Gesetzgeber ausdrücklich der Gerichtspraxis überlassen³¹². In Frage kommen hierfür wohl alle Handlungen, die es ermöglichen können, daß aus dem vorläufig erlangten Verbrechen Gewinn ein endgültiger wird³¹³. Wenn der Täter dabei als Mitglied einer Verbrechenorganisation, banden- oder gewerbsmäßig handelt, macht er sich nach Art.305^{bis} Ziff.2 S.3 schwStGB sogar qualifiziert strafbar.

Das Verschleiern von Vermögenswerten wird anders als in Deutschland durch § 261 Abs.1 S.1 StGB in der Schweiz nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt³¹⁴.

³⁰⁷ Zur damit einhergehenden Kritik im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art.1 schwStGB vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.236 und GUGGISBERG, S.56

³⁰⁸ Siehe dazu schon oben auf S.24 [Teil 2:C.I.3.a(i)(3)]

³⁰⁹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.244

³¹⁰ So auch ACKERMANN, a.a.O.; Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.22; Schubarth, Code pénal suisse, CASSANI, Art.305^{bis}, Rn.25; a.A. ist u.a. GUGGISBERG, S.56

³¹¹ Zutreffend hat schon HÖRETH erkannt, daß ein Unterschied lediglich darin besteht, daß die Handlungen im deutschen Recht einen Erfolg oder wenigstens eine konkrete Gefährdung voraussetzen, wohingegen sich der schweizerische Gesetzgeber mit einer abstrakten Eignung der aufgeführten Handlungen zur Herbeiführung der Vereitelung begnügt hat (vgl. HÖRETH, S.136).

³¹² Vgl. WOHLERS, ZStrR 2002, S.201 und GUGGISBERG, S.57 auch zu den hiermit einhergehenden Bedenken hinsichtlich des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes aus Art.1 schwStGB

³¹³ Vgl. dazu ACKERMANN, Money Laundering, S.258

Auch enthält Art.305^{bis} schwStGB keine dem § 261 Abs.2 StGB entsprechende Regelung, weshalb umstritten ist, ob die bloße Entgegennahme schmutziger Vermögenswerte überhaupt hierunter zu subsumieren ist³¹⁵.

(ii) Subjektiver Tatbestand

Wegen Geldwäscherei kann aber hiernach und in Ermangelung einer Fahrlässigkeitsbestimmung nur bestraft werden, wer den objektiven Tatbestand des Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB vorsätzlich erfüllt (Art.18 Unterabs.1 schwStGB). Hierfür ist erforderlich, daß der Täter die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art.18 Unterabs.2 schwStGB), wobei Eventualvorsatz ausreichen soll³¹⁶.

Hinsichtlich des Tatobjekts bestimmt Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB ausdrücklich, daß der Täter dessen Herkunft wissen oder annehmen muß, diesbezüglich also ebenfalls zumindest bedingten³¹⁷ Vorsatz haben muß. Der Täter muß hiernach insbesondere wissen, daß es sich bei der Vortat um ein Verbrechen handelt, was nach einer Parallelwertung in der Laiensphäre zu beurteilen ist³¹⁸.

Vorschläge, die auf eine zusätzliche Absicht zur Förderung des Organisierten Verbrechens oder auf eine Bereicherungsabsicht abzielten, konnten sich bislang nicht durchsetzen³¹⁹.

Demnach ist die Schweiz hinsichtlich der subjektiven Einstellung zu dem bemakelten Geldwäscheobjekt den gleichen Weg gegangen, wie Österreich und droht nur Strafe bei zumindest bedingter Kenntnis von der Bemakelung an. Insofern bleibt also auch die schweizerische Regelung hinter dem Anwendungsbereich des deutschen § 261 StGB zurück, der wegen seines Absatzes 5 bereits die fahrlässige Unkenntnis von der Bemakelung ausreichen lässt, um den Strafraum von § 261 Abs.1 und 2 StGB zu eröffnen³²⁰.

³¹⁴ Vgl. dazu ACKERMANN, Money Laundering, S.254

³¹⁵ Vgl. schon HÖRETH, S.136. Auf diesen Streitstand wird an einer nachfolgenden Stelle (vgl. S.195 ff. [Teil 3:B.II.1.]) näher einzugehen sein, wenn konkret die Frage beantwortet werden soll, ob sich ein Strafverteidiger in der Schweiz durch die Annahme kontaminierten Honorars der Geldwäscherei nach Art.305^{bis} schwStGB strafbar machen kann.

³¹⁶ Vgl. dazu TRECHSEL, schwStGB, Art. 305bis, Rn.20 und HOYER / KLOS, S.139

³¹⁷ Vgl. dazu TRECHSEL, a.a.O.

³¹⁸ Vgl. dazu Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.46

³¹⁹ Vgl. hierzu ACKERMANN, Money Laundering, S.288 f.

³²⁰ Bemerkenswert ist dabei, daß im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren durchaus ein Tatbestand der grob fahrlässigen Geldwäscherei diskutiert und von einer Expertengruppe mehrheitlich befürwortet worden war, schließlich sich ein entsprechender Entwurf aber aus systematisch-dogmatischen wie auch rechtsstaatlich-praktischen Gründen nicht durchzusetzen vermochte (vgl. hierzu ACKERMANN, Money Laundering, S.91 ff. m.w.N.).

(iii) Sonstiges

(1) Strafmaß

Die vollständige Erfüllung des einfachen Vereitelungstatbestandes des Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB führt im Regelfall zu einer Bestrafung mit Gefängnis von drei Tagen bis zu drei Jahren³²¹ oder Buße bis zu 40.000 Schweizer Franken³²².

In den schweren, vor allem banden- und gewerbsmäßig orientierten Fällen des Art.305^{bis} Ziff.2 schwStGB³²³ erwarten den Täter Zuchthaus von einem Jahr³²⁴ bis zu fünf Jahre oder Gefängnis bis zu drei Jahre³²⁵. Zusammen damit wird eine Buße bis zu einer Million Franken³²⁶ verbunden.

Die Strafandrohungen des schweizerischen Gesetzgebers entsprechen damit eher denen Österreichs, als den in Deutschland gewählten.

Eine dem § 261 Abs.4 StGB gleichkommende Höchst-Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren statuiert auch das schweizerische Strafrecht nicht.

Weiter fällt auf, daß in Deutschland bereits der in § 261 Abs.5 StGB geregelte Fall der leichtfertigen Unkenntnis hinsichtlich der Tatobjekts-Herkunft mit maximal zweijähriger Freiheitsstrafe oder Geldstrafe fast schon an das Strafmaß heranreicht, welches in der Schweiz für den in Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB normierten Fall der vorsätzlichen Kenntnis bestimmt ist.

Insgesamt bleibt der schweizerische Geldwäschereitstatbestand damit hinsichtlich seiner Strafandrohung deutlich hinter dem deutschen § 261 StGB zurück.

³²¹ Vgl. hinsichtlich der Dauer der Freiheitsstrafe im Gefängnis Art.36 schwStGB

³²² Vgl. hinsichtlich des Rahmens bei der Buße Art.48 Ziff.1 S.1 schwStGB. Der Betrag der Buße ist unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Täters so zu bestimmen, daß dieser durch die Einbuße die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art.48 Ziff.2 S.1 schwStGB). Ein in Tagessatzzahl und Tagessatzhöhe geteiltes System kennt das schweizerische Strafgesezt, anders als das deutsche und das österreichische Strafgeseztbuch, also nicht. Weiter fällt auf, daß die in der Schweiz grundsätzlich und auch in Bezug auf den Geldwäschereitstatbestand des Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB bestehende Höchstbuße mit lediglich 40.000 Franken, also derzeit etwa 24.500 €, gegenüber der in Deutschland vorgesehenen Höchst-Geldstrafe von 360 Tagessätzen zu je 5.000 € (vgl. § 40 Abs.1 S.2 und Abs.2 S.3 StGB), also maximal 1.800.000 €, in Anbetracht der sonst massiven Strafandrohungen erstaunlich niedrig gewählt wurde. Eine höhere Buße kann in der Schweiz nur dann festgesetzt werden, wenn der Täter aus Gewinnsucht handelt (Art.48 Ziff.1 S.2 schwStGB) oder wenn ein schwerer Fall der Geldwäsche (Art.305^{bis} Ziff.2 schwStGB) vorliegt.

³²³ Vgl. hierzu die Ausführungen von STRATENWERTH, S.343

³²⁴ Vgl. zu der unteren Grenze hinsichtlich der Dauer einer Freiheitsstrafe im Zuchthaus Art.35 S.2 schwStGB

³²⁵ Vgl. zu der oberen Grenze hinsichtlich der Dauer einer Freiheitsstrafe im Gefängnis Art.36 schwStGB

³²⁶ 1 Mio. Franken sind umgerechnet derzeit etwa 613.500 €.

(2) Versuchsstrafbarkeit

Grundsätzlich ist in der Schweiz sowohl der vollendete, als auch der unvollendete Versuch einer Geldwäscherei wegen Art.21 Unterabs.1 und Art.22 Unterabs.1 schwStGB strafbar.

Während der unvollendete Versuch im schweizerischen Strafrecht den Abbruch der Ausführung eines Verbrechens vor dessen Beendigung beschreibt (Art.21 schwStGB), wird beim vollendeten Versuch die strafbare Tätigkeit zwar zu Ende geführt, jedoch tritt der zur Vollendung gehörende Deliktserfolg nicht ein (Art.22 schwStGB). In beiden Fällen besteht dann die Möglichkeit, die Strafe nach Maßgabe von Art.65 schwStGB zu mildern.

Konkret auf Art.305^{bis} schwStGB bezogen, ist ein vollendeter tauglicher Versuch nach Art.22 schwStGB bei der Geldwäscherei als schlichtem Tätigkeitsdelikt nicht möglich³²⁷. Ein unvollendeter Versuch nach Art.21 schwStGB ist demgegenüber denkbar, wenn der Täter irrtümlicherweise annimmt, die Vermögenswerte stammten aus einem Verbrechen³²⁸.

(3) Tätige Reue

Die allgemeine und nicht speziell geldwäschebezogene Möglichkeit einer Strafmilderung schafft schließlich Art.64 Alt.8 schwStGB für den Fall, wenn der Täter aufrichtig tätige Reue zeigt. Zu beachten ist dabei natürlich, daß die hierdurch ermöglichte fakultative Strafmilderung im Interesse einer Schadensgutmachung und gerade nicht – wie etwa in Deutschland und Österreich in den speziellen Reuevorschriften der §§ 261 Abs.9, 10 StGB und 165a öStGB vorgesehen – im staatlichen Interesse an einer Sicherstellung von Tatobjekten der Geldwäsche angeboten wird.

b. Art.1 ff. schwGwG³²⁹

Zwar unterliegt die Schweiz als Nicht-Mitgliedsstaat der Europäischen Union nicht den gleichen Umsetzungszwängen hinsichtlich der beiden EU-Geldwäscherichtlinien wie Deutschland und Österreich, dennoch war sie darum bemüht, insbesondere den internationalen Empfehlungen der „Financial Action Task Force on

³²⁷ Vgl. TRECHSEL, schwStGB, Art.305^{bis}, Rn.29

³²⁸ Vgl. TRECHSEL, a.a.O. und EGGER TANNER, S.245-247

³²⁹ Die amtliche Kurzbezeichnung für das Geldwäschereigesetz der Schweiz lautet schlicht „GwG“. Zur Unterscheidung und Abgrenzung von dem deutschen Geldwäschegesetz (GwG) soll in dieser Arbeit auf die Abkürzung „schwGwG“ abgestellt werden.

Money Laundering (FATF)³³⁰ nachzukommen und so dem europäischen Minimum in der Bekämpfung der Geldwäsche zu entsprechen³³¹.

Zu diesem Zweck hat die Schweiz wie zuvor schon Deutschland ein spezielles Geldwäschereigesetz³³² erlassen und am 01.04.1998 in Kraft gesetzt, welches nach Art.1 schwGwG die Bekämpfung der Geldwäsche im Sinne von Art.305^{bis} schwStGB und die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften zum Gegenstand hat.

Damit liegt der Schluß nahe, daß auch das schweizerische Geldwäschereigesetz eine Art Ausführungsgesetz des Straftatbestandes der Geldwäscherei ist, indem es bereits die Einführung der illegalen Vermögenswerte in den legalen Wirtschaftskreislauf verhindern soll und damit eine ähnliche Rolle einnimmt, wie das deutsche Geldwäschegesetz im Hinblick auf § 261 StGB.

Hieraus lässt sich dann weiter ableiten, daß auch das schweizerische Geldwäschereigesetz für die Strafverteidigerproblematik nicht von unmittelbarer Bedeutung sein wird. Zum besseren Verständnis hinsichtlich der schweizerischen Bemühungen um die Bekämpfung der Geldwäscherei und damit der Verfolgung des Geldflusses scheint eine kurze Darstellung der Regelungen dennoch angebracht, die sich aber wiederum auf die Pointierung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu den deutschen Regelungen des Geldwäschegesetzes beschränken soll.

Der schweizerische Gesetzgeber sieht ebenso wie der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich bestimmter Finanzgeschäfte vor, daß die Identität der Vertragspartei festgestellt wird³³³ und die hierüber erstellten Aufzeichnungen³³⁴ für eine bestimmte Dauer aufzubewahren sind³³⁵. Eine allgemeine Identifizierungspflicht besteht dabei in der Schweiz schon anfänglich bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen³³⁶ und daneben wie auch in Deutschland dann, wenn eine Transaktion einen bestimmten Schwellenwert überschreitet³³⁷. Betragsunabhängig besteht auch in der Schweiz beim Bestehen von Verdachtsmomenten für eine mögliche Geldwäscherei eine Identifizierungspflicht³³⁸ und darüber hinaus grundsätzlich auch eine

³³⁰ Das schweizerische Geldwäschereigesetz orientiert sich dabei an den überarbeiteten Empfehlungen der FATF vom 28.06.1996 und nicht an der ursprünglichen, schon oben auf S.10 [Teil 2:B.I.] erwähnten Fassung.

³³¹ Vgl. LOMBARDINI, WM 2000, S.1481 und 1483 m.w.N.

³³² Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor („Geldwäschereigesetz“, GwG) vom 10.10.1997, SR. 955.0

³³³ Vgl. für die Schweiz Art.3 Unterabs.1 schwGwG und für Deutschland §§ 4 und 8 Abs.1 S.1 GwG

³³⁴ Vgl. für die Schweiz Art.7 Unterabs.1 schwGwG und für Deutschland § 9 Abs.1 und 2 GwG

³³⁵ Vgl. für die Schweiz Art.7 Unterabs.3 schwGwG („zehn Jahre“) und für Deutschland § 9 Abs.3 GwG („sechs Jahre“)

³³⁶ Vgl. Art.3 Unterabs.1 schwGwG

³³⁷ Vgl. für die Schweiz Art.3 Unterabs.2 und 3 schwGwG (bei Geldwechselgeschäften 5.000 Schweizer Franken, bei Kassageschäften 15.000 Schweizer Franken) und für Deutschland § 2 Abs.2 GwG (allgemein 15.000 €)

³³⁸ Vgl. für die Schweiz Art.3 Unterabs.4 schwGwG, sowie Art.14 Unterabs.3 KontrollstellenVO und für Deutschland § 6 GwG

Anzeigepflicht³³⁹. Eine Mitteilung an Betroffene oder Dritte über die Meldung verbietet sich in der Schweiz ebenso wie in Deutschland³⁴⁰.

Interessant erscheint dann noch ein Blick auf die Umschreibung des Adressatenkreises in der Schweiz:

Pflichtadressaten des dortigen Geldwäschereigesetzes sind nach dessen Art.2 Unterabs.1 sogenannte „Finanzintermediäre“. Hierbei handelt es sich zunächst um bestimmte Banken, Fondsleitungen, Versicherungseinrichtungen, Effektenhändler und Spielbanken, aber auch um Personen, die berufsmäßig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen³⁴¹.

Damit besteht in der Schweiz unabhängig von europarechtlichen Vorgaben bereits seit 1998 eine Regelung, die der deutschen Bestimmung des Adressatenkreises in § 1 Abs.1, 2 und 4, § 3 Abs.1 S.1 GwG in etwa entspricht und insbesondere auch Rechtsanwälte und Notare bei bestimmten Tätigkeiten in den Pflichtenkreis miteinbezieht.

Eine Ausnahme von der generellen Verdachtsmeldepflicht des Art.9 Unterabs.1 schwGwG macht Unterabsatz 2 für diese Juristen allerdings soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis nach Art.321 schwStGB³⁴² untersteht. Selbst wenn also ein Rechtsanwalt in der Schweiz entgeltlich Vermögen für einen Mandanten verwaltet, trifft ihn – wie in Deutschland – regelmäßig nur die Pflicht der Identifizierung nebst Aufzeichnung und Aufbewahrung, nicht aber eine Meldepflicht.

Festzustellen ist am Ende noch, daß in der Schweiz lediglich die Verletzung der Verdachtsmeldepflicht mit einer Buße bis zu 200.000 Schweizer Franken bestraft wird, während in Deutschland selbst die nur fahrlässige Zuwiderhandlung gegen jegliche Pflichten des Geldwäschegesetzes mit einer Geldbuße bis zu 100.000 € geahndet wird^{343, 344}.

³³⁹ Vgl. für die Schweiz Art.9 Unterabs.1 und Art.23 Unterabs.1 schwGwG (Verdachtsanzeige gegenüber dem Bundesamt für Polizei) und für Deutschland § 11 Abs.1 S.1 GwG (Verdachtsanzeige gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und dem Bundeskriminalamt)

³⁴⁰ Vgl. für die Schweiz Art.10 Unterabs.3 schwGwG und für Deutschland § 11 Abs.5 GwG

³⁴¹ Vgl. Art.2 Unterabs.2 und 3 schwGwG; vgl. zu den Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Adressatenkreises des schwGwG nur Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, vor Art.305^{bis}, Rn.36

³⁴² Art.321 schwStGB lautet auszugsweise in Unterabs.1: „Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, [...], die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.“

³⁴³ Vgl. für die Schweiz Art.37 schwGwG und für Deutschland § 17 Abs.1 bis 3 GwG

³⁴⁴ Eine Übersicht über das System der Geldwäschebekämpfung nach dem Geldwäschereigesetz gibt die Broschüre „Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz“ (download im Internet möglich unter [<http://internet.bap.admin.ch/d/themen/geld/MedientagDcorrfev03.pdf>]), S.9 ff..

c. Sonstige Vorschriften

Neben den Regelungen des Art.305^{bis} schwStGB und des schweizerischen Geldwäschereigesetzes soll im Folgenden noch ein Überblick über sonstige, ebenfalls geldwäscherelevante Regelungen des schweizerischen Rechts gegeben werden.

(i) Art.1 ff. VSB

Zu nennen ist zunächst die 1977 in Kraft getretene³⁴⁵ Vereinbarung über die Sorgfaltspflichten der Banken bei der Entgegennahme von Geldern und über die Handhabung des Bankgeheimnisses³⁴⁶ (VSB).

Gesetztes Ziel dieser privatrechtlichen Vereinbarung³⁴⁷ zwischen der schweizerischen Bankiervereinigung und den unterzeichnenden Banken ist dabei nach ihrer Präambel in Art.1 die Wahrung des Ansehens des schweizerischen Bankgewerbes, die Umschreibung einer einwandfreien Geschäftsführung bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen und das Beitragen zur Bekämpfung der Geldwäscherei. Hierzu erlegt die VSB in den Art.3 bis 6 vermögensverwaltenden Banken weitgehende Pflichten bezüglich der Identifikation des Kontobeziehungsweise Depotberechtigten³⁴⁸ auf, denen in weiten Bereichen die Regelungen des schweizerischen Geldwäschereigesetzes entsprechen.

Besondere Bedeutung kommt der VSB insbesondere wegen ihrer Vorbild-Wirkung unter anderem für die 40 Empfehlungen der „Financial Action Task Force on Money Laundering“ zu³⁴⁹. Weiter dient die VSB gemäß ihrem Art.1 Abs.3 unter anderem der Konkretisierung³⁵⁰ der Art.3 bis 5 schwGwG.

(ii) Art.305^{ter} schwStGB

(1) Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB

In Abkehr von dem Gedanken an eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Geldwäscherei³⁵¹ führte der schweizerische Gesetzgeber nach dem Vorbild der 1982

³⁴⁵ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.84 m.w.N.

³⁴⁶ Die „Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)“ wurden am 01.07.1977 in Kraft gesetzt und seither mehrmals erneuert, letztmalig am 28.01.1998 (vgl. ACKERMANN, a.a.O. m.w.N.).

³⁴⁷ Vgl. zu dem privatrechtlichen Charakter der VSB LOMBARDINI, WM 2000, S.1473 m.w.N.

³⁴⁸ Vgl. dazu auch HOYER / KLOS, S.141-143

³⁴⁹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.93

³⁵⁰ Siehe hierzu vor allem Art.2 bis 6 VSB

³⁵¹ Obwohl Bernasconi für die Schweiz zunächst „nur“ einen Straftatbestand der grobfahrlässigen Geldwäscherei vorgeschlagen und sich die Mehrheit der Studienkommission sogar für eine

reformierten VSB schließlich den am 01.08.1990 in Kraft getretenen Art.305^{ter} mit dem nachfolgend auszugsweise³⁵² wiedergegebenen Inhalt in das schweizerische Strafgesetzbuch ein³⁵³:

Art.305^{ter} – Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften

1 Wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr, mit Haft oder Busse bestraft.

2 ...

Hiernach macht sich also strafbar, wer berufsmässig mit fremden Vermögenswerten arbeitet und bei der erforderlichen Identitätsfeststellung sorgfaltswidrig handelt. Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB ist damit kein „richtiger“ Geldwäschetatbestand wie der oben erläuterte Art.305^{bis} schwStGB; vielmehr sanktioniert er auf strafrechtlicher Ebene vorsätzliches sorgfaltswidriges Verhalten bei Finanzgeschäften und bei der damit zusammenhängenden Identifikationspflicht.

Ob die Vermögenswerte, auf die sich diese Identifikationspflicht letztlich bezieht, aus einer Straftat herrühren oder nicht, ist dabei nicht entscheidend³⁵⁴. Zwischen der Verletzung der Identifikationspflicht und der Geldwäscherei besteht eben gerade kein zwingender Zusammenhang³⁵⁵.

Die Vorschrift ist als echtes Sonderdelikt ausgestaltet und impliziert, daß die Tat nur von Personen begangen werden kann, die sich berufsmässig mit Finanzgeschäften befassen³⁵⁶. Es sind dies vor allem Banken und Finanzinstitute, aber auch Treuhänder, Anlageberater, Finanzverwalter und Edelmetallhändler³⁵⁷. Rechtsanwälte sollen von der Identifikationspflicht des Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB ebenfalls betroffen sein, wenn sie anlage- oder vermögensverwaltend tätig werden³⁵⁸, nicht hingegen in Bereichen der klassischen Anwaltstätigkeit³⁵⁹, wozu meines Erachtens auch die Strafverteidigung zu zählen ist.

Die Pflicht zur Identifikation umfasst nach überwiegender Auffassung sowohl die Feststellung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten, als auch über den Wortlaut

Bestrafung auch der einfachen Fahrlässigkeit ausgesprochen hatte, wurde im Bundesrat eine separate Strafnorm für mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften verabschiedet (vgl. HÖRETH, S.159).

³⁵² Ein vollständiger Abdruck des Art.305^{ter} schwStGB ist dem Anhang auf Seite A-4 zu entnehmen.

³⁵³ Vgl. STRATENWERTH, S.346 und ACKERMANN, Money Laundering, S.94

³⁵⁴ Vgl. STRATENWERTH, S.347

³⁵⁵ So schon STRATENWERTH, S.349

³⁵⁶ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.98 und LOMBARDINI, WM 2000, S.1479, jeweils m.w.N.

³⁵⁷ Vgl. GUGGISBERG, S.60

³⁵⁸ Vgl. ACKERMANN, a.a.O.

³⁵⁹ Vgl. GUGGISBERG, a.a.O.

der Vorschrift hinaus die des direkten Vertragspartners, sofern diese personenverschieden sind³⁶⁰.

Welche Anforderungen hierbei an die anzuwendende Sorgfalt zu stellen sind, geht aus Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB nicht klar hervor³⁶¹. Die Gerichte können sich zur Auslegung an den Artikeln 2 und 3 VSB orientieren, die bei der Legiferierung von Art.305^{ter} schwStGB Pate standen³⁶². Um keine Widersprüche in der Schweizer Rechtsordnung aufkommen zu lassen und wegen der gesetzgeberischen Orientierung von Art.305^{ter} schwStGB an der VSB sollte der Sorgfaltsmaßstab keinen übertriebenen Anforderungen ausgesetzt werden, sondern etwa an dem der Artikel 3 und 4 schwGwG angepasst sein^{363 364}.

In subjektiver Hinsicht erfordert Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB den mindestens bedingten Vorsatz³⁶⁵ des Sorgfaltspflichtigen, auch wenn die Vorschrift anstelle der Pönalisierung der fahrlässigen Geldwäscherei Einzug in das Gesetz gehalten hat und nach ihrem Schwergewicht eine Sorgfaltspflichtverletzung sanktioniert. Konkret muß sich der Täter bewusst sein oder doch in Kauf nehmen, daß er der Pflicht zur Identifikation seines Geschäftspartners zuwiderhandelt³⁶⁶.

Die gesamttatbestandliche Erfüllung des Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB wird mit Gefängnis von drei Tagen³⁶⁷ bis zu einem Jahr, mit Haft von einem Tag bis zu drei Monaten³⁶⁸ oder mit einer Buße von grundsätzlich bis zu 40.000 Franken³⁶⁹ bestraft.

In konkurrenzrechtlicher Hinsicht ist auszuführen, daß der Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften, der ja das Vorfeld der Geldwäsche abdecken soll, nach unumstrittener Auffassung hinter Art.305^{bis} schwStGB

³⁶⁰ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.112 m.w.N. und STRATENWERTH, S.349; a.A. ist u.a. EGGER TANNER, S.277 m.w.N. unter Bezugnahme auf den klaren Wortlaut von Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB und den in Art.1 schwStGB statuierten Grundsatz „nulla poena sine lege“.

³⁶¹ Zu der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit auch unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebotes („nulla poena sine lege stricta“) vgl. LOMBARDINI, WM 2000, S.1480, Fn.50 m.w.N. und GUGGISBERG, S.61

³⁶² Vgl. LOMBARDINI, WM 2000, S.1476 m.w.N. und GUGGISBERG, S.61

³⁶³ Vgl. zum Versuch einer Bestimmung der konkret einzuhaltenden Sorgfalt EGGER TANNER, S.280-283

³⁶⁴ Zusammen mit LOMBARDINI (WM 2000, S.1480) stellt sich dem Verfasser dann aber die Frage, ob durch das Inkrafttreten des detaillierten Geldwäschereigesetzes die Bestimmung von Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB nicht faktisch obsolet geworden ist.

³⁶⁵ Zur subjektiv-tatbestandlichen Ausrichtung von Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.120 m.w.N.; LOMBARDINI, WM 2000, S.1480 m.w.N. und HÖRETH, S.166

³⁶⁶ Vgl. STRATENWERTH, S.350

³⁶⁷ Vgl. zu der unteren Grenze der Dauer einer Freiheitsstrafe im Gefängnis Art.36 schwStGB

³⁶⁸ Vgl. zu der Dauer einer Haft-Freiheitsstrafe Art.39 Ziff.1 S.1 schwStGB

³⁶⁹ Vgl. zu der Obergrenze einer Buße Art.48 Ziff.1 S.1 schwStGB. 40.000 Franken sind derzeit umgerechnet etwa 24.500 €. Erneut ist darauf hinzuweisen, daß der Richter gemäß Art.48 Ziff.1 S.2 StGB nicht an diesen Regel-Höchstbetrag gebunden ist, wenn der Täter aus Gewinnsucht handelt.

zurücktritt, sofern der Täter zugleich dieses schwerere Delikt begeht³⁷⁰.

(2) Art.305^{ter} Unterabs.2 schwStGB

Art.305^{ter} Unterabs.2 schwStGB statuiert schließlich einen besonderen Rechtfertigungsgrund³⁷¹ für die Verletzung von Geheimhaltungsinteressen, die mit der Anzeige geldwäscherelevanter Aktivitäten einhergeht: Die von Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB erfassten Personen sind demnach berechtigt, den inländischen Strafverfolgungsbehörden und den vom Gesetz bezeichneten Bundesbehörden Wahrnehmungen zu melden, die darauf schließen lassen, daß Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren. Während also Art.9 Abs.1 schwGwG eine Meldepflicht gegenüber der Meldestelle für Geldwäsche für den Fall der positiven Kenntnis oder zumindest des begründeten Verdachts etwa hinsichtlich einer nach Art.305^{bis} schwStGB strafbaren Geldwäscherei vorsieht, berechtigt Art.305^{ter} Unterabs.2 schwStGB bereits dann zur Meldung an die Strafverfolgungsbehörden, wenn nur Wahrnehmungen darauf schließen lassen, daß Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren.³⁷²

(iii) EBK-Richtlinien

Abschließend sei auf die Richtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), in Kraft getreten am 01.07.1998, eingegangen:

Die staatliche Aufsichtsbehörde über die Banken, Börsen und Effekthändler in der Schweiz ist schon seit langem um eine wirksame Bekämpfung der Geldwäscherei in den Banken bemüht, um letztlich den guten Ruf des Finanzplatzes Schweiz nicht zu gefährden³⁷³. Hierfür wurden Richtlinien aufgestellt und per Rundschreiben an die Finanzintermediäre im Sinne des Geldwäschereigesetzes (schwGwG) gerichtet. Konkret wurden die Banken hierin angewiesen, bei der Ausbildung ihres Personals der Verhinderung und Bekämpfung der Geldwäscherei gebührendes Gewicht beizumessen³⁷⁴.

Das Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission enthält damit zum einen Weisungen und Empfehlungen an die Banken; zum anderen können die hierin enthaltenen Richtlinien aber auch dem Strafrichter bei der Frage behilflich sein, ob im zu entscheidenden Fall der Straftatbestand der Geldwäscherei erfüllt ist³⁷⁵.

³⁷⁰ Vgl. EGGER TANNER, S.237 m.w.N.

³⁷¹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.140 und LOMBARDINI, WM 2000, S.1480

³⁷² Nähere Ausführungen zu Art.305^{ter} Unterabs.2 schwStGB finden sich etwa in STRATENWERTH, S.351 f..

³⁷³ Vgl. LOMBARDINI, WM 2000, S.1476

³⁷⁴ Vgl. LOMBARDINI, a.a.O., S.1477

³⁷⁵ Vgl. LOMBARDINI, a.a.O., Fn.25

3. USA

Abschließend sollen nun die gesetzgeberischen Bemühungen in der Geldwäschebekämpfung im dritten und letzten Vergleichsland – den Vereinigten Staaten von Amerika – dargestellt werden.

a. Gesetzeshistorie

In den USA werden die Regelungen zur Bekämpfung der dort als „money laundering“³⁷⁶ umschriebenen Geldwäsche nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung in Tatbestände der ersten, zweiten oder dritten Generation eingeteilt³⁷⁷. Dementsprechend soll auch in dieser Arbeit von dem bisher angewandten Aufbau – erst Straftatbestände, dann präventiv orientierte Regelungen – abgewichen und einem eher chronologischen Aufbau gefolgt werden.

(i) Geldwäschetatbestände der ersten Generation

Bei den Geldwäschetatbeständen der ersten Generation handelt es sich im Wesentlichen um den „Bank Secrecy Act“ und um allgemeine Verbrechenstatbestände, die zur Bekämpfung der Geldwäsche herangezogen wurden.

(1) „Bank Secrecy Act 1982“, „Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act“ und „Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act“

Die ersten Versuche zum systematischen Vorgehen gegen das Problem der Geldwäsche wurden in den USA Anfang der 70er Jahre mit dem „Bank Records and Foreign Transaction Act“ gewagt³⁷⁸, der allgemein als „Bank Secrecy Act“ (BSA) bekannt wurde³⁷⁹ und dessen Bestimmungen in den Titeln 12 und 31 des United States Code (U.S.C.) geregelt sind³⁸⁰.

Die Regelungen von 12 U.S.C. §§ 1730d, 1829b und 1951-1953 beinhalten verschiedene Identifikations-, Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten für Finanzinstitute und Banken, Broker, Wertschriftenhändler und sonstige Finanzinstitute³⁸¹. Ergänzt werden diese von einer in 31 U.S.C. § 5313 geregelten

³⁷⁶ Vgl. zu dem Begriff „money laundering“ bereits oben auf S.5 [Teil 2:A.I.]

³⁷⁷ Vgl. etwa ARZT, ZStrR 1989, S.172-175; vgl. zu den Geldwäschetatbeständen der nun vierten Generation weiter unten auf S.84 [Teil 2:D.III.3.a(iv)]

³⁷⁸ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.82

³⁷⁹ Vgl. FÜLBIER / AEPFELBACH, GwG, S.459, Rn.1

³⁸⁰ Vgl. HOYER / KLOS, S.96

³⁸¹ Vgl. HOYER / KLOS, S.97

Meldepflicht, der die betroffenen Finanzinstitute nachzukommen haben, indem sie bei der Vornahme von baren Transaktionen den sogenannten „Currency Transaction Report“ ausfüllen und an die als „Internal Revenue Service“ bezeichneten Steuerbehörden senden³⁸². Weitere Meldepflichten finden sich schließlich in 26 U.S.C. § 6050 I und 31 U.S.C. § 5316 für sonstige Gewerbetreibende und für den grenzüberschreitenden Vermögenstransfer³⁸³. Im letztgenannten Fall entsteht zudem eine Deklarationspflicht³⁸⁴.

Schon 1970 wurde der „Bank Secrecy Act“ durch den „Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act“ ergänzt, in der Hoffnung, mit diesem umfassenden Gesetz den Drogenmissbrauch wirksam zu bekämpfen³⁸⁵.

Der ebenfalls 1970 eingeführte „Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act“ (RICO) wird als das wichtigste Gesetzeswerk auf dem Sektor der Bekämpfung des organisierten Verbrechens angesehen³⁸⁶. Primärziel dieses umfangreichen Gesetzes ist es, die Einleitung von Vermögenswerten aus strafbaren Vortaten in die legale Wirtschaft zu verbieten³⁸⁷.

Zwar wurde der „Bank Secrecy Act“ bis etwa 1984 sowohl von zahlreichen Banken als auch nicht zuletzt von der Bankenaufsicht weitestgehend schlicht ignoriert³⁸⁸. Dennoch bleibt anzuerkennen, daß die Vereinigten Staaten von Amerika schon sehr frühzeitig über ähnliche präventiv orientierte Regelungen zur Entdeckung der Geldwäsche verfügten, wie sie in den europäischen Vergleichsländern erst sehr viel später erlassen wurden.

(2) Allgemeine Verbrechenstatbestände

In Ermangelung einer speziellen „money laundering“-Strafnorm wurden zur strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche schon lange traditionelle Straftatbestände wie der der Verbrechenverabredung gemäß 18 U.S.C. § 371 und der Tatbestand der falschen Angaben gegenüber einer Behörde gemäß 18 U.S.C. § 1001 angewandt³⁸⁹. Daneben existieren ähnliche Tatbestände auch im Strafrecht der Einzelstaaten, die dort ebenfalls zur Geldwäschebekämpfung eingesetzt werden³⁹⁰.

³⁸² Vgl. FÜLBIER / AEPFELBACH, GwG, S.459, Rn.1 und HOYER / KLOS, S.97

³⁸³ Vgl. HOYER / KLOS, S.97 und ACKERMANN, Money Laundering, S.87

³⁸⁴ Vgl. HOYER / KLOS, S.97

³⁸⁵ Vgl. HOYER / KLOS, S.97 f.

³⁸⁶ Vgl. HOYER / KLOS, S.98

³⁸⁷ Vgl. HOYER / KLOS, S.98

³⁸⁸ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.166, Fn.13

³⁸⁹ Vgl. HÖRETH, S.86

³⁹⁰ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.173

Früher, wie auch heute noch, wird in den USA darüber hinaus das Steuerstrafrecht zur Verfolgung von Geldwäschern eingesetzt³⁹¹. Denn fast immer wird derjenige, der verbrecherisch erzielte Gewinne wäscht oder beim Waschen hilft, auch dazu beitragen, diese Einnahmen der ordnungsgemäßen Versteuerung zu entziehen³⁹².

(ii) Geldwäschetatbestände der zweiten Generation: Reformen des „Bank Secrecy Act 1982“

Erst etwa ab 1984 wurde den bankrechtlichen Meldepflichten verstärkte Aufmerksamkeit geschenkt, nachdem der „Bank Secrecy Act“ im Jahre 1982 in übersichtlicherer Form neu verkündet worden war und die Sanktionen, die bei Verletzung der Meldepflichten verhängt werden sollten, drastisch verschärft worden waren³⁹³. Nach den Änderungen wurde in den normierten und bei Verstoß sanktionierten Meldepflichten *„[...] an effective tool in the fight against illegal narcotics trafficking [...] by creating a paper trail to trace drug and other proceeds back to their illegal source [...]“* gesehen³⁹⁴.

Das Netz der Meldepflichten wurde in den Jahren 1984, 1986 und 1988 noch wesentlich dichter geknüpft und betraf fortan nicht mehr nur Banken³⁹⁵. Vielmehr mussten alle Privatpersonen beispielsweise die Ein- oder Ausfuhr von Bargeld oder Inhaberpapieren in die beziehungsweise aus den USA heraus anzeigen³⁹⁶. Geschäftsleute wurden zur Meldung verpflichtet, wenn sie für Waren oder Dienstleistungen Bargeld annahmen³⁹⁷.

(iii) Geldwäschetatbestände der dritten Generation: „Anti Drug Abuse Act“

1986 wurde mit dem „Anti Drug Abuse Act 1986“ ein universelles Anti-Drogen-Gesetz geschaffen, das eine Reihe von Bestimmungen über Betäubungsmitteldelikte und damit zusammenhängende sonstige kriminelle Tätigkeiten regelte³⁹⁸. Unter anderem war in seinem ersten Titel der sogenannte „Money Laundering Control Act 1986“ (MLCA) geregelt³⁹⁹.

³⁹¹ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.166

³⁹² Vgl. ARZT, a.a.O.

³⁹³ Vgl. FÜLBIER / AEPFELBACH, GWG, S.460, Rn.3 und ARZT, ZStrR 1989, S.162 und 166, dort Fn.13

³⁹⁴ Vgl. ARZT, a.a.O., S.166, Fn.13 m.w.N.

³⁹⁵ Vgl. ARZT, a.a.O., S.174

³⁹⁶ Vgl. ARZT, a.a.O.

³⁹⁷ Vgl. ARZT, a.a.O.

³⁹⁸ Vgl. HOYER / KLOS, S.98

³⁹⁹ Vgl. HOYER / KLOS, a.a.O.

Ihm ist die dritte Generation von Tatbeständen zu verdanken, die der Bekämpfung der Geldwäsche dienen und diese nun explizit auch als solche bezeichnen⁴⁰⁰. Die damit angesprochenen strafrechtlichen Regelungen von 18 U.S.C § 1956 und § 1957 wurden im Jahre 1988 durch das zweite Anti-Drogen-Gesetz – den „Anti Drug Abuse Act 1988“ – neugefasst⁴⁰¹. Auf sie wird im Folgenden dieser Arbeit das Hauptaugenmerk zu richten sein⁴⁰².

(iv) Geldwäschetatbestände der vierten Generation: „Patriot Act“

Im Oktober 2001 kam es in den Vereinigten Staaten von Amerika durch den „International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001“ zu umfassenden Änderungen unter anderem im Geldwäscherecht, die es meines Erachtens rechtfertigen, die vierte Generation von Geldwäschetatbeständen als eingeläutet anzusehen.

Trauriger Hintergrund für die Entstehungsgeschichte dieses Legislativakts sind die terroristischen Anschläge der afghanischen Al-Qaida auf die Zwillingtürme des World Trade Centers in New York, USA, und auf das Pentagon in Washington, D.C., USA, vom 11. September 2001.

*„[...] To deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes [...]“*⁴⁰³ verabschiedete der 107. Kongreß der Vereinigten Staaten in der Rekordzeit von nur fünf Verhandlungswochen⁴⁰⁴ am 24.10.2001 den „Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001“, bekannt geworden unter dem Akronym „USA PATRIOT Act“^{405 406}. Der Patriot Act dient damit vorrangig der wirksamen Bekämpfung des Terrorismus. Zu diesem Zweck sind insbesondere die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden massivst erweitert worden⁴⁰⁷.

Im Patriot Act heißt es weiter: *„The Congress finds that money laundering [...] provides the financial fuel that permits transnational criminal enterprises to conduct and expand their operations to the detriment of the safety and security of American citizens [and that] money laundering, and the defects in financial transparency on*

⁴⁰⁰ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.167 und HOYER / KLOS, S.98

⁴⁰¹ Vgl. HOYER / KLOS, S.99

⁴⁰² Siehe dazu weiter unten auf S.85 [Teil 2:D.III.3.b]

⁴⁰³ Das Zitat entspricht der ausführlichen Bezeichnung des „USA PATRIOT Act of 2001“, H.R.3162, 107th Congress, 1st session; download möglich im Internet unter [<http://www.epic.org/privacy/terrorism/hr3162.pdf>].

⁴⁰⁴ Vgl. BLOKZYL, S.3; vgl. weiter a.a.O. S.6-11 zur Gesetzgebungsgeschichte des USA Patriot Act 2001

⁴⁰⁵ Der Kurztitel und das Akronym „Patriot Act“ stammen aus Sec.1 (vgl. auch Fn.403) desselben.

⁴⁰⁶ Vgl. zur Kritik am Patriot Act BLOKZYL, S.10-15

⁴⁰⁷ Vgl. Title I, Sec.101-106 und Title II, Sec.201-225 des Patriot Act (vgl. auch Fn.403), sowie BLOKZYL, S.4-6

*which money launderers rely, are critical to the financing of global terrorism and the provision of funds for terrorist attacks.”*⁴⁰⁸ Aufgrund dieser in Amerika angenommenen Eignung der Geldwäsche zur Finanzierung des Terrorismus wird es dann auch für erforderlich gehalten „[...] *to increase the strength of United States measures to prevent, detect, and prosecute international money laundering and the financing of terrorism*”⁴⁰⁹.

Um diesem Zweck gerecht zu werden, enthält der Patriot Act in Titel III (Sektionen 301 bis 377) den eingangs erwähnten „International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001“, durch den die im 18. Titel des United States Code (U.S.C.) bereits bestehenden strafrechtlichen Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche ergänzt und geändert werden⁴¹⁰.

b. Darstellung der Strafvorschriften

(i) Vorbemerkung zum amerikanischen Geldwäschestrafrecht

Der US-amerikanische Gesetzgeber zeigt leider nur sehr wenig Sinn für Systematik⁴¹¹, was sich in äußerst schwer verständlichen Regelungen niederschlägt⁴¹². Neben einer Vielzahl an Regelungen führt eben dieser Umstand dazu, daß der hier einzig zu gebende und durch den Umfang der Arbeit beschränkte Überblick über die Gesetze zur Bekämpfung der Geldwäsche oberflächlicher ausfallen muß, als der zu den weiter oben dargestellten Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz. Insbesondere sollen sich die folgenden Ausführungen daher auf die strafrechtlich orientierten Geldwäschevorschriften von 18 U.S.C §§ 1956 und 1957 konzentrieren. Die sonstigen amerikanischen Bestimmungen, insbesondere also die des „Bank Secrecy Act“ und ähnlicher ermittlungsorientierter Gesetze, sind demgegenüber für das Strafverteidigerproblem nicht von unmittelbarer Bedeutung und sollen daher über die bereits kurz gehaltene Darstellung hinaus nicht weiter erläutert werden⁴¹³.

Dabei soll und darf bei der Beschränkung auf 18 U.S.C. §§ 1956 und 1957 nicht darüber hinweggetäuscht werden, daß damit die hier vorgenommene Darstellung allein auf amerikanisches Bundesstrafrecht bezogen wird und daneben zahlreiche

⁴⁰⁸ Vgl. Title III, Sec.302 (a) (1) und (2) des Patriot Act (vgl. auch Fn.403)

⁴⁰⁹ Vgl. Title III, Sec.302 (b) (1) des Patriot Act (vgl. auch Fn.403)

⁴¹⁰ Vgl. hierfür beispielsweise nur die umfangreichen Änderungen des U.S.C. durch Sec.311 ff. des Patriot Act (vgl. auch Fn.403)

⁴¹¹ So auch schon ACKERMANN, Money Laundering, S.86

⁴¹² Vgl. beispielhaft nur die für diese Arbeit allein bedeutsamen Strafbarkeits-Bestimmungen in 18 U.S.C. §§ 1956 und 1957 im Anhang auf den Seiten A-5 ff.

⁴¹³ Siehe dazu schon oben auf S.81 [Teil 2:D.III.3.a]. Ausführungen zu den aktuellsten Änderungen des Bank Secrecy Act durch den Patriot Act finden sich v.a. in Title III, Subtitle B, Sec.351-366 des Patriot Act 2001.

weitere Geldwäsche-Strafvorschriften der Einzelstaaten existieren⁴¹⁴. Dieses komplizierte Nebeneinander strafrechtlicher Bestimmungen auf Bundes- und Landesebene soll durch einen kurzen Einblick in das amerikanische System der Gesetzgebungskompetenzen erläutert werden:

Grundsätzlich sind die USA als Staatenbund nicht ermächtigt, auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts unbeschränkt zu legislieren⁴¹⁵. Die Gesetzgebungskompetenz liegt also – zumindest im strafrechtlichen Bereich – prinzipiell bei den Einzelstaaten⁴¹⁶. Die USA selbst können Strafnormen eigentlich nur im Rahmen der ihnen durch die Bundesverfassung eingeräumten Kompetenzen aufstellen⁴¹⁷. Meines Erachtens ist der „United States Constitution“⁴¹⁸ an sich keine explizite Regelung zu entnehmen, wonach die Legislierung strafrechtlicher Geldwäschenvorschriften auf Bundesebene legitimiert wäre. Diese Einschätzung wurde in mehreren schriftlichen Anfragen bei diversen Strafverteidigern in den Vereinigten Staaten im Wesentlichen auch bestätigt. Daß es trotzdem zum Erlaß der 18 U.S.C. §§ 1956 und 1957 kam und diese wohl auch als verfassungskonform angesehen werden, dürfte vor allem in der sogenannten „commerce clause“ begründet liegen: Nach Article I, Section 8, Clause 3 der U.S. Constitution heißt es: „*[The Congress shall have Power...] to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes*“. Weiter unten wird in Clause 18 ausgeführt, daß sich das amerikanische Volk bei der Erschaffung der Verfassung darauf geeinigt hat, daß der Kongreß als Legislativorgan des Bundes⁴¹⁹ unter anderem ermächtigt sein soll, „*[...] to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Power [...]*“.

Von Bedeutung ist also insbesondere die Regelung, daß der sogenannte „interstate commerce“⁴²⁰, also der zwischenstaatliche Handel, der bundesstaatlichen Gesetzgebung untersteht und Missbräuche in diesem Bereich somit nach Bundesstrafrecht zu ahnden sind⁴²¹. Diese Regelung wird seit vielen Jahren als Einfalltor der Bundesgesetzgebung in Bereiche, die eigentlich den Einzelstaaten vorbehalten sind, genutzt, weil hieraus in sehr allgemeiner Weise abgeleitet worden ist, daß der Bund ermächtigt sei, die grenzüberschreitende Kriminalität unter Strafe zu stellen⁴²².

⁴¹⁴ Siehe hierzu die Beispiele in Fn.424

⁴¹⁵ Vgl. SCHMID, Strafrecht USA, S.20

⁴¹⁶ Vgl. KÖBLER, S.XXX

⁴¹⁷ Vgl. SCHMID, a.a.O.

⁴¹⁸ Die U.S. Constitution ist im Internet abrufbar unter [<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>]; siehe ansonsten CORWIN / SMALL / JAYSON, S.1 ff.

⁴¹⁹ Vgl. Article I, Section 1 U.S. Constitution

⁴²⁰ Vgl. hierzu allg. ANTIEAU, Constitutional Law II, S.38 ff.

⁴²¹ Vgl. SCHMID, Strafrecht USA, S.20 f.

⁴²² Vgl. SCHMID, a.a.O., S.21. Vgl. zur Rechtsprechung des „Supreme Court“ hinsichtlich der „Commerce Clause“ auch ANTIEAU, Constitutional Law II, S.39.

Die Folge des also nur „auf dem Papier“ bestehenden Vorrangs der Einzelstaaten gegenüber dem Bundesstaat in Bereichen der Strafrechtsgesetzgebung⁴²³ ist schließlich die bereits angedeutete, vielfach festzustellende Überlappung bundes- und einzelstaatlicher Vorschriften. So darf davon ausgegangen werden, daß für den Bereich der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung neben den bundesrechtlichen Regelungen der 18 U.S.C. §§ 1956 und 1957 wohl in den meisten, wenn nicht gar in jedem der fünfzig Einzelstaaten ebenfalls Regelungen existieren, mit denen „money laundering“ pönalisiert wird⁴²⁴.

Dabei können geringfügige Unterschiede in den einzelnen Strafvorschriften nicht gänzlich ausgeschlossen werden und damit auch nicht etwaige Unterschiede in der Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz einer Honorarannahme durch Strafverteidiger. Dennoch scheint eine Beschränkung auf lediglich einen „criminal code“ zur Bewahrung der Übersichtlichkeit in dieser Arbeit erforderlich, aber auch ausreichend, um einen Vergleich mit den übrigen Ländern vornehmen zu können. Dabei liegt es dann nahe, hierfür die Bundesvorschriften der 18 U.S.C. §§ 1956 und 1957 heranzuziehen, um sie mit den dort ausschließlich vorhandenen, landesweit geltenden §§ 261 StGB, 165 öStGB und Art.305^{bis} und 305^{ter} schwStGB Deutschlands, Österreichs und der Schweiz zu vergleichen.

(ii) 18 U.S.C. § 1956

(1) § 1956 (a) (1)⁴²⁵

18 U.S.C. § 1956 lautet auszugsweise⁴²⁶ wie folgt:

§ 1956 – Laundering of monetary instruments

(a)

(1) *Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity -*

(A)

(i) *with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or*
(ii) *with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or*

⁴²³ So ähnlich auch KÖBLER, S.XXX

⁴²⁴ Vgl. exemplarisch nur im California Penal Code, Title 7, Chapter 10, Section 186.9 und 186.10, weiter im Texas Penal Code, Title 7, Chapter 34, ferner im Iowa Code 2003, Title XVI, Subtitle 1, Chapter 706B und schließlich in den Idaho Statutes, Title 18, Chapter 82. Diese und weitere Strafgesetze der amerikanischen Einzelstaaten sind im Internet abrufbar unter [http://www.law.cornell.edu/topics/state_statutes2.html#criminal_code].

⁴²⁵ Sofern nicht anders angegeben, beziehen sich die nachfolgend für den Bereich der Vereinigten Staaten von Amerika genannten Paragraphen auf den 18. Titel des United States Code (18 U.S.C.).

⁴²⁶ Ein vollständiger Abdruck von 18 U.S.C § 1956 ist im Anhang auf den Seiten A-5 ff. einzusehen.

(B) knowing that the transaction is designed in whole or in part -

(i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or

(ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,

shall be sentenced to a fine of not more than \$ 500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both.

(2) bis (3) ...

(b) bis (h) ...

(a) Objektiver Tatbestand

Strafbar ist hiernach in objektiver Hinsicht gemäß § 1956 (a) (1) die Vornahme eines Geschäfts des inländischen Zahlungsverkehrs⁴²⁷, welches Einkünfte aus bestimmten Katalogstraftaten betrifft⁴²⁸.

(aa) Tatobjekt

Tatobjekte von § 1956 (a) (1) können „proceeds of specified unlawful activity“ sein. § 1956 (c) (7) enthält schließlich den Katalog von geldwäschetauglichen Straftaten aus denen die Einkünfte herkommen können. Als „specified unlawful activity“ wird hiernach unter anderem ein Verhalten angesehen, das eine Straftat aus der extrem langen Liste von 18 U.S.C. § 1961 (1) darstellt⁴²⁹. Exemplarisch erwähnt seien hierfür nur die folgenden Delikte: Mord, Menschenraub, Brandstiftung, Raub, Korruption, Erpressung, Geldfälschung, Betrug, Geldwäsche⁴³⁰, Betäubungsmitteldelikte⁴³¹, Schmuggel, Spionage, Geiselnahme, terroristische Angriffe⁴³². Der Schwerpunkt

⁴²⁷ Sog. „domestic financial transaction money laundering“, vgl. FRANK, S.100 und ARZT, ZStrR 1989, S.175 und 176

⁴²⁸ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1): „Whoever [...] conducts [...] such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity [...] shall be sentenced [...]“.

⁴²⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (c) (7) (A): „As used in this section [...] the term ‘specified unlawful activity’ means any act or activity constituting an offense listed in section 1961 (1) of this title [...]“. AMBOS bezweifelt zurecht eine strafbarkeitseinschränkende Wirkung des sehr umfassenden Vortatenkatalogs im amerikanischen Geldwäschestrafrecht (vgl. ZStrW 2002, S.247).

⁴³⁰ Vgl. 18 U.S.C. § 1961 (1) (A): “[...] any act or threat involving murder, kidnapping, [...], arson, robbery, bribery, extortion [...]“. Vgl. weiter 18 U.S.C. § 1961 (1) (B), in dem mit einer ausufernden und deswegen hier nicht wiedergegebenen Verweisungstechnik weitere Strafbestimmungen in den Katalog mit eingebunden werden.

⁴³¹ Vgl. 18 U.S.C. § 1961 (1) (B): “[...] the manufacture, importation, sale, or distribution of a controlled substance (as such term is defined for the purposes of the Controlled Substances Act [...])“ und 18 U.S.C. § 1961 (1) (C): “[...] any act or acts constituting a continuing criminal enterprise, as that term is defined in section 408 of the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 848) [...]“.

⁴³² Vgl. nur die vielen Verweisungen in dem weiteren umfangreichen Katalog in 18 U.S.C. § 1961 (1) (D)

dürfte indes bei der Drogenkriminalität liegen⁴³³.

Zusammenfassend darf wohl gesagt werden, daß der Vortatenkatalog in § 1956 (c) (7) unter anderem so ziemlich jedes schwerere gewinnbringende Verbrechen umfasst⁴³⁴.

(bb) Tathandlung

Die in § 1956 (c) (3) und (4) geregelten Definitionen beschreiben weiter die Vielfalt an Geschäften, die als „financial transaction“ im Sinne von § 1956 (a) (1) in Betracht kommen: Dies sind u.a. An- und Verkäufe, Darlehen, Überweisungen oder sonstige Verfügungen und mit Bezug auf Banken beispielsweise Einzahlungen, Abhebungen, Überweisungen und Geldwechsel⁴³⁵.

Bei einem dieser Geschäfte müssen Vermögenswerte dann derart bewegt worden sein, daß auf irgendeine Weise der innerstaatliche oder der internationale Handel der USA betroffen ist⁴³⁶.

Erst durch diese Umschreibung in 18 U.S.C. § 1956 (c) (4) ist es meines Erachtens und nach den obigen Ausführungen zu den Gesetzgebungskompetenzen überhaupt möglich, den Erlaß bundesstaatlicher Strafvorschriften im Bereich des Geldwäscherechts wenigstens im Ansatz zu rechtfertigen. Schließlich soll durch Verwendung der Umschreibung *“As used in this section [...] the term ‘financial transaction’ means a transaction which [...] affects interstate or foreign commerce [...]”* wohl darauf hingewiesen werden, daß der Kongreß in Anlehnung an die sogenannte *“commerce clause”* der amerikanischen Verfassung diese Vorschrift zur Bekämpfung der Geldwäsche erlassen hat, *“[...] to regulate Commerce with foreign Nations and among the several States [...]”*⁴³⁷.

Ausreichend ist neben der Einleitung oder dem Abschluß eines solchen Geschäftes auch bereits die Teilnahme an einer dieser Phasen⁴³⁸.

⁴³³ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.175

⁴³⁴ So auch ACKERMANN, Money Laundering, S.213. Dennoch ist HÖRETH rechtzugeben, wenn sie mutmaßt, daß die Aufzählung bestimmter Straftaten wohl regelmäßig unvollständig sein und damit die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität stets nachhinken dürfte, da sich die Geschäftstätigkeit organisierter Verbrecherbanden oft schnell und unvorhergesehen verlagert (vgl. HÖRETH, S.108).

⁴³⁵ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (c) (3): *“As used in this section [...] the term ‘transaction’ includes an purchase, sale, loan, [...] transfer, [...] or other disposition, and with respect to a financial institution includes a deposit, withdrawal, transfer between accounts, exchange of currency [...]”*.

⁴³⁶ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (c) (4) und ACKERMANN, Money Laundering, S.250

⁴³⁷ Vgl. Article I, Section 8, Clause 3 U.S. Constitution und bereits oben auf S.85 [Teil 2:D.III.3.b(i)]

⁴³⁸ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (c) (2): *“As used in this section [...] the term ‘conducts’ includes initiating, concluding, or participating in initiating, or including a transaction [...]”*

(b) Subjektiver Tatbestand

(aa) Einstellung zum Tatobjekt

Die Strafbarkeit nach § 1956 (a) (1) setzt im subjektiven Bereich zunächst nur voraus, daß der Täter wissen muß, daß es bei dem Geschäft um Einkünfte aus irgendeinem Verbrechen geht⁴³⁹. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Täter näheres über die Art des Verbrechens weiß und auch nicht darauf, ob es sich nach seiner Vorstellung um Katalogstraftaten handelt⁴⁴⁰. Mit dieser Methode erspart der amerikanische Gesetzgeber der Justiz also den Nachweis des Vorsatzes bezüglich der Mittelherkunft aus einer Katalogtat⁴⁴¹.

Hinsichtlich der Herkunft des Tatobjekts aus irgendeinem Verbrechen muß der Täter an sich „actual knowledge“, also Vorsatz haben⁴⁴². Ausreichend soll aber bereits „willful blindness“ sein, da es nach Auffassung des US-Parlaments dasselbe ist, wenn jemand bewusst seine Augen verschließt, wie wenn er mit dem vollen Wissen über einen Sachvorgang handelt⁴⁴³. Nach der amerikanischen Lehre von der „willful blindness“ handelt ein Täter also auch dann vorsätzlich, wenn er tatsächliche Anhaltspunkte für eine mögliche Straftat kennt, er jedoch absichtlich eine weitere Sachverhaltsaufklärung unterlässt, um sich damit von jeder strafrechtlichen Verantwortung freizuwaschen⁴⁴⁴.

Die „willful blindness“ ist dabei dem in Deutschland bekannten *dolus eventualis* zumindest sehr ähnlich⁴⁴⁵.

(bb) Einstellung zur Tathandlung

Hinsichtlich der Tathandlung kommt eine der in § 1956 (a) (1) (A) und (B) geregelten Varianten in Betracht:

Die erste Alternative erfasst dabei die Fälle, in denen dem Täter der Vorsatz nachgewiesen werden kann, mit dem Geschäft die Begehung neuer

⁴³⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1): “[...] knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity [...]”.

⁴⁴⁰ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (c) (1): “[...] regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7).” und ARZT, ZStrR 1989, S.183

⁴⁴¹ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.175

⁴⁴² Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.268 f. m.w.N. auf U.S. v. Jewell, S.699: “An act is done knowingly if its done voluntarily and intentionally and not because of mistake or accident or other innocent reason [...]”.

⁴⁴³ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.269; vgl. weiter a.a.O. S.270 m.w.N. zu einer Liste von Beispielen des amerikanischen „Department of Justice“, die mögliche Indizien für das Vorliegen einer „willful blindness“ sein können, wie etwa das Auftreten von Bargeld in großen Scheinen, die massive Über- oder Unterbezahlung, sowie die Geschäftsabwicklung unter sonderbaren Umständen und zu sonderbaren Zeiten.

⁴⁴⁴ Vgl. FRANK, S.104

Katalogstraftaten zu fördern⁴⁴⁶. Damit soll die Gehilfenschaft zur Begehung von Katalogstraftaten als Geldwäsche bestraft werden⁴⁴⁷. Unklar bleibt allerdings, welche Vorsatzform unter der in § 1956 (a) (1) (A) (i) geforderten „intention to promote“ zu verstehen ist⁴⁴⁸. „Intention“ kann nämlich sowohl mit Absicht im Sinne eines *dolus directus* ersten Grades, mit einfachem Vorsatz im Sinne eines *dolus directus* zweiten Grades oder auch mit *dolus eventualis* übersetzt werden⁴⁴⁹. Bezugnehmend auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift scheint die herrschende Meinung davon auszugehen, daß ein direkter Vorsatz zweiten Grades gefordert werden müßte⁴⁵⁰. Eine Förderungsabsicht wird hingegen nicht verlangt, ein nur bedingter Vorsatz nicht als ausreichend akzeptiert⁴⁵¹.

Um Alternative zwei zu erfüllen, muß der Täter wiederum „with intent“ handeln, gegen bestimmte steuerstrafrechtliche Delikte zu verstoßen⁴⁵². Es genügt hierbei, wenn der Täter weiß, daß er eine Steuerhinterziehung oder einen Steuerbetrug begeht⁴⁵³. Gefordert werden muß hierfür wohl ebenfalls *dolus directus* zweiten Grades.

Alternative drei sieht vor, daß der Täter weiß, daß das Geschäft mindestens in Teilaspekten darauf abzielt, Einkünfte aus Katalogstraftaten zu verschleiern⁴⁵⁴. Bei dieser Regelung hat der Gesetzgeber insbesondere an Privatpersonen gedacht, die beim Verkauf von Luxusgütern Drogengelder entgegennehmen und wissen, daß es dem Käufer darum geht, die Herkunft des Geldes aus schmutziger Quelle zu verschleiern⁴⁵⁵. Erforderlich ist hierbei in subjektiver Hinsicht Vorsatz, wobei „willful blindness“ genügt⁴⁵⁶.

In der vierten und letzten Alternative muß der Täter schließlich wissen, daß er durch das Geschäft mindestens zum Teil an einem Verstoß gegen Meldepflichten nach dem Recht der Einzelstaaten oder des Bundes, insbesondere jenen aus der vorstehend geschilderten zweiten Generation der Geldwäschetatbestände⁴⁵⁷,

⁴⁴⁵ So auch HÖRETH, S.148

⁴⁴⁶ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (A) (i): “[...] with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity [...]”.

⁴⁴⁷ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.176

⁴⁴⁸ Vgl. auch ACKERMANN, Money Laundering, S.282

⁴⁴⁹ Vgl. ACKERMANN, a.a.O. m.w.N.

⁴⁵⁰ Vgl. ACKERMANN, a.a.O., S.283 m.w.N. und FRANK, S.106

⁴⁵¹ Vgl. ACKERMANN, a.a.O. m.w.N.

⁴⁵² Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (A) (ii): “[...] with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986 [...]”

⁴⁵³ Vgl. ACKERMANN, a.a.O., S.286

⁴⁵⁴ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (B) (i): “[...] knowing that the transaction is designed in whole or in part to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity [...]”.

⁴⁵⁵ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.176

⁴⁵⁶ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.284

⁴⁵⁷ Siehe dazu bereits oben auf S.83 [Teil 2:D.III.3.a(ii)]

mitwirkt⁴⁵⁸.

(cc) Fahrlässigkeitstatbestand

Festzuhalten bleibt am Ende, daß das amerikanische Strafrecht keinen Tatbestand der fahrlässigen Geldwäsche normiert⁴⁵⁹.

(c) Sonstiges: Strafmaß, Versuchsstrafbarkeit und tätige Reue

Erfüllt ein Täter den Tatbestand des § 1956 (a) (1) vollständig, so droht ihm eine empfindliche Geldstrafe, die bis zu einer Höhe von \$ 500.000 beziehungsweise bis zum doppelten Wert der den Gegenstand des verbotenen Geschäfts bildenden Zahlungsmittel verhängt werden kann; alternativ wie auch kumulativ kommt auch eine Freiheitsstrafe bis zu zwanzig Jahren in Betracht⁴⁶⁰.

Ergänzend zu den Kriminalstrafen sieht § 1956 (b) die Möglichkeit vor, die Vornahme einer inländischen Transaktion im Sinne von § 1956 (a) (1) mit einer Ordnungsbuße in Höhe von bis zu \$ 10.000 oder in Höhe des Wertes der den Gegenstand des verbotenen Geschäfts bildenden Zahlungsmittel zu belegen⁴⁶¹.

Regelungen, die auch den Versuch unter dieselbe Strafe stellen, finden sich in § 1956 (a) (1) am Anfang⁴⁶².

Vergünstigungen für tätiges Reueverhalten von Geldwäschern sind dem amerikanischen Gesetzgeber scheinbar fremd.

⁴⁵⁸ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (B) (ii): “[...] knowing that the transaction is designed in whole or in part [...] to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law.”

⁴⁵⁹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.269 und 270. Bemerkenswert ist, daß die amerikanischen Geldwäschevorschriften gerade insofern als verbesserungswürdig angesehen werden, als auch eine Art Fahrlässigkeit in Form der sogenannten „reckless disregard“ bestraft werden soll (vgl. HÖRETH, S.149 m.w.N.). Nach DAVIDSON / JESPERSEN handelt jemand mit „recklessness, if he disregards a substantial and unjustifiable risk that criminal harm or injury may result from his action“ (vgl. DAVIDSON / JESPERSEN, S.222).

⁴⁶⁰ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1): “[...] shall be sentenced to a fine of not more than \$ 500.000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both.”

⁴⁶¹ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (b) (1) in der durch Sec.317 des Patriot Act 2001 geänderten Fassung: “Whoever conducts [...] a transaction described in subsection (a) (1) [...] is liable to the United States for a civil penalty of not more than the greater of the value of the property, funds, or monetary instruments involved in the transaction or \$ 10.000.”

⁴⁶² Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1): “[...] attempts to [...]”

(2) § 1956 (a) (2)

(a) Objektiver Tatbestand

§ 1956 (a) (2) pönalisiert die Geldwäsche im Zahlungsverkehr mit dem Ausland⁴⁶³ und lautet auszugsweise wie folgt⁴⁶⁴:

§ 1956 - Laundering of monetary instruments

(a)

(1) ...

(2) *Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States -*

(A) *with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or*

(B) *knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part -*

(i) *to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or*

(ii) *to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,*

shall be sentenced to a fine of not more than \$ 500,000 or twice the value of the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For the purpose of the offense described in subparagraph (B), the defendant's knowledge may be established by proof that a law enforcement officer represented the matter specified in subparagraph (B) as true, and the defendant's subsequent statements or actions indicate that the defendant believed such representations to be true.

(3) ...

(b) *bis (h) ...*

(aa) Tatobjekt

Tatobjekte von § 1956 (a) (2) können nur „monetary instruments or funds“ sein.

Die erstgenannten Zahlungsmittel werden in § 1956 (c) (5) legaldefiniert als in- oder ausländisches Münz- oder Papiergeld, diverse Arten von Schecks und

⁴⁶³ Sog. „international transportation money laundering“, vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.176 und FRANK, S.100

⁴⁶⁴ Ein vollständiger Abdruck von 18 U.S.C § 1956 ist im Anhang auf den Seiten A-5 ff. einzusehen.

Investmentpapiere et cetera⁴⁶⁵.

Demgegenüber findet sich für den Begriff der „funds“ keine gesetzliche Begriffsbestimmung. Das amerikanische Justizdepartment sieht in ihm einen Auffangbegriff und will ihn auch auf das im elektronischen Zahlungsverkehr überwiesene Buchgeld angewandt wissen⁴⁶⁶.

(bb) Tathandlung

Bestraft wird der Transport oder Transfer solcher Zahlungsmittel von den USA in oder durch das Ausland oder in umgekehrter Richtung⁴⁶⁷.

(b) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht fordert § 1956 (a) (2) eine der beiden folgenden inneren Einstellungen:

Entweder muß der Täter mit dem Vorsatz handeln, die Begehung einer Katalogstraftat zu fördern⁴⁶⁸. Hinsichtlich dieses Förderungsvorsatzes („intent to promote“) kann auf die obigen Ausführungen zu § 1956 (a) (1) (A) (i) verwiesen werden, mit der Folge, daß auch für § 1956 (a) (2) ein *dolus directus* zweiten Grades zu fordern ist⁴⁶⁹.

Oder der Täter muß wissen, daß es um Vermögenswerte aus irgendeinem Verbrechen geht und zudem, daß das Geschäft auf die Verschleierung von Einkünften aus Katalogstraftaten oder auf die Vermeidung von Meldepflichten abzielt⁴⁷⁰. Für die hier als „knowledge“ zu bezeichnende erforderliche Form des Vorsatzes genügt – wie schon oben zu § 1956 (a) (1) (B) (i) ausgeführt – jeweils „willful blindness“⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (c) (5): *“As used in this section [...] the term ‘monetary instruments’ means coin or currency of the United States or of any other country, travelers’ checks, personal checks, bank checks, and money orders, or investment securities or negotiable instruments, in bearer form or otherwise in such form that title thereto passes upon delivery.”*

⁴⁶⁶ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.225

⁴⁶⁷ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (2): *“Whoever transports, transmits, or transfers [...] a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States [...] shall be sentenced [...]”*.

⁴⁶⁸ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (2) (A): *“[...] with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity [...]”*.

⁴⁶⁹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.282 f.

⁴⁷⁰ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (2) (B): *“[...] knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation is designed in whole or in part to conceal or disguise the nature [...] of the proceeds of specified unlawful activity or to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law [...]”*.

(c) Sonstiges: Strafmaß, Versuchsstrafbarkeit und tätige Reue

Die in § 1956 (a) (2) angedrohte Strafe entspricht inhaltlich derjenigen aus § 1956 (a) (1)⁴⁷². Insofern mag diesbezüglich der Verweis auf die obigen Ausführungen gleichermaßen ausreichen, wie für die hier ebenfalls zutreffenden Äußerungen zur Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße nach § 1956 (b)⁴⁷³.

Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich hier aus § 1956 (a) (2) selbst und aus § 1956 (a) (3)⁴⁷⁴.

Tätige Reue von Geldwäschern wird in den USA auch bezüglich § 1956 (a) (2) nicht strafmildernd oder gar -verschonend belohnt.

(3) § 1956 (a) (3)

§ 1956 (a) (3) regelt schließlich die Strafbarkeit von bestimmten der vorgenannten Handlungen aus (a) (1) und (2), wenn die Vermögenswerte von einem Polizeibeamten stammen, der sie in seinem Auftrag als verdeckter Ermittler als Einkünfte aus Katalogstraftaten hingestellt hat⁴⁷⁵.

Ein näheres Eingehen auf diese Vorschrift erübrigt sich in der vorliegenden Arbeit offensichtlich unter Hinweis auf das zugrundeliegende Problem.

(iii) 18 U.S.C. § 1957

(1) Objektiver Tatbestand

§ 1957 (a) stellt schließlich die Beteiligung an Geldgeschäften mit schmutzigem Geld unter Strafe⁴⁷⁶ und lautet wie folgt⁴⁷⁷:

⁴⁷¹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.284

⁴⁷² Siehe hierfür schon den Text in Fn.460

⁴⁷³ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (b): “[...] a transaction described in subsection (a) (1), or a transportation described in subsection (a) (2) [...]”

⁴⁷⁴ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (2) und (a) (3): “[...] or attempts to [...]”.

⁴⁷⁵ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (3): “Whoever [...] conducts [...] a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity [...] shall be fined [...]. [...] the term ‘represented’ means any representation made by a law enforcement officer [...] authorized to investigate or prosecute violations of this section.”; sog. “sting operation money laundering”, vgl. FRANK, S.100

⁴⁷⁶ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.177

⁴⁷⁷ Ein vollständiger Abdruck von 18 U.S.C § 1957 ist im Anhang auf den Seiten A-5 ff. einzusehen.

§ 1957 - Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity

(a) Whoever, in any of the circumstances set forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property that is of a value greater than \$ 10,000 and is derived from specified unlawful activity, shall be punished as provided in subsection (b).

(b) – (e) ...

(f) As used in this section -

(1) the term "monetary transaction" means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce, of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956(c)(5) of this title) by, through, or to a financial institution (as defined in section 1956 of this title), including any transaction that would be a financial transaction under section 1956(c)(4)(B) of this title, but such term does not include any transaction necessary to preserve a person's right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution;

(2) the term "criminally derived property" means any property constituting, or derived from, proceeds obtained from a criminal offense; and

(3) the term "specified unlawful activity" has the meaning given that term in section 1956 of this title

(a) Tatobjekt

Das Tatobjekt des § 1957 (a) ist schwer verständlich bestimmt als „*criminally derived property of a value greater than \$ 10.000 [that] is derived from specified unlawful activity*”.

Meines Erachtens macht diese Umschreibung wenig Sinn, da sie bei wörtlicher Übersetzung dazu führen müsste, solche Vermögenswerte⁴⁷⁸ als Tatobjekte anzusehen, die zunächst nur mittelbar oder unmittelbar aus irgendeiner strafbaren Handlung⁴⁷⁹, dann aber tatsächlich doch aus einer bestimmten Katalogstraftat stammen müssen⁴⁸⁰.

Eine Erklärung für die unglücklich gewählte Formulierung mag darin liegen, daß hiermit zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß die tatsächliche Herkunft der Tatmittel aus einer Katalogtat als bloße objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestaltet ist⁴⁸¹, dieser Umstand also zwar eine materielle Voraussetzung des staatlichen Strafanspruchs ist, aber nicht vom Vorsatz des Täters umfasst sein

⁴⁷⁸ Wie sich aus § 1957 (a) i.V.m. (f) (1) ergibt, kommen als Vermögenswerte auch hier nicht etwa Sachwerte oder Namenspapiere in Betracht, sondern nur die schon oben erwähnten und in § 1956 (c) (5) legaldefinierten „monetary instruments and funds“ (so auch ACKERMANN, Money Laundering, S.234).

⁴⁷⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (f) (2): „As used in this section [...] the term ‘criminally derived property’ means any property constituting, or derived from, proceeds obtained from a criminal offense [...]” und ACKERMANN, Money Laundering, S.234

⁴⁸⁰ Vgl. hierzu auch den Versuch einer freien Übersetzung von ARZT, ZStrR 1989, S.184

⁴⁸¹ Vgl. FRANK, S.111

muß⁴⁸². Insofern erschiene dann auch die Regelung in § 1957 (c) stimmig, derzufolge dem Angeklagten nur nachgewiesen werden muß, daß er wusste, daß die Vermögenswerte aus irgendeiner strafbaren Handlung stammen, nicht hingegen auch die Kenntnis von der Herkunft gerade aus einer Katalogstraftat⁴⁸³.

Festzuhalten bleibt wohl jedenfalls, daß eine Bestrafung davon abhängig gemacht wird, daß die Vermögenswerte aus einer Katalogstraftat stammen müssen und ein bloßes Abstammen aus irgendeiner strafbaren Handlung insgesamt nicht ausreicht. Über § 1957 (f) (3) gilt schließlich der Straftatenkatalog aus § 1956 (c) (7) entsprechend⁴⁸⁴, so daß auf die obigen Versuche einer Umreißung der geldwäscherelevanten Vortaten zurückgegriffen werden kann⁴⁸⁵.

Außerdem müssen die Vermögenswerte den Betrag von \$ 10.000 übersteigen⁴⁸⁶. Beträge unter diesem Schwellenwert können nach dem Willen des amerikanischen Gesetzgebers nicht Tatobjekt im Sinne von § 1957 (a) sein, da sie als Bagatelldfälle nicht inkriminiert gehören⁴⁸⁷.

(b) Tathandlung

Verboten ist nach § 1957 (a) die Vornahme eines Geldgeschäftes mit derartig kontaminierten Vermögenswerten⁴⁸⁸. Die Handlungen, die die erforderliche „monetary transaction“ ausmachen können, sind in der Legaldefinition von § 1957 (f) (1) beschrieben: Es sind dies Einzahlungen, Abhebungen, Überweisungen oder Wechsel von Vermögenswerten oder Zahlungsmitteln durch, über oder an eine Bank, sofern sie den Binnen- oder Außenhandel der USA betreffen⁴⁸⁹.

Selbst dieser weit gefasste Geldwäschetatbestand inkriminiert also nicht einfach jedwede Annahme schmutzigen Geldes⁴⁹⁰. Erst durch die Berührung solcher Gelder

⁴⁸² So für das deutsche Strafrecht Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 16, Rn.32

⁴⁸³ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (c): „In a prosecution for an offense under this section, the Government is not required to prove the defendant knew that the offense from which the criminally derived property was derived was specified unlawful activity.“

⁴⁸⁴ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (f) (3): „As used in this section [...] the term ‘specified unlawful activity’ has the meaning given that term in section 1956 of this title.“

⁴⁸⁵ Siehe dazu bereits oben auf S.88 [Teil 2:D.III.3.b(ii)(1)(a)(aa)]

⁴⁸⁶ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a): „[...] property that is of a value greater than \$ 10.000 [...]“

⁴⁸⁷ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.234 f.

⁴⁸⁸ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a): „Whoever [...] engages [...] in a monetary transaction in criminally derived property [...]“

⁴⁸⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (f) (1): „As used in this section the term ‘monetary transaction’ means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956 (c5) of this title) by, through, or to a financial institution (as defined in section 5812 of this title) [...]“

⁴⁹⁰ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.252

mit einem Finanzinstitut können sie Gegenstand einer „monetary transaction“ werden⁴⁹¹.

Aufgrund der Bedeutung für das hier zu behandelnde Problem der Strafverteidigung im Verbund mit der Geldwäsche wird weiter unten noch detaillierter auf § 1957 (f) (1) einzugehen sein, der am Ende solche Geschäfte aus der Definition der „monetary transaction“ ausnimmt, die erforderlich sind, um das durch die Bundesverfassung garantierte Recht einer Person auf anwaltliche Vertretung zu wahren⁴⁹².

(2) Subjektiver Tatbestand

Strafbar macht sich ein Täter wegen der Beteiligung an Geldgeschäften mit schmutzigem Geld nur, wenn er gemäß § 1957 (a) hinsichtlich der Vornahme des Geschäfts „knowingly“, also mit Vorsatz handelte⁴⁹³. Ausreichend soll hierfür scheinbar neben „actual knowledge“ auch „willful blindness“ sein⁴⁹⁴.

Es wurde bereits erläutert, daß dem Angeklagten wegen § 1957 (c) hinsichtlich der Herkunft des Tatobjekts allein die Kenntnis darüber nachgewiesen werden muß, daß die Vermögenswerte aus irgendeiner strafbaren Handlung, nicht notwendigerweise auch aus einer Katalogstraftat stammen⁴⁹⁵. Insofern geht § 1957 (c) noch über § 1956 (a) (1) hinaus, nach dem immerhin die Kenntnis des Täters darüber nachgewiesen werden muß, daß es bei dem vorgenommenen Geschäft des Zahlungsverkehrs um Einkünfte aus irgendeinem „Verbrechen“ geht⁴⁹⁶.

Ein weiterer Unterschied zu § 1956 besteht darin, daß der amerikanische Gesetzgeber in § 1957 (a) auf alle weiteren subjektiven Merkmale im Sinne der Unterstützung einer kriminellen Organisation verzichtet und damit eine simple Moral zum Ausdruck gebracht hat: „Weißt Du, daß es Drogengeld ist, so rühre es nicht an“⁴⁹⁷.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß auch 18 U.S.C. § 1957 keinen Fahrlässigkeitstatbestand enthält.

⁴⁹¹ So auch ACKERMANN, Money Laundering, S.252

⁴⁹² Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (f) (1): „[...] but such term does not include any transaction necessary to preserve a person's right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution [...]“

⁴⁹³ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a): „[...] knowingly [...]“

⁴⁹⁴ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.157

⁴⁹⁵ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (c): „In a prosecution for an offense under this section, the Government is not required to prove the defendant knew that the offense from which the criminally derived property was derived was specified unlawful activity.“

⁴⁹⁶ So auch ARZT, ZStrR 1989, S.177

⁴⁹⁷ Vgl. ARZT, a.a.O.

(3) Sonstiges: Strafmaß, Versuchsstrafbarkeit und tätige Reue

Als Strafe sieht § 1957 (b) eine Geldstrafe aus Titel 18 oder bis zum doppelten Betrag des Gegenstandes des verbotenen Geschäfts vor⁴⁹⁸. Alternativ wie auch kumulativ besteht die Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren⁴⁹⁹.

Der Versuch der Vornahme eines verbotenen Geschäfts wird nach § 1957 (a) gleichermaßen bestraft⁵⁰⁰.

Auch hinsichtlich § 1957 existieren keine Vorschriften über Vergünstigungen für tätige Reue von Geldwäschern.

E. Zusammenfassung

Nach den vorangegangenen Ausführungen kann allgemein festgehalten werden, daß sich die verglichenen Rechtsordnungen insofern ähnlich sind, als die Gesetzgeber der jeweiligen Länder – zum Teil in Umsetzung supranationaler Vorgaben – sich für ein zweigeteiltes System in der Bekämpfung der Geldwäsche entschieden haben: Während die jeweils gesetzlich vorgeschriebenen Identifizierungs-, Aufzeichnungs- und Meldepflichten helfen sollen, geldwäscheverdächtige Aktivitäten aufzuspüren, dienen die speziellen strafrechtlichen Geldwäschevorschriften neben ihrem auch general-präventiv orientierten Ziel vor allem der Möglichkeit einer Bestrafung des Geldwäscheräters.

Nochmals soll darauf hingewiesen werden, daß das (Haupt-)Thema dieser Arbeit die Frage sein soll, ob sich ein Strafverteidiger durch Annahme kontaminierter

⁴⁹⁸ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (b) (1): „[...] the punishment for an offense under this section is a fine under title 18, United States Code [...]“ und 18 U.S.C. § 1957 (b) (2): “The court may impose an alternate fine to that imposable under paragraph (1) of not more than twice the amount of the criminally derived property involved in the transaction.”

⁴⁹⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (b) (1): „[...] or imprisonment for not more than ten years or both”

⁵⁰⁰ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a): „[...] knowingly [...]“ und “[...] shall be punished as provided in subsection (b).”

Honorargelder der Geldwäsche strafbar machen kann beziehungsweise können sollte. Zur Beantwortung dieser Frage und zur Lösung der Problematik soll auf rechtsvergleichende Erkenntnisse insbesondere in strafrechtlicher Hinsicht zurückgegriffen werden. Zur besseren Orientierung sollen daher die strafrechtlichen Geldwäschetatbestände der ausgewählten Vergleichsländer in der folgenden Übersicht zusammenfassend gegenübergestellt werden.

	Deutschland	Österreich	
	§ 261 StGB („vortatbezogene Geldwäsche“)	§ 165 öStGB („vortat- und organisationsbezogene Geldwäscherei“)	
		§ 165 Abs.1 und 2 („vortatbezogene“ Geldwäscherei)	§ 165 Abs.5 Hs.1 („organisationsbezogene“ Geldwäscherei)
1. Tatobjekt	Gegenstand, der aus einer bestimmten rechtswidrigen Tat herrührt (§ 261 Abs.1 S.1 und 2)	Vermögensbestandteile, die aus einer bestimmten Straftat eines anderen herrühren (§ 165 Abs.1)	Bestandteile des Vermögens einer kriminellen Organisation i.S.v. § 278a (§ 165 Abs.5)
a. Vortaten (Regelungstechnik und Umfang)	Kombination von abstrakter Umschreibung („alle Verbrechen“) nebst konkretem Vortatenkatalog (diverse enumerativ dargestellte Vergehen) sehr umfangreich: <ul style="list-style-type: none">• alle Verbrechen (§ 261 Abs.1 S.2 Nr.1)• zahlreiche Vergehen (§ 261 Abs.1 S.2 Nrn.2-5), vgl. Tabelle 1	Kombination von abstrakter Umschreibung („alle Verbrechen“) nebst konkretem Vortatenkatalog (einzelne enumerativ dargestellte Vergehen) sehr umfangreich: <ul style="list-style-type: none">• sämtliche Verbrechen (§ 165 Abs.1)• zwar nur einzelne Vergehen (§ 165 Abs.1), vgl. aber diesbezüglich Tabelle 2 !	kein Vortatbezug
b. Herkunft des Tatobjekts	„Herrühren“ aus der Vortat (§ 261 Abs.1 S.1); keine Legaldefinition hierzu	„Herrühren“ aus der Vortat (§ 165 Abs.1); Legaldefinition hierzu in § 165 Abs.4	Zuordnung zum Vermögen einer krimineller Organisation (§ 165 Abs.5 i.V.m. § 278a)
2. Tathandlungen	sehr großer Umfang geldwäschetauglicher Tathandlungen: <ul style="list-style-type: none">• Verbergen / Verschleiern der Herkunft (§ 261 Abs.1 S.1 Alt.1)• Vereiteln / Gefährden der Ermittlung der Herkunft, des Auffindens, des Verfalls, der Einziehung oder der Sicherstellung (§ 261 Abs.1 S.1 Alt.2)• Verschaffen / Verwahren / Verwenden (§ 261 Abs.2) bzgl. § 261 Abs.2 existiert Ausnahmeregelung für gutgläubigen Zwischenerwerb (§ 261 Abs.6)	großer Umfang geldwäschetauglicher Tathandlungen: <ul style="list-style-type: none">• Verbergen / Verschleiern der Herkunft (§ 165 Abs.1)• Ansichbringen / Verwahren / Anlegen / Verwalten / Umwandeln / Verwerten / Übertragen (§ 165 Abs.2) keine gesetzliche Ausnahmeregelung für gutgläubigen Zwischenerwerb entsprechend § 261 Abs.6 StGB	zwar eher geringer Umfang , aber auch nur als ergänzendes Sonderdelikt zu § 165 Abs.1 und Abs.2 geschaffen <ul style="list-style-type: none">• Ansichbringen / Verwahren / Anlegen / Verwalten / Umwandeln / Verwerten / Übertragen im Auftrag oder Interesse der kriminellen Organisation (§ 165 Abs.5)

(Fortsetzung folgt auf Seite 104)

Schweiz		USA		
Art.305^{bis} schwStGB („vortatbezogene Geldwäscherei“)	Art.305^{ter} schwStGB („mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften“)	18 U.S.C. § 1956 (“Laundering of monetary instruments”)		18 U.S.C. § 1957 (“Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity”)
		§ 1956 (a) (1) (“Geldwäsche im inländischen Zahlungsverkehr”)	§ 1956 (a) (2) („Geldwäsche im Zahlungsverkehr mit dem Ausland“)	
Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen herrühren (Art.305 ^{bis} Ziff.1)	fremde Vermögenswerte (Art.305 ^{ter} Unterabs.1)	“proceeds of specified unlawful activity” [§ 1956 (a)(1)]	“monetary instruments or funds” [§ 1956 (a)(2)]	“criminally derived property (exceeding \$ 10.000)” [§ 1957 (a)]
rein abstrakte Umschreibung („alle Verbrechen“)	kein Vortatbezug	konkreter Vortatenkatalog in § 1956 (c)(7) (zahlreiche enumerativ dargestellte Verbrechen)	kein Vortatbezug	konkreter Vortatenkatalog in § 1957 (f)(3) i.V.m. § 1956 (c)(7) (zahlreiche enumerativ dargestellte Verbrechen); sehr umfangreich
sehr umfangreich:		sehr umfangreich		
• alle Verbrechen (Art.305 ^{bis} Ziff.1)				
• zwar keine Vergehen, vgl. aber Tabelle 3 !				
„Herrühren“ aus der Vortat (Art.305 ^{bis} Ziff.1);	nur Zuordnung zu fremdem Vermögen erforderlich (Art.305 ^{ter} Unterabs.1), Legalität der Herkunft nicht entscheidend	„proceeds of ...“ [§ 1956 (a)(1)]		“derived from ...” [§ 1957 (a)]
keine Legaldefinition hierzu				
eher geringer Umfang geldwäschetauglicher Tathandlungen:	• sorgfaltswidriges Unterlassen der Feststellung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten im Kreditgewerbe (Art.305 ^{ter} Unterabs.1)) → nur bedingter Zusammenhang der pönalisierten Handlungen mit Geldwäscherei	• “to conduct a financial transaction” i.S.v. § 1956 (c)(3) und (c)(4) [§ 1956 (a)(1)]	• “to transport, transmit or transfer” [§ 1956 (a)(2)]	• “to engage in a monetary transaction” i.S.v. § 1957 (f)(1) [§ 1957 (a)]; Ausnahme-regelung für Strafverteidiger-honorare in § 1957 (f)(1)
• Handlung, die geeignet ist zur Vereitelung der Ermittlung der Herkunft, der Auffindung oder der Einziehung (Art.305 ^{bis} Ziff.1)				

(Fortsetzung folgt auf Seite 105)

	Deutschland	Österreich	
	§ 261 Abs.1, 2 StGB	§ 165 Abs.1, 2 öStGB	§ 165 Abs.5 öStGB
3. subjektiver Tatbestand	<ul style="list-style-type: none"> • hins. der <u>Herkunft</u> des Tatobjekts ist mind. leichtfertiges (also grob fahrlässiges) Nichterkennen erforderlich („Leichtfertigkeitstatbestand“; § 261 Abs.5) • hins. der <u>übrigen obj. Tatbestandsmerkmale</u> von § 261 Abs.1, 2 mind. dolus eventualis erforderlich <p>• kein „richtiger“ Fahrlässigkeitstatbestand (nur § 261 Abs.5 bzgl. der Herkunft, vgl.o.)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • hins. der <u>Herkunft</u> des Tatobjekts, wie auch hins. aller <u>übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale</u> ist bei § 165 Abs.1 „Vorsatz“ i.S.v. § 5 Abs.1 (also mind. dolus eventualis) und bei § 165 Abs.2 „Wissentlichkeit“ i.S.v. § 5 Abs.3 (also mind. dolus directus 2. Grades) erforderlich <p>• kein Fahrlässigkeitstatbestand (arg. ex. § 7 Abs.1)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • hins. der <u>Herkunft</u> des Tatobjekts, wie auch hins. der meistens <u>übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale</u> ist „Wissentlichkeit“ i.S.v. § 5 Abs.3 (also mind. dolus directus 2. Grades) erforderlich; nach t.v.A. soll hinsichtlich der Vornahme der Handlungen i.S.v. § 165 Abs.5 bereits dolus eventualis genügen (str.) <p>• kein Fahrlässigkeitstatbestand (arg. ex. § 7 Abs.1)</p>

(Fortsetzung folgt auf Seite 106)

Schweiz		USA		
Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB	Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB	18 U.S.C. § 1956 (a)(1)	18 U.S.C. § 1956 (a)(2)	18 U.S.C. § 1957
<ul style="list-style-type: none"> • hins. der <u>Herkunft</u> des Tatobjekts ist „Wissen“ oder „Annehmen-müssen“ (also mind. dolus eventualis) erforderlich (Art.305^{bis} Ziff.1) • hins. der <u>übrigen obj. Tatbestandsmerkmale</u> von Art.305^{bis} Ziff.1 ist nach Art.18 Abs.1, 2 „Wissen und Willen“ erforderlich (nach Rspr. ebenfalls mind. dolus eventualis erforderlich) • kein Fahrlässigkeits-tatbestand (auch nicht in Art.305^{ter} Ziff.1, vgl. rechts, da dieser die vorsätzliche Verletzung von Sorgfaltspflichten sanktioniert und anstelle einer „Fahrlässigkeits-Geldwäscherei“ eingeführt wurde) 	<ul style="list-style-type: none"> • mind. dolus eventualis erforderlich 	<ul style="list-style-type: none"> • hins. der <u>Vortat</u> mind. „willful blindness“ (entspricht etwa dem dolus eventualis) erforderlich [§ 1956 (a)(1)] • hins. der <u>übrigen obj. Tatbestandsmerkmale</u> (alternativ): <ul style="list-style-type: none"> - “with intent to promote specified unlawful activity” (entspricht hier etwa dem dolus directus 2.Grades) [§ 1956 (a)(1)] - “with intent to engage in conduct violating IRS Code § 7201, 7206” (entspricht hier etwa dem dolus directus 2.Grades) [§ 1956 (a)(1)] - „knowing that the transaction is designed to conceal proceeds of specified unlawful activities or to avoid a reporting requirement” (ausreichend ist jeweils “willful blindness”, also etwa dolus eventualis) [§ 1956 (a)(1)] • kein Fahrlässigkeits-tatbestand 	<ul style="list-style-type: none"> • alternativ: <ul style="list-style-type: none"> - “with intent to promote specified unlawful activity” (entspricht hier etwa dem dolus directus 2.Grades) [§ 1956 (a)(2)] - “knowing that the monetary instrument represents the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that the transportation is designed to conceal proceeds of specified unlawful activities or to avoid a reporting requirement” (ausreichend ist hier “willful blindness”, also etwa dolus eventualis) [§ 1956 (a)(2)] • kein Fahrlässigkeits-tatbestand 	<ul style="list-style-type: none"> • mind. „willful blindness“ erforderlich (entspricht etwa dem dolus eventualis) [§ 1957 (a)] • zwar muß das Tatobjekt aus einer Katalogtat stammen; diesbezüglich wird aber keine Kenntnis gefordert; ausreichend ist allgemeine Kenntnis darüber, daß das Tatobjekt aus irgendeiner strafbaren Handlung abstammt (Herkunft aus einer Katalogtat ist als objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestaltet) • kein Fahrlässigkeits-tatbestand

(Fortsetzung folgt auf Seite 107)

	Deutschland	Österreich	
	§ 261 Abs.1, 2 StGB	§ 165 Abs.1, 2 öStGB	§ 165 Abs.5 öStGB
4. Rechtsfolgen (Strafmaß und Strafaufhebungs- bzw. -milderungsmöglichkeiten etc.)	<p>eher hohe Strafandrohung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Grunddelikt</u> (§ 261 Abs.1 oder Abs.2): Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren; selbst bei Leichtfertigkeit (§ 261 Abs.2 i.V.m. 5) noch Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe bis zu 1,8 Mio. € (gesamt) • <u>Qualifikation</u> (§ 261 Abs.4): Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren • beim <u>Versuch</u> (§ 261 Abs.3 i.V.m. § 23 Abs.1): fakultative Strafmilderung gem. § 23 Abs.2 i.V.m.§ 49 Abs.1 <p>speziell geregelte tätige Reue führt zur Strafaufhebung (§ 261 Abs.9) bzw. zur fakultativen Strafmilderung oder zum fakultativen Absehen von Strafe (§ 261 Abs.10)</p>	<p>mittlere Strafandrohung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Grunddelikt</u> (§ 165 Abs.1 oder 2): Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe bis zu etwa 118.000 € (gesamt) • <u>Qualifikation</u> (§ 165 Abs.3 i.V.m. Abs.1 oder 2): Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren • beim <u>Versuch</u> gelten wg. § 15 Abs.3 die gleichen Strafandrohungen, wie beim vollendeten Delikt <p>speziell geregelte tätige Reue führt zur Strafaufhebung (§ 165a)</p>	<p>mittlere Strafandrohung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Grunddelikt</u> (§ 165 Abs.5 1.Hs.): Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren • <u>Qualifikation</u> (§ 165 Abs.5 2.Hs.): Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren • beim <u>Versuch</u> gelten wg. § 15 Abs.3 die gleichen Strafandrohungen, wie beim vollendeten Delikt <p>speziell geregelte tätige Reue führt zur Strafaufhebung (§ 165a)</p>

Tabelle 4: Übersicht über die wesentlichen strafrechtlichen Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche in Deutschland, Österreich, der Schweiz und den USA

Schweiz		USA		
Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB	Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB	18 U.S.C. § 1956 (a)(1)	18 U.S.C. § 1956 (a)(2)	18 U.S.C. § 1957
<p>eher niedrige bis mittlere Strafandrohung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Grunddelikt</u> (Art.305^{bis} Ziff.1): Gefängnis bis zu 3 Jahren oder Buße bis zu umgerechnet etwa 24.500 € • <u>Qualifikation</u> (Art.305^{bis} Ziff.2): Gefängnis von 3 Tagen bis zu 3 Jahren oder Zuchthaus von 1 bis zu 5 Jahren, jeweils i.V.m. Buße bis zu umgerechnet etwa 613.500 € • beim <u>Versuch</u> (Art.305^{bis} Ziff.1 i.V.m. Art.21 Abs.1): fakultative Strafmilderung gem. Art.21 Abs.1 i.V.m. Art.65 <p>keine speziell geregelte, auf Geldwäscherei bezogene tätige Reue</p>	<p>eher niedrige Strafandrohung:</p> <p>Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft bis zu drei Monaten oder Buße bis zu umgerechnet etwa 24.500 €</p>	<p>sehr hohe Strafandrohung:</p> <p>v.a. Geldstrafe bis zu \$ 500.000 und/oder Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren</p> <p>keine speziell geregelte, auf Geldwäscherei bezogene tätige Reue</p>	<p>sehr hohe Strafandrohung:</p> <p>v.a. Geldstrafe und/oder Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren</p> <p>keine speziell geregelte, auf Geldwäscherei bezogene tätige Reue</p>	

In der erstellten Übersicht fallen zunächst einige Besonderheiten in den landesspezifischen Geldwäsche-Straftatbeständen auf:

So regelt Österreich als einziges der hier herangezogenen Vergleichsländer in § 165 Abs.5 öStGB gesondert einen Tatbestand der organisationsbezogenen Geldwäscherei, bei der die Tauglichkeit eines Vermögensbestandteils als Geldwäschetatobjekt anders als etwa in § 261 Abs.1 StGB, § 165 Abs.1 öStGB, Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB und 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) i.V.m. (c) (7) sowie 18 U.S.C. § 1957 (a) i.V.m. (f) (3) nicht von dem Bezug auf eine bestimmte Vortat abhängig gemacht wird, sondern von der Zurechnung zu dem Vermögen einer kriminellen Organisation.

Nur die Schweiz sanktioniert demgegenüber in dem Sonderdelikt des Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB neben der eigentlichen, dort in Art.305^{bis} schwStGB pönalisierten Geldwäscherei auch vorsätzliches sorgfaltswidriges Verhalten bei Finanzgeschäften und den damit zusammenhängenden Identifikationspflichten.

Regelungstechnisch ist zu bemerken, daß sich die jeweiligen Gesetzgeber hinsichtlich der Umschreibung des Geldwäschetatobjekts bei den vortatbezogenen Geldwäschetatbeständen für unterschiedliche Wege entschieden haben:

In Deutschland existiert in § 261 StGB aufgrund der teils abstrakten, teils konkreten Umschreibung geldwäschetauglicher Vortaten und der Verwendung des nicht legal definierten, aber sehr weit verstandenen Rechtsbegriffs des „Herrührens“ aus einer solchen Vortat ein Tatbestand, der hinsichtlich denkbarer Tatobjekte sehr umfangreich erscheint.

Auch in Österreich muß ein Vermögensbestandteil gemäß § 165 Abs.1 öStGB aus einer bestimmten Vortat „herrühren“. Rechtsunsicherheiten und verfassungsrechtliche Bedenken in puncto Bestimmtheitsgebot wurden dort aber abgemildert, indem das „Herrühren“ in § 165 Abs.4 öStGB legaldefiniert wurde. Die dort ebenfalls gewählte gemischte Technik der Umschreibung geldwäschetauglicher Vortaten führt anfänglich zu der Vermutung eines gegenüber Deutschland eingeschränkten Kataloges, wobei sich diese Einschätzung nach eingehender Untersuchung auf Unterschiede im Detail reduziert.

Der schweizerische Gesetzgeber hielt es gleichermaßen für erforderlich, Vermögenswerte durch das Merkmal des „Herrührens“ aus einer anderen Tat im Sinne von Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB geldwäschetauglich zu umschreiben. Dabei verzichtete er ebenso wie der deutsche Gesetzgeber auf eine gesetzliche Begriffsbestimmung des umstrittenen Tatbestandsmerkmals und verdient hierfür die gleiche Kritik. Die in der Schweiz ausschließlich abstrakt vorgenommene Umschreibung von Geldwäschevortaten durch Bezugnahme auf sämtliche Verbrechen des Strafrechts führt noch viel mehr als schon in Österreich zu der Vermutung eines eher geringen Umfangs, relativiert sich schließlich aber deutlich aufgrund der in der Schweiz häufiger vorzufindenden Qualifizierung

strafrechtswidriger Taten als Verbrechen und rangiert letztlich ebenfalls nur mit geringem Abstand hinter dem Vortatenkatalog Deutschlands.

In den USA müssen bestimmte Einkünfte ebenfalls aus – dort rein enumerativ dargestellten – Geldwäschevortaten abstammen, um für die Geldwäsche im inländischen Zahlungsverkehr gemäß 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) zu taugen. Die in § 1956 (c) (7) enthaltene Liste der Vortaten ist dabei geradezu von ausuferndem Umfang.

Interessant ist bei der Betrachtung der amerikanischen Gesetzeslage, daß zwar für die in 18 U.S.C. § 1957 (a) pönalisierte Beteiligung an Geldgeschäften mit schmutzigem Geld eben diese Vermögenswerte wiederum aus einer Straftat stammen müssen, die in dem extrem umfangreichen Katalog von 18 U.S.C. § 1956 (c) (7) i.V.m. § 1957 (f) (3) aufgeführt ist, daß aber deren Tauglichkeit als Tatobjekt für § 1957 (a) davon abhängig gemacht wird, daß sie einen Schwellenwert von \$ 10.000 übersteigen. Damit umfasst das amerikanische Strafrecht als einziges der verglichenen Strafsysteme eine Bagatellklausel, aufgrund der die Annahme und Einzahlung schmutzigen Geldes geringeren Wertes nicht strafrechtlich geahndet wird⁵⁰¹. Dabei soll aber nochmals zur Erinnerung darauf hingewiesen werden, daß wohl in einer Vielzahl amerikanischer Einzelstaaten ebenfalls strafrechtliche, hier in den Vergleich nicht einbezogene Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche existieren, die im Einzelfall zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten, als es bezüglich des bundesstaatlichen Strafrechts angebracht ist.

Hinsichtlich der Umschreibung tatbestandsmäßigen Handelns soll zur Vermeidung umfangreicher Wiederholungen im Wesentlichen auf die voranstehende Übersicht verwiesen werden.

Es soll lediglich festgehalten werden, daß der deutsche Gesetzgeber sich redlich bemüht hat, in § 261 Abs.1 und 2 StGB möglichst viele geldwäschefördernde Handlungen zu bestrafen, sich andererseits als einziger in § 261 Abs.6 StGB für eine Regelung des legalisierenden Zwischenerwerbs entschieden hat, um übermäßig lange Geldwäscheketten zu unterbrechen und damit die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems zu erhalten.

Eine derartige Regelung wird zwar in Österreich vereinzelt ebenfalls befürwortet, konnte sich aber bislang in einem Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen. Dies mag daran liegen, daß die dort in § 165 Abs.1 und 2 öStGB niedergeschriebenen strafbaren Geldwäschehandlungen ihrem Umfang nach etwas geringer ausfallen als hierzulande und der österreichische Gesetzgeber deswegen womöglich keinen Handlungsbedarf für eine Tatbestandseinschränkung gesehen hat. Unbeachtet dessen sind die als Geldwäsche pönalisierten Handlungsweisen in Österreich denen

⁵⁰¹ Zu der bis in das Jahr 1998 bestehenden Bagatellklausel Österreichs siehe schon oben in Fn.227

in Deutschland sehr ähnlich umschrieben, was vor allem durch die beiden Ländern gemeinsamen Vorgaben der 1.EU-Geldwäscherichtlinie⁵⁰² bedingt sein dürfte.

Den hieraus resultierenden Umsetzungszwängen war die Schweiz hingegen nicht unterlegen. Demnach ist auch festzustellen, daß dort zumindest vordergründig deutlich weniger Tathandlungen der strafbaren Geldwäsche zugeschrieben werden, als in Deutschland und Österreich. Insbesondere wird in Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB weder das Verschleiern noch das tatbestandsausweitende „Sich-verschaffen“ (§ 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB) oder „An-sich-bringen“ (§ 165 Abs.2 öStGB) kontaminierter Vermögenswerte pönalisiert. Fraglich erscheint aber, ob dieses Manko gegenüber den Nachbarländern nicht auf Umwegen wieder aufgehoben wird, indem sich in der Schweiz wegen Geldwäscherei strafbar macht, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft geldwäschetauglicher Vermögenswerte zu vereiteln.

Der amerikanische Bundesgesetzgeber ging demgegenüber einen anderen Weg, indem er nicht bloß abstrakt Geldwäschehandlungen umschrieben, sondern in 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) i.V.m. (c) (3) und (c) (4) enumerativ dargelegt hat, in welchen Geschäften des inländischen Zahlungsverkehrs er geldwäschetaugliche Handlungen erblickt. Und aus 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) wird ersichtlich, daß die Beteiligung an Geschäften mit schmutzigem Geld nach § 1957 (a) nur in den ebenfalls durch Enumeration aufgelisteten Fällen bestraft wird, in denen kontaminierte Gelder mit einem Finanzinstitut in Berührung kommen. Besonderer Erwähnung verdient die in 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) enthaltene Ausnahmeregelung, derzufolge solche Geschäfte nicht strafbar sein sollen, die erforderlich sind, um das verfassungsrechtlich garantierte Recht eines Beschuldigten auf anwaltliche Vertretung zu wahren. Zwar bedarf es hinsichtlich des Inhalts dieser Regelung an anderer Stelle noch einer näheren Auseinandersetzung⁵⁰³. Schon jetzt kann aber jedenfalls festgestellt werden, daß bislang einzig und allein in den Vereinigten Staaten von Amerika gesetzgeberische Bemühungen umgesetzt wurden, um Rechtsanwälte in puncto Geldwäscheverdacht aus der Schusslinie staatlicher Ermittler zu nehmen, dies, um hierdurch rechtsuchenden Bürgern eine effektive Verteidigung zu ermöglichen.

In subjektiv-tatbestandlicher Hinsicht ist festzustellen, daß keines der vier Vergleichsländer einen „richtigen“ Fahrlässigkeits-Tatbestand enthält.

Selbst die in Deutschland in § 261 Abs.5 StGB enthaltene Regelung begnügt sich „lediglich“ damit, eine Handlung nach Absatz 2 auch dann unter Strafe zu stellen, wenn der Täter um die Herkunft des kontaminierten Gegenstandes leichtfertig, also grob fahrlässig nicht weiß. Dabei soll nicht verschwiegen werden, daß es sich bei

⁵⁰² Vgl. insbesondere Art.1 dritter Spiegelstrich der 1.EU-Geldwäscherichtlinie, in dem die Geldwäschehandlungen nach dem Verständnis des Rats der Europäischen Gemeinschaften beschrieben sind.

dieser Vorschrift um eine deutsche Besonderheit handelt, die über die Vorgaben der Europäischen Union hinausgeht und gerade auch für das hier zugrundeliegende Problem des Geldwäscheverdachts gegen Strafverteidiger von größter Bedeutung ist. In den übrigen Ländern werden hinsichtlich der Kenntnis um die Objektsherkunft schließlich insofern höhere Anforderungen gestellt, als dort jeweils mindestens ein *dolus eventualis*, teilweise gar ein *dolus directus* zweiten Grades erforderlich ist.

Hinsichtlich der sonstigen objektiven Tatbestandsmerkmale verlangen die Vergleichsländer ebenfalls Kenntnisse im Sinne eines *dolus eventualis* oder eines *dolus directus* zweiten Grades. Insofern darf zur Vermeidung umfangreicher Wiederholungen erneut auf die obige Tabelle verwiesen werden.

Abschließend sei noch auf die deutlichen Unterschiede in den Strafrahmen der jeweiligen Ländervorschriften hingewiesen:

Im Rahmen des hier durchgeführten internationalen Vergleichs ist die Geldwäsche in den USA mit den höchsten, fast schon drakonisch wirkenden Strafen belegt. Die vom deutschen Gesetzgeber legifizierten Möglichkeiten einer geldwäschestrafrechtlichen Ahndung bleiben demgegenüber zurück, rangieren aber dennoch mit teils deutlichem Abstand vor den Strafandrohungen Österreichs und der Schweiz.

Diese „Rangliste“ sollte aber nicht dazu verleiten, auf unterschiedliche Einstellungen der jeweiligen Gesetzgeber hinsichtlich der Strafwürdigkeit der Geldwäsche rückzuschließen. Eine derartige Schlussfolgerung bedürfte vielmehr einer – hier aus Platzgründen nicht möglichen – Auseinandersetzung mit dem durchschnittlichen Strafniveau der einzelnen Länder und eines daran orientierten Binnenvergleiches mit dem speziellen Strafniveau im Rahmen des Geldwäscherechts.

⁵⁰³ Siehe dazu unten auf den S.205 ff. [Teil 3:B.III.1.b(ii)(2)]

TEIL 3: DIE ERFASSUNG DES VERTEIDIGER-HONORARS DURCH DIE STRAFTATBESTÄNDE DER GELD- WÄSCHE IM IN- UND AUSLAND

Nachdem nun die zum Verständnis erforderlichen Aspekte vermittelt wurden, soll im Folgenden versucht werden, die Problematik einer Strafandrohung wegen Geldwäsche gegenüber Strafverteidigern wegen schlichter Annahme von Honorargeld national, wie auch international in den Vergleichsländern Österreich, Schweiz und USA darzustellen und zu analysieren.

A. Die Problematik in Deutschland

Als Aufhänger für die auf Deutschland bezogene Darstellung sollen einige eher statistische Angaben sowie ein Urteil des Bundesgerichtshofs dienen, welches für Strafverteidiger wie auch deren beschuldigten Mandanten in höchstem Maße brisant ist. Sodann soll das Urteil des BGH anhand einer eigenen Subsumtion unter § 261 StGB überprüft und die Konsequenzen einer geldwäschestrafrechtlichen Erfassung von Verteidigerhonoraren dargestellt werden.

I. Zur Bedeutung des Phänomens Geldwäsche für Rechtsanwälte in Deutschland

1. Eine Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zum quantitativen Umfang der Geldwäsche im Bereich der Rechtsberatungsberufe

Lange Zeit verfügte man nicht über konkrete Informationen darüber, ob und gegebenenfalls wie und in welchem Umfang Rechtsanwälte von dem Phänomen Geldwäsche betroffen sind. Erstmals untersuchten BAUMANN, LUKAS UND KILCHLING vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in dem vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen und mitfinanzierten Projekt „Rechtsberatungs- und Wirtschaftsprüfungsberufe aus der Perspektive von Geldwäsche und Geldwäschekontrolle“ zwischen den Jahren 1999 und 2002 den quantitativen Umfang der Geldwäsche im Bereich der genannten Berufe und

befassten sich zudem mit dem Gefährdungspotential dieser Berufsgruppen durch die Geldwäsche insgesamt⁵⁰⁴.

Dabei wurden im Sinne einer Prä-Implementationsstudie als Untersuchungsmethoden zum einen die eingehende Analyse von Strafverfahrensakten sowie darüber hinaus die postalische Befragung mittels eines Erhebungsbogens gewählt.

Das Projekt ist derzeit noch nicht abgeschlossen⁵⁰⁵; insbesondere bedarf es aufgrund anfänglicher Probleme noch der Fortführung und Zusammenfassung der Ergebnisse hinsichtlich der Aktenanalyse. Dennoch können schon jetzt einem Arbeitsbericht aus den Jahren 2000/2001 erste (anwaltsbezogene⁵⁰⁶) Ergebnisse aus der Auswertung der schriftlichen Befragung entnommen werden, an der auf Grundlage einer Zufallsstichprobe von 4065 angeschriebenen Berufsgruppenvertretern 18,9 %, also insgesamt 768 Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater teilgenommen hatten:

Zu der allgemeinen Relevanz der Geldwäscheproblematik innerhalb ihres Berufsstandes befragt (sogenannte „Informantenperspektive“), antwortete etwa ein Viertel der Befragten und hierunter vor allem aus der Riege der Rechtsanwälte, daß ihnen durchschnittlich etwa drei Fälle eines Geldwäscheverdachts bekannt seien, wobei die Kenntnis von diesen Fällen vor allem durch die Massenmedien und weniger durch Fachpublikationen oder durch persönliche Kommunikation erlangt worden seien. Dabei wiesen Rechtsanwälte in erster Linie auf die hier gegenständliche Problematik der Honorarannahme bei Strafverteidigung hin und sahen sich insbesondere mit Schwarzgeldern, die etwa aus Steuerhinterziehung herrühren und häufig mit einem Auslandsbezug verbunden sein könnten, konfrontiert.

In anschließenden Fragen zu eigenen Erfahrungen mit Geldwäscheangelegenheiten innerhalb der Berufsausübung (sogenannte „Selbstberichtsperspektive“) bejahten zwei Drittel der Rechtsanwälte den Eindruck, daß innerhalb der eigenen Berufsausübung Geldwäsche schon einmal eine Rolle gespielt haben könnte und

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu wie auch im Folgenden die Projektbeschreibung und den Arbeitsbericht aus den Jahren 2000/2001 im Internet unter [<http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/baumann1.html>]

⁵⁰⁵ Eine persönliche Anfrage bei Herrn KILCHLING vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht hat ergeben, daß dort mit dem Abschluß des Projekts demnächst gerechnet werde, der entsprechende Forschungsbericht aufgrund einer zunächst für sechs Monate bestehenden Informationssperre seitens der auftraggebenden Bundesministerien für Inneres und für Justiz aber voraussichtlich erst Anfang des Jahres 2004 veröffentlicht werden wird.

⁵⁰⁶ Soweit eine Trennung aufgrund der Gestaltung des Arbeitsberichts 2000/2001 möglich erschien, wurde im Folgenden die Untersuchung auf die hier einzig zu behandelnde Problematik der Geldwäschestrafbarekeit von Rechtsanwälten reduziert. Eine weitere Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und anderweitig tätigen Anwälten konnte dabei nicht vorgenommen werden. Hinsichtlich der auf Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bezogenen Erkenntnisse sei auf den gesamten Arbeitsbericht 2000/2001 verwiesen (vgl. dazu schon oben unter Fn.504).

nannten hinsichtlich der Häufigkeit durchschnittlich zwei Fälle jährlich. Mehr als die Hälfte der antwortenden Rechtsanwälte bestätigte außerdem, aus rechtlichen Gründen schon einmal die Annahme eines Mandats unter dem Eindruck eines möglichen Geldwäscherisikos abgelehnt zu haben. Die Folgefrage nach der Häufigkeit des Vorkommens einer Mandatsablehnung aufgrund der Vermutung eines Geldwäscheversuchs wird von über der Hälfte der insgesamt abgegebenen, nicht allein auf Anwälte bezogenen Antworten mit bislang einer einzigen derartigen Ablehnung beantwortet, allerdings bei einem Durchschnitt von zwei für alle Berufsgruppen. Jeder fünfte gibt an, daß sich bei einigen Mandaten nicht ausschließen lassen konnte, daß im Hintergrund illegale Vermögenswerte eine Rolle spielten, darunter signifikant eher Rechtsanwälte und Notare. Dies sei in der Praxis der Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer durchschnittlich in sechs Fällen vorgekommen, wohingegen Steuerberater durchschnittlich zwei Fälle angaben.

Eine praktische Gefährdung ihrer Berufsgruppe durch Geldwäsche (sogenannte „Viktimisierungsperspektive“) sahen Rechtsanwälte vor allem im Straf-, Steuer-, Gesellschafts-, Unternehmens- und Wirtschaftsrecht. Für andere Rechtsbereiche wurde ein Geldwäscherisiko hingegen weitgehend ausgeschlossen. Als typischerweise riskant wurden vor allem die Strafverteidigung in Geldwäsche-Vorfällen bei Bar-Honorierung genannt.

Die Attraktivität ihres Berufsstandes für potentielle Geldwäscher (sogenannte „Geldwäscheperspektive“) sahen die Rechtsanwälte vor allem in einer Fülle fachspezifischer Kenntnisse von Recht und Gesetz und damit auch in der von Delinquenten unterstellten Kenntnis etwaiger Umgehungsmöglichkeiten für sie nachteiliger Regelungen. Konkret bezogen sich die Antworten dabei meist auf die Kenntnis um die Ermittlungsmöglichkeiten der Behörden, wie auch auf das Wissen um Bankusancen. Schließlich seien aber auch die Seriosität, das Renomé und Ansehen, der Stand und der Ruf als Organ der Rechtspflege denkbare Gründe für die Attraktivität des Anwaltsstandes für Geldwäscher, die vor allem in den Bereichen der Vermögens- und organisierten Kriminalität, aber auch im Rotlichtmilieu und in der Baubranche vermutet werden.

2. Die Behandlung des Honorarproblems in der deutschen Literatur und Rechtsprechung – ein kurzer Überblick

Bereits aus der zuvor beschriebenen Zusammenfassung der Untersuchung des Max-Planck-Institutes wurde mehrfach die Tendenz ersichtlich, daß von der Anwaltschaft ein Geldwäscheproblem vor allem im Bereich der Strafverteidigung gesehen wird. Diese Einschätzung wird durch die hierzu ergangenen,

insbesondere zwischen den Jahren 2000 und 2002 fast schon „sintflutartig hereinbrechenden“ wissenschaftlichen Beiträge bestätigt⁵⁰⁷.

Die Beschränkung auf diesen Zeitraum ist schnell erklärt:

Im Januar 2000 erregte das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg das Fachinteresse, als es eine staatsanwaltschaftliche sofortige Beschwerde gegen eine abgelehnte Hauptverfahrenseröffnung (§§ 203, 204 Abs.1, 210 Abs.2 StPO) abschlägig beschlossen hatte, weil das Gericht der Auffassung war, ein Strafverteidiger könne sich grundsätzlich schon aus rechtlichen Gründen nicht allein durch die bloße Annahme von Honorar wegen Geldwäsche strafbar machen⁵⁰⁸.

Mit gegenteiliger Auffassung erzeugte schließlich der Bundesgerichtshof in einem anderen Fall Brisanz, indem er im Juli 2001 urteilte, daß sich Strafverteidiger sehr wohl – zumindest bei vorsätzlicher Kenntnis um die Herkunft des kontaminierten Geldes – schon durch eine Honorarannahme gemäß § 261 StGB strafbar machen können⁵⁰⁹.

Nachdem insbesondere die letztgenannte, höchstrichterliche Entscheidung zu heftigen Diskussionen in einer Zeit geführt hatte, in der der Beschluß des Hamburger Gerichts noch gar nicht vollständig besprochen schien, ebte die Debatte im Laufe des Jahres 2002 ab. Seitdem ist es um das Honorarproblem der Strafverteidiger ruhig geworden⁵¹⁰.

Jedoch darf gemutmaßt werden, daß diese Ruhepause nicht mehr von allzu langer Dauer sein wird. Noch im Laufe des Jahres 2003 ist nämlich mit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu rechnen, welches sich nach der Erhebung zweier Verfassungsbeschwerden seitens der vom BGH verurteilten Strafverteidiger mit dem

⁵⁰⁷ Vgl. für die Jahre 2000 bis 2002 (in alphabetischer Aufstellung und ohne Anspruch auf Vollständigkeit) nur AMBOS, JZ 2002, S.70 ff.; AMELUNG, AnwBI 2002, S.347 ff.; BERNSMANN, StV 2000, S.40 ff. und StraFo 2001, S.344 ff.; BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.161 ff.; BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.574 ff.; GÖTZ / WINDHOLZ, AnwBI 2000, S.642 ff.; GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.121 ff.; GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.575 ff.; GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.430 ff.; HAMM, NJW 2000, S.636 ff.; HARTMANN, AnwBI 2002, S.330 ff.; HEFENDEHL, FS-Roxin (2001); HOMBRECHER, S.1 ff.; KARGL, NJ 2001, S.57 ff.; KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2041 ff. und JR 2002, S.30 ff.; KÖCK, öAnwBI 2002, S.18 ff.; LEITNER, StraFo 2001, S.388 ff.; LÜDERSEN, StV 2000, S.205 ff.; MATT, GA 2002, S.137 ff.; MÜTHER, Jura 2001, S.318 ff.; NESTLER, StV 2001, S.641 ff.; SALDITT, StraFo 2002, S.181 ff.; SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, S.1387 ff.; SCHERP, NJW 2001, S.3242 ff.; SCHMIDT, JR 2001, S.448 ff.; WOHLERS, StV 2001, S.420 ff..

Vgl. für die Zeit vor dem Jahre 2000 BARTON, StV 1993, S.156 ff.; HARTUNG, AnwBI 1994, S.440 ff.; KULISCH, StraFo 1999, S.337 ff. und N.N. (DAI), BRAK-Mitt. 1994, S.93 ff..

Vgl. für die Zeit nach 2002 nur SCHMIDT, StraFo 2003, S.2 ff..

⁵⁰⁸ Siehe auch die kurze Darstellung zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt, dem Verfahrensablauf und der rechtlichen Begründung in Fn.7

⁵⁰⁹ Nähere Ausführungen zu diesem Urteil bleiben dem nachfolgenden Kapitel [S.117 ff., Teil 3:A.II.] vorbehalten.

⁵¹⁰ Soweit ersichtlich ist, hat sich bislang im Jahre 2003 nur SCHMIDT konkret zu der Honorarproblematik geäußert (vgl. StraFo 2003, S.2 ff.).

hier zugrundeliegenden Problem zu beschäftigen hat⁵¹¹.

Spätestens durch das verfassungsrechtliche Urteil dürfte dann eine weitere, dritte Welle der Diskussion über das Land brechen.

Bei einer meines Erachtens wünschenswerten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts können sich Strafverteidiger in Deutschland dann zukünftig wieder entspannt und in vollem Umfang ihren beruflichen Aufgaben widmen. Anderenfalls müssen sie befürchten, daß es aufgrund der dann verfassungsrechtlich abgesegneten Entscheidung des Bundesgerichtshofs verstärkt zu Strafverfahren gegen ihren Stand kommen mag und die beiden oben angeführten Entscheidungen schon bald Zuwachs bekommen werden.

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Honorar-Problematisierung

Wie schon in der Einleitung kurz anklang, hatte der BUNDESGERICHTSHOF im Jahre 2001 erstmals über einen Sachverhalt zu entscheiden⁵¹², der die Geldwäscheproblematik bei Strafverteidigern durch Annahme bemakelten Honorars betraf und im Wesentlichen wie folgt gelagert war:

Zwei Frankfurter Anwälte hatten im Jahre 1994 von ihren Mandanten unter anderem je 200.000 DM an Honorarvorschüssen angenommen, um als Wahlverteidiger deren Verteidigung in einem Strafverfahren wegen fortgesetzten gemeinschaftlichen Betruges durchzuführen. Die Mandanten waren führende Mitglieder des „European Kings Club“. Sie vertrieben seit 1992 Broschüren, in denen Geldanlegern für sogenannte „Letter-Käufe“ vermeintlich sichere Gewinne von mindestens 71 Prozent jährlich versprochen wurden, obwohl sie als Verantwortliche des „European Kings Club“ wussten, daß solche Renditen nicht zu erzielen und die versprochenen Gewinnauszahlungen nur im Rahmen eines betrügerischen Schneeballsystems durch Einzahlungen neuer Letter-Käufer möglich waren. Bis zu seinem Zusammenbruch Anfang 1995 erlangte der „European Kings Club“ auf diese Weise knapp zwei Milliarden D-Mark, von denen an die Anleger nur etwa 1,5 Milliarden DM zurückflossen.

Das LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN hatte die beiden Strafverteidiger wegen der Annahme der Honorarvorschüsse im Mai 2000 wegen vorsätzlicher Geldwäsche nach

⁵¹¹ Vgl. zu den Verfassungsbeschwerden die Ausführungen weiter unten in Fn.607

⁵¹² Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001 – 2 StR 513/00 (LG Frankfurt am Main), NJW 2001, S.2891 ff.

§ 261 Abs.2 Nr. 1 StGB verurteilt⁵¹³. Nach Auffassung der Frankfurter Richter wussten und billigten die angeklagten Anwälte, daß ihre Mandanten das Geld für die Honorarvorschüsse durch betrügerische Geldanlagen des „European Kings Club“ erwirtschaftet hatten, dessen System den Verteidigern bekannt war⁵¹⁴. Insofern wurde es für tat- und schuldangemessen erachtet, die beiden angeklagten Verteidiger jeweils zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten zu verurteilen, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Die Angeklagten legten gegen dieses Urteil Revision ein⁵¹⁵, die sie mit Verfahrens- und Sachrügen begründeten, letztere dabei insbesondere mit dem Einwand, die Anwendung des Geldwäschetatbestandes auf den zugrundeliegenden Fall verböte sich.

Jedoch hielten die Revisionen der Angeklagten einer Überprüfung durch den BUNDESGERICHTSHOF nicht stand⁵¹⁶. Insbesondere begegnete nach Auffassung der Bundesrichter die Anwendung von § 261 Abs.2 Nr.1 StGB auf den zu entscheidenden Fall positiver Kenntnis keinen Bedenken; für eine Abweichung von dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Geldwäschetatbestandes bestünden keine

⁵¹³ In der bisherigen Darstellung wurde mangels Relevanz für das zugrundeliegende Hauptproblem vernachlässigt, daß die angeklagten Verteidiger Anfang 1995 beim Amtsgericht Frankfurt am Main jeweils die Freigabe einer Kautionshöhe von je 500.000 DM beantragt hatten, die sie im September 1994 im Rahmen der Haftverschonung im eigenen Namen für ihre Mandanten in Form von Bargeld bei Gericht hinterlegt hatten. Vor der Freigabe und Auszahlung des Geldes, dessen Herkunft aus den betrügerischen Geschäften des „European Kings Club“ den Angeklagten bekannt war, hatten sich diese die Ansprüche auf Rückzahlung der hinterlegten Beträge „zur Sicherung ihrer Honoraransprüche“ abtreten lassen. Insofern sprach das Landgericht Frankfurt am Main die Angeklagten aus Rechtsgründen zunächst frei. Vgl. zu der hierauf bezogenen Revision der Staatsanwaltschaft und zum weiteren Verlauf die Fn.515 und 516.

⁵¹⁴ Seine Überzeugung hinsichtlich der positiven Kenntnis der angeklagten Anwälte um die Herkunft der Gelder hat das Landgericht Frankfurt am Main u.a. darauf gestützt, daß die Angeklagten bereits seit 1992 in die gegen ihre Mandanten betriebenen Verfahren eingeschaltet waren, die versprochenen Renditen völlig unrealistisch waren, die für Anlagegeschäfte nicht vorgebildeten Mandanten mehrfache Fragen zu dem Anlagekonzept nicht beantworten konnten, sowie auf die Umstände der Bargeldübergabe und die außergewöhnliche Höhe der Honorare.

⁵¹⁵ Darüber hinaus wurde gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom Mai 2000 auch seitens der Staatsanwaltschaft zum Nachteil der Angeklagten Revision eingelegt. Diese vom Generalbundesanwalt vertretene Revision richtete sich gegen den bereits in Fn.513 erwähnten Freispruch hinsichtlich der Kautionsrückzahlung und außerdem gegen die Rechtsfolgenaussprüche der Verurteilungen wegen Geldwäsche.

⁵¹⁶ Demgegenüber führte die Revision der Staatsanwaltschaft (vgl. Fn.515) insoweit zum Erfolg, als hieraufhin das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom Mai 2000 mit den zugehörigen Feststellungen durch den Bundesgerichtshof aufgehoben wurde, soweit die Angeklagten hinsichtlich der Kautionsrückzahlung freigesprochen worden waren (vgl. Fn.513), und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückverwiesen wurde. Die weitergehende Revision wurde hingegen als unbegründet im Sinne von § 349 Abs.2 StPO verworfen. Anfang Januar des Jahres 2003 hat das Landgericht Frankfurt am Main die beiden Rechtsanwälte nun wegen Geldwäsche (§ 261 StGB) und Begünstigung (§ 257 StGB) jeweils zu einer Freiheitsstrafe von elf Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde (vgl. Zeitungsartikel im Main-Echo (Unabhängige Zeitung für Untermain und Spessart) vom 18.01.2003: „Geldwäsche: Anwälte erhielten Bewährungsstrafe – Nachwirkungen des European Kings Club“).

durchgreifenden Gründe⁵¹⁷. Da der konkrete Fall keinen Anlaß dazu geboten hat, hat der Bundesgerichtshof keine Stellungnahme zu dem Fall der leichtfertigen Unkenntnis von der Bemakelung des Tatobjekts abgegeben; dieser Fall des § 261 Abs.5 StGB bleibt damit höchststrichterlich weiterhin unentschieden.

Zusammenfassend soll nach alledem der Leitsatz des BGH-Urteils vom 04.07.2001 wiedergegeben werden: *„Ein Strafverteidiger, der Honorar entgegennimmt, von dem er weiß, daß es aus einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB herrührt, kann sich wegen Geldwäsche strafbar machen“*⁵¹⁸.

III. Zur Erfassung von Verteidigerhonorar durch § 261 StGB – eine wortlautgetreue Subsumtion nach Auffassung des Verfassers

Nachfolgend soll überprüft werden, ob sich ein Strafverteidiger durch die Annahme verunreinigten Honorars tatsächlich expressis verbis nach § 261 StGB der Geldwäsche strafbar macht.

1. Erfassung durch § 261 Abs.2 (ggf. i.V.m. Abs.5) StGB

a. Objektiver Tatbestand

(i) § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB

Das Gesetz sieht seit 1994⁵¹⁹ in § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB vor, daß sich jemand in objektiver Hinsicht unter anderem dann wegen Geldwäsche strafbar macht, wenn er sich einen Gegenstand verschafft, der aus einer Vortat des § 261 Abs.1 S.2 StGB herrührt. Der Täter muß hierfür also eine vom Vortäter abgeleitete Verfügungsbeziehungsweise Herrschaftsgewalt begründen⁵²⁰.

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob und gegebenenfalls in welchen Fallgestaltungen sich hiernach auch ein Strafverteidiger strafbar macht, wenn er bemakeltes Geld zur Begleichung seiner Honorarforderungen annimmt⁵²¹.

⁵¹⁷ Eine nähere Darstellung der Entscheidungsgründe erübrigt sich an dieser Stelle aus Gründen der Übersichtlichkeit; insofern darf insbesondere auf die verfassungsrechtliche Prüfung auf den S.135 ff. [Teil 3:A.IV.] verwiesen werden.

⁵¹⁸ Statt einzelner Quellenangaben sei darauf verwiesen, daß sämtliche Angaben zu dem dargestellten Urteil des BUNDESGERICHTSHOFS aus NJW 2001, S.2891 ff. entnommen wurden.

⁵¹⁹ Die Tathandlungsalternative von § 261 Abs.2 StGB war in der ursprünglichen Fassung des Geldwäschetatbestandes von 1992 und in dessen Revision von 1993 noch nicht enthalten und wurde erst 1994 durch eine Änderung des Gesetzes eingefügt (vgl. GÖTZ / HEINRICH, AnwBl 2000, S.642).

⁵²⁰ Vgl. TRÖNDLE / FISCHER, StGB, Fischer, § 261, Rn.24

⁵²¹ SALDITT zieht eine Parallele zwischen dem Honorarproblem nach § 261 StGB und der Rechtsprechung des BGH zur Rechtsbeugung nach § 339 StGB und kommt hiernach schließlich

(1) Die Fallkonstellation der Annahme vollständig kontaminierten Geldes

Im Wesentlichen unumstritten und auch nach meiner Auffassung macht sich ein Strafverteidiger nach dem Wortlaut von § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB einer Geldwäsche zumindest dann strafbar, wenn er zu Honorierungszwecken solches Geld annimmt, welches in vollem Umfang aus einer tauglichen Vortat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB herrührt⁵²². Natürlich muß dabei weiter vorausgesetzt werden, daß ihm hinsichtlich der objektiven Tatumstände mindestens ein bedingter Vorsatz und hinsichtlich der Herkunft des Geldes jedenfalls leichtfertige Unkenntnis im Sinne von § 261 Abs.5 StGB nachgewiesen werden kann.

(2) Die Fallkonstellation der Annahme vermischten (Giral-)Geldes – Gedanken zur Tauglichkeit als Tatobjekt im Sinne von § 261 Abs.1 S.1 und 2 StGB

Sehr viel seltener wird dann aber in der durchaus hitzig geführten Diskussion auf den Fall eingegangen, daß ein Verteidiger von seinem Mandanten Honorar gezahlt bekommt, dessen Quelle nicht vollständig kontaminiert ist. Bei einer nur teilweisen Kontamination stellt sich nämlich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der legale Teil durch eine Vermengung mit dem illegalen Teil des Vermögens mitverseucht wird. Zu einer derartigen Vermengung kann es insbesondere bei sogenanntem Giralgeld kommen⁵²³, wenn also schmutziges Geld auf ein Girokonto eingezahlt wird, welches bereits einen sauberen Habensaldo aufweist⁵²⁴. Wenn schließlich von einem solchen Girokonto zur Honorierung eines Strafverteidigers Geld auf dessen Konto überwiesen wird, hängt eine mögliche Geldwäschestrafbarekeit wesentlich davon ab, ob überhaupt ein taugliches Tatobjekt in Form von bemakeltem Geld gegeben ist⁵²⁵.

zu dem Ergebnis, daß hier wie dort die besondere Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beachten sei, was zur Folge habe, daß das Tatbestandsmerkmal des „Sich-verschaffens“ im Sinne von § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB einengend derart auszulegen sei, daß die Honorarannahme hiervon generell nicht umfasst werde. Eine Bestrafung wegen verschleiender Vereinnahmung des Honorars nach § 261 Abs.1 StGB sei hierdurch aber nicht ausgeschlossen (vgl. StraFo 2002, S.183-185).

⁵²² Vgl. statt vieler nur NESTLER, StV 2001, S.641 ff. m.w.N.

⁵²³ Vgl. schon LEIP / HARDTKE, wistra 1997, S.282. Als weiteres Beispiel für Vermengungen sind die sogenannten Mischfinanzierungen anzuführen. Da sich die vorliegende Arbeit aber auf die Problematik der Annahme von Honorargeldern beschränkt und ein Verteidiger wohl in der Regel nicht Sachgegenstände zur Erfüllung seiner Honorarforderung erhält, bedarf es an dieser Stelle keiner Auseinandersetzung mit dieser Konstellation, in der ein Wirtschaftsgut mit Geldern bezahlt wird, die nur teilweise kontaminiert waren (vgl. hierzu schon LEIP / HARDTKE, a.a.O., S.282 f. m.w.N. und BARTON, NSTZ 1993, S.163).

⁵²⁴ Vgl. LEIP / HARDTKE, wistra 1997, S.282

⁵²⁵ Zu der weiteren Frage, ob eine Honorierung durch Banküberweisung über § 261 Abs.6 StGB zur Strafflosigkeit führt vgl. weiter unten auf S.125 ff. [Teil 3:A.III.1.a(iii)]

(a) Ansatz 1: Teilkontamination führt immer zur Gesamtkontamination des Giralgeldes

In Erwägung zu ziehen ist zunächst eine radikale Antwort auf die aufgeworfene Frage, die dahin geht, daß jede Teilkontamination zur Gesamtkontamination führt. Bei Zugrundelegung einer solchen Auffassung würde letztlich bereits die Einzahlung auch nur eines einzigen schmutzigen Euro auf das Girokonto zu einer Verschmutzung in Millionenhöhe führen können⁵²⁶, ähnlich wie ein Tropfen Öl Tausende Liter unseres Grundwassers verseucht. Wäre dem so, würde sich beispielsweise ein Strafverteidiger in objektiv-tatbestandlicher Hinsicht durch die Annahme eines Honorars selbst dann nach § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB strafbar machen können, wenn seine Honorarforderung nur auf wenige hundert Euro beziffert wäre und der sehr vermögende Mandant sein gesamtes Giralgeld dadurch bemakelt hätte, indem er bandenmäßig ein paar kleinere Diebstähle begangen und die Erlöse eingezahlt hat. Denn schon in diesem Fall würde das gesamte Giralgeld (zumindest eines Kontos) des Mandanten zum tauglichen Tatobjekt einer Geldwäsche.

Daß dieser Ansatz nicht angemessen sein kann⁵²⁷, ergibt sich fast von selbst: Zwar spräche hierfür durchaus der Umstand einer jeden Extremlösung, daß damit schwierige Abgrenzungsfragen im Einzelfall vermieden würden⁵²⁸. Aber spätestens im Hinblick darauf, daß § 261 Abs.7 S.1 StGB die Einziehung der straftatbezogenen Gegenstände ermöglicht, sollten Erwägungen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie aus Art.14 GG dazu führen, den Gedanken „Teilkontamination führt immer zur Gesamtkontamination“ zu verwerfen⁵²⁹. Schließlich könnte ein Vortäter selbst über redlich erworbenes Vermögen nicht mehr verfügen, ohne sich dem Vorwurf der Geldwäsche auszusetzen⁵³⁰. Letztlich krankt der Gedanke auch daran, daß er eine rasante Multiplikation inkriminierter Gelder zur Folge hätte und damit wohl schon innerhalb kürzester Zeit wesentliche Teile unserer Wirtschaft als kontaminiert anzusehen wären⁵³¹.

(b) Ansatz 2: Teilkontamination führt zur vollständigen Entmakelung des Giralgeldes

E contrario kann es aber auch nicht angebracht sein, eine Teilkontamination niemals

⁵²⁶ Vgl. LEIP / HARDTKE, a.a.O.

⁵²⁷ Der gleichen Auffassung hinsichtlich der sich in der Schweiz ebenso stellenden Problematik der Teilkontamination ist – ohne Begründung – auch PIETH (vgl. Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.28)

⁵²⁸ Vgl. dazu BURGER, wistra 2002, S.5

⁵²⁹ So wohl auch BURGER, a.a.O.

⁵³⁰ So auch EGGER TANNER, S.106 f.

⁵³¹ So auch EGGER TANNER, S.106

für die gesamte Kontamination ausreichen zu lassen⁵³². Schließlich bräuchte ein Geldwäscher nur einen einzigen legal erwirtschafteten Euro auf ein Konto mit schmutzigem Geld einzubezahlen, um den gesamten Giralgeldbestand zu reinigen⁵³³ und damit diesem die Objektstauglichkeit für eine nachfolgende Geldwäsche zu nehmen.

Während es unter Gesichtspunkten des Umweltschutzes vergleichsweise eine faszinierende Erkenntnis wäre, eine Ölpest allein durch das Hinzufügen von ein paar Spritzern klaren Wassers bekämpfen zu können, würde man den Katalogtäter durch eine derart extreme Haltung unangemessen privilegieren und damit § 261 StGB weitestgehend zur Farce machen⁵³⁴.

(c) Ansatz 3: Tatobjektstauglichkeit in Abhängigkeit vom Umfang der Teilkontamination

Die richtige Antwort liegt meines Erachtens zwischen diesen Extremansätzen und muß unabhängig von den vorangegangenen beschriebenen Gedanken der „Gesamtverschmutzung“ oder „Gesamtreinigung“ sein.

Nach meinem Dafürhalten sollten bei einem „gemischten Bankkonto“ Transaktionen solange nicht dem Geldwäschetatbestand unterliegen, als sie möglich sind, ohne den inkriminierten Geldzuwachs anzugreifen⁵³⁵ oder anders ausgedrückt: Solange der Vortäter nur so viel Geld überweist, wie er legal besitzt. In Österreich ist eine entsprechende Auffassung inzwischen ganz überwiegend anerkannt: Aufgrund der Unschuldsvermutung und des Zweifelsgrundsatzes sei dort nur dann ein geldwäschereitaugliches Objekt anzunehmen, wenn der betroffene Vermögensteil rechnerisch zwangsläufig auch kontaminierte Werte enthalten müsse, es sei denn, der erfasste Teil sei ausdrücklich zur Geldwäscherei gewidmet worden⁵³⁶.

Zwar kritisieren LEIP UND HARDTKE an dieser Wertsummenlösung⁵³⁷, daß „in dubio pro reo“ dann nur in den seltensten Fällen ein Herrühren aus einer Katalogtat und damit ein taugliches Tatobjekt der Geldwäsche zu bejahen sei⁵³⁸, weil im Zweifel davon auszugehen sein wird, daß das Geld aus dem sauberen Teil des Vermögens

⁵³² Vgl. schon LEIP / HARDTKE, wistra 1997, S.282 und für die Schweiz Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.28. Demgegenüber wird in Österreich teilweise davon ausgegangen, daß im Zweifel das schmutzige Geld durch das saubere gereinigt werde (vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.93 m.w.N.).

⁵³³ Vgl. LEIP / HARDTKE, a.a.O.

⁵³⁴ So auch EGGER TANNER, S.106

⁵³⁵ Vgl. auch LEIP / HARDTKE, wistra 1997, S.283 m.w.N.; ähnlich auch Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.93 m.w.N.

⁵³⁶ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.579 m.w.N.

⁵³⁷ Vgl. zu der Begrifflichkeit AMBOS, JZ 2002, S.71

⁵³⁸ Vgl. LEIP / HARDTKE, wistra 1997, S.283 und 284

stammt⁵³⁹. Und auch EGGER TANNER lehnt diesen Vorschlag mit dem ergänzenden Hinweis darauf ab, daß ein vermögender Täter § 261 StGB weitestgehend ausschalten könnte, indem er den kontaminierten Teil des Bankguthabens einfach auf seinem Konto belässt und nur mit dem legal erwirtschafteten Geld seinen Geschäften nachgeht⁵⁴⁰. Die von § 261 StGB im Zusammenhang mit dem Geldwäschegesetz bezweckten Ziele einer Isolierung des Vortäters einerseits und der Erstellung einer „paper trail“ andererseits würden dann aber so lange nicht erreicht, wie der Geldwäscher nur genügend legale Mittel hätte, um seine Geschäfte zu finanzieren.

Bei der vorgetragenen Kritik ist aber zu berücksichtigen, daß ein Geldwäscher kein Interesse daran haben wird und keinen Nutzen daraus ziehen kann, deliktisch erworbenes Geld auf einem Konto zu lagern und es niemals anzutasten, um hierdurch einen etwaigen Geldwäscheverdacht gegen sich selbst zu verhindern. Zum Wesen der Geldwäsche gehört es doch gerade, daß inkriminierte Vermögenswerte vielfach verschoben werden, um deren Makel der Illegalität zu vertuschen. Die statische Aufbewahrung derselben auf einem Bankkonto und das bloße Erfreuen an Zinseinnahmen dürfte damit die Ausnahme bleiben; zumeist werden die Täter durchaus versuchen, zwecks Geldwäsche das kontaminierte Geld auch in Umlauf zu bringen. Dann aber greifen auch die Missbrauchsgedanken gegen das oben dargestellte Verständnis einer Teilkontamination nicht.

Trotz des Versuchs, die Kritik an der hier vertretenen Auffassung zu entkräften, soll nicht darüber hinweggetäuscht werden, daß auch die Wertsummenlösung keine vollkommen zufriedenstellende Lösung darstellt. Diesseits wird sie dennoch befürwortet, weil sie am ehesten zu praxisgerechten Ergebnissen zu führen und darüber hinaus vor allem die Grundsätze der Unschuldsvermutung und des Zweifelssatzes mit denen der Eigentumsgarantie (Art.14 GG) und des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs.2 GG; § 1 StGB) zu vereinigen vermag.

Schließlich würde etwa ein Abstellen allein auf das wertmäßige Übergewicht des bemakelten Anteils massive Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des § 261 StGB hervorrufen und im übrigen nicht weiterführen; denn wenn es für eine Gesamtkontamination nur darauf ankäme, daß mehr als die Hälfte des Gesamten kontaminiert sein müsste, würde dies zu unverhältnismäßigen Privilegierungen vermögender Täter führen⁵⁴¹: Ein Katalogtäter mit einem legalen Kontoguthaben von einer Million Euro müsste demnach einen mindestens geringfügig erhöhten illegalen Betrag in dieser Größenordnung einzahlen, um sein gesamtes Vermögen auf diesem

⁵³⁹ Vgl. dazu auch AMBOS, a.a.O.

⁵⁴⁰ Vgl. EGGER TANNER, S.109

⁵⁴¹ So auch LEIP / HARDTKE, wistra 2002, S.283

Konto zu verseuchen. Mithin müsste er schon eine auf große Erträge ausgelegte Tat begangen haben. Der Täter mit einem geringen Giralgeldbestand von 500 Euro hingegen würde bereits durch die Einzahlung etwa von 600 Euro aus einem gewerbsmäßigen Diebstahl sein legales Vermögen gefährden. Im übrigen bestünde weiter die Gefahr, daß vermögende Täter aufgrund der absolut betrachtet hohen „Freigrenze“ bewusst Teilkontaminationen herbeiführen, um damit das schmutzige Vermögen reinzuwaschen⁵⁴². Bei einer weiteren, hieran anschließenden Einzahlung müssten dann die obigen Grundsätze erneut dazu führen, daß eine Gesamtkontamination erst ab dem relativen Wert von mindestens fünfzig Prozent stattfindet. Es wäre demnach nur eine Frage der Zeit, bis der Vortäter selbst sehr große Summen in aufgesplitteter Form reingewaschen hat.

BARTON setzt dann auch sehr viel früher an und spricht sich schließlich dafür aus, einen Gegenstand nur dann als nicht mehr aus einer Katalogtat herrührend anzusehen, wenn er nur noch bis zu einem Signifikanzniveau in Höhe von 0,1 bis 5,0 Prozent aus dieser Tat stammt⁵⁴³. LEIP UND HARDTKE hingegen wollen diesen erfahrungswissenschaftlich gewonnenen Wert⁵⁴⁴ nicht akzeptieren und sprechen sich unter Zuhilfenahme steuerrechtlicher Vorschriften, insbesondere in Anlehnung an § 74 Abs.2 AO dafür aus, eine Gesamtkontamination dann anzunehmen, wenn die Teilkontamination mehr als ein Viertel des Gesamtwertes ausmacht⁵⁴⁵.

Bereits diese Darstellung stark voneinander abweichender Auffassungen hinsichtlich des „richtigen“ Prozentsatzes bestätigen die weiter oben angedeuteten Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des Tatbestandes: Sofern die Strafbarkeit einer Geldwäsche davon abhängig sein sollte, wie hoch der prozentuale Anteil kontaminierten Vermögens am gesamten Vermögen ist, hätte es hierfür einer entsprechenden Regelung des Gesetzgebers bedurft⁵⁴⁶. Eine solche wäre dann nämlich nach § 1 StGB erforderlich, der eine gesetzliche Fixierung des Norm-Programmes verlangt, um dem Bürger eine klare Orientierung seines Handelns zu ermöglichen und diesem einen Freiheitsraum gegen unvorhergesehene Eingriffe des Staates sichert⁵⁴⁷.

Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß die weiter oben am Ansatz Nummer 1 („Teilkontamination führt immer zur Gesamtkontamination des Giralgeldes“) geäußerte Kritik⁵⁴⁸ hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nach Art.14 GG – wenn auch abgemildert – gegen die dargestellten „Prozent-Ansätze“ ebenfalls zu äußern ist.

⁵⁴² So schon LEIP / HARDTKE, a.a.O.

⁵⁴³ Vgl. BARTON, NStZ 1993, S.163

⁵⁴⁴ Vgl. LEIP / HARDTKE, wistra 2002, S.282

⁵⁴⁵ Vgl. LEIP / HARDTKE, a.a.O., S.283

⁵⁴⁶ So auch EGGER TANNER, S.110

⁵⁴⁷ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 1, Rn.3

(d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, daß sich ein Strafverteidiger auch dann gemäß § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB der Geldwäsche strafbar machen kann, wenn nur ein bestimmter Teil des an ihn herangetragenen Honorargeldes aus einer Katalogtat herrührt, sofern die Höhe der Honorarzahlung den beim Mandanten vorhandenen legalen Anteil an Vermögen übersteigt⁵⁴⁹.

(ii) § 261 Abs.2 Nr.2 Alt.1 und 2 StGB

In Betracht kommt weiter eine Strafbarkeit des Verteidigers nach § 261 Abs.2 Nr.2 StGB in der Tatbestandsvariante des Verwahrens kontaminierter Gegenstände (Alt.1). Schließlich wird der Verteidiger, der sich das Honorargeld im obigen Sinne verschafft hat, das Geld anschließend regelmäßig in Gewahrsam nehmen, um es für sich zur Verfügung zu halten⁵⁵⁰.

Verfügt der Verteidiger später über das Geld, kommt es also zum bestimmungsgemäßen Gebrauch dessen⁵⁵¹, macht er sich wohl zudem des Verwendens kontaminierter Gegenstände für sich selbst strafbar nach der zweiten Alternative von § 261 Abs.2 Nr.2 StGB⁵⁵².

Dennoch bleibt festzuhalten, daß die reine Annahme von Honorar nicht unter § 261 Abs.2 Nr.2 StGB fällt, sondern unter dessen Nummer 1.

(iii) Die Ausnahmeregelung des § 261 Abs.6 StGB und die unbare Honorierung über Banken – ein „Allheilmittel gegen die Krankheit Geldwäsche“ ?

Wie dargestellt, besteht nach dem bloßen Wortlaut des § 261 Abs.2 StGB und mangels einer speziellen Ausnahmenvorschrift für Strafverteidiger⁵⁵³ durchaus die

⁵⁴⁸ Vgl. bereits oben auf S.121 [Teil 3:A.III.1.a(i)(2)(a)]

⁵⁴⁹ So i.E. auch HOMBRECHER, S.23

⁵⁵⁰ So wohl auch AMBOS, JZ 2002, S.71; vgl. zur Begriffsbestimmung des „Verwahrens“ Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.14

⁵⁵¹ Vgl. zur Begriffsbestimmung des „Verwendens“ Tröndle / Fischer, a.a.O.

⁵⁵² So auch GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.430 und wohl GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.123 sowie AMBOS, JZ 2002, S.71

⁵⁵³ Dahingegen enthielt der ursprüngliche Gesetzesentwurf des Bundesrates aus der 11.Legislaturperiode in § 261 Abs.3 StGB-E eine Ausnahme für solche Handlungen, die kraft Gesetzes geschuldet werden oder mit denen eine Gegenleistung für Sachen oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs bewirkt wird (vgl. BT-Drs. 11/7663, S.27; BT-Drs. 11/7665, S.7; BT-Drs. 74/90, S.43 f.; HARTUNG, AnwBl 1994, S.440).

Möglichkeit, daß sich ein Strafverteidiger bei entsprechender subjektiver Tateinstellung durch die Annahme verunreinigten Honorars der Geldwäsche strafbar macht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Honorarforderung des Anwalts bar beglichen wird.

Fraglich und umstritten ist demgegenüber, wie der bereits oben⁵⁵⁴ unter der Problematik des Giralgeldes angedeutete Fall unbarer Honorierung rechtlich zu bewerten ist. In Rede steht dabei namentlich § 261 Abs.6 StGB, der ausdrücklich beschreibt, daß eine Geldwäsche-Tat nicht nach § 261 Abs.2 StGB strafbar ist, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen⁵⁵⁵. Die praktische Bedeutung dieser Ausnahmeregelung ist heftig umstritten. Gerade auch für den hier zu prüfenden Fall der kontaminierten Verteidigerhonorare soll nachfolgend die Frage geklärt werden, ob diese Honorargelder alleine dadurch ihren Makel verlieren können, indem sie von dem Mandanten an den Strafverteidiger durch Zwischenschaltung einer Bank bezahlt werden. Konkret und auf das Problem fixiert muß dabei gefragt werden, ob ein gutgläubiger Bankangestellter das eingezahlte Geld im Sinne von § 261 Abs.6 StGB „erlangt“.

(a) Grammatisches Argument

Eine am Wortlaut des Gesetzes orientierte Auslegung des Ausnahme-Tatbestandes führt dabei nicht zu einem weiterbringenden Ergebnis. Es darf aber wohl davon ausgegangen werden, daß das Erlangen ein in irgendeiner Art und Weise ausgestaltetes Begründen einer eigenen Verfügungsmacht über ein Tatobjekt erfordert.

(b) Systematisches Argument

Daher soll versucht werden, den Inhalt der Ausnahmeregelung durch eine systematische Auslegung näher zu bestimmen, bei der der Zusammenhang zwischen dem Tatbestandsmerkmal des „Erlangens“ im Sinne von § 261 Abs.6 StGB und dem gleichlautenden Merkmal in § 259 Abs.1 StGB berücksichtigt werden soll.

Dabei fällt zunächst auf, daß es im Rahmen des § 259 Abs.1 StGB gerade Voraussetzung einer Bestrafung wegen Hehlerei ist, daß sich ein Täter eine Sache, die ein anderer durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat „erlangt“ hat, sich verschafft (o.ä.).

⁵⁵⁴ Siehe dazu schon oben auf S.120 ff. [Teil 3:A.III.1.a(i)(2)]

⁵⁵⁵ Vgl. zum Hintergrund des § 261 Abs.6 StGB bereits die Ausführungen oben auf S.26 [Teil 2:C.I.3.a(ii)(2)]

Demgegenüber soll sich ein Täter gemäß § 261 Abs.6 StGB ausnahmsweise gerade nicht der Geldwäsche strafbar machen, wenn er sich ein bestimmtes, in Absatz 1 konkretisiertes Tatobjekt verschafft (o.ä.), welches zuvor von einem Dritten „erlangt“ wurde, der hierdurch aber keine Straftat begangen hat.

Die Wirkung des „Erlangens“ entfaltet sich damit bei der Geldwäsche gegenläufig zur Hehlerei, was durch die Verwendung dieses Tatbestandsmerkmals im Rahmen eines Ausnahmetatbestandes einerseits (§ 261 Abs.6 StGB) und eines Grundtatbestandes andererseits (§ 259 Abs.1 StGB) systematisch bedingt ist.

Weiter ist festzustellen, daß der Tatbestand der Hehlerei in § 259 Abs.1 StGB die Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenszustandes durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vortäter erfaßt⁵⁵⁶ und sich nur auf eine konkrete, vermögensrechtswidrig erlangte Sache bezieht, nicht aber auch auf einen für diese Sache erlangten Ersatz⁵⁵⁷.

Dagegen soll der Geldwäschetatbestand dazu führen, einen Vortäter möglichst weitgehend wirtschaftlich zu isolieren und ihm die Verwendung jedweder straftatbezogener Gewinne unmöglich zu machen. Zur Erreichung dieses Zwecks hat sich der Gesetzgeber in § 261 Abs.1 S.1 StGB für den Begriff des „Herrührens“ entschieden und damit den Geldwäschetatbestand auf solche Surrogate des ursprünglichen Tatobjekts ausgeweitet, die unter Beibehaltung des Wertes nach mehreren Transaktionen an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes getreten sind⁵⁵⁸.

Gerade dieser extensive Anwendungsbereich des Geldwäschetatbestandes ist meines Erachtens dann aber ebenfalls zu berücksichtigen, wenn es um die Auslegung der Ausnahmeregelung des § 261 Abs.6 StGB geht⁵⁵⁹. Schließlich ist hiernach – insofern bedarf es zur Verdeutlichung der kurzen Wiederholung – unter anderem das Sich-verschaffen eines bestimmten Gegenstandes ausnahmsweise nicht gemäß Absatz 2 strafbar, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen. § 261 Abs.2 StGB stellt hingegen grundsätzlich das Sich-verschaffen (o.ä.) eines in Absatz 1 bezeichneten Gegenstandes unter Strafe. Und aus § 261 Abs.1 S.1 StGB ergibt sich schließlich, daß als Tatobjekt nur solche Gegenstände in Betracht kommen, die aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrühren. Aus dieser Verweisungskette ist am Ende abzuleiten, daß sich auch das Merkmal des „Erlangens“ im Ausnahmetatbestand des § 261 Abs.6 StGB nicht alleine darauf bezieht, daß ein Dritter wie bei § 259 Abs.1 StGB eine eigene Verfügungsmacht über ein bestimmtes Objekt begründen muß, sondern daß die Entmakelung wohl davon abhängig gemacht werden muß, daß ein gutgläubiger Dritter das ursprüngliche Tatobjekt oder

⁵⁵⁶ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 259, Rn.1

⁵⁵⁷ Siehe dazu schon oben in Fn.121

⁵⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 12/989, S.27

ein Surrogat dessen „erlangt“ hat⁵⁶⁰. Nach dem Vorgegangenen und nach den Ausführungen des Gesetzgebers zum Anwendungsbereich von § 261 Abs.1 StGB muß sich die Verfügungsmacht des Dritten bei der Ausnahmeregelung in Absatz 6 eben auch auf solche Surrogate beziehen können, die unter Beibehaltung des wirtschaftlichen Wertes an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes getreten sind. Entscheidend ist demnach hier nicht darauf abzustellen, ob ein gutgläubiger Dritter den ursprünglichen Gegenstand an sich straffrei zwischen-„erlangt“ hat, sondern ob ihm dessen Wert oder der Wert etwaiger Surrogate tatsächlich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zusteht⁵⁶¹. Ohne Bedeutung ist hingegen, ob ihm das Tatobjekt oder ein Surrogat dessen auch rechtlich zusteht⁵⁶². Auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des dem Erwerb zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts kommt es nämlich nach einhelliger Meinung nicht an⁵⁶³, so daß insbesondere Gedanken zu § 134 BGB entbehrlich sind.

Wenn die Entmakelung von Honorarzahlungen, die aus Katalogtaten herrühren und unbar durch Kontoeinzahlung und -überweisung getätigt werden, wie dargestellt entscheidend davon abhängt, ob diese der Bank tatsächlich ihrem Wert nach zustehen, bedarf es aber gerade insofern einiger Überlegungen zu den zivilrechtlichen Hintergründen dieser sogenannten Bankeinzahlungsfälle:

Zunächst ist auszuführen, daß der Vortäter und die Bank durch die Kontoeinzahlung grundsätzlich einen sogenannten unregelmäßigen Verwahrungsvertrag nach § 700 Abs.1 S.1 BGB schließen⁵⁶⁴. Dieser ist ein Vertrag sui generis, der Elemente der Verwahrung (§§ 688 ff. BGB) mit solchen des Sach- beziehungsweise Gelddarlehens (§§ 607 ff. beziehungsweise 488 ff. BGB) verbindet⁵⁶⁵. Dabei wird die an sich verwahrungsuntypische Abrede getroffen, daß das Eingezahlte / zu Verwahrende in das Eigentum des Verwahrers übergeht und dieser im Gegenzug ähnlich den darlehensrechtlichen Vorschriften in den §§ 488 Abs.1 S.2 und 607 Abs.1 S.2 BGB dazu verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge an den Einzahler zurückzugewähren⁵⁶⁶. Das hieraus resultierende Rückforderungsrecht kann der Hinterleger gemäß § 695 S.1 BGB grundsätzlich jederzeit geltend machen, da nach § 700 Abs.1 S.3 BGB hinsichtlich Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag Anwendung finden.

⁵⁵⁹ So i.E. auch Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.29

⁵⁶⁰ A.A. wohl BERNSMANN, StV 2000, S.43

⁵⁶¹ So i.E. auch Münchener Kommentar, StGB, NEUHEUSER, § 261, Rn.68 und HOMBRECHER, S.29

⁵⁶² Vgl. auch Münchener Kommentar, a.a.O.

⁵⁶³ Vgl. Lackner, StGB, KÜHL, § 261, Rn.6; Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.14; Münchener Kommentar, StGB, NEUHEUSER, § 261, Rn.68 (dort in Fn.134); SPISKE, S.159

⁵⁶⁴ Vgl. Palandt, BGB, SPRAU, § 700, Rn.1 und § 700, Rn.2 i.V.m. § 688, Rn.3

⁵⁶⁵ Vgl. Palandt, BGB, SPRAU, § 700, Rn.1

⁵⁶⁶ Vgl. Palandt, a.a.O., Rn.1 f.

Demnach erwirbt eine Bank zwar rein formell Eigentum an den eingezahlten Geldscheinen und erlangt das Bargeld straflos⁵⁶⁷. Allerdings verbleibt der mit der Einzahlung begründete Rückforderungsanspruch gegen die Bank bei dem Vortäter⁵⁶⁸. Diese darlehensähnliche Forderung stellt ihrerseits lediglich ein Surrogat des ursprünglich eingezahlten Bargeldes dar und rührt ebenso wie dieses aus der Katalogtat her⁵⁶⁹. Durch die Banküberweisung überträgt der Vortäter eben diese Forderung dann an seinen Verteidiger, der damit letztlich erneut einen kontaminierten Vermögensgegenstand im Sinne von § 261 Abs.1 StGB als Honorar erhält⁵⁷⁰. Mithin kann in diesen Fällen die Bank nicht zur „legalen Geldwäsche“ genutzt werden⁵⁷¹.

(c) Teleologisches Argument

Zur weiteren Begründung dieses Ergebnisses sei auch nochmals auf den Gesetzeszweck von § 261 StGB verwiesen, der in einer möglichst umfassenden und effektiven Bekämpfung der Geldwäsche besteht⁵⁷². Würde bereits die Umgehung barer Zahlungen durch die Kombination Bankeinzahlung und -überweisung wegen § 261 Abs.6 StGB in aller Regel dazu führen, daß eine Geldwäsche zumindest nach Absatz 2 ausscheidet, würde die Vorschrift faktisch weitgehend leer laufen⁵⁷³.

Ein absurder Nebeneffekt wäre wohl zudem, daß Geldwäscher verstärkt versuchen würden, Kreditinstitute als Geldwaschanlagen zu nutzen, indem sie auf unverdächtige Weise – z.B. in kleinen Stückelungen – Gelder auf ein Konto einzahlen und dieses dann Dank § 261 Abs.6 StGB „frisch gewaschen“ weiter verwenden könnten⁵⁷⁴. Und das, obwohl erklärtes Ziel des Gesetzgebers es gerade war, dies zu verhindern⁵⁷⁵.

(d) Zwischenergebnis

Hiernach bleibt also festzuhalten, daß ein Strafverteidiger auch bei Zwischenschaltung einer Bank nicht davor gefeit ist, kontaminierte

⁵⁶⁷ So ähnlich auch Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.29; Münchener Kommentar, StGB, NEUHEUSER, § 261, Rn.69; KATHOLNIGG, JR 2001, S.31

⁵⁶⁸ So ähnlich auch Münchener Kommentar, a.a.O.

⁵⁶⁹ So auch Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.29

⁵⁷⁰ So ähnlich auch Tröndle / Fischer, a.a.O. und Münchener Kommentar, a.a.O.; vgl. mit leicht abweichender Begründung auch HOMBRECHER, S.31

⁵⁷¹ So i.E. auch Tröndle / Fischer, a.a.O.; Münchener Kommentar, a.a.O. und Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.14; a.A. sind HAMM, NJW 2000, S.638; BERNSMANN, StV 2000, S.43 und MAIWALD, FS-Hirsch (1999), S.639

⁵⁷² Siehe dazu schon oben auf S.9 [Teil 2:A.II.] und S.16 [Teil 2:C.I.2]

⁵⁷³ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.123; auch LÜDERSEN, StV 2000, S.208 tendiert wohl in diese Richtung.

⁵⁷⁴ So auch HOMBRECHER, S.28 und MAIWALD, FS-Hirsch (1999), S.640

⁵⁷⁵ Vgl. BT-Drs.12/989, S.26; HOMBRECHER, S.28

Vermögensgegenstände als Honorar anzunehmen. Das Risiko einer Strafbarkeit wegen Geldwäsche entspricht bei unbarer Bezahlung damit dem Wagnis bei der Annahme von Bargeld.

(iv) Zusammenfassung

Insgesamt wird damit ersichtlich, daß Strafverteidiger durch die bloße Annahme von unsauberem Geld als Honorar den objektiven Tatbestand des § 261 Abs.2 Nr.1 StGB erfüllen können.

Hiervor können sie sich auch nicht dadurch schützen, indem sie auf bare Honorierung verzichten und sich auf unbare Honorarzahlungen beschränken⁵⁷⁶, da selbst ein Geldinstitut mit gutgläubigen Bankangestellten nicht den in der Ausnahmeregelung des § 261 Abs.6 StGB vorausgesetzten legalisierenden Zwischenerwerb zu begründen vermag.

b. Subjektiver Tatbestand

Neben der Erfüllung des objektiven Tatbestands von § 261 Abs.2 StGB ist freilich eine bestimmte subjektive Einstellung eines Strafverteidigers zur Geldwäsche erforderlich. Die Natur der subjektiven Tatbestandsmerkmale verbietet es an sich, hier rein theoretische, einzelfallbezogene Ausführungen zu machen. Eigentlich genügt schon eine einfache Feststellung: Nimmt ein Strafverteidiger im konkreten Fall Honorargeld an, dessen deliktische Herkunft er (mindestens billigend) kennt oder leichtfertig nicht kennt, macht er sich nach § 261 Abs.2 Nr.1 (ggf. i.V.m. Abs.5) StGB strafbar; ohne entsprechende innere Einstellung bleibt er hingegen straflos. Daß er in der Regel aller Fälle hinsichtlich der Tatbestandshandlung des Sich-verschaffens Vorsatz haben dürfte, darf wohl angenommen werden.

Trotzdem soll die Gelegenheit genutzt werden, auf die fallspezifischen, vor allem auf die kriminelle Herkunft des Geldes bezogenen Besonderheiten im Bereich des subjektiven Tatbestandes hinzuweisen:

Die Bejahung eines (bedingten) Vorsatzes hinsichtlich der Geldesherkunft erfordert generell, daß der Geldwäscher zumindest billigend in Kauf nimmt, daß das Geld aus irgendeiner der Katalogtaten herrührt⁵⁷⁷. Hierfür genügt noch nicht allein, daß der

⁵⁷⁶ Vgl. auch LÜDERSEN, Internet, S.22. Gleichwohl ist eine solche Vorgehensweise de lege lata anzuraten, da eine unbare Zahlungsabwicklung gegenüber der Honorierung in bar vielfach zumindest ein Indiz für die Gutgläubigkeit des Zahlungsempfängers darstellen (so auch Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.29) und diesen somit in manchen Fällen zumindest in subjektiv-tatbestandlicher Hinsicht vor einer Bestrafung wegen Geldwäsche „retten“ kann.

⁵⁷⁷ Vgl. Schöneke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.18

Täter mit einer solchen Möglichkeit lediglich rechnet⁵⁷⁸. Demnach soll bei Strafverteidigern bedingter Vorsatz nicht allein aufgrund des Umstandes angenommen werden können, daß sich das Mandat auf eine Geldwäsche-Katalogtat bezieht, selbst wenn der Rechtsanwalt die Richtigkeit des gegen seinen Mandanten erhobenen Tatvorwurf für möglich hält⁵⁷⁹. Anders kann sich in Einzelfällen natürlich der Verdacht einer unlauteren Mittel-Herkunft in einem solchen Maße aufdrängen, daß ein voluntatives Element des Nicht-Billigens gänzlich zurücktritt⁵⁸⁰. Derartige Indizien können beispielsweise vorliegen, wenn ein Anwalt ungewöhnlich hohe Bar-Vorschüsse von einem angeblich einkommenslosen Mandanten annimmt⁵⁸¹. Soweit Honorare für sachlich angemessene Leistungen nach der Gebührenordnung für Rechtsanwälte (BRAGO) abgerechnet werden, besteht hingegen in der Regel kein Anlaß zu Ermittlungen nach der Herkunft der Honorarmittel⁵⁸².

Aber selbst, wenn dem Strafverteidiger ein (bedingter) Vorsatz hinsichtlich der Geldquelle seines Mandanten nicht vorgeworfen werden kann, besteht aufgrund des § 261 Abs.5 StGB die Möglichkeit, sich strafbar zu machen, wenn ihm nur nachgewiesen werden kann, daß er die unsaubere Herkunft des Honorargeldes leichtfertig verkannt hat. Wie bereits ausgeführt⁵⁸³, entspricht das Tatbestandsmerkmal der „Leichtfertigkeit“ etwa dem der „grobe Fahrlässigkeit“ im bürgerlichen Recht, weshalb derjenige leichtfertig handelt, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders grober Weise außer acht läßt, obwohl sich die dubiose Herkunft des Gegenstandes nach der Sachlage aufdrängt.

Erforderlich ist also eine Verletzung des Sorgfaltsmaßstabes, der sich grundsätzlich daran orientiert, wie ein Mensch der auf das Leistungsvermögen des Täters zugeschnittenen Kategorie handeln würde, um in der betreffenden Situation Gefahren für andere zu vermeiden⁵⁸⁴. Bei der sodann erforderlichen Bestimmung der persönlich zu erbringenden Sorgfalt sind namentlich unter anderem die für den Berufskreis des Täters geltenden Rechtssätze und Verkehrsgepflogenheiten zu beachten⁵⁸⁵.

Demnach ist hinsichtlich der Entgegennahme bemakelten Honorargeldes die Frage zu stellen, welche „Nachforschungen“ ein umsichtiger Strafverteidiger angestellt

⁵⁷⁸ Vgl. Schönke / Schröder, a.a.O.

⁵⁷⁹ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.41

⁵⁸⁰ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O.

⁵⁸¹ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O.. Weitere Indizien für einen bedingten Vorsatz dürften in Anlehnung an das amerikanische „United States Attorney’s Manual“ auch in Deutschland etwa darin zu sehen sein, wenn Bargeld in großen Scheinen gebraucht wird oder die Geschäftsabwicklung unter sonderbaren Umständen, außerhalb der Geschäftszeiten oder an verdächtigen Orten vorgenommen wird (vgl. United States Attorney’s Manual, § 9-105.400, download möglich im Internet unter [http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/105mcrm.htm]).

⁵⁸² Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O.

⁵⁸³ Vgl. dazu schon oben auf S.27 [Teil 2:C.I.3.b]

⁵⁸⁴ Vgl. SCHMIDT, JR 2001, S.451

⁵⁸⁵ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.. Zu beachten sind hierbei insbesondere auch die Vorschriften des Geldwäschegesetzes (vgl. dazu schon oben auf S.29 ff. [Teil 2:C.II.] und HÖRETH, S.158 f.).

hätte⁵⁸⁶. Dabei ist der Rahmen der zumutbaren Nachforschungen sehr eng gesteckt: Weder darf der Verteidiger aufgrund seiner Schweigepflicht externe Überprüfungen seines Mandanten einleiten, um die Geldesherkunft zu analysieren, noch können auch nur interne Prüfungen verlangt werden, wenn diese das bestehende Vertrauensverhältnis zu seinem Mandanten zu sehr beanspruchen⁵⁸⁷. Vielmehr darf der Anwalt grundsätzlich auf die Richtigkeit tatsächlicher Informationen seines Mandanten vertrauen⁵⁸⁸. Zu seinem eigenen Schutz vor einer Geldwäschestrafbarkeit ist er aber angehalten, die Herkunft des Geldes dann zu erfragen, wenn er Informationen erhält, nach denen sich der Schluß einer unsauberen Herkunft geradezu aufdrängt⁵⁸⁹. Hellhörig sollte der sorgfältige Jurist vor allem dann werden, wenn das Tatobjekt einen überdurchschnittlich hohen Wert hat⁵⁹⁰. Zwar muß der Anwalt selbst beim Vorliegen derartiger Indizien nicht versuchen, die Vermögensverhältnisse vollständig zu durchleuchten oder einen konkreten Nachweis der Geldquelle zu erlangen, sondern darf sich mit einer plausiblen Antwort zufrieden geben⁵⁹¹. Unterläßt er die Nachfrage aber insgesamt oder gibt er sich mit einer unter keinem denkbaren Gesichtspunkt plausibel erscheinenden Antwort ab, handelt er sorgfaltspflichtwidrig⁵⁹² und gerät damit verstärkt in die Gefahr einer Leichtfertigkeitstraftbarkeit nach § 261 Abs.5 StGB⁵⁹³.

Abschließend kann festgehalten werden, daß sowohl die richterliche Feststellung der subjektiven Tateinstellung, als auch schon vorher der verfahrenseinleitende Anfangsverdacht nach § 152 Abs.2 StPO an bestimmten Indizien anknüpfen, bei deren Vorliegen den Strafverteidigern in Deutschland zu besonderer Wachsamkeit zu raten ist. So führt die Annahme exorbitant hoher Bar-Zahlungen im Rahmen von Vereinbarungshonoraren unter dubiosen Umständen von einem einkommenslosen Mandanten sicherlich schneller zumindest zu der Annahme leichtfertiger Kenntnis hinsichtlich der Mittelherkunft, als die Honorarannahme bei Zahlung von BRAGO-konformen Anwaltsgebühren durch Zwischenschaltung eines Kreditinstituts⁵⁹⁴.

⁵⁸⁶ Vgl. auch SCHMIDT, a.a.O.

⁵⁸⁷ So auch SCHMIDT, a.a.O.; a.A. ist wohl N.N. (DAI), BRAK-Mitt. 1994, S.94 f.

⁵⁸⁸ So auch SCHMIDT, a.a.O.

⁵⁸⁹ So auch SCHMIDT, a.a.O. und Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.43

⁵⁹⁰ So auch Schönke / Schröder, StGB, STREE, § 261, Rn.19

⁵⁹¹ So auch SCHMIDT, a.a.O.

⁵⁹² So auch SCHMIDT, JR 2001, S.451

⁵⁹³ Entsprechend führt BURGSTALLER mit Bezug auf die österreichische Gesetzeslage aus, daß sich ein Rechtsanwalt allenfalls den Vorwurf fahrlässigen Handelns gefallen lassen müsse, wenn er sich aufdrängende, gezielte Nachfragen hinsichtlich der Herkunft des Honorargeldes unterlasse; die von § 165 Abs.2 und § 278a Abs.2 öStGB a.F. / § 165 Abs.5 öStGB n.F. geforderte Wissentlichkeit könne hingegen hierauf nicht gestützt werden (vgl. öAnwBl 2001, S.587).

⁵⁹⁴ So wird teilweise sogar ausgeführt, daß der Rechtsanwalt regelmäßig auf die legale Herkunft von Mitteln im Rahmen des gesetzlich als angemessen angesehenen Honorars wird vertrauen können, wenn nicht besondere Anhaltspunkte dagegen sprechen (vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.43).

2. Erfassung durch § 261 Abs.1 S.1 StGB (auch i.V.m. §§ 25 ff. StGB)

Eine unmittelbare Erfassung der Honorarannahme durch Strafverteidiger von § 261 Abs.1 S.1 StGB wird vielfach denklogisch für nicht möglich gehalten⁵⁹⁵. Jedoch ist diese Aussage meines Erachtens nicht in ihrer Absolutheit bestandskräftig.

Nach der zitierten Regelung macht sich nämlich unter anderem strafbar, wer die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines kontaminierten Gegenstandes vereitelt oder gefährdet. Dabei liegt doch der Verdacht sehr nahe, daß ein Strafverteidiger durch die Annahme kontaminierten Honorargeldes die Ermittlung der Herkunft und das Auffinden des Tatobjekts zumindest konkret gefährdet⁵⁹⁶. Jedenfalls kann dies im Einzelfall dann nicht ausgeschlossen werden, wenn die bloße Entgegennahme durch zusätzliche Handlungen ergänzt wird.

In objektiv-tatbestandlicher Hinsicht kann daher wohl in manchen Fällen der Honorarannahme auch eine Verwirklichung des § 261 Abs.1 S.1 StGB nicht von vorneherein ausgeschlossen werden. Beachtenswert ist dabei der weitere Umstand, daß die Möglichkeit eines legalisierenden Zwischenerwerbs durch Dritte expressis verbis nach § 261 Abs.6 StGB für diesen Fall ausgeschlossen ist.

Eine Bestrafung nach § 261 Abs.1 S.1 StGB dürfte dennoch regelmäßig daran scheitern, daß einem Anwalt wohl nur in den seltensten Fällen die erforderliche subjektive Einstellung zur Tat nachgewiesen werden kann, beziehungsweise bei ihm schon in der Regel selbst der nur bedingte Vorsatz zur Verbergung bemakelten Geldes oder zur Gefährdung dessen Herkunftsermittlung fehlen dürfte.

Demgegenüber ist bei der Handlungsalternative des § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB bezüglich der Tathandlung lediglich ein mindestens bedingter Vorsatz hinsichtlich des Sich-verschaffens kontaminierter Gegenstände erforderlich. Da dieser Vorsatz regelmäßig leichter anzunehmen und in der Praxis auch nachzuweisen sein dürfte, halte ich es im Ergebnis für vertretbar, die Diskussion über das zugrundeliegende Strafverteidigerproblem auf § 261 Abs.2 Nr.1 StGB zu beschränken.

Lediglich angedeutet werden soll darüber hinaus die Möglichkeit, sich als Verteidiger einer Mittäterschaft (§ 25 Abs.2 StGB), einer Beihilfe (§ 27 Abs.1 StGB) oder auch einer Anstiftung (§ 26 StGB) zu der vom Mandanten begangenen Geldwäsche gemäß § 261 Abs.1 S.1 StGB strafbar zu machen⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Vgl. KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2041 und wohl auch BERNSMANN, StV 2000, S.43; vgl. aber zu anderen anwaltlichen Tätigkeiten und den damit einhergehenden Strafbarkeitsrisiken nach § 261 Abs.1 S.1 StGB die Ausführungen von GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.122

⁵⁹⁶ So auch MÜTHER, Jura 2001, S.324 f. m.w.N.

⁵⁹⁷ Vgl. schon LÜDERSEN, StV 2000, S.208

Diese Möglichkeit besteht insbesondere, wenn man – von der oben dargestellten⁵⁹⁸, hier vertretenen Auffassung abweichend – davon ausgehen möchte, daß durch Kontoeinzahlung und anschließende Banküberweisung ursprünglich kontaminiertes Geld durch das „gutgläubige Geldinstitut“ reingewaschen wird und sich damit der Strafverteidiger als Endempfänger wegen § 261 Abs.6 StGB nicht der Geldwäsche nach § 261 Abs.2 StGB strafbar macht. Dann kann sich nämlich der Mandant, der in Kenntnis des Umstandes handelt, das Honorar für seinen Verteidiger nur per Banküberweisung begleichen zu können, durch die Kontoeinzahlung der Tatbestandsalternative der Herkunftsverschleierung gemäß § 261 Abs.1 S.1 StGB strafbar machen⁵⁹⁹. Dabei ist zu beachten, daß das hierin ehemals beschriebene Erfordernis gestrichen worden ist, nach dem das Tatobjekt aus der rechtswidrigen Tat „eines anderen“ herrühren musste⁶⁰⁰. Seitdem kann also auch der Vortäter selbst strafbar geldwaschen⁶⁰¹. Sofern dann auch noch der Verteidiger von diesem Wasch-Manöver seines Mandanten weiß, ihm hierbei hilfreich zur Seite steht, ihn unterstützt oder ihn hierzu gar angeregt hat, könnte es sein, daß er selbst nach § 261 Abs.1 S.1 i.V.m. § 25 Abs.2 / 26 / 27 Abs.1 StGB zur Verantwortung gezogen wird. Denn nach zustimmungswürdiger Auffassung des BUNDESGERICHTSHOFS kommt selbst beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 261 Abs.6 StGB und bei gleichzeitiger Tatbestandserfüllung von § 261 Abs.1 und 2 StGB Letzterem nicht etwa eine Sperrwirkung derart zu, daß die aus § 261 Abs.6 StGB resultierende Straffreiheit bezüglich einer Tat nach § 261 Abs.2 StGB zugleich eine Straffreiheit auch im Bezug auf § 261 Abs.1 StGB nach sich zöge⁶⁰². Selbst bei für den Anwalt wohlwollendster Auslegung des § 261 Abs.6 StGB kann dieser nämlich nicht dahingehend verstanden werden, daß die hierin enthaltene Ausnahmeregelung entgegen seinem ausdrücklichen Wortlaut nicht nur für die Tatbestandsalternativen des § 261 Abs.2 StGB, sondern auch für jene in Absatz 1 Satz 1 oder etwaige Teilnahmehandlungen hieran gilt.

Die Frage, ob sich ein Rechtsanwalt bei entsprechender subjektiver Einstellung gemäß §§ 261, 13, 27 StGB wegen Beihilfe zur Geldwäsche durch Unterlassen der im Geldwäschegesetz geforderten Verdachtsanzeigepflicht strafbar machen kann, braucht an dieser Stelle nicht beantwortet zu werden, da diese Pflicht wegen § 11 Abs.1 S.1 i.V.m. § 3 Abs.1 S.1 Nr.1 GwG jedenfalls nicht dem Strafverteidiger obliegt.

⁵⁹⁸ Siehe zu der Problematik um § 261 Abs.6 StGB insgesamt schon oben auf den S.125 ff. [Teil 3:A.III.1.a(iii)]

⁵⁹⁹ Vgl. schon LÜDERSSEN, StV 2000, S.208 und auch MÜTHER, Jura 2001, S.325

⁶⁰⁰ Vgl. dazu weiter Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.18

⁶⁰¹ Vgl. auch Tröndle / Fischer, a.a.O.

⁶⁰² Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, JR 2002, S.29

3. Ergebnis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß sich ein Strafverteidiger durch die Annahme von bemakeltem Honorargeld ihrem Wortlaut nach vor allem gemäß § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1, Nr.2 Alt.1 und Alt.2 StGB strafbar machen kann, wenn er die erforderliche subjektive Einstellung zur Tat mitbringt. Ob die Honorierung in bar oder per Banküberweisung erfolgt, macht für diese Beurteilung keinen entscheidenden Unterschied, da die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung in § 261 Abs.6 StGB auch bei unbarer Begleichung der Honorarforderung nicht erfüllt sind.

Die Varianten des Verwahrens und Verwendens (Nr.2) treten dabei auf Konkurrenzebene als notwendige Anschlusshandlungen im Sinne mitbestrafter Nachtaten hinter dem zeitlich voranschreitenden „Sich-verschaffen“ (Nr.1) zurück⁶⁰³. Auch sind die exkursiv angesprochenen Möglichkeiten einer Strafbarkeit wegen Beihilfe, Anstiftung oder Mittäterschaft zur Geldwäsche des Mandanten (§ 261 Abs.1 i.V.m. §§ 25 ff. StGB) von eher untergeordneter Bedeutung.

Es wird daher für problemangemessen und ausreichend erachtet, die weiteren Ausführungen auf die Verschaffens-Alternative des § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB zu beschränken.

IV. Verfassungsrechtliche Konsequenzen einer wortlautgetreuen Anwendung von § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB

Nach der Feststellung, daß sich ein Strafverteidiger durch die Annahme straftat-kontaminierten Honorars expressis verbis nach § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB wegen Geldwäsche strafbar machen kann, bedarf es nun einer umfassenden Darstellung der Auswirkungen einer wortlautgetreuen Anwendung des Tatbestandes auf Verteidigerhonorare. Dabei soll nicht auf die unmittelbaren materiell-rechtlichen Folgen einer Geldwäschestrafbarkeit von Strafverteidigern, wie Strafandrohungen oder etwaige berufsrechtliche Konsequenzen, eingegangen werden. Vielmehr sollen die hieraus mittelbar resultierenden verfassungsrechtlichen Folgen für den beschuldigten Rechtsuchenden einerseits und den Juristen andererseits aufgezeigt werden.

Unabdingbar ist hierbei für die nachfolgende Prüfung, daß die widerstreitenden Zwecke des Gesetzes in § 261 Abs.2 Nr.1 StGB und der institutionell

⁶⁰³ So auch AMBOS, JZ 2002, S.71, Fn.17 m.w.N.

garantierten Strafverteidigung beachtet werden⁶⁰⁴. Schließlich kann es nicht darum gehen, ob einem Verteidiger die Möglichkeit eingeräumt werden müsste, sich straflos quasi zum Komplizen des Vortäters machen zu können⁶⁰⁵. Die Frage nach der Schutzwürdigkeit seiner eigenen Person vor einer Geldwäscheverurteilung tritt damit eindeutig hinter der zwingenden Notwendigkeit zurück, die Strafverteidigung per se im Interesse des beschuldigten juristischen Laien, des Anwalts und nicht zuletzt des Staates zu schützen⁶⁰⁶.

Zugleich soll mit der folgenden Darstellung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Verfassungsbeschwerden, die von den beiden am 04.07.2001 vom Bundesgerichtshof verurteilten Strafverteidigern eingereicht wurden, vorgegriffen werden⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Einen solchen Zielkonflikt zwischen dem hier relevanten Geldwäschetatbestand des § 261 Abs.2 S.1 Nr.1 StGB und der Wahlverteidigung sieht auch NESTLER, StV 2001, S.641.

⁶⁰⁵ So auch LÜDERSEN, StV 2000, S.206.

⁶⁰⁶ So ähnlich auch KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2041 f.. Aussagekräftig erscheint in diesem Zusammenhang die Regelung in § 1 Abs.2 der anwaltlichen Berufsordnung BORA: „Die Freiheitsrechte des Rechtsanwalts gewährleisten die Teilhabe des Bürgers am Recht. Seine Tätigkeit dient der Verwirklichung des Rechtsstaats.“

⁶⁰⁷ Die Berichterstattung zu diesen Verfassungsbeschwerden ist bisweilen sehr mager und zum Teil widersprüchlich. Auf eine persönliche Anfrage beim BUNDESVERFASSUNGSGERICHT wurde mit Schreiben vom 04.06.2002 und vom 07.05.2003 die Auskunft erteilt, daß gegen das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 04.07.2001 zwei Verfassungsbeschwerden eingereicht und den Aktenzeichen 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01 zugeordnet worden sind, über die der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts noch im Laufe des Jahres 2003 zu entscheiden beabsichtigt. Einer im September 2002 vom Verfassungsrechtsausschuß des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) abgegebenen Stellungnahme zu diesen beiden Verfassungsbeschwerden ist zu entnehmen, daß sich die Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1520/01 zunächst nur gegen ihre Verurteilung durch das Landgericht Frankfurt am Main und die Zurückweisung der Revision durch den Bundesgerichtshof wenden und diese mit einer Verletzung ihrer Grundrechte aus den Art.2 und 12 GG (jeweils i.V.m. Art.20 Abs.3 GG) begründen. Mit der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1521/01 erweitern sie diese erste Verfassungsbeschwerde und rügen nun zusätzlich eine Verletzung der Grundrechte aus Art.3 Abs.1 GG und aus Art.100 Abs.2 und 3 GG; zudem wenden sie sich jetzt auch gegen die Aufhebung des Freispruches des Landgerichts durch den Bundesgerichtshof (vgl. Stellungnahme des DAV, Nr. 42/2002, S.5, download im Internet möglich unter [<http://www.anwaltverein.de/03/05/2002/index.html>]). Mangels genauerer Kenntnis kann auf den Inhalt der Verfassungsbeschwerden hier nicht weiter eingegangen werden. Schon jetzt dürfen aber Zweifel an der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1521/01 geäußert werden, so weit sich diese gegen die Aufhebung des Freispruches des Landgerichts durch den Bundesgerichtshof richtet; insofern ist nämlich fraglich, ob die in § 90 Abs.2 i.V.m. § 13 Nr.8a BVerfGG vorgesehene Subsidiarität des Bundesverfassungsgerichts (vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.302, Rn.1256) gewahrt wurde, obwohl der strafprozessuale Rechtsweg noch nicht vollständig erschöpft war (so auch der DAV, a.a.O.).

1. Das Prozeßgrundrecht eines Beschuldigten auf freie Wahl eines Strafverteidigers und die Institutsgarantie der Strafverteidigung

a. Dogmatische Herleitung

Das BUNDESVERFASSUNGSGERICHT führt in ständiger Rechtsprechung aus, daß ein Beschuldigter in einem Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein darf, sondern ihm vielmehr die Möglichkeit gegeben werden muß, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Strafverfahrens Einfluß zu nehmen⁶⁰⁸. Da der beschuldigte, meist rechtsunkundige Laie hierzu aber in der Regel nicht in der Lage ist, bedarf es eines fachkundigen Beistandes zur Herstellung prozessualer Waffengleichheit gegenüber den staatlichen Strafverfolgungsbehörden – eben eines Strafverteidigers⁶⁰⁹.

Das hierauf bezogene Recht sieht das BUNDESVERFASSUNGSGERICHT im fair-trial-Prinzip begründet, welches es in ständiger Rechtsprechung aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art.20 Abs.3 GG in Verbindung mit Art.2 Abs.1 GG ableitet⁶¹⁰.

Vertreter der Literatur hingegen wollen das Recht auf freie Wahl eines Verteidigers überwiegend aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableiten⁶¹¹. Aus Art.103 Abs.1 GG ergebe sich nicht lediglich das Recht eines Beschuldigten auf Eigendefension durch die Möglichkeit sich zu äußern, sondern auch ein Recht gerade zur qualifizierten Äußerung⁶¹². Insbesondere in komplexen Fragen des Verfahrens sei der Beschuldigte selbst dazu aber allzu oft nicht in der Lage und benötige zur Überwindung dieses Autonomiedefizits gegenüber dem Staat⁶¹³ deshalb rechtskundigen Beistand⁶¹⁴. Da der Gehörsanspruch ohne Möglichkeit zu qualifizierter Äußerung verkümmere, garantiere Art.103 Abs.1 GG auch das Recht auf Verteidigerbeistand⁶¹⁵.

Eine nähere Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Begründungen erübrigt sich letztlich an dieser Stelle, da es für die hier vorzunehmende Betrachtung nur darauf ankommt, daß das im übrigen unumstrittene Beschuldigtenrecht auf auch gewählte Strafverteidigung überhaupt verfassungsrechtlich verankert ist, nicht hingegen, ob dieses letztlich auf Art.103 Abs.1 GG oder auf Art.2 Abs.1 i.V.m.

⁶⁰⁸ Vgl. u.a. BVERFG, Beschluß v. 28.03.1984, NJW 1984, S.2403

⁶⁰⁹ So auch VEHLING, StV 1992, S.89 und BARTON, Strafverteidigung, S.57

⁶¹⁰ Vgl. u.a. BVERFG, Beschluß v. 11.02.1993, NJW 1993, S.2301

⁶¹¹ Vgl. BARTON, Strafverteidigung, S.55 m.w.N.

⁶¹² Vgl. BARTON, a.a.O. m.w.N.

⁶¹³ Vgl. VEHLING, StV 1992, S.89

⁶¹⁴ Vgl. VEHLING, StV 1992, S.87 und BARTON, Strafverteidigung, S.55 f.

⁶¹⁵ Vgl. BARTON, Strafverteidigung, S.56 m.w.N.

Art.20 Abs.3 GG basiert.

Im wesentlichen gleichlautend statuieren abschließend Art.6 Abs.3 lit.c MRK⁶¹⁶ und § 137 Abs.1 StPO das Recht auf Hinzuziehung eines Wahlverteidigers auf der Ebene einfachen Bundesrechts.

b. Schutzbereich

Das BUNDESVERFASSUNGSGERICHT leitet wiederum aus dem Gebot des fairen Verfahrens ab, daß der Beschuldigte einen Anspruch auf wirksame Verteidigung habe⁶¹⁷. Gestärkt werde diese Auffassung durch den EUROPÄISCHEN GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE, dessen Rechtsprechung zum fair-trial-Grundsatz in Art.6 Abs.1 MRK zwar die deutschen Gerichte nicht unmittelbar binde, aber dennoch für die Auslegung des Grundgesetzes und für die Definierung der Rechtsstellung des Verteidigers von großer Bedeutung sei⁶¹⁸. Außerdem spreche letztlich auch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art.19 Abs.4 GG für einen Anspruch auf wirksame Verteidigung⁶¹⁹.

Nach alledem ist es Pflicht und Aufgabe des Staates, eine funktionierende Strafverteidigung zu gewährleisten⁶²⁰. Insofern entspricht dem Grundrecht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung schließlich sogar eine materiell-staatsrechtliche Pflicht zur Institutionalisierung der formellen Defension⁶²¹. Dazu gehört, daß der Staat die infrastrukturellen, normativen, personellen und finanziellen Voraussetzungen unter anderem dafür schafft, daß ein Beschuldigter seine

⁶¹⁶ Die (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten – (E)MRK – ist unmittelbar geltendes innerstaatliches Recht der Bundesrepublik Deutschland und steht im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Das Bundesverfassungsgericht hat den Regelungen der MRK als Auslegungshilfe für den Inhalt und die Reichweite der Grundrechte weitgehende Bedeutung beigemessen. Bei der Auslegung des Grundgesetzes seien der Inhalt und Entwicklungsstand der MRK stets in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes führe. Hiernach hebt das BVerfG die Regelungsgehalte des Art.6 Abs.3 MRK in der Auslegung durch die Kommission und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte faktisch auf das Geltungsniveau der Justizgrundrechte der Art.101 ff. GG (vgl. BOCKEMÜHL, S.24 f., Rn.40 f. m.w.N.).

⁶¹⁷ Vgl. u.a. BVERFG, Beschluß v.18.10.1983, NJW 1984, S.113

⁶¹⁸ Vgl. BARTON, Strafverteidigung, S.61 f. m.w.N.

⁶¹⁹ Zwar gewährleistet Art.19 Abs.4 GG bekanntermaßen zunächst einmal Rechtsschutz durch die Gerichte und nicht gegen die Gerichte (vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.266, Rn.1097). Allerdings passt diese auf das Verwaltungsverfahren zugeschnittene Trennung zwischen einer eingreifenden Behörde und einem rechtsschutzsichernden Gericht für das Strafverfahren nicht, da dort eine weitgehende Identität zwischen eingreifender und schützender Instanz festzustellen ist. Daher muß das Verfahrensrecht im Strafverfahren nicht nur der Eingriffsseite dienen, sondern auch dem Beschuldigten effektiven Rechtsschutz gewährleisten (vgl. auch BARTON, Strafverteidigung, S.65 f.).

⁶²⁰ Vgl. BARTON, Strafverteidigung, S.73 m.w.N.

⁶²¹ Vgl. BARTON, a.a.O. m.w.N.; vgl. auch KRÄMER, der in Art.103 Abs.1 GG generell eine institutionelle Garantie der unabhängigen Rechtsanwaltschaft sieht, weil der Anwalt durch sein Mitwirken an der Verwirklichung der mandantschaftlichen Rechte letztlich ein zentrales Anliegen des Rechtsstaates erfülle (vgl. AnwBl 1995, S.426).

verfassungsrechtlich verbürgten Verteidigungsrechte auch wahrnehmen kann. Insbesondere muß also gewährleistet sein, daß Verteidiger in solcher Zahl zur Verfügung stehen, daß dem Beschuldigten eine freie Wahl unter ihnen möglich ist⁶²².

§ 137 Abs.1 StPO bestimmt dann auch auf einfach-gesetzlicher Ebene, daß sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers aus dem in § 138 StPO beschriebenen Kreis bedienen kann und zahlenmäßig derer drei wählen kann. Hierdurch soll dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren und selbst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Vollstreckungsverfahren und letztlich sogar in einem etwaigen Wiederaufnahmeverfahren eine wirksame Strafverteidigung gewährt werden⁶²³.

Der vom Gesetzgeber herangezogene Wortlaut der „Wahl“ ist dabei freilich nicht rechtstechnisch zu verstehen. Denn ein derart einseitiges Handeln kann die Rechtsstellung des Verteidigers in einem konkreten Strafverfahren noch nicht begründen. Vielmehr muß zwischen dem Rechtssuchenden und dem Verteidiger ein abgeschlossener Dienstvertrag nach den §§ 611, 627 BGB vorausgesetzt werden, der eine Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB zum Gegenstand hat⁶²⁴. Die Verteidigerstellung wird also gerade nicht allein dadurch begründet, daß der Beschuldigte einen Verteidiger lediglich einseitig „wählt“, sondern wegen § 151 S.1 BGB erst dann, wenn der Verteidiger diese „Wahl“ auch annimmt⁶²⁵.

Unverzichtbares Element einer sinnvollen Verteidigung ist neben der Möglichkeit einer Verteidigerwahl vor allem auch das Bestehen eines abgesicherten, von außen unbeeinflussten Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Anwalt⁶²⁶, in dem belastende Umstände zugegeben und entlastende Fakten vorgetragen werden können, um schließlich hieraus eine adäquate Verteidigungsstrategie zu entwickeln.

Diese Intimität wird verfassungsrechtlich durch Art.1 Abs.1 i.V.m. Art.20 Abs.3 GG garantiert⁶²⁷. Einfachgesetzlichen Niederschlag findet sie vor allem in den Regelungen über den grundsätzlich freien mündlichen und schriftlichen Verkehr zwischen Mandant und Verteidiger gemäß § 148 StPO⁶²⁸, dem Akteneinsichtsrecht aus § 147 StPO, dem Abhörverbot für Telekommunikation mit dem Verteidiger und schließlich dem grundsätzlichen Beschlagnahmeverbot für Verteidigungsunterlagen nach § 97 Abs.1 Nr.1 StPO⁶²⁹. Aber auch das aus § 53 Abs.1 Nr.2 StPO folgende

⁶²² Vgl. BARTON, Strafverteidigung, S.72 f. m.w.N.

⁶²³ Vgl. MEYER-GOßNER, StPO, § 137, Rn.3

⁶²⁴ So auch SCHÄFER, S.21, Rn.48

⁶²⁵ Vgl. MEYER-GOßNER, a.a.O., Rn.4

⁶²⁶ Vgl. auch SCHÄFER, S.25, Rn.55

⁶²⁷ Vgl. GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.128

⁶²⁸ Vgl. SCHÄFER, S.25 f., Rn.55

⁶²⁹ Vgl. HANSOLG HAMBURG, NJW 2000, S.676

Zeugnisverweigerungsrecht des Strafverteidigers und die hiermit korrespondierende, strafbewehrte Zeugnisverweigerungspflicht nach § 203 StGB dienen letztlich der Erhaltung des Vertrauensverhältnisses⁶³⁰.

Zusammenfassend hat ein Beschuldigter in jedem Stadium eines Strafverfahrens das Recht auf freie Wahl von bis zu drei Verteidigern seines Vertrauens⁶³¹.

c. Eingriff – oder: Strafverteidigung unter dem Damoklesschwert der Geldwäschestrafbarekeit ?

Nachfolgend soll nun untersucht werden, welche Auswirkungen die vom Bundesgerichtshof praktizierte uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 Nr.1 StGB auf das Verhalten der in Deutschland tätigen Strafverteidiger hat. Letztlich soll hierdurch die Frage geklärt werden, ob das Recht eines Beschuldigten auf effektive Strafverteidigung noch Bestand hat, wenn über den Wahlverteidigern das Damoklesschwert einer eigenen Strafbarkeit wegen Geldwäsche nicht nur ständig schwingt, sondern selbiges in Form von an hinreichenden Verdachtsmomenten anknüpfenden Ermittlungsmaßnahmen sogar bereits am Fallen ist.

In Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat ein Strafverteidiger, der mit der Verteidigung wegen einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB beauftragt wird, die Möglichkeit zwischen den folgenden Verhaltensweisen zu wählen:

Er kann erstens versuchen, die Verteidigung wie in jedem „Nicht-Katalogtat-Verfahren“ und damit unbeeindruckt von der Geldwäsche-Rechtsprechung des BGH durchzuführen; er kann zweitens die Verteidigung durchführen und dabei alle erdenkliche Vorsicht walten lassen, um einer eigenen Strafverfolgung zu entgehen; und er kann drittens und letztens das an ihn herangetragene Wahlmandat ablehnen beziehungsweise ein bereits übernommenes Mandat niederlegen.

⁶³⁰ Vgl. GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.128

⁶³¹ Neben diesem Wahlrecht eines zahlungskräftigen Beschuldigten hat nach Auffassung des BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS auch ein mittelloser Beschuldigter immerhin einen Anspruch auf Bestellung eines Verteidigers in schwerwiegenden Fällen, was sich aus dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Gebot des fairen Verfahrens ergebe (vgl. BVERFGE 39, 238, 243).

(i) Verhaltensmuster 1: Unbeeinträchtigte Wahlverteidigung trotz Geldwäsche-Rechtsprechung

(1) Straf- und berufsrechtliche Risiken des Strafverteidigers

Sicherlich nur die wenigsten Strafverteidiger werden nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs hinreichend „wagemutig“ sein und sorglos eine unbeeinträchtigte Strafverteidigung zu gewährleisten versuchen, obwohl sie über die Tatumstände informiert sind. Schließlich sieht sich der Verteidiger zum einen der materiell-rechtlichen Strafandrohung von § 261 Abs.2 i.V.m. Abs.1 StGB ausgesetzt, also einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Zum anderen aber besteht für ihn im schlimmsten Fall auch die Gefahr, gemäß § 114 Abs.1 Nr.5 i.V.m. § 113 Abs.1 oder 2 BRAO aus der Anwaltschaft ausgeschlossen zu werden und damit letztlich sogar seine Existenzgrundlage zu verlieren.

(2) Strafverteidigung im Fadenkreuz staatlicher Ermittler

Aber selbst wenn sich ein Verteidiger trotz der massiven auf seine Freiheit oder Existenz bezogenen Gefahren zur Verteidigung in entsprechenden Katalogtat-Verfahren durchringen können, dürfte deren Qualität spätestens dann leiden, wenn gegen den Strafverteidiger selbst wegen des Verdachts einer Geldwäsche nach § 261 StGB ermittelt wird. Zutreffend und daher im Folgenden wiedergegeben schilderte das HANSEATISCHE OBERLANDESGERICHT HAMBURG schon im Jahre 2000 und damit vor dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom Juli 2001, welche strafprozessualen Zwangsmaßnahmen hierbei besonders schwer wögen: Zunächst die Durchsuchung der Anwaltskanzlei (§ 102 StPO), eventuell wegen § 97 Abs.2 S.3 i.V.m. Abs.1 Nrn.1 und 2 i.V.m. § 53 Abs.1 S.1 Nr.2 StPO eine daran anschließende Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen (§ 94 Abs.2 StPO) und schließlich möglicherweise sogar die Überwachung der Telekommunikation (§ 100a Nr.2 StPO)⁶³².

BERNSMANN fragt zurecht, wie insgesamt eine Verteidigung in möglichst vertrauensvoller Zusammenarbeit mit dem Mandanten soll konzipiert werden können, wenn letzterer zugleich Belastungszeuge werden kann⁶³³. Und HAMM stellt mit Recht die These auf, daß eine dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtete Strafverteidigung begrifflich und teleologisch auf die absolute Tabuisierung des Innenverhältnisses zum Mandanten angewiesen sei⁶³⁴.

⁶³² Vgl. insgesamt zum Vorstehenden HANSGERICHT HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.677

⁶³³ Vgl. BERNSMANN, StV 2000, S.41

Schließlich gibt selbst der BUNDESGERICHTSHOF zu, daß die Möglichkeit einer Störung des Verteidigungsverhältnisses nicht von der Hand zu weisen sei, wenn der Verteidiger mit gegen ihn gerichteten strafprozessualen Maßnahmen zu kämpfen habe⁶³⁵.

Inkonsequent und realitätsfern erscheint es dann aber, wenn die Karlsruher Richter daran anschließend in ihrem Urteil ausführen, daß dennoch eine Einschränkung der Geldwäschestrafbarkeit gegenüber Strafverteidigern nicht geboten sei, da derartige Zwangsmaßnahmen auch einem Verteidiger zuzumuten seien, der im Ergebnis fälschlich verdächtigt wurde.

Zur Begründung wird weiter darauf verwiesen, daß entsprechende strafprozessuale Maßnahmen an das Bestehen eines Anfangsverdachts anknüpfen und dieser in concreto nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden könne, daß der Mandant einen Wahlverteidiger hat⁶³⁶.

Die Theorie des § 152 Abs.2 StPO ist damit von den Karlsruher Richtern durchaus zutreffend beschrieben worden. In praxi aber dürften die hiernach erforderlichen tatsächlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat sehr wohl bereits an der Tatsache angeknüpft werden, daß der Verteidiger sich einen Honorarvorschuß von seinem Mandanten zahlen lässt und dieser wegen einer Geldwäsche-Katalogtat belangt werden soll⁶³⁷. Besonders deutlich wurde dies, als Staatsanwälte nach dem Geldwäscheurteil des Bundesgerichtshofs solche Strafverteidiger anriefen, die im Rotlichtmilieu verteidigten, um ihnen mitzuteilen, daß gegen sie für den Fall der Entgegennahme eines Honorars seitens ihrer Mandanten wegen Geldwäsche ermittelt würde⁶³⁸.

Der BGH verkennt also bei seiner Argumentation, daß die Hürde für einen Anfangsverdacht in der Praxis sehr niedrig angesetzt wird und zumeist alleine die Überlegungen eines Polizeibeamten oder Staatsanwaltes hierfür ausreichen oder auch jedes noch so kurz gefasste und unschlüssige anonyme Schreiben den entsprechenden Verdacht zunächst begründen kann⁶³⁹. Daß ein entsprechender Verdacht sich im Laufe eines strafprozessualen Hauptverfahrens dann vielleicht nicht aufrecht erhalten lässt und das Gericht den Angeklagten freispricht oder das Verfahren einstellt, steht auf einem anderen Blatt und ändert nichts an den zunächst einmal bestehenden Beeinträchtigungen des Mandatsverhältnisses.

⁶³⁴ Vgl. HAMM, NJW 1993, S.295 und NJW 2000, S.636

⁶³⁵ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893; ebenso BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.163 und KARGL, NJ 2001, S.62; ähnlicher Auffassung sind wohl GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.443, wenn sie letztlich die Lösung des Strafverteidigerproblems gar in einer zu schaffenden Ermittlungsimmunität sehen.

⁶³⁶ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893

⁶³⁷ So auch das HANSGOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.677 sowie MÜTHER, Jura 2001, S.320 und HAMM, NJW 2000, S.636

⁶³⁸ Vgl. AMELUNG, AnwBI 2002, S.347

⁶³⁹ So auch AMELUNG, a.a.O. und ähnlich SCHMIDT, JR 2001, S.452. LEITNER meint in StraFo 2001, S.389 sogar, der Anfangsverdacht sei einer der im Rechtsalltag am häufigsten zur Makulatur gewordenen Rechtsbegriffe.

Nur im Ansatz ist BURGER UND PEGLAU Recht zu geben, wenn sie ausführen, daß der gewählte Verteidiger etwa durch einen Verzicht auf einen Honorarvorschuß entsprechend § 17 BRAGO das Entstehen eines Anfangsverdachts während der Dauer seines Mandats ausschließen könne⁶⁴⁰. Dieser Vorschlag ist nämlich wiederum mehr rechtstheoretischer, denn praktischer Natur: Gerade auf strafrechtliche Verteidigung spezialisierte Einzelanwälte werden es wirtschaftlich kaum verkraften können, in einem großen Bereich ihrer täglichen Arbeit ohne finanziellen Vorschuß in Vorleistung zu treten und darüber hinaus nach getaner Arbeit das Vollstreckungsrisiko im vollen Umfang zu tragen. Und auch größere Kanzleien sind wohl häufig nicht in der Lage, auf einen Vorschuß etwa in umfangreichen, zeitlich und finanziell aufwendigen Wirtschaftsstrafverfahren zu verzichten.

(3) Zusammenfassung

Insgesamt wird hiernach in der Praxis wohl kaum ein Verteidiger die erheblichen straf- und berufsrechtlichen Risiken auf sich nehmen, um ohne Rücksicht auf eigene Interessen eine Verteidigung zu übernehmen. Tut er es dennoch, wird deren Qualität spätestens dann massiv beeinträchtigt, wenn der Verteidiger selbst mit Ermittlungsmaßnahmen zu kämpfen hat – denn die Herstellung des für jede Strafverteidigung elementaren Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Anwalt⁶⁴¹ ist unter diesen Umständen kaum noch möglich.

(ii) Verhaltensmuster 2: Wahlverteidigung bei gleichzeitiger Vornahme von Schutzmaßnahmen

Eher noch wird sich ein Strafverteidiger meines Erachtens dazu durchringen können, die Verteidigung seines Mandanten zu übernehmen, aber dabei alle erdenkliche Sorgfalt walten zu lassen, um nicht selbst zum Objekt einer Strafverfolgung zu werden.

(1) Selbstschutz durch bewusstes Wegsehen

Um dieses Ziel zu erreichen, kann er versuchen, sich seine Gutgläubigkeit bewusst zu erhalten, indem er bei Verteidigungen wegen Geldwäsche-Katalogtaten nicht auf eine umfassende Information durch den beschuldigten Mandanten bedacht ist, sondern letztlich bewusst die Augen vor etwaigen geldwäscherelevanten Aspekten

⁶⁴⁰ Vgl. BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164

⁶⁴¹ So auch BERNSMANN, StraFo 1999, S.229

verschließt⁶⁴².

Der BUNDESGERICHTSHOF hält ein solches Verhalten der Strafverteidiger zwar für fernliegend, weil dieses voraussetzen würde, daß der Verteidiger mit der illegalen Herkunft des Honorars rechne und dieses Verhalten insgesamt ersichtlich dem Selbstverständnis des Berufsstandes widerspräche⁶⁴³.

Meinem Ansinnen nach ist diese Gedankenführung zwar durchaus ehrenwert, aber wenig real und erscheint ein bißchen wie eine Reminiszenz an Christian Morgensterns Gedicht „Die unmögliche Tatsache“⁶⁴⁴, in dem über die Hauptfigur Palmström abschließend wie folgt berichtet wird: *„Und er kommt zu dem Ergebnis: »Nur ein Traum war das Erlebnis. Weil«, so schließt er messerscharf, »nicht sein kann, was nicht sein darf. «“*

Schließlich ist davon auszugehen, daß der praktizierende Strafverteidiger seine Prioritäten bei der täglichen Arbeit eher danach setzt, sich nicht strafbar zu machen, und erst nachrangig dem Berufsethos gerecht zu werden versucht. So scheint es mir durchaus naheliegend, daß ein Strafverteidiger möglichst wenig Informationen dergestalt mitgeteilt bekommen möchte, die ihn im Sinne von § 261 Abs.5 StGB in den Bereich der zumindest leichtfertigen Unkenntnis hinsichtlich der Herkunft des Honorargeldes bringt⁶⁴⁵. Daß der Zweck der Verteidigerstellung bei einem derartigen Vorgehen verfehlt wird⁶⁴⁶, erscheint klar und deutlich. Schließlich ist der Verteidiger - wie schon erwähnt - auch einseitiger Interessenvertreter. Der vor Informationen flüchtende Strafverteidiger kann eben dieser Aufgabe aber nicht angemessen nachkommen.

Letztlich wird ihm ein Verhalten in der oben beschriebenen Weise unter nochmaligem Hinweis auf die meist niedrige Verdachtsschwelle zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oft nicht einmal etwas nutzen. Denn selbst wenn er versucht, sich seine Gutgläubigkeit bewusst zu bewahren⁶⁴⁷, kann seitens der Staatsanwaltschaften ein entsprechender Anfangsverdacht bejaht werden, mit der Folge der so unliebsamen Ermittlungsmaßnahmen auch gegen den Strafverteidiger. Daß jener möglicherweise nicht die subjektiven Merkmale des Geldwäschetatbestandes erfüllt, bleibt demgegenüber im Anfangsstadium wohl meist unberücksichtigt und wirkt sich allenfalls im Prozeß für ihn aus.

Aber selbst wenn sich der Anwalt vor einem Ermittlungsverfahren schützen kann, ist die Qualität der Verteidigung seines Mandanten beeinträchtigt, weil der Jurist nicht

⁶⁴² So schon für die Problematik in den USA ACKERMANN, Money Laundering, S.155

⁶⁴³ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893

⁶⁴⁴ Download möglich im Internet u.a. unter
[http://www.kernmechanik.com/Zitate_Aphorismen/zitate_aphorismen.html].

⁶⁴⁵ So auch SCHMIDT, StraFo 2003, S.4; KARGL, NJ 2001, S.62 und NESTLER, StV 2001, S.645

⁶⁴⁶ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.128

seine ganze Aufmerksamkeit darauf richten kann, seinem Mandanten rechtlichen Beistand zu gewähren, sondern immer nebenbei auf die Möglichkeit einer eigenen Strafbarkeit schielen und diese fortlaufend analysieren muß. Außerdem dürften die bereits angesprochenen Auswirkungen eingeschränkter Kenntnisse über den tatsächlichen Sachverhalt des dem Mandanten vorgeworfenen Handelns auf die Effektivität der darauf aufbauenden Verteidigung unumstritten sein.

(2) Selbstschutz durch bewusstes Nachforschen

Andere, weniger passive Strafverteidiger werden vielleicht eher versuchen, die ganze Wahrheit aus ihrem Mandanten herauszubekommen, um danach selbst zu entscheiden, ob eine Verteidigung unter der Gewähr eigener Straffreiheit möglich ist oder das Risiko einer Verurteilung wegen Geldwäsche droht.

Diese würden wohl fortan jenen Mandanten, die wegen eines bestimmten Strafverfahrens einen Verteidiger konsultieren und nicht von vorneherein geständig die wahren, belastenden Fakten präsentieren oder umgekehrt ihre Legalität glaubhaft machen können, mit extremem Misstrauen begegnen. Wie dann aber noch das weiter oben beschriebene, für eine effektive Verteidigung so wichtige Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt aufgebaut werden soll, erscheint mehr als fraglich. Der skeptisch gewordene Anwalt streut sich hiergegen ohnehin vehement und unternimmt statt dessen lieber eigene Ermittlungen gegen seinen Klienten. Der Mandant hingegen kann seinem Rechtsbeistand auch kein Vertrauen schenken, wenn er erst das Misstrauen des Anwalts zu spüren bekommt.

Damit wäre das zu schaffende Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Verteidiger bereits am Anfang vor eine harte, wenn nicht gar unlösbare Prüfung gestellt⁶⁴⁷. Und spätestens, wenn sich der Verdacht auf Seiten des Anwalts erhärtet, dürfte der beschuldigte Mandant seinen Wahlverteidiger wieder verloren haben.

(3) Zusammenfassung

Verteidiger, die versuchen, durch bewusst oberflächliche Informationssuche ihren guten Glauben zu erhalten, können ihren strafprozessualen Aufgaben einer effektiven Strafverteidigung nicht in angemessener Weise gerecht werden, weil sie durch die nur selektive Kenntnis der dem Mandanten vorgeworfenen Tatumstände keine angemessene Verteidigungsstrategie aufbauen können. Da sie nebenbei stets an eine etwaige eigene Bestrafung wegen Geldwäsche zu denken haben und im Extremfall sogar selbst mit Ermittlungsmaßnahmen zu kämpfen haben, erlangt das Mandat darüber hinaus auch nicht den Stellenwert, den es eingeräumt bekommen

⁶⁴⁷ So etwa das HANSGOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NSZ 2000, S.313

⁶⁴⁸ So auch BARTON, StV 1993, S.158

müsste.

Ermitteln die Anwälte aus Misstrauen selbst gegen ihre Mandanten, ist das Vertrauensverhältnis im Kern betroffen.

(iii) Verhaltensmuster 3: Ablehnung der Wahlverteidigung

Der praktisch weitaus häufigste Fall wird nach den vorangegangenen Ausführungen wohl der sein, in dem der Strafverteidiger vor allem zum eigenen Schutz, aber auch aus berufsethischen und an wirksamer Verteidigung orientierten Gründen das problembehaftete Mandat ablehnt, sobald er über die Tatumstände und dabei insbesondere über die Herkunft der Gelder informiert ist⁶⁴⁹.

Wird dieser Gedanke nun nicht auf nur einen einzigen Strafverteidiger bezogen, sondern auf eine Vielzahl Seinesgleichen ausgedehnt, werden die Möglichkeiten eines Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers meines Erachtens massiv und in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt.

(iv) Zwischenergebnis

Die wortgetreue Anwendung von § 261 Abs.2 Nr.1 StGB auf die Honorierung von Strafverteidigern führt dazu, daß der Beschuldigte einer Geldwäsche-Katalogtat in vielen Fällen überhaupt keinen Wahlverteidiger zum Handeln wird „überreden“ können. In den übrigen Fällen kann er allenfalls auf einen Verteidiger bauen, der selbst mit strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen zu kämpfen hat, aus Misstrauen gegen seinen eigenen Mandanten ermittelt oder sich bewusst vor umfassender Information schützt. Damit wird dem potentiellen Geldwäsche-Vortäter die Wahl eines Verteidigers zumindest erschwert und wohl in der absoluten Mehrzahl aller Fälle gar unmöglich gemacht.

Ein „Eingriff“ in das Grundrecht eines Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers liegt damit per definitionem vor⁶⁵⁰.

Dabei kommt es weder darauf an, daß sich einige wagemutige Anwälte nicht von der eigenen Bedrohung einer Geldwäschestrafbarkeit von der Verteidigung in Katalogtatverfahren abhalten lassen werden. Meines Erachtens wird nämlich nicht erst durch einen totalen Ausfall des Wahlverteidigers in das Beschuldigtenrecht eingegriffen, sondern auch dann, wenn – wie hier – zwar nur eine teilweise Beschneidung dieses Rechts zu prognostizieren ist, dieser Teil aber quantitativ so signifikant ist, daß man sich mit den Resten des dann noch verbleibenden Rechtes

⁶⁴⁹ So auch das HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NStZ 2000, S.313; a.A. sind etwa GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.441

⁶⁵⁰ Vgl. zur Definition des Grundrechtseingriffs KATZ, S.294, Rn.637 m.w.N.: „*Ein Grundrechtseingriff liegt [...] vor, wenn dem einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, erschwert bzw. unmöglich gemacht wird, wenn in den Normbereich beschränkend eingewirkt, die Grundrechtssubstanz reduziert oder beschnitten wird.*“

auf Wahlverteidigung nicht begnügen kann⁶⁵¹.

Auch spricht nicht entscheidend gegen einen Eingriff, daß § 261 Abs.2 StGB nicht unmittelbar darauf abzielt, das Wahlrecht des Beschuldigten zu beeinträchtigen⁶⁵², sondern Letzteres nur mittelbare Folge einer uneingeschränkten Anwendung des Straftatbestandes ist. Denn ausreichend für die Annahme eines Grundrechtseingriffes ist bereits eine Grundrechtsbeeinträchtigung, die der öffentlichen Gewalt zurechenbar ist und von ihr ausgeht⁶⁵³.

d. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der damit festgestellte Eingriff in Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.20 Abs. 3 GG führt aber nur dann auch zu einer verfassungswidrigen Verletzung von Grundrechten, wenn er nicht gerechtfertigt ist. Eine Einschränkung des hiervon abstammenden Rechts auf Wahlverteidigung kann gemäß Art.2 Abs.1 GG durch die sogenannte verfassungsunmittelbare Schranke⁶⁵⁴ der verfassungsmäßigen Ordnung vorgenommen werden. Darunter ist die Gesamtheit aller Normen zu verstehen, die formell und materiell verfassungsmäßig und verhältnismäßig sind⁶⁵⁵.

§ 261 Abs.2 StGB kommt daher als verfassungsrechtliche Schranke für das Recht auf freie Wahl eines Verteidigers nur dann in Betracht, wenn er selbst verfassungsmäßig und insbesondere auch verhältnismäßig im Sinne des Übermaßverbotes ist. Letztere Voraussetzung ist erfüllt, wenn das Ziel, welches mit dem in Grundrechte eingreifenden Gesetz verfolgt wird, verfassungslegitim und das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks unter Berücksichtigung der Bedeutung des jeweiligen Grundrechts geeignet, erforderlich und angemessen ist⁶⁵⁶.

(i) Legitimer Zweck

Der Zweck, zu dem § 261 StGB im Jahre 1992 in das deutsche Strafgesetzbuch eingeführt wurde, ist bereits anderenorts ausführlich dargestellt worden⁶⁵⁷. Daher mag an dieser Stelle eine kurze Zusammenfassung genügen: Die Vorschrift ist zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität bestimmt. Über ein Verbot der Entgegennahme bestimmter deliktisch erlangter Güter durch Dritte soll eine wirtschaftliche Isolierung des Vortäters erreicht werden, um diesem schließlich aufgrund fehlender Verwendungsmöglichkeiten die Anreize zur Begehung bestimmter geldwäscherelevanter Straftaten zu nehmen.

⁶⁵¹ Ähnlich wohl auch LÜDERSSEN, Internet, S.27

⁶⁵² So auch MÜTHER, Jura 2001, S.320

⁶⁵³ Vgl. KATZ, S.294, Rn.637 m.w.N.

⁶⁵⁴ Zur Begrifflichkeit vgl. KATZ, S.295, Rn.640

⁶⁵⁵ Vgl. BVERFG, Beschluß v. 12.11.1997, NJW 1998, S.520

⁶⁵⁶ Vgl. KATZ, S.291, Rn.632 und S.301, Rn.651 m.w.N.

⁶⁵⁷ Siehe dazu schon oben auf S.16 [Teil 2:C.I.2.]

§ 261 StGB verfolgt also Ziele der Kriminalitätsbekämpfung und dient damit einem verfassungsrechtlich anerkannten legitimen Zweck⁶⁵⁸.

(ii) Geeignetes Mittel

Das gewählte Mittel ist dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg, also das angestrebte Ziel der Maßnahme, gefördert werden kann⁶⁵⁹.

Zur Effektivität der deutschen Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche, also insbesondere hinsichtlich § 261 StGB und dem Geldwäschegesetz, findet sich umfangreiche Literatur⁶⁶⁰. Eine Beurteilung dieser schwierig zu analysierenden Thematik würde den Umfang der vorliegenden Arbeit sprengen und erübrigt sich indes. Nach herrschender Meinung sind nämlich bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Rechtsnormen zweierlei Beschränkungen zur Geeignetheit zu bedenken⁶⁶¹:

Eine Rechtsnorm kann hiernach auch dann noch geeignet sein, wenn das erstrebte Ziel nicht voll erreicht wird⁶⁶². Als ausreichend wird es demnach angesehen, wenn der Gesetzgeber von mehreren möglichen und tauglichen Mitteln irgendeines ausgewählt hat, sofern dieses nur einen Beitrag zur Erreichung des Zieles leistet⁶⁶³. Hingegen wird nicht verlangt, daß das Mittel den Zweck tatsächlich im Zeitpunkt der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit fördert⁶⁶⁴. Entscheidend ist nur, ob der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, daß die Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Zieles geeignet war⁶⁶⁵.

In diesem Sinne verstanden, kann der Vorschrift des § 261 StGB die Geeignetheit zur Bekämpfung der Kriminalität wohl kaum abgesprochen werden. Selbst Kritiker attestieren dem Geldwäschetatbestand eine – wenn auch geringe und steigerungsfähige – Tauglichkeit⁶⁶⁶. Unter Berücksichtigung der schon oben beschriebenen 40 Empfehlungen der „Financial Action Task Force on Money Laundering“ (FATF) und der Umsetzungsverpflichtungen aus der 1.EU-Geldwäscherichtlinie durfte der deutsche Gesetzgeber schließlich auch davon ausgehen, daß das strafrechtlich verankerte Geldwäscheverbot strafhemmende Auswirkungen haben würde.

⁶⁵⁸ Vgl. dazu schon BVERFGE 77, 65, 76

⁶⁵⁹ Vgl. BVERFGE 33, 171, 187

⁶⁶⁰ Vgl. hierfür vor allem den umfassenden zweiteiligen Aufsatz von BOTTKE, wistra 1995, S.87-91 und S.121-130. Weitere Ausführungen finden sich beispielsweise bei HETZER, NJW 1993, S.3298 ff.; HUND, ZRP 1996, S.163 ff.; KILCHLING, wistra 2000, S.241 ff. und OSWALD, wistra 1997, S.328 ff..

⁶⁶¹ Vgl. KATZ, S.99, Rn.206

⁶⁶² Vgl. BVERFGE 67, 157, 175

⁶⁶³ Vgl. BVERFGE 13, 237, 241

⁶⁶⁴ Vgl. BVERFGE 39, 210, 230 f.

⁶⁶⁵ Vgl. BVERFGE 39, 210, 230 f.

⁶⁶⁶ Vgl. etwa OSWALD, wistra 1997, S.331; KILCHLING, wistra 2000, S.249 und wohl auch BOTTKE, wistra 1995, S.125

§ 261 StGB ist damit im verfassungsrechtlich verstandenen Sinne ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung der (insbesondere Organisierten) Kriminalität.

(iii) Erforderlichkeit

Erforderlich ist dieses Mittel dann, wenn zur Erreichung des angestrebten Zweckes nicht ein anderes, gleich wirksames Mittel hätte gewählt werden können, welches die Grundrechte des einzelnen nicht oder doch weniger intensiv eingeschränkt hätte⁶⁶⁷. Nach der Rechtsprechung des BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS ist ein Mittel grundsätzlich erst dann als nicht erforderlich anzusehen, wenn nach einer Beurteilung ex ante feststeht, daß ein gleich wirksames, aber weniger stark eingreifendes Mittel hätte angewandt werden können oder sich nach einer Beurteilung ex post herausstellt, daß das gewählte Mittel im Vergleich zu anderen eine zu starke Einschränkung darstellt⁶⁶⁸.

Weniger intensive Alternativen zu § 261 StGB sind meines Erachtens nicht ersichtlich; die Erforderlichkeit ist folglich zu bejahen.

(iv) Zwischenergebnis

§ 261 StGB ist zusammenfassend also unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Verfolgung des legitimen Zwecks der Kriminalitätsbekämpfung.

(v) Angemessenheit

Darüber hinaus dürfen das gewählte Mittel und der damit verfolgte Zweck nicht in einer unangemessenen Relation zueinander stehen⁶⁶⁹. Der sogenannte „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ soll also verhindern, daß eine Maßnahme den Betroffenen übermäßig belastet und für ihn unzumutbar ist⁶⁷⁰. Die diesbezügliche Feststellung erfordert einen sorgfältigen Vergleich von Zweck und Mittel im Einzelfall und eine Abwägung ihrer Bedeutung im Gesamten⁶⁷¹. Beurteilungskriterien für diese Abwägung sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere die Intensität des Eingriffs, das Gewicht

⁶⁶⁷ Vgl. BVERFGE 30, 292, 316

⁶⁶⁸ Vgl. die Nachweise bei KATZ, S.100, Rn.207

⁶⁶⁹ Vgl. KATZ, S.100, Rn.208

⁶⁷⁰ Vgl. KATZ, S.100, Rn.208

⁶⁷¹ Vgl. KATZ, a.a.O.

und die Dringlichkeit der Gemeinwohlinteressen sowie die in den Grundrechten verankerten Individualinteressen⁶⁷².

(1) Zur Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation unter Beachtung der Rückgriffsmöglichkeit auf das Institut der Pflichtverteidigung

Das verfassungsrechtlich geschützte Individualinteresse eines Beschuldigten auf freie Wahl seines Verteidigers könnte gegenüber den Gemeinwohlinteressen an einer möglichst umfassenden Kriminalitätsbekämpfung an Gewicht verlieren, wenn auf andere Weise als durch die Wahlverteidigung ein adäquater Rechtsschutz des einer Katalogtat Beschuldigten erreicht werden könnte.

Der BUNDESGERICHTSHOF sieht eine solche Möglichkeit in der Pflichtverteidigung. So führt er in seinem Urteil vom 04.07.2001 aus, daß zwar der Beschuldigte grundsätzlich aus § 137 StPO, Art.2 und 20 Abs.3 GG sowie Art.6 Abs.3 lit.c EMRK einen Anspruch auf Wahlverteidigung habe, nicht aber ein Recht darauf, diese Verteidigung unter Einsatz illegal erworbener Mittel zu finanzieren⁶⁷³. Wenn der Beschuldigte lediglich über bemakelte Mittel verfüge, sei er eben wie übrigens auch der mittellose Beschuldigte auf die Institution der Pflichtverteidigung zu verweisen⁶⁷⁴. Seine Rechte auf Verteidigerbeistand seien damit ausreichend gewahrt⁶⁷⁵.

Im weiteren Verlauf dieser Arbeit soll nun überprüft werden, ob der Auffassung des Bundesgerichtshofs zu folgen ist und tatsächlich in dem Antrag auf Beiordnung als Pflichtverteidiger ein Patentrezept⁶⁷⁶ für die zugrundeliegende Problematik zu sehen ist.

(a) Der Verweis auf die Pflichtverteidigung als logische Konsequenz eines fehlenden Anspruchs auf Finanzierung der Wahlverteidigung mit illegalen Mitteln ?

Zumindest oberflächlich arbeiteten die Karlsruher Richter meines Erachtens im Bezug auf die Gleichstellung des lediglich über kontaminierte Mittel verfügenden Beschuldigten mit dem mittellosen Beschuldigten. Schließlich verkennen sie dabei, daß die Feststellung der Kontamination regelmäßig zum Zeitpunkt der Honorarannahme noch gar nicht getroffen wurde und zumeist auch nicht getroffen werden kann. Deswegen bedarf es einer Differenzierung zwischen den folgenden

⁶⁷² Vgl. die Nachweise bei KATZ, S.100 f., Rn.208

⁶⁷³ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893 und auch BOTTKE, wistra 1995, S.122, Fn.80

⁶⁷⁴ Vgl. BGH, a.a.O.. So auch KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2045; BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164; Schmid, Kommentar, ACKERMANN, Art.305^{bis}, Rn.91 und SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, S.1388; a.A. ist u.a. NESTLER, StV 2001, S.642 f..

⁶⁷⁵ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893

Fällen:

(aa) Fallkonstellation 1: Der beschuldigte Mandant verfügt erwiesenermaßen nur über illegale Mittel

Der BUNDESGERICHTSHOF begründet seinen Verweis auf die Pflichtverteidigung mit dem Hinweis darauf, daß auch ein mittelloser Beschuldigter keinen Anspruch auf einen Wahlverteidiger habe, den er nicht bezahlen könne – warum solle es dann aber der mit illegalem Geld honorierende Beschuldigte besser haben ? ⁶⁷⁷

Zur Konkretisierung dieser meines Erachtens im Ergebnis schon nur bezüglich einer bestimmten Fallkonstellation richtigen⁶⁷⁸ und in der Begründung recht oberflächlichen Ausführungen sei erläutert, daß dem Anspruch auf einen Wahlverteidiger letztlich nämlich die wirtschaftlichen Eigeninteressen des Anwalts entgegenstehen, dem die Übernahme des Wahlmandats schließlich auf Basis eines (zivilrechtlichen) Geschäftsbesorgungsvertrages im Sinne von § 611 i.V.m. § 675 BGB freisteht⁶⁷⁹. Nur wenn der Beschuldigte auch über das nötige Geld verfügt, um einen Wahlverteidiger zu honorieren, hat er insofern auch einen allgemeinen Anspruch auf Wahlverteidigung, der sich freilich im Hinblick auf die zivilrechtliche Vertragsabschlußfreiheit nicht auf einen bestimmten Anwalt reduzieren läßt. Hiernach gibt es also schon kein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Hinzuziehung des gewählten Verteidigers, sondern nur den grundsätzlichen Anspruch auf einen Wahlverteidiger, der natürlich in der Praxis durch das Vertragsprinzip eingeschränkt wird⁶⁸⁰. Auch bezüglich Art.6 Abs.3 lit.c EMRK ist anerkannt, daß die freie Wahl eines Strafverteidigers nur dann garantiert ist, wenn sich der Beschuldigte einen solchen finanziell leisten kann⁶⁸¹. Gründe dafür, warum ein ehemals ebenfalls mittelloser Beschuldigter nun aber besser gestellt werden sollte, wenn er sich in unrechtmäßiger Weise bereichert hat und aus diesem bemakelten Vermögen einen Wahlverteidiger honorieren möchte, sind in der Tat nicht ersichtlich⁶⁸².

⁶⁷⁶ Vgl. zu diesem Begriff LEITNER, StraFo 2001, S.389

⁶⁷⁷ Vgl. BGH, a.a.O.. So auch KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2045; BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164 und SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, S.1388; a.A. ist u.a. NESTLER, StV 2001, S.642 f..

⁶⁷⁸ So auch NESTLER, StV 2001, S.643

⁶⁷⁹ So auch GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.436; nach h.M. soll der Geschäftsbesorgungsvertrag nicht ausschließlich zivilrechtlich geprägt sein, sondern eine öffentlich-rechtliche Komponente als Voraussetzung dafür enthalten, daß der Verteidiger effektiv in die von der Strafprozessordnung zugewiesene, amtsähnliche Rechtsstellung eintreten könne (vgl. JAHN, JR 1999, S.1).

⁶⁸⁰ So ähnlich auch GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.437

⁶⁸¹ Vgl. MEYER-GOßNER, StPO, Art.6 MRK, Rn.20

⁶⁸² So i.E. auch GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.437

Wenn also für einen Beschuldigten ohne die zur Honorierung eines Wahlverteidigers erforderlichen Mittel unter den Voraussetzungen der §§ 140 ff. StPO allenfalls die Pflichtverteidigung streitet⁶⁸³, so muß dies unter Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art.3 Abs.1 GG wohl auch für denjenigen Beschuldigten gelten, der das Honorar nur mit bemakelten Mitteln zahlen kann⁶⁸⁴.

Zu beachten ist aber, daß diese Ausführungen gerade nur für die wenigen Fälle gelten können, in denen das Honorargeld tatsächlich im Sinne von § 261 Abs.1 S.1 und 2 StGB aus einer Vortat herrührt und dieses illegale Vermögen zugleich das einzige ist, aus dem der beschuldigte Mandant schöpfen kann. Nur dann haben sowohl der mittellose, als auch der über illegales Geld verfügende Beschuldigte gleichermaßen einen Anspruch auf Pflichtverteidigung und – was weiter unten⁶⁸⁵ noch aufzuzeigen sein wird – wenn die Voraussetzungen der §§ 140 ff. StPO nicht gegeben sind, nicht einmal hierauf.

(bb) Fallkonstellation 2: Der beschuldigte Mandant verfügt nur mutmaßlich über illegale Mittel

Regelmäßig ist aber zum Zeitpunkt der Honorierung gerade die bemakelnde Herkunft der Vermögenswerte noch nicht festgestellt. Dann stellt sich im Anschluß an die vorangegangenen Ausführungen die weitere Frage, ob auch derjenige dem mittellosen Beschuldigten gleichzustellen ist, der seinen Verteidiger mit Vermögenswerten honorieren will, hinsichtlich derer zumindest nach Ansicht der Strafverfolgungsbehörden der Verdacht einer Bemakelung besteht⁶⁸⁶.

Die Antwort hierauf findet, wer sich den Lauf eines Strafverfahrens mit den damit verbundenen wechselnden Kenntnisstufen vergegenwärtigt: Für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen einen Strafverteidiger wegen Geldwäsche durch Honorarannahme gemäß § 261 Abs.2 S.1 Nr.1 StGB genügt bereits ein Anfangsverdacht seitens der Staatsanwaltschaft (§ 152 Abs.2 StPO). Die staatsanwaltschaftliche Erhebung der öffentlichen Klage und der gerichtliche Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens sind schließlich vom Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts seitens der Staatsanwaltschaft beziehungsweise des Gerichts abhängig (§ 170 Abs.1 und § 203 StPO). Der anfangs gehegte Verdacht kann sich im Laufe eines Strafverfahrens dann sowohl aus tatsächlichen, wie auch aus rechtlichen Gründen als falsch erweisen, statt letztlich in richterlicher

⁶⁸³ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.436. Zu den damit einhergehenden Einschränkungen der Beschuldigtenrechte siehe unten auf den S.154 ff. [Teil 3:A.IV.1.d(v)(1)(b)].

⁶⁸⁴ So auch GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.438

⁶⁸⁵ Siehe dazu auf S.154 [Teil 3:A.IV.1.d(v)(1)(b)(aa)]

⁶⁸⁶ So auch NESTLER, StV 2001, S.642 f. und wohl auch SALDITT, StraFo 2002, S.181

Überzeugung aufzugehen und zu einer Verurteilung zu führen⁶⁸⁷. Gerade im Bereich von tatsächlich oder rechtlich schwierigen Sachverhalten ist es nicht absehbar, ob sich der wegen Geldwäsche beschuldigte Mandant schließlich wirklich wegen einer Geldwäschevortat, beispielsweise eines bandenmäßigen Diebstahls gemäß §§ 242 Abs.1, 244 Abs.1 Nr.2 StGB, oder lediglich wegen einfachen Diebstahls gemäß § 242 Abs.1 StGB strafbar gemacht hat, also gerade keine taugliche Geldwäschevortat begangen hat⁶⁸⁸, oder ob er gar freigesprochen wird.

Bejahte man nun die eingangs hinterfragte Gleichstellung des mittellosen Beschuldigten mit dem nur über verdächtige Mittel verfügenden Beschuldigten, so würde man in Anbetracht der bestehenden Unsicherheiten in der Beurteilung der Geldwäschevortaten selbst den im Ergebnis zu Unrecht Beschuldigten dem mittellosen und nach obiger Gegenüberstellung schließlich auch jenem Beschuldigten gleichstellen, bei dem tatsächlich nur bemakelte Gelder vorhanden sind.

Während die vom Bundesgerichtshof beschriebene Gleichstellung des mittellosen Beschuldigten mit dem über illegale Mittel verfügenden Beschuldigten also noch zu überzeugen vermochte, gilt dies jedenfalls nicht für den nur über verdächtige Mittel verfügenden Beschuldigten⁶⁸⁹. Während der mittellose Beschuldigte sein Recht auf Wahlverteidigung aufgrund seiner faktischen Mittellosigkeit nicht realisieren kann, beruht die Unmöglichkeit der Honorierung bei dem Beschuldigten mit verdächtigem Vermögen – mittelbar erzwungen über die Strafandrohung gegenüber dem Verteidiger – gerade auf dem gehegten Verdacht⁶⁹⁰. Ex post betrachtet ist der Beschuldigte mit verdächtigen Mitteln möglicherweise unschuldig und dennoch um sein Recht auf Wahlverteidigung gebracht worden.

Um dieses Unrecht zu vermeiden, ist daher der Beschuldigte mit lediglich verdächtigen Mitteln demjenigen Beschuldigten gleichzustellen, hinsichtlich dessen Vermögenswerten eine Bemakelung weder festgestellt noch vermutet wird. Ihm müssen daher die Türen zur Wahlverteidigung offen stehen.

(cc) Zwischenergebnis

Es ist damit festzustellen, daß der vom Bundesgerichtshof ausgesprochene Verweis auf die Pflichtverteidigung nur für einen kleinen Teil der Fälle logische Konsequenz eines fehlenden Anspruchs auf Finanzierung der Wahlverteidigung mit illegalen Mitteln ist. In der Mehrzahl der Fälle beschneidet der Bundesgerichtshof mit seiner

⁶⁸⁷ Vgl. NESTLER, a.a.O., S.643

⁶⁸⁸ Vgl. gerade auch hinsichtlich der Problematik um den Bandenbegriff NESTLER, StV 2001, S.643. Zu den Anforderungen an einen Anfangsverdacht bei der Geldwäsche vgl. LG SAARBRÜCKEN, Beschluß v. 08.04.1997 mit der daran anschließenden Anmerkung von KLOS, wistra 1997, S.235 ff.

⁶⁸⁹ So i.E. auch NESTLER, StV 2001, S.643

Rechtsprechung zu § 261 StGB die Beschuldigten ohne Legitimation in ihrem Recht auf Wahlverteidigung.

(b) Die Pflichtverteidigung – eine angemessene Strafverteidigung oder eher ein „Rechtsschutz zweiter Klasse“ ?

Nach Auffassung des BUNDESGERICHTSHOFS sind die Beschuldigtenrechte auf Strafverteidigung durch das Institut der Pflichtverteidigung ausreichend gewahrt⁶⁹¹. Diese These gilt es im Folgenden zu überprüfen.

(aa) Zur eingeschränkten Möglichkeit notwendiger Verteidigung bei Geldwäsche-Vorfällen

Übersehen wird vom Bundesgerichtshof meines Erachtens bereits, daß die Beiordnung eines Pflichtverteidigers nur in den Fällen der notwendigen Verteidigung erfolgt. Hierfür aber müssen die Voraussetzungen des § 140 StPO vorliegen. Nach dessen Absatz 1 ist die Mitwirkung eines Verteidigers vor allem in erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten (Nr.1) und beim Vorwurf eines Verbrechens (Nr.2) notwendig. Nach Absatz 2 Satz 1 können auch solche Fälle der notwendigen Verteidigung zugeschrieben sein, in denen ein besonders schwerer Tatvorwurf vorliegt oder mit besonderen rechtlichen, wie auch tatsächlichen Schwierigkeiten zu rechnen ist, oder wenn ersichtlich ist, daß der Beschuldigte selbst nicht zur Verteidigung in der Lage ist. Im Gegensatz zu den zwingenden Fällen des § 140 Abs.1 StPO entscheidet der Vorsitzende aber in den Fällen der Generalklausel aus § 140 Abs.2 StPO nach pflichtgemäßem Ermessen über die Bestellung eines Verteidigers⁶⁹².

Zu beachten ist weiter, daß zwar wohl die meisten Geldwäschefälle zugleich als Fälle notwendiger Verteidigung angesehen werden, aber eben nicht alle⁶⁹³. So wird beispielsweise in § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 lit.a StGB die Unterschlagung gemäß § 246 StGB bei gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung als taugliche Vortat der Geldwäsche gewertet, kann aber nur im Einzelfall, etwa bei besonders schwieriger Sachlage (§ 140 Abs.2 S.1 StPO), und bei Einräumung richterlichen Ermessens unter die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung subsumiert werden⁶⁹⁴. In

⁶⁹⁰ Vgl. NESTLER, a.a.O.

⁶⁹¹ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893

⁶⁹² Vgl. MEYER-GÖßNER, StPO, § 140, Rn.22

⁶⁹³ So auch KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2044 f.; NESTLER, StV 2001, S.643; KULISCH, StraFo 1999, S.338 und das HANSEOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.679

⁶⁹⁴ Der Versuch einer umfassenden Gegenüberstellung würde an dem Umstand scheitern, daß die in § 140 Abs.1 und 2 StPO geregelten Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung überwiegend einzelfallabhängig sind.

Fällen wie dem exemplarisch erwähnten⁶⁹⁵ wird der mittellose Beschuldigte damit nicht nur wegen der mittelbaren Wirkungen von § 261 StGB auf die Institution der Strafverteidigung um seinen Wahlverteidiger gebracht, sondern er erhält mangels Kongruenz zwischen den Katalogen in § 140 StPO und § 261 Abs.1 S.2 StGB nicht einmal „ersatzweise“ einen Pflichtverteidiger. Insofern kann er nur noch darauf hoffen, daß der Richter des Beschuldigten Unvermögen zur Selbstverteidigung erkennt und ihm deswegen nach § 140 Abs.2 S.1 StPO einen Pflichtverteidiger bestellt.

Feststeht jedenfalls, daß ein Anspruch auf die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht allein aufgrund des Umstandes besteht, daß der Beschuldigte aufgrund des mit der Übernahme des Mandats verbundenen Strafbarkeitsrisikos für den Wahlverteidiger einen solchen nicht finden kann⁶⁹⁶.

Solange also keine vollständige, nur durch einen rechtspolitischen Eingriff zu erreichende Anpassung des Katalogs aus § 140 Abs.1 und 2 StPO mit dem aus § 261 Abs.1 S.2 StGB gegeben ist, wird der Beschuldigte durch die uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf Verteidigerhonorare in Einzelfällen nicht lediglich um sein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf freie Wahl eines Verteidigers gebracht, sondern gar um seine einzige Möglichkeit professioneller Strafverteidigung.

(bb) Zu den Auswirkungen der minderen Pflichtverteidigungsvergütung auf die Qualität der Strafverteidigung

Weiter sollen die wirtschaftlichen Grundlagen verglichen werden, auf denen der Wahlverteidiger nach den §§ 83 bis 95 BRAGO einerseits und der Pflichtverteidiger vor allem nach § 97 BRAGO andererseits ihre Arbeit zu leisten haben:

Ein Wahlverteidiger erhält beispielsweise für die eintägige Vertretung in einer Hauptverhandlung des ersten Rechtszuges im Verfahren vor dem Schöffengericht Pauschgebühren in Höhe von 50 € bis 660 € (§§ 83 Abs.1 Nr.3 und 87 S.1 BRAGO). Demgegenüber erhält ein Pflichtverteidiger in gleicher Sache anstelle dieser gesetzlichen Gebühren das Vierfache des Mindestsatzes, also im gewählten Beispiel 200 € und damit weniger als ein Drittel von dem gesetzlichen Höchstbetrag, den ein Wahlverteidiger grundsätzlich hierfür in Rechnung stellen könnte (§ 97 Abs.1 S.1 BRAGO). Für andere Fallkonstellationen stellt § 87 S.1 BRAGO weiter klar, daß der gerichtlich bestellte Rechtsanwalt nicht mehr als die Hälfte des für Wahlverteidiger geltenden Höchstbetrages erhält.

⁶⁹⁵ Vgl. für ein weiteres Beispiel AMBOS, JZ 2002, S.72 f.

⁶⁹⁶ Vgl. zynisch, aber zutreffend WOHLERS, ZStrR 2002, S.208

Die Vergütung der Pflichtverteidigung wird damit überwiegend und meines Erachtens zurecht als unzureichend und oft als nicht einmal kostendeckend bezeichnet⁶⁹⁷.

Als homo oeconomicus wird ein etablierter Strafverteidiger unter diesen Umständen eine Verteidigung wohl regelmäßig, insbesondere aber in umfangreichen Verfahren⁶⁹⁸ wegen fehlender wirtschaftlicher Rentabilität ablehnen⁶⁹⁹.

Die Praxis zeigt, daß Berufseinsteiger hingegen die Möglichkeiten der Pflichtverteidigung gerne nutzen, um erste praktische Erfahrungen in Strafverfahren zu sammeln und Mandanten zu akquirieren. Aufgrund des damit natürlicherweise einhergehenden Wissens- und Erfahrungsdefizits gegenüber alteingesessenen Kollegen ist schließlich dann doch ein direkter Zusammenhang zwischen der minderen Vergütung der Pflichtverteidigung und deren Qualität festzustellen. Gestützt wird dieser Gedanke schließlich noch dadurch, daß häufig jüngere, auf Pflichtverteidigungsmandate wirtschaftlich angewiesene Anwälte meist auch nicht über die finanziellen Möglichkeiten verfügen, um sich angemessen mit aktueller Fachliteratur und anderen Arbeitsmitteln wie beispielsweise Online-Recherche-Zugängen auszustatten⁷⁰⁰.

Konsequenterweise fordert dann auch die BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER als Folge zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 04.07.2001 und dem darin ausgesprochenen Verweis auf die Möglichkeiten eines Antrags auf Beiordnung als Pflichtverteidiger die deutliche Anhebung der Pflichtverteidigergebühren mindestens auf die vom Gesetz vorgesehenen Wahlverteidigergebühren⁷⁰¹. In die Nähe dieser Forderung kommen dann auch verschiedene Reformvorschläge deutscher Parteien⁷⁰². Damit würde zumindest bei einer Honorierung nach der Gebührenordnung der oben dargestellte Unterschied ausgeglichen, mit der Folge, daß auch etablierte Strafverteidiger wohl häufiger als Pflichtverteidiger auftreten würden.

Allerdings wird ein Strafverteidiger gerade bei umfangreichen Strafrechtsfällen meist auf Basis einer Gebührenvereinbarung nach § 3 Abs.1 BRAGO arbeiten, die höher als die gesetzliche Vergütung für die Wahlverteidigung liegt. Für die Pflichtverteidigung ist die Vereinbarung von Gebühren freilich nicht möglich.

⁶⁹⁷ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.127 und NESTLER, StV 2001, S.643 f.

⁶⁹⁸ Vgl. BRAK, Stellungnahme zum BGH-Urteil v. 04.07.2001, im Internet unter [www.brak.de]

⁶⁹⁹ So auch HAFFKE, StV 1981, S.472

⁷⁰⁰ Ähnlich auch ACKERMANN, Money Laundering, S.155

⁷⁰¹ Vgl. BRAK, Stellungnahme zum BGH-Urteil v. 04.07.2001, im Internet unter [www.brak.de]. Ähnlicher Auffassung sind NESTLER, StV 2001, S.648, Fn.79; HAFFKE, StV 1981, S.478 und BERNSMANN, StraFo 2001, S.347.

⁷⁰² Vgl. hierfür den „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsanwaltsvergütungsrechts“ (RVNeuOG-E) der Fraktionen der SPD, sowie BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 30.04.2002, sowie den „Entwurf eines Gesetzes über die Vergütung der Rechtsanwälte“ (RVG-E) der Fraktion der FPD vom 15.04.2002, beide im Internet abrufbar unter [www.burhoff.de/brago/start/index.html].

Die unterschiedliche wirtschaftliche Rentabilität zwischen einer Wahlverteidigung nach Gebührenvereinbarung und einer Pflichtverteidigung nach Gebührenordnung würde folglich auch durch die von der Bundesrechtsanwaltskammer geforderte Anpassung der Gebührenordnung nicht gänzlich ausgeglichen, aber zumindest entschärft.

De lege lata bleibt jedenfalls festzuhalten, daß ein direkter Zusammenhang zwischen der minderen Vergütung des beigeordneten Strafverteidigers und der Qualität seiner Verteidigung nicht kategorisch verneint werden darf und in Betracht praktischer Gegebenheiten sogar als naheliegend anzusehen ist.

(cc) Zu den Beschränkungen der Pflichtverteidigung auf bestimmte Verfahrensabschnitte

Weiter soll die These des Bundesgerichtshofs, Pflichtverteidigung sei ein ausreichender und nicht etwa ein zweitklassiger Rechtsschutz, widerlegt werden, indem ein Blick auf die einzelnen Verfahrensstadien und die hierbei jeweils gegebenen Möglichkeiten einer Verteidigerkonsultation geworfen wird.

Liegen die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs.1 oder 2 StPO sowie ein entsprechender Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 141 Abs.3 S.2, 3 StPO) vor, so wird dem Beschuldigten nach gerichtlicher Entscheidung ein Pflichtverteidiger bestellt (§ 141 Abs.4 StPO). Dies kann zwar schon im strafprozessualen Ermittlungsverfahren geschehen (§ 141 Abs.3 S.1 und S.2 StPO), ist aber selbst bei schwersten Vorwürfen und Zwangsmaßnahmen nicht zwingend von Gesetzes wegen vorgeschrieben, es sei denn, die Staatsanwaltschaft erkennt für das spätere gerichtliche Verfahren einen Fall der notwendigen Verteidigung (§ 141 Abs.3 S.2 StPO)⁷⁰³.

Diese gesetzliche Regelung ist meines Erachtens völlig unzureichend und nur schwer mit der großen praktischen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens zu vereinbaren⁷⁰⁴. Ziel des Ermittlungsverfahrens ist es nämlich nicht nur, für die Staatsanwaltschaft eine tatsächliche Grundlage für deren eigene Entscheidung zu liefern⁷⁰⁵. Darüber hinaus ist das Ermittlungsverfahren in den letzten Jahren verstärkt darauf ausgerichtet worden, im Hinblick auf ein späteres gerichtliches Verfahren dort

⁷⁰³ WOHLERS moniert leicht überzogen, daß der Verweis auf die Institution der Pflichtverteidigung nur noch als der Versuch einer bewussten Irreführung interpretiert werden könne, da die Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren von einem Antrag der Staatsanwaltschaft abhängig sei, der in der Praxis aber fast nie gestellt werde (vgl. StV 2001, S.426).

⁷⁰⁴ So auch SCHÄFER, S.33, Rn.72

⁷⁰⁵ Vgl. SCHÄFER, S.93, Rn.244

verwertbare Beweise zu sammeln⁷⁰⁶. Zu diesem Zweck wird die Staatsanwaltschaft regelmäßig dafür Sorge tragen, daß bis zur Hauptverhandlung Beweismittel nicht verloren gehen⁷⁰⁷. Ferner sollte durch umfassende Ermittlungen dem Gericht eine ausreichende Grundlage zur Prüfung dafür geliefert werden, welche Beweismittel in der Hauptverhandlung überhaupt verwendet werden sollen und können oder aber mit Sicherheit für die Beurteilung der anstehenden Fragen ohne Bedeutung sein werden⁷⁰⁸. Durch diese Zielrichtung ist dann aber auch der Ausgang eines etwaigen späteren Hauptverfahrens maßgeblich durch das Vorverfahren bestimmt⁷⁰⁹. In der Hauptverhandlung wiederholt sich die im Ermittlungsverfahren durchgeführte Beweisführung⁷¹⁰. Das Gericht beschränkt sich im Wesentlichen darauf, diese Beweisführung zu kontrollieren, führt aber regelmäßig infolge der engen räumlichen und zeitlichen Bindung der Hauptverhandlung eine wirklich selbständige Untersuchung nicht durch⁷¹¹. Nur selten gelingt es dem Gericht, einen möglichen Fehlverlauf der Ermittlungen zu durchbrechen und gegebenenfalls eine völlig neue, einwandfrei gesicherte Beweislage zu schaffen⁷¹². Fehler und Mängel des Ermittlungsverfahrens sind daher in aller Regel in der Hauptverhandlung nicht mehr zu beseitigen⁷¹³. Gerade aufgrund dieser häufig festzustellenden Irreversibilität ist es nach meinem Dafürhalten von enormer Bedeutung, bereits in dem frühen Stadium eines Vorverfahrens auf die fachkundige Hilfe eines juristisch geschulten Beistandes zurückgreifen zu können. Bekräftigt wird dieser Gedanke zum einen im Hinblick auf die stetig ausgeweiteten Möglichkeiten zu ermittlungstechnischen Eingriffen in die Rechte von Beschuldigten und zu eingriffsähnlichen Beobachtungen derselben⁷¹⁴. Zum anderen ist hervorzuheben, daß längst nicht alle Beweise, die durch Überschreitung bestehender Beweiserhebungsverbote erlangt wurden, ein Verbot der Beweisverwertung nach sich ziehen⁷¹⁵. Und auch für die zunehmende Praxis früher Absprachen des Verfahrensausgangs vorwiegend auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse ist die frühestmögliche Mitwirkung eines Strafverteidigers unabdingbar⁷¹⁶.

Der Verweis des Bundesgerichtshofs auf die Pflichtverteidigung führt damit regelmäßig zusätzlich zu einer „späteren“ Strafverteidigung als es bei der Wahlverteidigung der Fall wäre, deren sich ein Beschuldigter nach

⁷⁰⁶ Vgl. SCHÄFER, S.93 f., Rn.245

⁷⁰⁷ Vgl. SCHÄFER, S.94, Rn.246

⁷⁰⁸ Vgl. SCHÄFER, S.94, Rn.247; vgl. a.a.O., Rn.248 für weitere vorbereitende Maßnahmen im Ermittlungsverfahren

⁷⁰⁹ So auch PETERS, S.195

⁷¹⁰ Vgl. PETERS, a.a.O.

⁷¹¹ Vgl. PETERS, a.a.O.

⁷¹² Vgl. PETERS, a.a.O.

⁷¹³ Vgl. PETERS, a.a.O.

⁷¹⁴ Siehe hierzu statt vieler nur den Überblick von SCHÄFER, S.118 ff..

⁷¹⁵ Siehe hierfür statt vieler nur die Darstellung von EISENBERG, Kommentar, S.171 ff., Rn.336 ff. (Beweiserhebungsverbote) und S.176 ff., Rn.356 ff. (Beweisverwertungsverbote).

⁷¹⁶ So auch NESTLER, StV 2001, S.643

§ 137 Abs.1 S.1 StPO grundsätzlich „in jeder Lage“ des Verfahrens soll bedienen können. Auf die Spitze getrieben wird dieser Vergleich gerade in Bezug auf den am schwersten wiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit, den die Strafprozessordnung kennt: Nach § 117 Abs.4 S.1 StPO wird dem in Untersuchungshaft untergebrachten Beschuldigten eine Wartezeit von bis zu drei Monaten zugemutet, bis er einen sicheren Anspruch auf einen Pflichtverteidiger hat!

Für das gerichtliche Verfahren in allen Instanzen ist die Mitwirkung eines Verteidigers zwingend ab dem Zeitpunkt, in dem der Angeschuldigte gemäß § 201 StPO zur Erklärung über die Anklage aufgefordert wird (§ 141 Abs.1 StPO), bis hin zum Eintritt der Rechtskraft⁷¹⁷.

Für das anschließende Vollstreckungsverfahren ist die notwendige Mitwirkung eines Pflichtverteidigers überhaupt nicht vorgesehen⁷¹⁸; sie bestimmt sich dann im Einzelfall wegen § 140 Abs.2 S.1 StPO nach der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage im Vollstreckungsverfahren und der Fähigkeit des Betroffenen sich zu verteidigen⁷¹⁹.

Zusammenfassend „beginnt“ Pflichtverteidigung also nicht nur später als Wahlverteidigung, sondern „endet“ im Zweifel auch noch früher.

(dd) Zur Abhängigkeit der Verteidigerbestellung von richterlichem Ermessen

Ein weiterer Aspekt, der gegen die Annahme eines adäquaten Rechtsbeistandes in Gestalt des Pflichtverteidigers spricht, besteht in der Abhängigkeit von staatlichen Entscheidungen⁷²⁰, obwohl § 1 BRAO gerade das Gegenteil vorgibt⁷²¹. Schließlich entscheidet der Vorsitzende des Gerichts im Sinne von § 141 Abs.4 StPO über die Bestellung und wählt nach § 142 Abs.1 S.1 StPO möglichst aus der Zahl der im Gerichtsbezirk zugelassenen Rechtsanwälte aus⁷²²; die Beiordnung eines auswärtigen Rechtsanwalts als Pflichtverteidiger kann der Beschuldigte hingegen nur in Ausnahmefällen erreichen⁷²³. Um zu gewährleisten, daß der bestellte Verteidiger das Vertrauen seines Mandanten hat, soll dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, einen Rechtsanwalt zu bezeichnen, der dann grundsätzlich auch bestellt wird, sofern hiergegen keine wichtigen Gründe sprechen (§ 142 Abs.1 S.2 und 3 StPO). Legt ein bereits gewählter Verteidiger kurz vor oder in der Hauptverhandlung

⁷¹⁷ Vgl. SCHÄFER, S.33, Rn.73. Zu den Besonderheiten der notwendigen Verteidigung in der Revisionsinstanz und im Wiederaufnahmeverfahren vgl. a.a.O., S.35, Rn.79.

⁷¹⁸ Vgl. auch SCHÄFER, S.29, Rn.62

⁷¹⁹ Vgl. SCHÄFER, S.33, Rn.74

⁷²⁰ So ähnlich auch MADLENER, ZStrW 1981, S.297 f.

⁷²¹ Vgl. DAHS, S.22, Rn.28

⁷²² Zur Kritik an diesem Auswahlverfahren vgl. SCHÄFER, S.34, Rn.78.

⁷²³ Vgl. BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164 und HAFFKE, StV 1981, S.474

sein Mandat nieder, ist es zulässig, diesen auf eigenen Antrag oder auf Antrag des Beschuldigten zu bestellen⁷²⁴.

Es bleibt aber festzustellen, daß der Beschuldigte keinen konkreten Anspruch darauf hat, einen bestimmten Anwalt als Pflichtverteidiger zu bekommen⁷²⁵. Die Frage, ob die auch menschlich geprägte, unbedingt erforderliche Vertrauensbasis zwischen Mandant und Anwalt hergestellt werden kann, ist insofern vom Ermessen des auswählenden Richters abhängig⁷²⁶.

(ee) Zur Beschränkung der Pflichtverteidigung auf einen einzigen Anwalt

Weiter muß davon ausgegangen werden, daß Pflichtverteidigung auch insofern eine qualitative Einbuße gegenüber der Wahlverteidigung mit sich bringt, als ausweislich des Wortlauts der §§ 141 ff. StPO regelmäßig nur ein Pflichtverteidiger bestellt wird und die Rechtsprechung nur ausnahmsweise in umfangreichen Sachen auch mehrere Pflichtverteidiger von Anfang an zulässt, wenn anderenfalls die Gefahr bestünde, daß durch den Ausfall eines Verteidigers der Prozeß nicht zu Ende geführt werden könnte⁷²⁷.

Das Recht auf Wahlverteidigung hingegen bedeutet in der Realität des Strafverfahrens die Chance mit bis zu drei Strafverteidigern auf den Vorwurf der Staatsanwaltschaft reagieren zu können (§ 137 Abs.1 S.2 StPO). Diese sind – wiederum in Anlehnung an die unterschiedliche Honorierungsbasis – auch in der Lage, durch entsprechenden Zeit- und Arbeitseinsatz eine angemessene Verteidigung zu gewährleisten⁷²⁸.

(ff) Zwischenergebnis

Zusammengefasst ist Pflichtverteidigung damit sehr wohl nur ein „Rechtsschutz zweiter Klasse“⁷²⁹, weil sie regelmäßig in qualitativer Hinsicht Einbußen mit sich

⁷²⁴ Vgl. SCHÄFER, S.34, Rn.77 und S.36, Rn.83

⁷²⁵ So auch BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164. GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.128 gehen deutlich weiter, wenn sie befürchten, daß die anwaltliche Abhängigkeit vom richterlichen Ermessen eine Versklavung der Strafverteidiger bedeute und den Gerichten letztlich gar die Möglichkeit gegeben worden sei, selbständig denkende und handelnde Juristen aus der Anwaltschaft programmatisch auszuschalten.

⁷²⁶ Nur unter Berufung auf ein ernsthaft gestörtes Vertrauensverhältnis kann die Bestellung des Pflichtverteidigers aufgehoben werden (vgl. SCHÄFER, S.35, Rn.80). Dennoch führt der BGH in seinem Urteil vom 04.07.2001 (NJW 2001, S.2893) aus, daß auch bei der Pflichtverteidigung die Voraussetzungen für ein Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt gegeben seien, da dem Wunsch des Beschuldigten auf Beiordnung eines Anwalts seines Vertrauens gemäß § 142 Abs.1 S.2 und 3 StPO weitgehend zu entsprechen sei. A.A. ist etwa NESTLER, StV 2001, S.643.

⁷²⁷ Vgl. auch SCHÄFER, S.35, Rn.81 und MEYER-GÖßNER, StPO, § 141, Rn.1a

⁷²⁸ Vgl. auch NESTLER, StV 2001, S.644

⁷²⁹ Gleicher Auffassung sind auch HAFFKE, StV 1981, S.472; BARTON, StV 1993, S.158; BERNSMANN,

bringt, zeitlich meist noch nicht im Ermittlungsverfahren und häufig nicht mehr im Vollstreckungsverfahren für den Beschuldigten wirkt und in weitem Maße von richterlichem Ermessen abhängig ist. Speziell hinsichtlich der geldwäschetauglichen Vortaten bleibt festzuhalten, daß in Einzelfällen nicht einmal die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung nach den §§ 140 ff. StPO gegeben sind. Der so Beschuldigte wird aufgrund der Strafandrohungen einer Geldwäsche regelmäßig keinen Wahlverteidiger für sich gewinnen können und hat im Extremfall nicht einmal einen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger. Faktisch muß er sich damit dem staatlichen Strafvorwurf im Strafverfahren alleine und ohne juristischen Beistand stellen – ein Szenario, welches mit dem „fair-trial“-Grundsatz keineswegs mehr zu vereinbaren ist.

(c) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Wahl- und Pflichtverteidigung

Die Wahlverteidigung ist im deutschen Strafrechtssystem in den §§ 137 ff. StPO als Regelverteidigung ausgestaltet. Nur in bestimmten, in § 140 Abs.1 und 2 StPO geregelten Fällen wird Verteidigung vom Gesetzgeber als notwendig erachtet, mit der Folge der Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 141 StPO.

Mit seiner Rechtsprechung zur Geldwäsche kehrt der Bundesgerichtshof dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis um⁷³⁰. Wahlverteidigung ist fortan faktisch nur noch in den Fällen möglich, in denen ein Anfangsverdacht der Geldwäsche beim Strafverteidiger erst gar nicht aufkommen kann⁷³¹.

(d) Zur Signalwirkung eines Antrags auf Beiordnung als Pflichtverteidiger

Weiter stellt sich die Frage, ob die Niederlegung des Wahlmandats in Verbindung mit einem gleichzeitig gestellten Antrag auf Bestellung als Pflichtverteidiger nicht eine gewisse signalisierende Wirkung entfaltet, wenn der Mandant gerade wegen einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB beschuldigt wird. Während ein solches anwaltliches Verhalten bei ärmlichen Mandanten im Hinblick auf dessen Zahlungsunfähigkeit häufig der Fall ist⁷³², gibt es hierfür bei einem nach dem äußeren Anschein solventen Mandanten und auch in Anbetracht der schlechteren

StraFo 2001, S.347; HARTUNG, AnwBl 1994, S.440 und 444; LÜDERSEN, StV 2000, S.207 und für die USA ACKERMANN, Money Laundering, S.155; a.A. sind etwa der BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893; AMBOS, JZ 2002, S.73; SCHMIDT, StraFo 2003, S.4. Entgegen der hier vertretenen Auffassung argumentiert auch KATHOLNIGG (NJW 2001, S.2045), wenn er seine Bedenken dagegen äußert, den bestellten Verteidiger immer nur als Verteidiger zweiter Klasse anzusehen; man solle im Gegenteil alles tun, die Pflichtverteidigung aufzuwerten und zu unterstützen. Meiner Auffassung nach ist dieser ehrenwerte „Kampf“ aber nicht auf dem Rücken eines nach effektiver Verteidigung suchenden Beschuldigten durchzuführen, sondern allein durch das Drängen auf regulative Änderungen des strafprozessualen Verteidigungsrechts.

⁷³⁰ So auch KARGL, NJ 2001, S.62 und i.E. ebenfalls HAMM, NJW 2000, S.637

⁷³¹ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.127

⁷³² Vgl. SCHÄFER, S.36, Rn.83

Vergütung eines pflichtverteidigenden Anwalts gegenüber einem wahlverteidigenden kaum einen einleuchtenden Grund – außer: Die offensichtlich gewordene Flucht des Anwalts vor einer eigenen Geldwäsche-Strafbarkeit⁷³³.

So dürfte das Gericht in vielen derart gelagerten Fällen den Beiordnungsantrag des Anwalts als Beweisanzeichen für die Richtigkeit der von der Staatsanwaltschaft vorgetragenen Tatvorwürfe gegen den beschuldigten Mandanten ansehen⁷³⁴.

BURGER UND PEGLAU sowie KATHOLNIGG meinen zwar, das Problem dadurch lösen zu können, daß sie den Strafverteidiger auf die Möglichkeit verweisen, sich schon vor der Übernahme eines Wahlmandats – am besten also gleich beim ersten Zusammentreffen mit dem Mandanten – nach einer etwaigen Geldwäschevortat zu erkundigen und gegebenenfalls schon am Anfang einen Antrag auf Beiordnung als Pflichtverteidiger zu stellen⁷³⁵.

Zwar kommt damit nicht die Situation auf, in der sich der Mandant aufgrund eines Wechsels von Wahl- zu Pflichtverteidigung verraten fühlen muß. Was aber auch hier mit signalisierender Wirkung bleiben kann, ist meines Erachtens der Umstand, daß bei einem nach außen hin wohlhabenden Mandanten in Anbetracht der dargestellten Unterschiede in der Honorierung von Wahl- und Pflichtverteidigung die „freiwillige“ Bestellung zum Pflichtverteidiger nur unter dem Gedanken Sinn zu machen scheint, einer eigenen befürchteten Strafbarkeit wegen Geldwäsche zu entgehen⁷³⁶. Im übrigen missachten die Zitierten meiner Auffassung nach auch die Problematik des schon oben beschriebenen richterlichen Auswahlermessens hinsichtlich der Beiordnung eines Pflichtverteidigers.

Zutreffend erkennen die Richter des HANSEATISCHEN OBERLANDESGERICHTS HAMBURG, daß letztlich die materiell-rechtliche Vorschrift des § 261 StGB ein Prozessverhalten mit selbstbelastender Tendenz erzwänge, welches bisher so von Beschuldigtem und Verteidiger von der Strafprozessordnung regelmäßig nicht gefordert war⁷³⁷.

Wohl nur der BUNDESGERICHTSHOF verneint eine solche Signalwirkung in meines Erachtens lebensfremd anmutender Haltung⁷³⁸. So verweisen die Bundesrichter auf häufig vorliegende Fälle schwerer Kriminalität, in denen Pflichtverteidigung etwa

⁷³³ Eine solche Signalwirkung befürchten u.a. auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.127; HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NStZ 2000, S.313; BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164; BERNSMANN, StV 2000, S.41 und StraFo 2001, S.348; HAMM, NJW 2000, S.636; KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2044; KARGL, NJ 2001, S.63.

⁷³⁴ So auch HAMM, NJW 2000, S.636

⁷³⁵ Vgl. BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164 und KATHOLNIGG, a.a.O.

⁷³⁶ So auch GOTZENS/SCHNEIDER, wistra 2002, S.128

⁷³⁷ Vgl. HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NStZ 2000, S.313; NESTLER, StV 2001, S.644 und DAV, Stellungnahme Nr.42/2002 (download im Internet möglich unter [<http://www.anwaltverein.de/03/05/2002/index.html>]), S.13

⁷³⁸ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893; vgl. zu den abweichenden Auffassungen schon oben in Fn.733.

deswegen angeordnet werde, weil sich der Beschuldigte selbst nicht um einen Verteidiger bemüht habe, und darauf, daß allein der Umstand, ob nun ein Pflicht- oder ein Wahlverteidiger auftrete, keine tragfähigen Schlussfolgerungen erlaube⁷³⁹.

Letzteres bestreitet wohl auch niemand. Das gewählte Beispiel vermag indes nicht zu überzeugen, denn hier geht es eben gerade nicht um eine Umstellung der wahlweisen Verteidigung zur Pflichtverteidigung, sondern um einen von vorneherein vorliegenden Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs.1 StPO, der allein wegen der Untätigkeit des Beschuldigten über § 141 Abs.1 StPO eine Verteidigerbestellung erforderlich macht, um ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren und schließlich eine (mehr oder weniger) wirksame Verteidigung des Beschuldigten zu sichern⁷⁴⁰. Ob der exemplarisch gewählte Beschuldigte vermögend oder mittellos ist, macht insofern keinen Unterschied und wirkt sich letztlich wegen § 100 Abs.1 und 2 BRAGO nur hinsichtlich der Honorierung des Pflichtverteidigers aus⁷⁴¹.

In den hier zu diskutierenden Fällen einer Geldwäschestrafbarkeit gegenüber Strafverteidigern gelangt der Beschuldigte aber unter den Voraussetzungen der §§ 140 ff. StPO nicht wegen eigener Untätigkeit an einen Pflichtverteidiger, sondern deswegen, weil die Wahlverteidiger ihrer selbst willen aus Angst vor einer strafrechtlichen Verfolgung die Übernahme des Wahlmandats in der Regel ablehnen dürften. Und eben diese Angst wird in Fällen der Verteidigung eines solventen Mandanten - wie schon oben beschrieben - sehr wohl auch gegenüber der Staatsanwaltschaft und dem Gericht offenkundig.

Unabhängig davon, ob der Antrag auf Beiordnung schon von Anfang an oder aufgrund wachsender Zweifel oder gefestigter Kenntnis des Anwalts erst im Laufe des Verfahrens gestellt wurde, signalisiert er nach außen also die Befürchtung oder gar das Wissen des Verteidigers um die Strafbarkeit seines Mandanten. Ein Verhalten mit derartiger Belastungstendenz zum Nachteil des Klienten ist nach dem Rechtsgedanken von § 203 Abs.1 Nr.3 StGB meiner Auffassung nach nicht zu akzeptieren.

(e) Zusammenfassung

Nach den vorangegangenen Ausführungen kann also keine Rede davon sein, daß durch die Möglichkeit der Pflichtverteidigung die Rechte des Beschuldigten in angemessener Weise berücksichtigt seien.

Mit seinem Verweis auf eine entsprechende Beiordnung dreht der Bundesgerichtshof das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Wahl- zu Pflichtverteidigung um und fordert ein

⁷³⁹ Vgl. BGH, a.a.O.

⁷⁴⁰ Vgl. für den zweiten Halbsatz SCHÄFER, S.29, Rn.62

⁷⁴¹ Vgl. dazu SCHÄFER, S.37, Rn.86

Verhalten, welches für den beschuldigten Mandanten belastend wirkt. Er reduziert den Anspruch des einer Geldwäsche-Katalogtat Beschuldigten in vielen Fällen ohne Legitimation auf einen minderwertigen Rechtsschutz. In einzelnen Fällen führt die uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf die Honorarannahme durch Strafverteidiger gar dazu, daß der bis dato nur im Verdacht stehende Beschuldigte überhaupt keinen Verteidiger hat und auf sich selbst gestellt ist.

KUDLICH führt zutreffend aus, daß sich Zweifel im Rahmen der Angemessenheit eines Grundrechtseingriffes um so mehr ergeben, je näher eine Pönalisierung berufsbedingter Verhaltensweisen in ihrer Breitenwirkung für die Ausrichtung des Verhaltens des Berufsträgers einer vollständigen Untersagung neutraler beruflicher Verhaltensweisen kommt⁷⁴².

Der Verweis auf die nur in bestimmten Fällen bestehende Möglichkeit des Rückgriffs auf das Institut der Pflichtverteidigung vermag daher die Angemessenheit eines Eingriffs von § 261 StGB in das Grundrecht des Beschuldigten auf freie Wahl seines Verteidigers nicht zu begründen.

(2) Zur Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation aufgrund der Bedeutung von § 261 StGB für eine wirksame Bekämpfung der Geldwäsche-kriminalität

Möglicherweise ist diese Grundrechtseinschränkung aber deswegen verfassungsrechtlich angemessen, weil die einschränkende Norm des § 261 Abs.2 StGB der wirksamen Kriminalitätsbekämpfung zu dienen bestimmt ist.

Bereits an anderer Stelle wurde auf die umfangreiche Literatur zu der Frage der Effektivität des Geldwäschetatbestandes zu Zwecken der Bekämpfung hingewiesen⁷⁴³. Demnach sollen sich die nachfolgenden Ausführungen darauf beschränken, ob mit einer Einschränkung von § 261 Abs.2 StGB im Hinblick auf die Strafverteidiger-Problematik zugleich eine Minderung der Tauglichkeit zur Kriminalitätsbekämpfung zu konstatieren wäre⁷⁴⁴. Denn nur durch eine Abwägung der betroffenen Interessen im konkreten Fall kann eine Aussage darüber getroffen werden, ob der Grundrechtseingriff, der von einer uneingeschränkten Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf Strafverteidigerhonorare ausgeht, im Einzelfall angemessen erscheint⁷⁴⁵. Unangemessen ist der Eingriff zumindest dann, wenn durch eine unerhebliche Minderung der Effektivität auf der Seite des Eingriffs eine erhebliche Stärkung hinsichtlich der Wahrung von Grundrechten zu verzeichnen

⁷⁴² Vgl. KUDLICH, JZ 2003, S.133

⁷⁴³ Siehe dazu schon oben auf S.148 [Teil 3:A.IV.1.d(ii)]

⁷⁴⁴ So auch SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, S.1388

⁷⁴⁵ Vgl. dazu allg. STERN, S.814 ff.

wäre⁷⁴⁶.

Demnach stellt sich zunächst die Frage, ob eine von Verfassungs wegen gebotene Einschränkung von § 261 Abs.2 StGB hinsichtlich der Verteidigerhonorare überhaupt verschlechterte Bedingungen in der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität zur Folge hätte, oder konkret: Ob durch die dann straflose Möglichkeit für Verteidiger, auch kontaminiertes Honorar annehmen zu können, die Organisierte Kriminalität gefördert würde.

Oberflächlich betrachtet läge es nahe, diese Frage zu bejahen. Schließlich dient § 261 Abs.2 StGB im Wesentlichen einer wirtschaftlichen Isolierung des Vortäters, um diesem den Reiz neuer Straftaten zu nehmen. Insofern bietet freilich jede Einschränkung des Geldwäschetatbestandes zumindest eine geringe Möglichkeit mehr, das deliktisch erlangte Vermögen wirtschaftlich umzusetzen.

Unter dem Gesichtspunkt der Strafverteidigung hingegen muß die Antwort ein klares Nein sein. Schließlich darf davon ausgegangen werden, daß wohl niemand straffällig würde, um mit dem so erzielten Vermögen einen Verteidiger bezahlen zu können, der ihm dann wegen der begangenen Tat in einem Strafverfahren zur Seite steht. Ziel von gewinnorientierten Delikten ist demgegenüber nämlich regelmäßig eine Verbesserung des Lebensstandards des Täters, nicht aber die Finanzierung strafverfahrensbezogener Kosten.

Die Honorierung von Strafverteidigern stellt sich hiernach nicht als reizvoller Anlaß zur Begehung geldwäschetauglicher Straftaten dar. Umgekehrt würde damit eine wie auch immer geartete Ausnahme für Verteidigerhonorare die Effektivität des Geldwäschetatbestandes zu Zwecken der Bekämpfung insbesondere der Organisierten Kriminalität nicht beeinträchtigen. Allgemeiner gefasst würde also eine Einschränkung des § 261 Abs.2 StGB dazu führen, daß vor allem auch die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte der Verteidiger und der rechtssuchenden Mandanten deutlich gestärkt würden, ohne daß hierdurch das verfolgte Interesse der Kriminalitätsbekämpfung vernachlässigt würde.

Aufgrund dieser extremen Situation erübrigt sich sogar eine wertende Gegenüberstellung der jeweiligen Interessen – denn eine Verbesserung auf der einen Seite ohne gleichzeitige Verschlechterung auf der anderen Seite ist in jedem Fall rechtsstaatlich geboten.

Die Einschränkung des Geldwäschetatbestandes hinsichtlich der Verteidigerhonorare ist daher angebracht, der im Falle der Unterlassung verbleibende Eingriff in grundrechtliche Positionen folglich unangemessen.

⁷⁴⁶ Vgl. dazu allg. STERN, S.835 ff.

(vi) Zusammenfassung

Insgesamt führt damit die uneingeschränkte Anwendung von § 261 StGB auf Strafverteidigerhonorare zu einem unangemessenen Eingriff in das Recht eines Beschuldigten auf Wahlverteidigung⁷⁴⁷.

e. Ergebnis

Ein jeder Beschuldigter hat in einem gegen ihn gerichteten deutschen Strafverfahren zu jeder Zeit ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf effektive Strafverteidigung. Hierbei hat er grundsätzlich und seinen Mitteln entsprechend die freie Wahl unter den zur Verfügung stehenden Verteidigern. Die Gewährleistung einer funktionierenden Strafverteidigung durch Schaffung der erforderlichen infrastrukturellen, personellen und finanziellen Voraussetzungen ist die Pflicht des Staates zur Institutionalisierung der Strafverteidigung⁷⁴⁸.

Die vom Bundesgerichtshof praktizierte uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf Strafverteidigerhonorare führt dazu, daß faktisch selbst dem vermögenden Beschuldigten die Möglichkeit der Wahl eines Verteidigers genommen wird, wenn er wegen einer strafbaren Handlung aus dem Geldwäschekatalog des § 261 Abs.1 S.2 StGB belangt werden soll und seinem Anwalt offen gegenüber tritt. Für ihn bleibt dann allenfalls die Möglichkeit der Pflichtverteidigung, falls die Voraussetzungen der §§ 140 ff. StPO erfüllt sind. Der Verweis hierauf ist systemwidrig und entspricht in keinem der skizzierten Fälle den strafprozessual und verfassungsrechtlich verbürgten Ansprüchen eines Beschuldigten.

Eine uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf die Annahme von Honorargeldern durch Strafverteidiger hat daher einen unangemessenen Eingriff in das Grundrecht auf Wahlverteidigung aus Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.20 Abs.3 GG und damit eine verfassungswidrige Verletzung desselben zur Folge.

Daher halte ich es für angebracht, mit DOMBEK davon zu sprechen, daß der Bundesgerichtshof durch seine Rechtsprechung nicht nur den Beschuldigten in bestimmten (Geldwäschekatalog-)Verfahren seines Grundrechts auf einen Wahlverteidiger beraubt, sondern letztlich die gesamte Institution der Strafverteidigung gefährdet⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ So i.E. auch GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.582 und HARTMANN, AnwBl 2002, S.334; a.A. ist BOTTKE, wistra 1995, S.122, Fn.80

⁷⁴⁸ Vgl. BARTON, Strafverteidigung, S.73

⁷⁴⁹ Vgl. dazu DOMBEK, ZAP 2000, Fach 21, S.210; i.E. dergleichen Meinung sind HAMM, NJW 2000,

2. Die Grundrechte des Anwalts

Weiter ist nun zu überprüfen, ob durch die uneingeschränkte Anwendung von § 261 StGB auf Verteidigerhonorare neben den verfassungsrechtlich verbürgten Rechten eines beschuldigten Mandanten auch die Grundrechte des Strafverteidigers selbst tangiert werden.

a. Das Recht auf freie Berufsausübung (Art.12 Abs.1 GG)

Namentlich kommt hierbei zunächst eine Verletzung von Art.12 Abs.1 GG in Betracht.

(i) Schutzbereich

Art.12 Abs.1 GG schützt die Berufsfreiheit im Allgemeinen.

Als Beruf ist jede Tätigkeit aufzufassen, die in ideeller, wie auch in materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient⁷⁵⁰. Der Berufsbegriff wird dabei denkbar weit verstanden und umfasst selbst neu entstandene und frei erfundene Berufe, sofern sie denn erlaubt und auf gewisse Dauer angelegt sind⁷⁵¹.

Im Bereich der Rechtsanwaltschaft gilt dabei der Grundsatz der freien Advokatur⁷⁵². Für den Strafverteidiger bedeutet dies, daß er unter dem Mantel des Rechtsstaatsprinzips grundsätzlich unabhängig von staatlicher Einflussnahme tätig werden kann⁷⁵³. In diese freie anwaltliche Berufsausübung darf nur aufgrund eines Gesetzes und nur durch solche Maßnahmen eingegriffen werden, die materiell-rechtlich den Anforderungen an Berufsausübungsregelungen genügen⁷⁵⁴. Nur so kann letztlich durch den Strafverteidiger gewährleistet werden, daß der Beschuldigte als Prozesssubjekt und nicht lediglich als Objekt des Strafverfahrens behandelt wird⁷⁵⁵. Umgekehrt bedarf es für eine qualitativ hochwertige Strafverteidigung der Schaffung bestimmter Arbeitsbedingungen, die wiederum entsprechende finanzielle

S.637; GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.125; SALDITT, StraFo 2002, S.181 und WOHLERS, StV 2001, S.426. Eine Verletzung des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts eines jeden Beschuldigten auf Strafverteidigung sehen i.E. außerdem HARTMANN, AnwBl 2002, S.333; HARTUNG, AnwBl 1994, S.444; SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, 1389. A.A. sind: BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.164 und KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2045.

⁷⁵⁰ Vgl. Jarass / Pieroth, GG, JARASS, Art.12, Rn.4

⁷⁵¹ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.213, Rn.905

⁷⁵² Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O., Rn.34

⁷⁵³ Vgl. BVERFG, Beschluß v. 08.03.1983, NJW 1983, S.1536

⁷⁵⁴ Vgl. BVERFGE 63, 266, 285

Mittel erfordern. Die Einnahme dieser Gelder ist durch die wirtschaftliche Unabhängigkeit und das Recht auf eine angemessene Vergütung für die geleistete Arbeit gedeckt⁷⁵⁶.

Das BUNDESVERFASSUNGSGERICHT hat daher auch in ständiger Rechtsprechung betont, daß die Verteidigung in Strafsachen zu den wesentlichen Berufsaufgaben des Anwalts gehört und damit insbesondere auch die Möglichkeit, in freier Advokatur Wahlverteidigung zu betreiben, vom Schutzbereich des Art.12 Abs.1 GG umfasst ist⁷⁵⁷. Dies schließt dann aber auch die Möglichkeit zur Wahlverteidigung von Personen ein, denen Katalogstraftaten des § 261 Abs.1 StGB zur Last gelegt werden⁷⁵⁸.

(ii) Eingriff

Bereits oben wurde bei der verfassungsrechtlichen Prüfung einer Verletzung des Beschuldigtenrechts auf freie Wahl des Strafverteidigers ausgeführt, welche Folgen die uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf die Annahme von Strafverteidigerhonorare hätte⁷⁵⁹. Um umfassende Wiederholungen zu vermeiden, sollen diese daher nur in aller Kürze nochmals dargestellt werden:

In Anbetracht der aufgrund von § 261 Abs.2 StGB bestehenden erheblichen strafrechtlichen und daran mittelbar anknüpfend auch berufsrechtlichen Risiken wird es einem Strafverteidiger praktisch fast unmöglich gemacht, einen Beschuldigten in einem Strafverfahren wegen einer Geldwäsche-Katalogtat als gewählter Beistand zu verteidigen. Nur durch stetige Vorsicht vor zu viel Informationen und durch gehöriges Misstrauen gegenüber seinem Klienten kann der Verteidiger wenigstens den Versuch wagen, trotz der lauernden Geldwäschestrafbarekeit die Strafverteidigung „nach Wahl“ zu übernehmen. Ansonsten bleibt allenfalls und nur unter den Voraussetzungen des § 140 StPO die Möglichkeit, auf Pflichtverteidigungsbasis tätig zu werden. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung wird damit in der Mehrzahl aller Fälle faktisch auf den Kopf gestellt. Der Anwalt müsste sich als dann bestellter Verteidiger mit gebührenrechtlichen Umständen zufrieden geben, die meist nicht einmal zu einer Kostendeckung führen. Im übrigen würden seine beruflichen Aktivitäten in weitem Maße davon abhängen, ob der jeweils entscheidende Richter gerade seine Person für die Pflichtverteidigung auswählt. Das Auftreten in entfernteren Gerichtsbezirken würde zur seltenen Ausnahme.

⁷⁵⁵ Vgl. BVERFGE, 34, 293, 302 f.

⁷⁵⁶ Vgl. Schmidt-Bleibtreu / Klein, GG, SCHMIDT-BLEIBTREU, Art.12, Rn.5a

⁷⁵⁷ Vgl. die Nachweise bei HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.677 und GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.125

⁷⁵⁸ So auch DAV, Stellungnahme Nr.42/2002, S.7 (download im Internet möglich unter [<http://www.anwaltverein.de/03/05/2002/index.html>]).

Fraglich ist nun wieder, ob die kurz wiedergegebenen Auswirkungen einer uneingeschränkten Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf Strafverteidigerhonorare die Qualität eines Eingriffs in Art.12 Abs.1 GG erlangen. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit kann sowohl hinsichtlich der Berufsausübung, als auch bezüglich der Berufswahl erfolgen⁷⁶⁰.

Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit sind zum einen durch Regelungen mit Berufsbezug gegeben, die die berufliche Betätigung zielgerichtet ganz oder teilweise unterbinden oder sonst dafür sorgen, daß sie nicht in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann⁷⁶¹. § 261 Abs.2 StGB bezweckt nicht etwa die bewusste Einschränkung anwaltlicher Tätigkeit, sondern berufsneutral die wirksame Bekämpfung organisierter Kriminalität und stellt damit keine solche Regelung mit Berufsbezug dar.

Aber auch Vorschriften ohne berufsregelnde Zielrichtung können aufgrund ihrer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen den Schutzbereich des Art.12 Abs.1 GG beeinträchtigen, sofern die Auswirkungen von einigem Gewicht sind und einen konkreten Kreis von Personen in ihrer Berufsfreiheit betreffen beziehungsweise in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufes stehen⁷⁶². Erforderlich ist, daß die Auswirkungen eine sogenannte berufsregelnde Tendenz haben⁷⁶³. Letztere kann selbst bei einer solchen Regelung bejaht werden, die die Berufstätigkeit als solche unberührt lässt, jedoch im Blick auf den Beruf die Rahmenbedingungen verändert, unter denen er ausgeübt werden kann⁷⁶⁴.

In Anbetracht der oben nochmals skizzierten, nachhaltigen Beeinträchtigungen des Tätigwerdens von Strafverteidigern in Bezug auf den umfangreichen Geldwäsche-Vortatenkatalog kann meines Erachtens die so verstandene berufsregelnde Tendenz von § 261 Abs.2 StGB kaum mit plausiblen Gründen verneint werden⁷⁶⁵:

Schließlich ist die freie Advokatur nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wesentliche Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Strafverfahrens⁷⁶⁶. Dies begründet nicht nur einen Anspruch des Beschuldigten auf die Möglichkeit, von einem Anwalt seines Vertrauens verteidigt zu werden⁷⁶⁷, sondern hat umgekehrt auch Rückwirkungen auf den Inhalt des grundrechtlichen Schutzes, den die Tätigkeit des Strafverteidigers

⁷⁵⁹ Siehe dazu bereits oben auf den S.135 ff. [Teil 3:A.IV.]

⁷⁶⁰ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.217, Rn.920

⁷⁶¹ Vgl. Jarass / Pieroth, GG, JARASS, Art.12, Rn.10

⁷⁶² Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O., Rn.11; so auch BERNSMANN, StraFo 2001, S.345

⁷⁶³ Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O.

⁷⁶⁴ Vgl. BVERFGE 95, 267, 302

⁷⁶⁵ So auch MÜTHER, Jura 2001, S.320 und LÜDERSEN, Internet, S.16

⁷⁶⁶ Vgl. BVERFGE 34, 293, 302 f.

⁷⁶⁷ Vgl. BVERFGE 34, a.a.O.

durch Art.12 Abs.1 GG erfährt⁷⁶⁸. Dieser muß seinen Beruf so ausüben können, daß sich das für eine effektive Strafverteidigung erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant ungestört von staatlicher Einflussnahme entwickeln kann⁷⁶⁹. Selbst der BUNDESGERICHTSHOF gesteht sich dann ein, daß das Verteidigungsverhältnis gestört sein kann, wenn gegen den Verteidiger während des gegen seinen Mandanten geführten Verfahrens wegen des Verdachts, Honorargelder in Kenntnis ihrer inkriminierten Herkunft angenommen zu haben, ermittelt wird und gegen ihn strafprozessuale Maßnahmen ergriffen werden⁷⁷⁰. Außerdem wird sich nur schwerlich ein Vertrauensverhältnis aufbauen beziehungsweise eine effektive Verteidigung gewährleisten lassen, wenn der Mandant seinen Verteidiger nicht umfassend über den wahren Sachverhalt in Kenntnis setzen kann, weil er befürchten muß, daß dieser alsbald pflichtgemäß die ihm angebotene Honorarzahlung ablehnen und das Wahlmandat niederlegen könnte⁷⁷¹.

Schließlich führt die uneingeschränkte Anwendung des Verschaffenstatbestandes auf die Honorarannahme durch Strafverteidiger und der ausufernd große Vortatenkatalog des § 261 Abs.1 S.2 StGB wie dargestellt in vielen Fällen dazu, daß dem Juristen die Möglichkeit auf effektive Durchführung einer Verteidigung ohne eigene Bedrohung durch eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche genommen wird⁷⁷². Ein großer Teil der täglichen Arbeit wird dem Strafverteidiger damit praktisch unmöglich gemacht. Damit ist der konkret abgrenzbare Kreis der Strafverteidiger empfindlich in der Möglichkeit zur Ausübung des erlernten Berufes gehindert.

Die Gegner dieser Auffassung begründen ihre Einstellung entweder überhaupt nicht oder nur ohne Überzeugungskraft:

Der BUNDESGERICHTSHOF ist im Hinblick auf sein Urteil vom 04.07.2001 dabei der ersten Gruppe zuzurechnen, da er das Erfordernis einer objektiv berufsregelnden Tendenz zwar erkennt, dieses aber ohne Begründung als nicht gegeben ablehnt⁷⁷³.

BURGER UND PEGLAU hingegen machen sich zwar die Mühe eines Erklärungsversuches⁷⁷⁴, überzeugen aber meines Erachtens ebenfalls nicht. Sie verkennen nämlich schon die Bedeutung der an sich zutreffenden und den gängigen Kommentaren zu entnehmenden Aussage, derzufolge eine berufsregelnde Tendenz regelmäßig dann anzunehmen sei, wenn die Vorschrift ausschließlich oder im wesentlichen auf berufliche Tätigkeiten anwendbar ist⁷⁷⁵. Dieser Konstellation kommt nämlich lediglich indizielle Bedeutung zu, was durch den Verweis auf die

⁷⁶⁸ So auch DAV, Stellungnahme Nr.42/2002 (vgl. schon oben unter Fn.758), S.8

⁷⁶⁹ So auch DAV, a.a.O.

⁷⁷⁰ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893

⁷⁷¹ So auch HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, S.676

⁷⁷² So ähnlich auch BERNSMANN, StraFo 2001, S.346

⁷⁷³ Vgl. BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2892

⁷⁷⁴ Vgl. BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.162

⁷⁷⁵ Vgl. BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.162 und Jarass / Pieroth, GG, JARASS, Art.12, Rn.11

„Regelmäßigkeit“ auch deutlich wird. Insofern bringt die von beiden erlangte und auch nicht bestrittene Kenntnis, daß jedes und nicht etwa nur berufliches „Sich-verschaffen“ inkriminierter Gelder nach § 261 Abs.2 StGB strafbar sei⁷⁷⁶, nicht weiter. Schon gar nicht kann sie – wie BURGER UND PEGLAU aber meinen – dazu führen, daß vorliegend eine berufsrechtliche Tendenz zu verneinen ist, sondern allenfalls zu der schlichten Erkenntnis, daß hier nicht das in der Kommentarliteratur erwähnte Standardbeispiel zugrunde liegt.

Trotzdem hält die vorliegende Konstellation – wie gesehen – einer Subsumtion unter die Definition einer berufsregelnden Tendenz stand.

Demnach ist insgesamt auch ein Eingriff in das Grundrecht der Strafverteidiger auf freie Berufsausübung gemäß Art.12 Abs.1 GG zu bejahen.

(iii) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Grundrecht der Berufsfreiheit kann nach Art.12 Abs.1 S.2 GG hinsichtlich ihrer Ausübungskomponente und nach ständiger Rechtsprechung des BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS⁷⁷⁷ auch in ihrer Wahlkomponente durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Da in Art.12 Abs.1 GG heute ein einheitliches Grundrecht gesehen wird⁷⁷⁸, kann zwar – sofern es anders als hier auf diese Abgrenzung ankommt – im Rahmen des Schutzbereiches die Berufsausübung und die Berufswahl noch als einheitlicher Komplex aufgefasst werden. Spätestens im Schrankenbereich ist jedoch dann eine genauere Differenzierung erforderlich⁷⁷⁹. Dies folgt aus der Überlegung, daß der Gesetzgeber um so mehr beschränkt wird, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreift⁷⁸⁰, da die Berufswahl ein ureigenster Akt der menschlichen Selbstbestimmung ist. Will er hingegen lediglich die Ausübung eines bestimmten Berufs wählen, ist der Aspekt der Selbstbestimmung sehr viel weniger tangiert, mit der Folge, daß auch der für erforderlich gehaltene Eingriff entsprechend freier geschehen darf⁷⁸¹.

In strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit hat das BUNDESVERFASSUNGSGERICHT aus dieser abgestuften Reichweite der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis die sogenannte „Drei-Stufen-Theorie“ oder „Stufenlehre“ herausgearbeitet⁷⁸². Die drei angesprochenen Eingriffsstufen bestehen dabei erstens in reinen Berufsausübungsregelungen, zweitens in subjektiven

⁷⁷⁶ Vgl. zutreffend BURGER / PEGLAU, a.a.O.

⁷⁷⁷ Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O., Rn.17 m.w.N.

⁷⁷⁸ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.213, Rn.903

⁷⁷⁹ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, a.a.O.

⁷⁸⁰ Vgl. von Münch / Kunig, GG, GUBELT, Art.12, Rn.44

⁷⁸¹ Vgl. von Münch / Kunig, a.a.O.

Zulassungsvoraussetzungen und drittens wie auch letztens in objektiven Zulassungsvoraussetzungen⁷⁸³.

Reine Berufsausübungsregelungen betreffen die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit⁷⁸⁴, vor allem also deren Form, Mittel, Umfang und Inhalt, und sind schon dann zulässige Einschränkungen der Berufsfreiheit, sofern sie nur aus sachgerechten und vernünftigen Gründen des Allgemeinwohles erforderlich sind⁷⁸⁵.

Subjektive Zulassungsvoraussetzungen setzen der Berufswahl Schranken, die an persönliche Eigenschaften, Fähigkeiten oder Qualifikationen anknüpfen⁷⁸⁶. Sie sind zulässig, wenn sie dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zu dienen bestimmt sind⁷⁸⁷.

Im Gegensatz hierzu knüpfen objektive Zulassungsvoraussetzungen an dem Einfluß des Berufswilligen entzogene und von seinen Eigenschaften unabhängige Kriterien, wie etwa Bedürfnisklauseln, an⁷⁸⁸. Als schärfste Beschränkung der freien Berufswahl sind objektive Zulassungsschranken dann auch nur zur Abwehr von höchstwahrscheinlichen Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig⁷⁸⁹.

Um nach diesen verfassungsgerichtlichen Maßstäben die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers zu bestimmen, bedarf es nun einer Einordnung von § 261 Abs.2 StGB auf eine der drei dargestellten Stufen.

Da die Berufsausübungsregelungen eine Art „Sammelbecken“ für die nicht unter die Zulassungsvoraussetzungen zu erfassenden Berufsbeschränkungen darstellen⁷⁹⁰, soll die Subsumtion mit dem intensivsten Eingriff in die Berufsfreiheit begonnen werden – den objektiven Zulassungsschranken.

Zwar könnte bei wortgetreuer Auffassung die Frage gestellt werden, wieso denn die Zulassung und damit die Berufswahl beschränkt sein sollte, wenn doch durch eine uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB die Gruppe der Strafverteidiger „nur“ daran gehindert wird, Wahlverteidigung in Verfahren wegen einschlägigen Katalogtaten zu gewähren. Von daher könnte weiter gemutmaßt werden, es läge eher eine Beschränkung der Berufsausübung, denn der Berufswahl vor. Und in der Tat gestaltet sich die Abgrenzung vorliegend schwierig. Den Ausweg aus der Misere weist das BUNDESVERFASSUNGSGERICHT mit seiner Rechtsprechung, derzufolge Ausübungsregelungen derart gravierend sein können, daß sie die Berufsangehörigen

⁷⁸² Vgl. Jarass / Pieroth, GG, JARASS, Art.12, Rn.20

⁷⁸³ Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O., Rn.20a

⁷⁸⁴ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.218, Rn.929

⁷⁸⁵ Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O., Rn.28

⁷⁸⁶ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.218, Rn.927

⁷⁸⁷ Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O., Rn.29

⁷⁸⁸ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.217, Rn.921

⁷⁸⁹ Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O., Rn.21 und 31

⁷⁹⁰ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.218, Rn.929

faktisch zur Berufsaufgabe zwingen⁷⁹¹.

Die uneingeschränkte Erfassung von Verteidigerhonoraren durch den Geldwäschetatbestand führt wie aufgezeigt dazu, daß Strafverteidiger in sehr vielen alltäglichen Fällen die Wahlverteidigung nicht mehr übernehmen beziehungsweise fortsetzen dürfen, wollen sie nicht selbst ins Fadenkreuz der Justiz geraten. Übrig bleibt ihnen demnach hier allenfalls die Pflichtverteidigung oder die Wahlverteidigung wegen Nicht-Katalogtaten. Auf die Umstände der gerichtlichen Beordnung als Verteidiger und auf die absolut unzureichende Honorierung ist bereits oben ausführlich eingegangen worden⁷⁹². Aufgrund des umfassenden Vortatenkatalogs von § 261 Abs.1 S.2 StGB ist weiter davon auszugehen, daß der hierdurch nicht erfasste Teil von Delikten in der Regel weder zur zeitlichen Ausfüllung des Strafverteidigerberufs, noch zur wirtschaftlichen Rentabilität desselben ausreichen kann⁷⁹³. Ein Beruf ist aber nur dann im rechtlichen Sinne erlaubt, wenn die Berufsträger ihn entgeltlich ausüben können, ohne sich quasi automatisch in die Gefahr massiver Strafverfolgungsmaßnahmen zu begeben⁷⁹⁴. Genau das aber geschieht durch die Umfassung der Strafverteidigerhonorare durch § 261 Abs.2 StGB.

Demnach führt der Geldwäschetatbestand letztlich dazu, daß Wahlverteidigung in Deutschland in weitem Umfang nicht mehr erlaubt ist⁷⁹⁵. Obwohl die Norm also zunächst nur die Art und Weise der Berufsausübung zu beeinträchtigen scheint, offenbart sich bei näherer Betrachtung, daß die Strafverteidiger hierdurch faktisch zur Aufgabe des erlernten Berufes gezwungen werden.

Die Folge hiervon ist, daß die Vorschrift die Voraussetzungen einer Wahlregelung erfüllen muß⁷⁹⁶, hier die einer objektiven Zulassungsregel⁷⁹⁷, gerade weil der faktische Zwang zur Aufgabe des Berufes nicht von persönlichen Umständen abhängt. § 261 Abs.2 StGB stellt demnach nur dann eine zulässige Einschränkung der Berufsfreiheit dar, wenn er zur Abwehr von höchstwahrscheinlichen Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut unablässig und außerdem verhältnismäßig ist.

Der Geldwäschetatbestand dient – wie nun schon mehrfach ausgesprochen wurde – vor allem dazu, durch Beschneidung des Vortäters um die Verwendungsmöglichkeiten im legalen Wirtschaftsverkehr letztlich die Begehung geldwäscherelevanter Taten einzudämmen. Ohne auf das jeweilige Schutzgut einzugehen, darf wohl davon ausgegangen werden, daß die Katalogtaten des § 261 Abs.1 S.2 StGB in ihrer Gesamtheit für den Schutz von Gemeinschaftsgütern

⁷⁹¹ Vgl. Jarass / Pieroth, GG, JARASS, Art.12, Rn.21

⁷⁹² Siehe dazu nochmals auf den S.154 ff. [Teil 3:A.IV.1.d(v)(1)(b)]

⁷⁹³ Ähnlich GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.125

⁷⁹⁴ Vgl. GOTZENS / SCHNEIDER, a.a.O

⁷⁹⁵ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, a.a.O.

⁷⁹⁶ Vgl. Jarass / Pieroth, a.a.O.

mit überragendem Wert bestimmt sind.

Unter Verweis auf die bereits oben zum Beschuldigtenrecht auf freie Wahl des Verteidigers gemachten Ausführungen⁷⁹⁸ muß schließlich aber auch hier die Verhältnismäßigkeit, insbesondere mangels Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation, verneint werden. Die hier vorzunehmende Güterabwägung fällt nämlich zugunsten des Grundrechts der freien Advokatur aus, weil die Beeinträchtigung der mit der Vorschrift des § 261 Abs.2 S.1 Nr.1 StGB verfolgten Ziele weniger schwerwiegend ist, als die Folgen einer uneingeschränkten Anwendung auf Strafverteidigerhonorare. Im Regelfall liegt nämlich schon gar kein typischer Fall der Geldwäsche vor, bei dem Beute zwecks Verschleierung der illegalen Herkunft wieder in den Wirtschaftskreislauf eingeschleust werden soll⁷⁹⁹.

(iv) Ergebnis

Alle Deutschen haben nach Art.12 Abs.1 GG das grundsätzlich unbeschränkte Recht auf freie Berufswahl und -ausübung. Die Strafverteidigung ist ein anerkannter Beruf. Die uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf die Honorarannahme durch Strafverteidiger führt faktisch dazu, daß Wahlverteidigung in Deutschland nicht mehr erlaubt ist. Hierdurch werden die praktizierenden Strafverteidiger in unzulässiger und unverhältnismäßiger Weise nicht lediglich in ihrer Berufsausübung, sondern gar in ihrer Berufswahl eingeschränkt und damit insgesamt verfassungswidrig ihres Grundrechts der Berufsfreiheit beraubt⁸⁰⁰.

b. Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG)

Da durch die uneingeschränkte Anwendung von § 261 StGB auf Verteidigerhonorare bereits der Schutzbereich der Berufsfreiheit tangiert wird und Art.12 Abs.1 GG gegenüber Art.2 Abs.1 GG *lex specialis* ist⁸⁰¹, kommt eine verfassungswidrige Verletzung der Strafverteidiger in ihrem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit nicht in Betracht.

⁷⁹⁷ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.125

⁷⁹⁸ Siehe bereits oben auf den S.149 ff. [Teil 3:A.IV.1.d(v)]

⁷⁹⁹ So auch DAV, Stellungnahme Nr.42/2002 (vgl. schon oben unter Fn.758), S.16

⁸⁰⁰ I.E. der gleichen Auffassung sind u.a. auch: GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.125 f.; MÜTHER, Jura 2001, S.321; NESTLER, StV 2001, S.646 und GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.575 und 582; a.A. sind etwa der BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2892 f. und BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.162.

⁸⁰¹ Vgl. Jarass / Pieroth, GG, JARASS, Art.12, Rn.3

c. Das allgemeine Gleichheitsgrundrecht (Art.3 Abs.1 GG)

Demgegenüber könnte der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz aus Art.3 Abs.1 GG verletzt sein, wollte man in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs § 261 Abs.2 Nr.1 StGB auf die Honorare von Strafverteidigern wortgetreu anwenden.

Maßgeblicher Gesichtspunkt der folgenden Prüfung soll dabei die Frage sein, ob Strafverteidiger unter der Prämisse einer Geldwäsche strafbarkeit wie „jeder andere Geldwäscher“ auch die möglichen Vergünstigungen von § 261 Abs.9 und 10 StGB in Anspruch nehmen können oder ob sie aufgrund straf- und berufsrechtlicher Verbote hieran gehindert werden.

(i) Schutzbereich

Nach Art.3 Abs.1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Aus dem Zusammenhang mit den Absätzen 2 und 3 wird ersichtlich, daß Absatz 1 nicht die völlige Gleichbehandlung verlangt, sondern hierdurch nur die grundlose Ungleichbehandlung verboten wird⁸⁰². Der Gleichheitsgrundsatz verbietet demnach zum einen, wesentlich Gleiches willkürlich ungleich zu behandeln, und zum anderen, wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln⁸⁰³.

(ii) Eingriff

Vorliegend dürfte es nur auf eine etwaige willkürliche Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ankommen, namentlich auf die Frage, ob geldwäscheaktive Strafverteidiger hinsichtlich der Möglichkeiten aus § 261 Abs.9 und 10 StGB gegenüber anderen Geldwäschern benachteiligt werden.

Eine personenbezogene Ungleichbehandlung stellt dann einen Eingriff in das Gleichheitsgebot des Art.3 Abs.1 GG dar, wenn eine Person in einer bestimmten Weise rechtlich behandelt wird, eine andere Person in einer bestimmten anderen Weise und beide Personen unter einen gemeinsamen, weitere Personen ausschließenden Oberbegriff gefasst werden können⁸⁰⁴.

⁸⁰² Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.112, Rn.493

⁸⁰³ Vgl. BVERFGE 49, 148, 165

⁸⁰⁴ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.113, Rn.500

(1) Gemeinsamer Oberbegriff

Unumstritten ist, daß derjenige Täter im Sinne von § 25 Abs.1 StGB, der nicht Strafverteidiger ist, sich bei rechtswidriger und schuldhafter Erfüllung des Tatbestandes von § 261 Abs.2 StGB der Geldwäsche strafbar macht. Bei uneingeschränkter Anwendung dieser Vorschrift auf Verteidigerhonorare drohen auch dem Strafverteidiger die hierin vorgesehenen Sanktionen.

Die für eine Prüfung von Art.3 Abs.1 GG erforderliche Gemeinsamkeit besteht also darin, daß sowohl Strafverteidiger, als auch sonstige Personen potentielle Adressaten von § 261 Abs.2 StGB sind.

(2) Zur willkürlichen Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem in Bezug auf die Möglichkeiten tätiger Reue (§ 261 Abs.9 und 10 StGB) durch „nicht-anwaltliche“ Geldwäscher und durch Strafverteidiger

Ebenso unstreitig ist wohl, daß zumindest der nicht-anwaltliche Geldwäscher durch aktives Handeln die Vergünstigungen des § 261 Abs.9 und 10 StGB in Anspruch nehmen kann.

Insbesondere hat er nach dem Strafaufhebungsgrund⁸⁰⁵ in Absatz 9 Satz 1 die Möglichkeit, durch eine freiwillige und rechtzeitige Selbstanzeige (Nr.1) oder durch Bewirkung der Sicherstellung des Geldwäscheobjektes (Nr.2) straffrei zu werden. Weiter besteht nach der sogenannten „kleinen Kronzeugenregelung“⁸⁰⁶ in Absatz 10 für den Richter die Möglichkeit, die Strafe zu mildern oder von ihr abzusehen, wenn der Täter durch freiwillige Offenbarung zu der Aufdeckung eines anderen Tatbeitrages zur Geldwäsche oder einer anderen Geldwäschetats wesentlich beigetragen hat.

Insgesamt hat ein Geldwäscher also grundsätzlich die Möglichkeit, dem gesetzgeberischen Anreiz nachzukommen und sich durch die Anzeige strafbarer Geldwäschevorgänge die Aussicht auf persönliche strafrechtliche Vergünstigungen zu „erkaufen“⁸⁰⁷.

Bei Strafverteidigern stellt sich hingegen die Frage, ob auch sie diesem Reiz erliegen und damit die zumindest theoretisch ebenso möglichen Vergünstigungen hinsichtlich einer eigenen Geldwäschestrafbarkeit ausnutzen dürfen oder ob sie an Offenbarungen im Sinne von § 261 Abs.9 oder 10 StGB praktisch gehindert sind. Dies wäre dann der Fall, wenn sie zwar nicht mehr oder nur abgemildert die Strafandrohung von § 261 Abs.2 StGB zu erwarten hätten, aber dafür andere

⁸⁰⁵ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.23

⁸⁰⁶ Vgl. zu der Begrifflichkeit Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.24 und EISENBERG, Kommentar, S.375, Rn.945

⁸⁰⁷ Siehe dazu bereits oben auf S.28 [Teil 2:C.I.3.c(iii)]

straf- und berufsrechtliche Maßnahmen drohen⁸⁰⁸. In Betracht kommen hierfür namentlich § 203 Abs.1 Nr.3 StGB und § 43a Abs.2 BRAO beziehungsweise § 2 Abs.1 BORA.

(a) Strafverteidigung – Eine Entscheidung zwischen § 261 Abs.2 StGB und § 203 Abs.1 StGB ?

Nach § 203 Abs.1 Nr.3 StGB wird unter anderem derjenige mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, der unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, welches ihm als Verteidiger in einem gesetzlich geordneten Verfahren anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist. Also macht sich ein Strafverteidiger der Verletzung von Privatgeheimnissen stets strafbar, wenn er geheimhaltungswürdige und nur einem beschränkten Personenkreis bekannt gewordene Tatsachen⁸⁰⁹, über die er von seinem Mandanten eingeweiht wurde⁸¹⁰, an einen bis dato unwissenden Dritten mitteilt⁸¹¹ – es sei denn, er handelt befugt im Sinne von § 203 Abs.1 StGB. Das Merkmal „unbefugt“ bedeutet dabei, daß nach einschlägigen gesetzlichen Regelungen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu prüfen ist, ob das im übrigen tatbestandsmäßige Verhalten straflos ist⁸¹², entweder, weil ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Befugten vorliegt oder weil die Offenbarung gerechtfertigt ist⁸¹³.

Sofern also der Mandant seinen Verteidiger nicht etwa von der anwaltlichen Schweigepflicht entbindet, hängt dessen Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats vom Vorliegen besonderer gesetzlicher Regelungen oder allgemeiner Rechtfertigungsgründe ab⁸¹⁴.

(aa) Offenbarungsbefugnis im Sinne von § 203 Abs.1 StGB durch § 261 Abs.9 und 10 StGB ?

Die hier diskutierten Absätze 9 und 10 des § 261 StGB selbst scheiden jedenfalls als Befugnisnormen aus, weil diese lediglich für bestimmte Mitwirkungsaktivitäten persönliche Vergünstigungen für einen an sich strafbar handelnden Geldwäscher bereithalten, nicht aber einen an sich zur Geheimhaltung Verpflichteten von dieser

⁸⁰⁸ So auch GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.577

⁸⁰⁹ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 203, Rn.5 f.

⁸¹⁰ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.8

⁸¹¹ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.30

⁸¹² Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.31

⁸¹³ Zu der Doppelfunktion des Merkmals „unbefugt“ zur Tatbestandsbegrenzung einerseits und mit der Bedeutung des allgemeinen Deliktsmerkmals der Rechtswidrigkeit andererseits vgl. Münchener Kommentar, StGB, CIERNIAK, § 203, Rn.53 und Schönke / Schröder, StGB, LENCKNER, § 203, Rn.21

⁸¹⁴ Vgl. zu dem Tatbestandsmerkmal der Unbefugtheit bzw. der ausnahmsweise befugten Offenbarung von Geheimnissen Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 203, Rn.31

Pflicht entbinden wollen und sollen⁸¹⁵.

(bb) Offenbarungsbefugnis im Sinne von § 203 Abs.1 StGB durch §§ 11 und 12 GwG ?

Eine Offenbarungsbefugnis beziehungsweise -pflicht könnte zwar grundsätzlich aus den Regelungen des Geldwäschegesetzes abgeleitet werden⁸¹⁶, führt aber im konkreten Fall – um das Ergebnis dieser Prüfung vorwegzunehmen – meines Erachtens nicht weiter.

Zwar sind Rechtsanwälte aufgrund der Änderungen durch das Geldwäschebekämpfungsgesetz vom 08.08.2002 verstärkt in den Pflichtenkreis des Geldwäschegesetzes eingebunden worden und können grundsätzlich beim Verdacht einer Geldwäsche gemäß § 261 StGB ebenfalls nach § 11 Abs.1 S.1 i.V.m. Abs.4 S.1 GwG dazu verpflichtet sein, hierüber Anzeige bei der Bundesrechtsanwaltskammer zu erstatten, die dann ihrerseits nach § 11 Abs.4 S.3 GwG die Anzeige an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden und in Kopie an das Bundeskriminalamt weiterleitet⁸¹⁷. Jedoch sind Anwälte von dieser Verdachtsanzeigespflicht nur dann betroffen, wenn ein Fall des § 3 Abs.1 GwG vorliegt, sie also für ihren Mandanten beispielsweise bei der Planung oder Durchführung von Immobiliengeschäften oder im Sinne verwalterischer Tätigkeiten mitwirken. Und selbst dann regelt § 11 Abs.3 GwG, daß eine Anzeigepflicht nicht gegeben ist, wenn dem Geldwäscheverdacht Informationen von dem oder über den Mandanten zugrunde liegen, die sie im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung dieses Mandanten erhalten haben, es sei denn, sie wissen, daß der Mandant ihre Rechtsberatung bewusst für den Zweck der Geldwäsche in Anspruch nimmt.

Ein Anwalt, der nach diesen Regelungen zur Verdachtsmeldung verpflichtet ist und die hieraus geforderte Anzeige auch pflichtgemäß erstattet, kann jedenfalls darauf hoffen, nicht wegen § 261 StGB bestraft zu werden. Insofern weist nämlich § 11 Abs.6 GwG den Weg, in dem geregelt ist, daß eine Pflicht zur Anzeige von Verdachtsfällen gemäß § 11 Abs.1 und 2 GwG nicht die Freiwilligkeit der Anzeige im Sinne von § 261 Abs.9 StGB ausschließt. Diese Bestimmung wurde vom Gesetzgeber insofern als notwendig angesehen, als ansonsten die Adressaten des Geldwäschegesetzes von der Strafaufhebung nicht profitieren könnten und damit negative Auswirkungen auf deren Meldeverhalten zu befürchten wären⁸¹⁸.

⁸¹⁵ So auch GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.577; DOMBEK, ZAP 2000, Fach 21, S.207; JOHNIK, BRAK-Mitt. 1994, S.66 und Münchener Kommentar, StGB, NEUHEUSER, § 261 StGB, Rn.103

⁸¹⁶ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 203, Rn.38

⁸¹⁷ Siehe dazu schon weiter oben auf den S.31 [Teil 2:C.II.3.]

⁸¹⁸ Vgl. CARL / KLOS, wistra 1994, S.165

Demnach kann der Jurist in diesem Fall und beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 261 Abs.9 S.1 Nrn.1 oder 2 StGB durch seine Verdachtsanzeige von diesem speziellen Strafaufhebungsgrund profitieren.

Weiter ist auch davon auszugehen, daß die Verdachtsmeldepflicht den Anwalt nicht nur zur Offenbarung fremder Geheimnisse im Sinne von § 203 Abs.1 Nr.3 StGB befugt, sondern ihn – unter Beachtung der Ausnahmen nach § 11 Abs.3 GwG – gar hierzu verpflichtet, mit der Folge, daß eine Strafbarkeit wegen Verletzung von Privatgeheimnissen am Merkmal des „Unbefugtseins“ scheitern dürfte.

Insgesamt läuft damit ein Anwalt, der in den Pflichtenkreis des Geldwäschegesetzes aufgenommen wurde, wohl keine Gefahr, sich durch die Erfüllung der hierin regulierten Pflichten strafbar zu machen.

Für den Fall der Strafverteidigung ist nach alledem und nach Maßgabe der § 11 Abs.1 i.V.m. § 3 Abs.1 GwG aber schon gar keine Verdachtsmeldepflicht statuiert worden. Meldet er einen Geldwäscheverdacht dennoch entsprechend § 11 Abs.1 S.1, Abs.4 S.1 GwG der Bundesrechtsanwaltskammer (und damit wegen § 11 Abs.4 S.3 GwG durch deren zwingenden Weiterleitung mittelbar auch den Strafverfolgungsbehörden) kann er zwar aufgrund einer freiwilligen Anzeige ebenfalls von dem Strafaufhebungsgrund des § 261 Abs.9 S.1 StGB profitieren. Mangels Anzeigepflicht ist aus den Regelungen des Geldwäschegesetzes für diesen Fall aber nicht zu folgern, daß die Offenbarung fremder Geheimnisse im Sinne von § 203 Abs.1 Nr.3 StGB dann auch befugt gewesen ist⁸¹⁹.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man meines Erachtens auch nicht bei Betrachtung des § 12 GwG. Hierin ist geregelt, daß derjenige, der Tatsachen anzeigt, welche auf eine Geldwäsche im Sinne von § 261 StGB schließen lassen, wegen dieser Anzeige „nicht verantwortlich“ gemacht werden kann, sofern er sie nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr erstattet hat.

Dabei bedarf es zunächst der Erläuterung, ob Strafverteidiger von dieser Regelung überhaupt betroffen sind. Der Wortlaut der Vorschrift ist ohne Bezugnahme auf den Adressatenkreis des Geldwäschegesetzes uneingeschränkt und allgemein gehalten. Zu beachten ist aber, daß die Verantwortlichkeitsfreistellung im Geldwäschegesetz geregelt wurde, welches an sich einen genau definierten Adressatenkreis hat⁸²⁰. Außerdem dient § 12 GwG der Umsetzung der 1.EU-Geldwäscherichtlinie, in deren Art.9 lediglich eine Freistellung von Instituten und deren Personal vorgesehen ist. Die

⁸¹⁹ Hiervon scheint auch LENCKNER auszugehen, wenn er als besondere gesetzliche Offenbarungspflicht § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten) anführt, dabei u.a. für Rechtsanwälte und Verteidiger auf die Ausnahmebestimmung des § 139 Abs.3 S.2 StGB hinweist und schließlich erwähnt, daß – nur – für Lebensversicherungen eine Offenbarungspflicht in § 1 Abs.2 und 4 i.V.m. § 11 GwG bestünde, die Juristen bei dem Verweis auf die Verdachtsmeldepflicht nach dem Geldwäschegesetz hingegen unerwähnt lässt (vgl. Schönke / Schröder, StGB, LENCKNER, § 203, Rn.29).

⁸²⁰ Siehe dazu bereits oben auf S.32 [Teil 2:C.II.3.b]

Vermutung läge daher nahe, die Freistellung käme eben auch nur diesen Adressaten zugute⁸²¹. Aus der gesetzlichen Begründung ergibt sich dann aber eindeutig, daß § 12 GwG über den Adressatenkreis des Geldwäschegesetzes hinausgeht und nicht nur die nach § 11 GwG zur Anzeigenerstattung Verpflichteten von der Verantwortung für unwahre Geldwäscheverdachtsanzeigen freistellt, sondern jedermann⁸²². Mithin könnte die Freistellung von der Verantwortlichkeit für eine Verdachtsanzeige grundsätzlich auch Strafverteidigern zugute kommen.

Allerdings handelt es sich bei § 12 GwG nach meiner Auffassung nicht um einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund. Der Gesetzgeber hat zu der Vorgängernorm (§ 13 GwG a.F.) ausgeführt, daß sich diese in ihrer Wirkung lediglich auf Fragen der zivil- und disziplinarrechtlichen Haftung erstrecken soll⁸²³. Auch in Art.9 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie wird beschrieben, daß eine gutgläubige Anzeige eines Geldwäscheverdachts *„nicht als Verletzung einer vertraglich oder durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelten Bekanntmachungsbeschränkung [gilt] und [...] keinerlei nachteilige Folgen nach sich zieht.“* Da das Geldwäschegesetz der Transformation der EU-Vorgaben in nationales Recht diene, ist davon auszugehen, daß auch die Regelung des § 12 GwG auf eine zivilrechtliche Haftungsfreistellung beschränkt ist, strafrechtliche Verantwortlichkeit hingegen unberührt läßt⁸²⁴.

Gestärkt wird der Gedanke schließlich noch durch die Wortwahl des Gesetzgebers, der in § 12 GwG eine Freistellung von der Verantwortlichkeit für Verdachtsmeldeanzeigen nur auf Fälle der leichten Fahrlässigkeit bezieht und sie für eine unwahre grob fahrlässige oder gar vorsätzliche Anzeigenerstattung nicht gewährt. Diese Bezugnahme auf zivilrechtliche Verschuldensformen belegt ebenfalls den rein zivilrechtlichen Bezug des § 12 GwG⁸²⁵.

Zusammenfassend kann eine Offenbarung fremder Geheimnisse im Sinne von § 203 Abs.1 Nr.3 StGB damit nicht durch Verweis auf die Regelungen der §§ 11 oder 12 GwG gerechtfertigt werden.

(cc) Offenbarungsbefugnis im Sinne von § 203 Abs.1 StGB durch § 34 StGB ?

Die Offenbarung fremder Geheimnisse könnte schließlich aber im Notstand gemäß § 34 StGB befugt sein. Voraussetzung hierfür ist nach LENCKNER, daß die Offenbarung zum Schutze bedrohter, vom Recht anerkannter Interessen erforderlich ist und diese bei einer Gesamtabwägung aller positiven und negativen

⁸²¹ So auch FÜLBIER / AEPFELBACH, GwG, § 12, Rn.1

⁸²² Vgl. BT-Drs. 12/2704, S.18

⁸²³ Vgl. BT-Drs. 12/2704, S.19

⁸²⁴ I.E. dergleichen Meinung sind FÜLBIER / AEPFELBACH, GwG, § 12, Rn.6; HOMBRECHER, S.41; DOMBEK, ZAP 2000, Fach 21, S.207; CARL / KLOS, wistra 1994, S.165; JOHNIK, BRAK-Mitt. 1994, S.64; a.A. sind wohl LÜTKE, wistra 2001, S.88; Schönke / Schröder, StGB, LENCKNER, § 203, Rn.29 und BOTTKE, wistra 1995, S.129

⁸²⁵ So auch DOMBEK, ZAP 2000, Fach 21, S.207 und JOHNIK, BRAK-Mitt. 1994, S.64

Vorzugstendenzen überwiegen⁸²⁶.

Die Kommentarliteratur erwähnt für eine nach diesen Grundsätzen bestehende Offenbarungsbefugnis exemplarisch unter anderem die anwaltliche Honorarklage und die Verteidigung im Regreßprozeß⁸²⁷. Der BUNDESGERICHTSHOF führt in seiner Rechtsprechung darüber hinaus fortwährend aus, daß eine Offenbarungsbefugnis grundsätzlich auch dann gegeben sei, wenn sich der Anwalt in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren ohne die Offenbarung nicht sachgemäß verteidigen könnte⁸²⁸. Gerade das letztgenannte Beispiel könnte zu der Vermutung verleiten, dem Strafverteidiger sei die Offenbarung mandantschaftlicher Geheimnisse zuzugestehen, um auf ein laufendes Strafverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche zumindest hinsichtlich des drohenden Strafmaßes begünstigend einzuwirken.

Zur Überprüfung dieser Vermutung bedarf es allerdings einer konkreten Gegenüberstellung der abzuwägenden Interessen:

Geschütztes Rechtsgut von § 203 Abs.1 StGB ist zunächst der persönliche Lebens- und Geheimnisbereich, der im Individualinteresse des Betroffenen gerade von Trägern bestimmter sozial bedeutsamer Berufe nicht verletzt werden soll, denen der einzelne sich weitgehend anvertrauen muß⁸²⁹. Dieses Geheimhaltungsinteresse des Mandanten steht dem anwaltlichen Interesse gegenüber, durch aktives Handeln im Sinne von § 261 Abs.9 oder 10 StGB das Maß der bei einer Verurteilung wegen Geldwäsche zu erwartenden Strafe zumindest abzumildern. Die Regelungen taugen zwar – wie ausgeführt – nicht als Befugnisnormen im Sinne von § 203 Abs.1 StGB. Hieraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die ihnen zugrundeliegenden Erwägungen der tätigen Reue nicht durchaus auch schutzwürdige Interessen des „Geldwäschers“ verkörpern können, die im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.

Jedoch ist diese Gegenüberstellung von Geheimhaltungsinteresse einerseits und tätiger Reue andererseits lediglich vordergründiger Natur.

Konkret versucht der angeklagte Strafverteidiger, durch eigenes aufklärendes Mitwirken eine Bestrafung wegen Geldwäsche so weit wie möglich abzuwenden, während der wegen der Vortat beschuldigte Mandant nicht lediglich das Interesse an einer Geheimhaltung seiner Informationen per se hat, sondern es ihm hierbei vor allem darauf ankommt, daß den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten keine belastenden Fakten mitgeteilt werden, die zu einer Bestrafung wegen der Vortat führen könnten⁸³⁰. Letztlich bedarf es damit über das Geheimhaltungsinteresse

⁸²⁶ Vgl. Schönke / Schröder, StGB, LENCKNER, § 203, Rn.30 m.w.N.

⁸²⁷ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 203, Rn.46

⁸²⁸ Vgl. BGHSt 1, 366, 368

⁸²⁹ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.2

⁸³⁰ So auch GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.577

hinaus der Abwägung des Interesses des Mandanten, einer Bestrafung wegen der Vortat zu entgehen, mit dem Interesse des Anwalts, eine Bestrafung wegen Geldwäsche zumindest weitestmöglich hinsichtlich ihrer Rechtsfolge zu reduzieren.

Eine abstrakte Gewichtung dieser entgegenstehenden Interessen scheint schwierig, da der Ausgang dieser Abwägung stets vom konkreten Einzelfall abhängen muß, namentlich vor allem von den vorgeworfenen Geldwäschevortaten.

So müsste beispielsweise der Mandant, der einer gewerbsmäßigen Unterschlagung nach § 246 Abs.1 StGB und damit einer geldwäschetauglichen Vortat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 Nr.4 lit.a StGB beschuldigt wird, bei einer Verurteilung mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe rechnen. Den ihn verteidigenden Anwalt hingegen würde bei uneingeschränkter Anwendung von § 261 Abs.2 StGB und vorsätzlicher wie auch gewerbsmäßiger Erfüllung des zugrundeliegenden Geldwäschetatbestandes wegen § 261 Abs.4 StGB eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren und damit eine deutliche höhere Strafe erwarten. In diesem Fall schiene es wohl gerechtfertigt, das Interesse des Anwalts höher zu werten als das des Mandanten, und damit letztlich für eine Befugnis zur Offenbarung von Geheimnissen im Sinne von § 203 Abs.1 StGB zu plädieren.

Jedoch wurde hier ganz bewusst der extremste Fall dargestellt, also jener, in dem eine der mildesten Vortatenstrafen der höchsten Geldwäschestrafe gegenübergestellt wurde, zumal einem Strafverteidiger wohl nur in den allerseltensten Fällen gewerbsmäßiges Handeln unterstellt und nachgewiesen werden kann.

Im Regelfall hingegen dürfte dem Strafverteidiger wohl eher wegen leichtfertiger Geldwäsche gemäß § 261 Abs.5 StGB eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe drohen, die sich im Falle eines nachgewiesenen Vorsatzes hinsichtlich der Geldesherkunft gemäß § 261 Abs.2 StGB auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren erhöhen könnte. Bei sämtlichen Verbrechen als Geldwäschevortaten im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 Nr.1 StGB liegt es wegen § 12 Abs.1 StGB in der Natur der Delikte, daß sie mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht sind. Und auch die geldwäschetauglichen Vergehen im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 Nrn.2 bis 5 StGB sehen sämtlich zumindest Strafen vor, die dem für die leichtfertige Geldwäsche gewähltem Maße zumindest entsprechen.

Häufig wird es damit zu Konstellationen kommen, in denen die Strafandrohung gegenüber dem Mandanten höher ist als die gegen seinen Verteidiger. Dies gilt um so mehr im Hinblick darauf, daß der Anwalt sich regelmäßig allein wegen einer Geldwäsche belangt sehen muß, während bei dem rechtsuchenden Mandanten auch eine Kumulation mehrerer Straftaten durchaus nicht selten anzutreffen sein dürfte, die dann im Falle der Tatmehrheit über die §§ 53 Abs.1, 54 Abs.1 S.2 StGB zu einer entsprechend höheren Gesamtstrafe führen wird.

Trotz der angesprochenen Schwierigkeiten einer abstrakten und vom konkreten Einzelfall losgelösten Interessenabwägung deuten die vorangegangenen

Ausführungen darauf hin, daß eine Übergewichtung des anwaltlichen Interesses regelmäßig nicht angebracht sein dürfte und damit jedenfalls das in § 34 S.1 StGB geforderte „wesentliche Überwiegen“ der zu schützenden Interessen gegenüber den zu beeinträchtigenden Interessen nicht anzunehmen ist. Dies gilt um so mehr, weil auf der Eingriffsseite nicht lediglich das größere oder geringere subjektive Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisträgers zu berücksichtigen ist, sondern auch die Bedeutung der Tat für das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der anwaltlichen Berufsträger als Voraussetzung für eine funktionsfähige Rechtspflege⁸³¹. Und eben dieses immens wichtige Vertrauen gerade in die Strafrechtspflege würde sich wohl nur noch selten aufbauen lassen, erführe die Öffentlichkeit davon, daß sie im Falle einer strafrechtlichen Beschuldigung nur so lange auf das Berufsgeheimnis ihres anwaltlichen Vertreters bauen könnte, bis jener dieses aus Selbstzwecken heraus bräche, um sich eigene Vergünstigungen in puncto Geldwäschestrafbarkeit zu „erkaufen“⁸³².

Eine Offenbarungsbefugnis lässt sich damit auch nicht aus einem rechtfertigenden Notstand im Sinne von § 34 StGB herleiten.

(dd) Zusammenfassung

Es bleibt damit festzuhalten, daß ein Verteidiger nicht befugt ist, Geheimnisse seines Mandanten zu offenbaren, um selbst die geldwäschebezogenen Vergünstigungen einer tätigen Reue gemäß § 261 Abs.9 und 10 StGB genießen zu können – tut er es dennoch, macht er sich der Verletzung von Privatgeheimnissen strafbar⁸³³.

Folglich besteht schon im Hinblick auf § 203 Abs.1 StGB für den Strafverteidiger keine Möglichkeit, sich etwa durch aktives Mitwirken an der Aufklärung von Geldwäscheverbrechen strafbegünstigend zu verhalten.

(b) Berufsrechtliche Konsequenzen als Folge tätiger Reue durch Strafverteidiger (§§ 114 Abs.1, 113 Abs.1 BRAO i.V.m. § 43a Abs.2 BRAO oder § 2 Abs.1 BORA) ?

Weiter bestimmen § 43a Abs.2 S.1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und § 2 Abs.1 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), daß der Rechtsanwalt zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Pflicht bezieht sich nach § 43a Abs.2 S.2 und

⁸³¹ So auch Schönke / Schröder, StGB, LENCKNER, § 203, Rn.30

⁸³² So ähnlich auch HOMBRECHER, S.43 f.

⁸³³ So i.E. auch HOMBRECHER, S.44

S.3 BRAO auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist, mit Ausnahme von offenkundigen oder nicht geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen. Sie ist aus berufsrechtlicher Sicht von sehr hoher Bedeutung und wird gar zu den tragenden Säulen des Anwaltsberufes schlechthin gezählt, da nur hierdurch das für jede effektive Rechtsbetreuung extrem wichtige anwaltliche Vertrauensverhältnis gewährleistet sei⁸³⁴.

Eine Durchbrechung der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht erlaubt dennoch § 2 Abs.3 BORA am Ende, wenn die Offenbarung zur Verteidigung des Rechtsanwalts in eigener Sache erforderlich ist. Hierbei handelt es sich aber um eine ultima ratio, die nur dann in Betracht kommen kann, wenn der Rechtsanwalt wirklich schwerwiegende Nachteile für sich abwenden muß und das Geheimnis für den Mandanten objektiv von untergeordneter Bedeutung ist⁸³⁵.

Bei der Prüfung der damit angesprochenen Verhältnismäßigkeit kann dann wieder auf die bereits oben zu § 203 Abs.1 StGB gemachten Ausführungen verwiesen werden: Die Erfüllung der anwaltlichen Geheimhaltungspflicht ist für den Mandanten im hier konkret angesprochenen Geldwäschefall hinsichtlich der eigenen Vortatstrafbarkeit keineswegs von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem anwaltlichen Interesse, durch Offenbarung mandantschaftlicher Geheimnisse die Vergünstigungen für tätige Reue gemäß § 261 Abs.9 und 10 StGB in Anspruch nehmen zu wollen.

Daher muß sich der Strafverteidiger auch in berufsrechtlicher Hinsicht entscheiden, ob er die in § 261 Abs.9 und 10 StGB angebotenen Möglichkeiten zur eigenen Strafverschonung oder -milderung nutzen und sich dadurch wegen Verstoßes gegen die berufsrechtlich geregelte Verschwiegenheitspflicht bestimmten anwaltsgerichtlichen Maßnahmen nach den §§ 114 Abs.1, 113 Abs.1 BRAO i.V.m. § 43a Abs.2 BRAO oder § 2 Abs.1 BORA⁸³⁶ aussetzen will oder nicht.

Der Verteidiger kann also nur dann die Möglichkeiten tätiger Reue im Rahmen des Geldwäschestrafrechts nutzen, wenn er hierfür zum Teil gravierende berufsrechtliche Konsequenzen in Kauf nimmt.

⁸³⁴ Vgl. GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.578 m.w.N.; vgl. hierzu weiter Punkt 2.3. der Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union (abgedruckt im Schönfelder-Ergänzungsband als Anlage zur BORA)

⁸³⁵ Vgl. GRÄFIN VON GALEN, a.a.O.

⁸³⁶ Nach § 113 Abs.1 BRAO wird ein schuldhafter Verstoß eines Rechtsanwalts gegen Pflichten aus der BRAO oder der BORA mit einer anwaltsgerichtlichen Maßnahme geahndet. Der hier in Betracht kommende Verstoß gegen die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht aus § 43a Abs.2 BRAO und § 2 Abs.1 BORA kann also gemäß § 114 Abs.1 BRAO mit einer Verwarnung, einem Verweis oder einer Geldbuße bis zu 25.000 € und wohl nur in besonders schwerwiegenden Fällen mit einem beschränkten Berufsverbot oder der Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft und damit wegen § 13 BRAO mit dem Erlöschen der Anwaltszulassung geahndet werden.

(3) Zwischenergebnis

Resümierend bleibt festzuhalten, daß der wegen Geldwäsche beschuldigte Strafverteidiger sowohl in strafrechtlicher, wie auch in berufsrechtlicher Hinsicht faktisch daran gehindert ist, durch tätige Reue begünstigend auf die zu erwartende Strafe einzuwirken.

Weiter ist zu bemerken, daß, obwohl beide potentielle Geldwäschetäter im Sinne von § 261 Abs.2 StGB sein können, nur dem Strafverteidiger die Möglichkeiten der § 261 Abs. 9 und 10 StGB genommen werden, während es nicht-anwaltlichen Beschuldigten offen steht, tätige Reue zu zeigen und hierfür „belohnt“ zu werden.

Damit wird wesentlich Gleiches ungleich behandelt und damit unzulässig und zu Lasten des Strafverteidigers in das Gleichheitsgebot von Art.3 Abs.1 GG eingegriffen.

(iii) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff wäre verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die Ungleichbehandlung nicht willkürlich, sondern wegen eines sachlichen Grundes erfolgt⁸³⁷.

Hierfür muß die Ungleichbehandlung einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich sein und auch sonst in angemessenem Verhältnis zum Wert des Zwecks stehen⁸³⁸.

Indes ist bereits kein legitimer Zweck ersichtlich, der mit der Schlechterstellung der Strafverteidiger verfolgt werden sollte. Schließlich handelt er in verfassungsrechtlich geschützter Ausübung seines Berufes und dient damit neben den direkt für den Mandanten ausgeübten Tätigkeiten auch dem staatlichen Ziel einer funktionierenden Rechtspflege⁸³⁹. Naturgemäß erfährt der Verteidiger zahlreiche Tatsachen von seinem Mandanten, die ihm einerseits eine effektive Verteidigung erst möglich machen und deren Kenntnis andererseits auch dazu führt, daß der Anwalt in das Fadenkreuz der Justiz auf der Suche nach Geldwäschevorgängen gerät⁸⁴⁰. Ein sachlicher Grund dafür, dem Strafverteidiger die Möglichkeiten von § 261 Abs.9 und 10 StGB zu verwehren, während sie anderen Geldwäschern offen stehen, erwächst hieraus jedenfalls nicht.

⁸³⁷ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.114, Rn.503

⁸³⁸ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.115, Rn.506

⁸³⁹ So auch GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.580

Zwar hat der Gesetzgeber bei Ungleichbehandlungen einen weiten Ermessens- oder Gestaltungsspielraum⁸⁴¹. Dieser findet aber seine Grenze, wenn – wie hier – für die getroffene Regelung sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind⁸⁴².

Die Ungleichbehandlung ist damit verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

(iv) Ergebnis

Insgesamt wird dem Strafverteidiger also durch eine uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf seine Honorierung die Möglichkeit der tätigen Reue gemäß § 261 Abs. 9 und 10 StGB genommen. Hierdurch wird ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung in den Schutzbereich von Art.3 Abs.1 GG eingegriffen und damit verfassungswidrig sein Recht auf Gleichbehandlung verletzt.

3. Zusammenfassung

Die vollumfängliche Erfassung von Verteidigerhonoraren durch den Geldwäschetatbestand führt in Deutschland zu einer verfassungswidrigen Lage, in der die Strafverteidiger in ihren Grundrechten aus Art.12 Abs.1 GG (Berufsfreiheit) und Art.3 Abs.1 GG (Recht auf Gleichbehandlung) verletzt werden. Ein beschuldigter Mandant, der seinerseits auf den Beistand eines juristisch Ausgebildeten angewiesen ist, wird zugleich seines verfassungsrechtlich verbürgten Rechts auf Wahlverteidigung entledigt.

⁸⁴⁰ So auch GRÄFIN VON GALEN, a.a.O.

⁸⁴¹ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.115, Rn.508

⁸⁴² Vgl. die Nachweise bei PIEROTH / SCHLINK, a.a.O.

B. Die Problematik im Ausland – ein Rechtsvergleich mit Österreich, der Schweiz und den USA

Nachdem der Problemkreis „Strafverteidiger als Geldwäscher“ für den deutschen Rechtsraum ausführlich dargestellt wurde, soll im Folgenden beleuchtet werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Problem auch in den hier zum Rechtsvergleich herangezogenen Staaten besteht.

Die erforderlichen Grundlagen zu den jeweiligen Strafgesetzen zur Bekämpfung der Geldwäsche wurden bereits oben im zweiten Teil vermittelt⁸⁴³.

I. Österreich

1. Zur Existenz des Problems in Österreich – eine Subsumtion unter § 165 öStGB

a. § 165 Abs.1 öStGB

Wie oben dargetan⁸⁴⁴ regelt § 165 öStGB in Absatz 1 die Verbergungs- und Verschleierungsvarianten der Geldwäscherei in Österreich.

Zwar ist die Reichweite der Begriffe „Verbergen“ und „Verschleiern“ noch nicht abschließend geklärt⁸⁴⁵. Dennoch ergibt sich eine vage Inhaltsbestimmung aus den Erläuterungen im zweiten Teil, denen nach unter „Verbergen“ wohl jede Tätigkeit zu verstehen ist, die das Auffinden eines deliktstauglichen Vermögenswertes unter anderem durch den Verletzten oder durch Strafverfolgungsorgane vereiteln oder erschweren soll⁸⁴⁶. Hiernach erscheint es meines Erachtens denklogisch nicht möglich, die bloße Entgegennahme kontaminierten Honorars als zielgerichtetes Verbergen eines Vermögensbestandteiles aufzufassen⁸⁴⁷.

Vielmehr gilt diese Einschätzung noch hinsichtlich des Verschleierns der Geldesherkunft, wofür ausweislich der Regelbeispiele in § 165 Abs.1 öStGB noch deutlicher ein geldwäscheförderndes, zielgerichtetes Mitwirken des Anwalts erforderlich ist. Schließlich ist hierin die Rede von einer Herkunftsverschleierung insbesondere durch Falschangaben im Rechtsverkehr hinsichtlich der

⁸⁴³ Siehe hierfür nochmals auf den S.42 ff. [Teil 2:D.III.1.a] für Österreich, S.61 ff. und 77 ff. [Teil 2:D.III.2.a und Teil 2:D.III.2.c(ii)] für die Schweiz und S.85 ff. [Teil 2:D.III.3.b] für die USA

⁸⁴⁴ Siehe dazu bereits oben auf S.52 ff. [Teil 2:D.III.1.a(i)(2)]

⁸⁴⁵ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.575 m.w.N.

⁸⁴⁶ Siehe schon auf S.52 [Teil 2:D.III.1.a(i)(2)]

⁸⁴⁷ So auch BURGSTALLER, a.a.O.

Vermögensbestandteile⁸⁴⁸. Die Annahme deliktisch erworbenen Geldes zur Honorarbegleichung durch den Strafverteidiger gelangt aber bei Weitem nicht an derartig manipulative Tendenzen heran.

Der Unterschied zu unserer deutschen Regelung des § 261 Abs.1 StGB besteht mithin darin, daß hier über die österreichische Regelung des § 165 Abs.1 öStGB hinausgehend unter anderem auch noch die konkrete Gefährdung der Herkunftsermittlung oder des Auffindens eines kontaminierten Gegenstandes unter Strafe gestellt wurde und diese Möglichkeit auch gegenüber einem honorarannehmenden Strafverteidiger nicht pauschal ausgeschlossen werden kann.

Der Deliktsfall des § 165 Abs.1 öStGB kann nach alledem in den weiteren Überlegungen ausgeklammert werden.

b. § 165 Abs.2 öStGB

Während Absatz 1 des § 165 öStGB also für den Strafverteidiger bei bloßer Honorarannahme keine Relevanz erhält, werden in Absatz 2 der Vorschrift an sich sozialadäquate Verhaltensweisen des Alltagslebens pönalisiert. Deswegen hat der österreichische Gesetzgeber die Strafbarkeit auch in subjektiver Hinsicht derart beschränkt⁸⁴⁹, daß sich ein Täter nur dann nach § 165 Abs.2 öStGB strafbar macht, wenn er kontaminierte Vermögensbestandteile im Sinne von Absatz 1 „wissentlich“ an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt.

Von Belang ist in Bezug auf das Verteidigerhonorar hierbei das Tatbestandsmerkmal des „An-sich-bringens“. Insofern dürfen die Ausführungen unter Hinweis auf die umfassende Prüfung zu der deutschen Rechtslage kurz gefasst werden:

In Österreich bringt nämlich ein Geldwäscher kontaminierte Vermögensbestandteile dann im Sinne von § 165 Abs.2 öStGB an sich, wenn er eine faktische Verfügungsmacht hierüber erlangt⁸⁵⁰; in Deutschland „verschafft sich“ ein Geldwäscher im Sinne von § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB einen bemakelten Gegenstand, wenn er eine vom Vortäter abgeleitete Verfügungsgewalt begründet⁸⁵¹. Hieraus wird ersichtlich, daß die Merkmale des „An-sich-bringens“ in Österreich und des „Sich-verschaffens“ in Deutschland im Wesentlichen identisch ausgelegt werden. Insofern sind keine Gründe ersichtlich, weshalb in Österreich eine andere Wertung

⁸⁴⁸ Siehe schon auf S.52 [Teil 2:D.III.1.a(i)(2)]

⁸⁴⁹ So auch BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.579

⁸⁵⁰ Vgl. zu dieser Definition des „An-sich-bringens“ Wiener Kommentar, öStGB, KIRCHBACHER / PRESSLAUER, § 165, Rn.19

⁸⁵¹ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 261, Rn.24

angebracht schiene, als die, nach der ein Strafverteidiger auch dort durch die bloße Honorarannahme Vermögensbestandteile an sich bringt⁸⁵².

Eine gesetzliche Sonderregelung, die Rechtsanwälte im Allgemeinen und Strafverteidiger im Besonderen aus dem Anwendungsbereich von § 165 Abs.2 öStGB herausnimmt, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

Daher ist zu schlussfolgern, daß ein Strafverteidiger in Österreich ebenfalls allein durch die Annahme von Honorar den objektiven Tatbestand einer Geldwäscherei gemäß § 165 Abs.2 öStGB erfüllen kann, sofern nur das Geld aus einer geldwäschetauglichen Vortat im Sinne von Absatz 1 herrührt.

Vor einer empfindlichen Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren im Normalfall des Absatzes 2 und gar bis zu fünf Jahren im qualifizierten Fall des Absatzes 3 kann sich ein Strafverteidiger in Österreich demnach in tatbestandlicher Hinsicht nur dann retten, wenn er nicht die vom Gesetzgeber geforderte subjektive Einstellung zur Tat hat.

Erforderlich ist nach § 165 Abs.2 öStGB sogenannte Wissentlichkeit. Es wurde bereits ausgeführt, daß § 5 Abs.3 öStGB hierunter den Fall fasst, in dem der Täter den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiß hält⁸⁵³. Strafbar macht sich der Täter also dann, wenn er um alle Tatbestandsmerkmale weiß und darüber hinaus auch sicher ist, daß der gegenständliche Vermögenswert aus einer bestimmten Straftat herrührt⁸⁵⁴.

Übertragen auf den Strafverteidiger bedeutet dies letztlich, daß es hinsichtlich einer Strafbarkeit wegen Geldwäscherei für ihn nur noch darauf ankommt, ob er bezüglich der Geldesherkunft die erforderliche Gewissheit hat – denn daß er bei der Annahme des Geldes im Bewusstsein um das An-sich-bringen desselben ist, darf wohl unterstellt werden.

Festzuhalten bleibt damit, daß sich ein Strafverteidiger nach dem Wortlaut von § 165 Abs.2 öStGB der Geldwäscherei strafbar machen kann, wenn er von seinen Mandanten Honorargelder entgegennimmt, die aus einer geldwäschetauglichen Vortat herrühren. In Anbetracht des recht umfangreichen Vortaten-Kataloges in § 165 Abs.1 öStGB dürfte dieses Szenario bei theoretischer und nur auf den objektiven Tatbestand bezogener Betrachtung relativ häufig vorliegen. Da der Verteidiger aber selbst in diesen Fällen nur dann bestraft werden kann, wenn ihm Wissentlichkeit nachgewiesen wird, stellt sich das Problem der

⁸⁵² So auch BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.579

⁸⁵³ Siehe dazu bereits oben auf S.55 ff. [Teil 2:D.III.1.a(iii)]

⁸⁵⁴ Vgl. Kilchling, Gewinnabschöpfung, LÖSCHNIG-GSPANDL / KILCHLING, S.94

Geldwäschestrafbbarkeit gegenüber Strafverteidigern in Österreich deutlich weniger gravierend dar, als in Deutschland, wo hinsichtlich der Herkunft des Geldes wegen § 261 Abs.5 StGB bereits leichtfertige Unkenntnis ausreicht.

c. § 165 Abs.5 öStGB

Es wurde bereits erläutert, daß es sich bei der Regelung in § 165 Abs.5 öStGB letztlich um einen organisationsbezogenen Tatbestand der Geldwäscherei handelt, der eine Erweiterung von § 165 Abs.2 öStGB darstellt⁸⁵⁵. Erforderlich ist hiernach, daß der Täter wissentlich Bestandteile des Vermögens einer kriminellen Organisation im Sinne von § 278a S.1 öStGB oder einer terroristischen Vereinigung im Sinne von § 278b Abs.3 öStGB in deren Auftrag oder Interesse an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt.

Daß ein Strafverteidiger durch die Annahme von Honorargeldern Vermögensbestandteile an sich bringt, wurde schon in den Ausführungen zu § 165 Abs.2 öStGB dargelegt. Diese Ausführungen gelten aufgrund des insofern gleichlautenden § 165 Abs.5 öStGB entsprechend. Außerdem existiert auch hinsichtlich des hier zu prüfenden Tatbestandes keine Sonderregelung für Rechtsanwälte.

Der Unterschied zu § 165 Abs.2 öStGB besteht demnach hier darin, daß erstens diese Vermögensbestandteile nicht aus einer bestimmten Straftat herrühren, sondern (nur) dem Vermögen einer kriminellen Organisation oder einer terroristischen Vereinigung zuzurechnen sein müssen und zweitens ein Verteidiger diese wissentlich im Auftrag oder im Interesse derselben an sich bringen müßte.

Die Zuordnung des tatverfangenen Vermögensbestandteiles zu der angenommenen kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung unterliegt zwar praktischen Schwierigkeiten insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung zu Vermögen der Organisationsmitglieder, welches nach einhelliger Auffassung kein taugliches Tatobjekt des § 165 Abs.5 öStGB darstellt⁸⁵⁶. Möglich ist sie aber gleichwohl.

Auch die objektive Begrenzung des Anwendungsbereiches von § 165 Abs.5 öStGB auf Handeln im Auftrag oder im Interesse der kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung vermag die Möglichkeit einer Strafbarkeit des Verteidigers hiernach nicht auszuschließen.

Zwar existiert eine Mindermeinung in der österreichischen Literatur, die hinsichtlich der beiden Tatbestandsmerkmale eine sehr enge Interpretation für geboten sieht und

⁸⁵⁵ Siehe dazu bereits oben auf S.52 [Teil 2:D.III.1.a(ii)]

⁸⁵⁶ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.580 und 581

damit letztlich doch zu einer Art Ausnahmeregelung für die Annahme von Verteidigerhonoraren gelangt⁸⁵⁷: KLIPPL will nämlich ein Handeln im Auftrag einer kriminellen Organisation nur dann annehmen, wenn sich die Begehung der geldwäscherischen Handlung als primärer Zweck des Auftrages und nicht bloß als Nebenprodukt eines in erster Linie angestrebten anderen Zieles darstellt⁸⁵⁸. Als Interesse der kriminellen Organisation akzeptiert er dabei nur ein geldwäscherisches oder zumindest vermögensbezogenes Interesse⁸⁵⁹. Regelmäßig könnte damit weder das eine, noch das andere als erfüllt angesehen werden, wenn ein Strafverteidiger für seine Arbeit Honorargeld annimmt. Insgesamt würde durch ein solch restriktives Verständnis also der Anwendungsbereich von § 165 Abs.5 öStGB erheblich beschränkt. Da die Vorschrift aber die Dispositionsmöglichkeiten von kriminellen Organisationen und terroristischen Vereinigungen auch ganz generell beschränken soll⁸⁶⁰ – was sich nicht zuletzt daran zeigt, daß selbst legale Bestandteile des Vermögens solcher Organisationen erfasst werden⁸⁶¹ – halte ich eine derart restriktive Interpretation für mit dem gesetzgeberischen Willen nicht vereinbar⁸⁶².

So geht wohl auch die herrschende Meinung in der österreichischen Literatur von einem sehr viel weiteren Verständnis aus. Im Auftrag einer kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung handelt ein Täter nach dieser Auffassung schon, wenn der jeweilige Umgang mit dem Vermögensbestandteil durch eine der Organisation zurechenbare Willensäußerung, gleich welcher Form, veranlasst wurde⁸⁶³.

Bei einer derart weit gefassten Umschreibung kann freilich auch das Kontraktieren eines Verteidigers nebst Honorierung als Auftrag verstanden werden.

Im Interesse der Organisation handelt der Strafverteidiger durch die Annahme des Honorars als Gegenleistung für seine Verteidigerdienste allemal, wenn man hierfür mit der herrschenden Meinung nur verlangt, daß etwa das An-sich-bringen der tatverfangenen Vermögensbestandteile die Struktur oder Ziele der kriminellen Organisation faktisch fördert⁸⁶⁴.

Insgesamt kann damit ein Verteidiger durch die bloße Annahme kontaminierten Honorars wohl sogar den objektiven Tatbestand der organisationsbezogenen Geldwäscherei gemäß § 165 Abs.5 öStGB erfüllen, wenn das an ihn gezahlte Honorargeld denn nur dem Vermögen einer kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung zuzurechnen ist.

⁸⁵⁷ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.581 m.w.N.

⁸⁵⁸ Vgl. den Nachweis in BURGSTALLER, a.a.O.

⁸⁵⁹ Vgl. den Nachweis in BURGSTALLER, a.a.O.

⁸⁶⁰ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.582 m.w.N.

⁸⁶¹ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.580

⁸⁶² So wohl auch BURGSTALLER, a.a.O., S.582

⁸⁶³ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.581 m.w.N.

⁸⁶⁴ So auch BURGSTALLER, a.a.O. m.w.N.

Erneut wird sich der rechtschaffende Strafverteidiger aber vor einer Freiheitsstrafe nach § 165 Abs.5 öStGB schützen können, indem er auf seine subjektive Einstellung verweist und darauf, daß er nicht die erforderliche Wissentlichkeit im Sinne von § 5 Abs.3 öStGB hatte, also entweder nicht positiv wusste, daß das an ihn gezahlte Geld einem Organisationsvermögen zuzurechnen ist, oder sich nicht darüber bewusst war, im Auftrag oder Interesse einer kriminellen Organisation oder terroristischen Vereinigung zu handeln.

d. Zusammenfassung

In Österreich wird das Problem der Strafverteidiger unter dem Geldwäschereiverdacht wegen Honorarannahme in den Absätzen 2 und 5 des § 165 öStGB erfasst, die jeweils schon das bloße An-sich-bringen bestimmter Vermögensbestandteile pönalisieren. Eine Ausnahmeregelung für Rechtsanwälte existiert in keinem der geregelten Fälle.

Zur Bestrafung wegen einfacher oder organisationsbezogener Geldwäscherei kann es jeweils aber nur kommen, wenn dem hier beruflich als Strafverteidiger agierenden Täter Wissentlichkeit auch hinsichtlich der Herkunft des angenommenen Geldes aus einer bestimmten Vortat oder hinsichtlich der Zurechnung dessen zum Vermögen einer kriminellen Organisation oder einer terroristischen Vereinigung nachgewiesen werden kann. Dieser Nachweis dürfte gegenüber dem Anwalt aber nur in seltenen Fällen gelingen.

Insgesamt wird die Geldwäsche-Problematik für Strafverteidiger in Österreich also bei zunächst objektiv ähnlicher Ausgangslage schließlich aufgrund der hohen Anforderungen im Bereich des subjektiven Tatbestandes gegenüber der deutschen Situation meines Erachtens deutlich entschärft.

2. Zur Bedeutung des Problems in Österreich – eine Bestandsaufnahme anhand der österreichischen Judikatur und Literatur

a. Judikatur

Die österreichischen Gerichte waren – soweit ersichtlich – bislang nur vereinzelt mit der Frage einer Strafbarkeit der Annahme von Verteidigerhonorar als Geldwäscherei beschäftigt.

Der dem Verfasser einzig bekanntgewordene⁸⁶⁵ Fall wurde erstinstanzlich vor dem Landesgericht Salzburg⁸⁶⁶ verhandelt. Dieses hatte am 02.02.2000 einen Salzburger Rechtsanwalt wegen Geldwäscherei zu 18 Monaten unbedingter Haft und zur Zurückzahlung von 10 Millionen österreichischen Schilling (öS) verurteilt⁸⁶⁷, weil es für erwiesen angesehen hat, daß der Anwalt wissentlich aus gewerbsmäßigem Betrug herrührende Vermögenswerte entgegengenommen und sich damit nach § 165 Abs.2 und Abs.3 erster Fall öStGB (a.F.) schuldig gemacht habe⁸⁶⁸. Bezeichnenderweise handelte es sich bei der vertretenen Mandantin übrigens ähnlich wie schon in dem in Deutschland durch den Bundesgerichtshof entschiedenen Fall um ein Mitglied des „European Kings Club“. Für die Verteidigung hatte der angeklagte Anwalt von Juni 1994 bis Februar 1995 insgesamt fast 20 Mio. öS in bar und dazu eine Villa im Wert von 17 Mio. öS erhalten⁸⁶⁹.

In ihrem Urteil setzten sich die Richter des Landesgerichts Salzburg mit der spezifischen Problematik einer Strafbarkeit der Annahme kontaminierter Vermögenswerte als Verteidigerhonorar ausdrücklich auseinander, kamen aber schließlich zu dem Ergebnis, daß mögliche Einwände diesbezüglich jedenfalls unter den besonderen Umständen des zu beurteilenden Falles nicht durchschlugen⁸⁷⁰.

Gegen das Urteil des Landesgerichts Salzburg legte der betroffene Anwalt Berufung ein⁸⁷¹. Daraufhin hob das Oberlandesgericht Linz dieses landesgerichtliche Urteil mit eigenem Urteil vom 12.09.2000⁸⁷² auf und verwies die Sache zur Neuverhandlung zurück an das Landesgericht Salzburg⁸⁷³. Nach Auffassung der Linzer Richter sei das angeführte Ersturteil nämlich nichtig⁸⁷⁴. Insbesondere sei der Schuldspruch hinsichtlich des zentral herausgestellten Wissentlichkeitserfordernisses des § 165 Abs.2 öStGB unzureichend begründet worden⁸⁷⁵. Darüber hinaus wurden erhebliche Bedenken an der erstrichterlichen Beweiswürdigung geäußert⁸⁷⁶. Unter anderem seien im ersten Verfahren keinerlei Zeugen gehört worden⁸⁷⁷.

Die prinzipielle Subsumierbarkeit der Annahme eines Verteidigerhonorars unter § 165 Abs.2 öStGB stellte das Berufungsgericht in Linz hingegen nicht in Frage⁸⁷⁸.

⁸⁶⁵ Auf persönliche Anfrage vom 30.06.2003 erteilte der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) am 04.07.2003 die Auskunft, daß es inzwischen vereinzelt anhängige Verfahren gäbe, aus diesem Umstand aber nicht entnommen werden könne, daß nunmehr verstärkt gegen Rechtsanwälte wegen Geldwäscherei vorgegangen werde.

⁸⁶⁶ Az.: 52 E Vr 1587/97

⁸⁶⁷ Vgl. Salzburger Nachrichten vom 20.09.2000, abrufbar im Internet unter [www.salzburg.com]

⁸⁶⁸ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.576 m.w.N.

⁸⁶⁹ Vgl. Salzburger Nachrichten vom 20.09.2000, a.a.O.

⁸⁷⁰ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O. m.w.N.

⁸⁷¹ Vgl. Salzburger Nachrichten vom 02.02.2001, abrufbar im Internet unter [www.salzburg.com]

⁸⁷² Az.: 9 Bs 121/00

⁸⁷³ Vgl. Salzburger Nachrichten vom 20.09.2000, a.a.O.

⁸⁷⁴ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O. m.w.N.

⁸⁷⁵ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O.

⁸⁷⁶ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O.

⁸⁷⁷ Vgl. Salzburger Nachrichten vom 20.09.2000, a.a.O.

⁸⁷⁸ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O. m.w.N.

Aufgrund des vom Oberlandesgericht Linz ausgesprochenen Rückverweises an das Landesgericht Salzburg begann der Prozeß Ende Januar 2001 im zweiten Rechtsgang vor einem Einzelrichter⁸⁷⁹. Soweit ersichtlich ist, wurde das Verfahren bis dato noch nicht abgeschlossen. Allerdings drängt sich dem aufmerksamen Leser der Verdacht einer Prozessverschleppung auf, wenn in drei aufeinanderfolgenden Prozessterminen innerhalb von acht Monaten zuerst der Verteidiger des angeklagten Anwalts, dann der Angeklagte selbst und schließlich die Hauptbelastungszeugin und frühere Mandantin des Angeklagten krankheitsbedingt nicht erscheinen können⁸⁸⁰.

Die österreichische Judikatur zu dem Problem der vermeintlich geldwaschenden Strafverteidiger ist also alles andere als ergiebig. Auf ein Urteil des Obersten Gerichtshofes als höchstem Strafgericht Österreichs kann nicht zurückgegriffen werden und auch das Urteil des Oberlandesgerichts Linz vom September 2000 enthält keine Äußerungen zu dem hier behandelten Thema selbst.

In Anbetracht der wenigen anhängigen Strafverfahren gegen Strafverteidiger ist wohl davon auszugehen, daß die Strafverfolgungsbehörden in diesem Bereich nur sehr restriktiven Gebrauch von den Geldwäschevorschriften machen. Die beiden bisher mit dieser Problematik beschäftigten Gerichte sehen zumindest im Einzelfall die Verurteilung eines Verteidigers wegen Geldwäscherei scheinbar als nicht problematisch an.

b. Literatur

Während in Deutschland zwar bislang auch nur beschränkt auf Rechtsprechung zu der Geldwäscheproblematik zurückgegriffen werden kann, war hierzulande zumindest zeitweise eine sehr heftig stattfindende Diskussion in der Wissenschaft zu vermerken⁸⁸¹. In Österreich ist demgegenüber viel eher eine gleichmäßige Befassung mit dem Problem in der Literatur und in der Judikatur zu beobachten. Soweit ersichtlich ist, haben sich bisher nämlich gerade einmal zwei Vertreter der Literatur explizit zu dem Problemkreis „Verteidiger und Geldwäsche“ geäußert⁸⁸². Es darf gemutmaßt werden, daß dieses unterschiedlich starke wissenschaftliche Interesse zwischen Österreich und der Bundesrepublik Deutschland darin seine Entsprechung finden mag, daß dort die Gefahr einer Strafbarkeit wegen Geldwäscherei durch Honorarannahme durch das Wissentlichkeits-Erfordernis in § 165 Abs.2 und Abs.5 öStGB zumindest deutlich eingeschränkt ist gegenüber der

⁸⁷⁹ Vgl. Salzburger Nachrichten vom 02.02.2001, abrufbar im Internet unter [www.salzburg.com]

⁸⁸⁰ Vgl. hierzu die Salzburger Nachrichten vom 27.04.2001, 04.07.2001 und 07.12.2001, jeweils abrufbar im Internet unter [www.salzburg.com]

⁸⁸¹ Siehe hierfür bereits oben auf den S.115 ff. [Teil 3:A.I.2.]

⁸⁸² Vgl. BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.574 ff. und KÖCK, öAnwBI 2002, S.18 ff.

deutschen Rechtslage, bei der wegen § 261 Abs.5 StGB selbst leichtfertige Unkenntnis der Geldesherkunft zu einer Strafbarkeit führen kann⁸⁸³.

3. Ergebnis

Ein Strafverteidiger kann sich auch in Österreich wegen Geldwäscherei gemäß § 165 Abs.2 oder Abs.5 öStGB strafbar machen, wenn er wissentlich kontaminierte Vermögenswerte als Honorar annimmt. Das Fehlen eines „Fahrlässigkeits-tatbestandes“ und die magere Problematisierung in der österreichischen Judikatur und Literatur lassen aber darauf schließen, daß das Problem in Österreich bei weitem nicht die Brisanz entwickelt hat, wie in Deutschland.

II. Schweiz

1. Zur Existenz des Problems in der Schweiz – eine Subsumtion unter die Art.305^{bis} und 305^{ter} schwStGB

a. Art.305^{bis} schwStGB

Gemäß Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB könnte sich ein Strafverteidiger in objektiver Hinsicht nur dann wegen der bloßen Annahme kontaminierten Honorars der Geldwäscherei strafbar machen, wenn er damit eine Handlung vornähme, welche geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die aus einem Verbrechen herrühren.

Daß entgegengenommene Honorargelder Vermögenswerte im Sinne des schweizerischen Strafgesetzbuches darstellen, entbehrt meines Erachtens weiterer Erläuterungen⁸⁸⁴.

Ein geldwäschetaugliches Tatobjekt liegt daher vor, sofern das für die Honorarzahlung verwandte Geld gemäß Art.305^{bis} Ziff.1 (ggf. i.V.m. Ziff.3) schwStGB aus einem im In- oder Ausland begangenen Verbrechen herrührt, dem ursprünglich deliktisch Erworbenen also unmittelbar oder auch nur mittelbar als wertgleiches Surrogat entspricht.

Einzig und allein fraglich ist auch hier, ob die bloße Annahme derart infizierter Gelder

⁸⁸³ So ähnlich auch Köck, öAnwBl 2002, S.18

⁸⁸⁴ Für ausreichend wird ein Verweis auf die Begriffsbestimmung auf S.62 [Teil 2:D.III.2.a(i)(1)(a)] erachtet.

als Honorar geeignet ist, deren Herkunftsermittlung, Auffindung oder Einziehung zu vereiteln.

Es wurde bereits ausgeführt, daß die Ausarbeitung der Vereitelungsalternativen der Rechtsprechung überlassen worden ist⁸⁸⁵. Nach der Auffassung der Richter des Bundesgerichts setzt die Geldwäscherei nicht zwingend komplizierte Finanztransaktionen oder erhebliche kriminelle Energien voraus; vielmehr sollen an sich auch schon einfachste Handlungen genügen können, um den objektiven Tatbestand von Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB als erfüllt anzusehen⁸⁸⁶. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung das Verstecken von Drogengeldern, das Anlegen solcher Gelder und das Wechseln von Bargeld aus deliktischen Handlungen als Vereitelungshandlungen qualifiziert⁸⁸⁷.

Grundsätzlich könnte hiernach also auch die bloße Annahme bemakelten Geldes nach Schweizer Recht strafbar sein. Eine gesetzliche Ausnahmeregelung, derzufolge Strafverteidiger bei der Annahme von Honorargeldern privilegiert sein sollten, existiert jedenfalls nicht⁸⁸⁸.

Zu beachten ist weiter, daß Art.305^{bis} schwStGB als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist, es also bereits ausreicht, wenn eine Handlung nur geeignet ist, die Vereitelung der Herkunftsermittlung et cetera herbeizuführen – einen tatsächlichen Vereitelungserfolg fordert der Gesetzgeber also gerade nicht⁸⁸⁹. Und eben eine solche bloß abstrakte Vereitelungseignung kann in Einzelfällen wohl auch der bloßen Entgegennahme von Geld nicht gänzlich und von vorneherein abgesprochen werden. Dies mag auch für den Kardinalfall dieser Arbeit gelten, wenn man in der Honorarannahme durch einen Strafverteidiger eine Art „Verstecken von Geldern“ sehen möchte, welches das Bundesgericht eben als strafwürdig ansieht. Schließlich kann auch die Zwischenschaltung unverdächtigter Dritter, wie etwa Anwälte, eine „layering“-Maßnahme sein, die auf die Verschleierung von Vermögenswerten ausgerichtet ist⁸⁹⁰.

Dabei soll nochmals der Einzelfallcharakter dieser Möglichkeit pointiert und davor gewarnt werden, generell in jedem vorsätzlichen Annehmen von inkriminierten

⁸⁸⁵ Siehe dazu bereits oben auf S.71 [Teil 2:D.III.2.a(i)(2)]

⁸⁸⁶ Vgl. hierzu die weiteren Nachweise auf Entscheidungen des Bundesgerichts im Entscheid vom 14.08.2002 (6S.702/2000/pai) (download im Internet möglich unter [<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>])

⁸⁸⁷ Vgl. hierzu die weiteren Nachweise auf Entscheidungen des Bundesgerichts im Entscheid vom 14.08.2002 a.a.O.

⁸⁸⁸ Der allgemeine, nicht allein auf Strafverteidigung bezogene Appell an die Rechtspraxis, zur „Vermeidung lächerlicher Resultate eine Einengung vorzunehmen“, beispielsweise Beträge unter 25.000 Schweizer Franken nicht als Vermögen anzusehen (vgl. TRECHSEL, schwStGB, Art.305^{bis}, Rn.9), wurde vom Gesetzgeber bis dato nicht erhört.

⁸⁸⁹ Vgl. Schmid, Kommentar, ACKERMANN, Art.305^{bis}, Rn.246 f.

⁸⁹⁰ Vgl. Körner / Dach, Geldwäsche, KÖRNER, S.28, Rn.43 und SUENDORF, S.154; ähnlich wohl auch ACKERMANN, Money Laundering, S.147 m.w.N. und Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.40

Vermögenswerten eine geldwäschetaugliche Handlung zu erblicken⁸⁹¹. Eine derartige Auslegung wäre mit dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB meines Erachtens nicht zu vereinbaren⁸⁹². Der Schweizer Gesetzgeber hatte sich bewusst für diese Formulierung entschieden, obwohl er ausländische und internationale Lösungen, die jegliche Handlungen an kontaminierten Vermögenswerten als Geldwäschereihandlung verstanden, kannte und im Gesetzgebungsverfahren auch diskutierte⁸⁹³. Hätte das schweizerische Parlament jedes Annehmen als Geldwäschereihandlung verstehen wollen, wäre es ihm ohne Weiteres möglich gewesen, ausgehend von diesen Vorbildern eine entsprechend klare Umschreibung der Handlung in das Gesetz aufzunehmen⁸⁹⁴.

Nach meinem Dafürhalten kann sogar – aber nur mit aller erdenklichen Vorsicht – davon ausgegangen werden, daß die bloße Annahme bemakelter Werte in der Schweiz regelmäßig keine Geldwäscherei darstellt⁸⁹⁵. Ein bestimmtes Verhalten ist nämlich nur dann als Tathandlung gemäß Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB anzusehen, wenn diese Handlung ein normativ-mißbilligendes finales Element enthält⁸⁹⁶. Es bedarf also einer Finalität hinsichtlich der Beeinträchtigung der Entdeckung oder des Zugriffs der Strafverfolgungsbehörden der beziehungsweise auf die inkriminierten Vermögenswerte⁸⁹⁷. Zur Vollendung des Delikts reichen allerdings nur solche Handlungen, die final auf die Unauffindbarkeit oder die endgültige Verschleierung der Herkunft oder Berechtigung gerichtet sind, auch wenn zu diesen Endzielen noch weitere Schritte notwendig sind⁸⁹⁸. Gerade diese Finalität wird aber im Normalfall der Verteidigerhonorierung ebenso wenig gegeben sein, wie durch eine Einzahlung bemakelten Geldes auf ein eigenes Bankkonto vor Ort⁸⁹⁹ oder durch das bloß passive Aufbewahren von Geld⁹⁰⁰.

Die vorsichtige Handhabe dieser – keineswegs unumstrittenen – Einschätzung sei nachfolgend begründet:

Zu beachten ist vor allem, daß sich das Bundesgericht bislang – soweit ersichtlich –

⁸⁹¹ Vgl. hierzu die Nachweise in Schmid, Kommentar, ACKERMANN, Art.305^{bis}, Rn.261

⁸⁹² So auch Schmid, a.a.O.

⁸⁹³ Vgl. Schmid, a.a.O., Rn.262

⁸⁹⁴ So auch Schmid, a.a.O.

⁸⁹⁵ So auch Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.35 und Schubarth, Code pénal suisse, CASSANI, Art.305^{bis}, Rn.32; a.A. sind WOHLERS, ZStrR 2002, S.202 und FRIEDLI, FS-SAV (1998), S.301

⁸⁹⁶ Vgl. Schmid, Kommentar, ACKERMANN, Art.305^{bis}, Rn.254

⁸⁹⁷ Vgl. Schmid, a.a.O.

⁸⁹⁸ Vgl. Schmid, a.a.O.

⁸⁹⁹ Vgl. hierzu den Nachweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichts (BGE 124 IV 274 E. 4a S.278) im Entscheid vom 14.08.2002 (6S.702/2000/pai) (download im Internet möglich unter [<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>])

⁹⁰⁰ So Basler Kommentar, schwStGB, PIETH, Art.305^{bis}, Rn.35 m.w.N.; vgl. weiter den Nachweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichts (BGE 128 IV 117 E. 7a S.131) im Entscheid vom 14.08.2002 (6S.702/2000/pai) (siehe dazu bereits Fn.899)

noch nicht mit der konkreten Frage beschäftigt hat, ob die Annahme kontaminierten Honorars zu einer Geldwäschestrafbarekeit eines Strafverteidigers führen kann⁹⁰¹. Insgesamt hatte der sogenannte Kassationshof des Bundesgerichts bisher nur wenige Einzelfälle des Geldwäschestrafrechts zu beurteilen, in denen es um das Kriterium der Vereitelungseignung gegangen wäre⁹⁰². Insofern dürfte es schlicht noch zu früh sein, um mittels einer Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eigentliche Eignungskriterien auszumachen oder auch nur eine seriöse Trendanalyse zu erstellen⁹⁰³.

Darüber hinaus soll darauf hingewiesen werden, daß das Delikt der Geldwäscherei (Art.305^{bis} schwStGB) nach Art.340^{bis} Abs.1 schwStGB der Bundesgerichtsbarkeit nur in solchen Fällen untersteht, in denen die strafbaren Handlungen zu einem wesentlichen Teil im Ausland oder in mehreren Kantonen begangen wurden. Anderenfalls beurteilen die Gerichte der Kantone die Strafverfahren wegen Geldwäscherei (Art.343 schwStGB). Die kantonale Praxis ist aber hinsichtlich der Frage einer Geldwäschetauglichkeit der bloßen Entgegennahme unsauberen Geldes bisher noch wenig präzis bis zum Teil widersprüchlich⁹⁰⁴.

Im Einzelfall kann daher nicht ausgeschlossen werden, daß das Erfordernis der Vereitelungshandlung ausnahmsweise doch bereits durch die bloße Entgegennahme kontaminierten Geldes als erfüllt anzusehen ist⁹⁰⁵. Konkret ist für eine derartige Feststellung jeder Fall aufgrund der gesamten Verhältnisse insbesondere dahingehend zu überprüfen, ob die vorgenommene Handlung unter den jeweiligen Umständen final darauf angelegt ist, den Zugriff der Strafverfolgungsorgane auf die Vermögenswerte verbrecherischer Herkunft zu vereiteln⁹⁰⁶.

Zu einer Strafbarkeit des Verteidigers bedürfte es dann in subjektiver Hinsicht wegen Art.305^{bis} Ziff.1 und Art.18 Unterabs.1 und 2 schwStGB ergänzend zumindest eines dolus eventualis sowohl hinsichtlich der Vermögensherkunft, als auch in Bezug auf die Vereitelungshandlung⁹⁰⁷.

Entscheidend für oder gegen eine Bestrafung wird es also zum einen wiederum darauf ankommen, ob der Strafverteidiger im Sinne von Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB wusste oder annehmen musste, daß die ihm bezahlten Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrührten. Leichtfertige Unkenntnis von der Bemakelung reicht anders

⁹⁰¹ So auch Schmid, a.a.O., Rn.267

⁹⁰² So auch Schmid, a.a.O., Rn.250

⁹⁰³ So auch Schmid, a.a.O.

⁹⁰⁴ Vgl. die Nachweise in Schmid, Kommentar, ACKERMANN, Art.305^{bis}, Rn.268

⁹⁰⁵ So ähnlich auch GUGGISBERG, S.57 und Schmid, a.a.O., Rn.91. WOHLERS geht hingegen generell davon aus, daß auch die Entgegennahme bemakelter Vermögenswerte als Honorar den Tatbestand des Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB erfüllen kann (vgl. ZStrR 2002, S.202).

⁹⁰⁶ So auch das Bundesgericht in seiner Entscheid vom 14.08.2002 (6S.702/2000/pai) (download im Internet möglich unter [<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>])

⁹⁰⁷ Siehe dazu bereits oben auf S.72 [Teil 2:D.III.2.a(ii)]

als in Deutschland – dort wegen § 261 Abs.5 StGB – also nicht aus.

Darüber hinaus müsste dem Anwalt in der Schweiz aber auch ein Vorsatz dahingehend nachgewiesen werden, daß er durch die Entgegennahme des Honorars (und etwaiger zusätzlicher Handlungen) auch eine Vereitelung der Herkunftsermittlung zumindest billigend in Kauf genommen hat. In der Regel darf wohl davon ausgegangen werden, daß dieser Nachweis mangels entsprechender Einstellung eines rechtschaffenden Strafverteidigers nicht gelingen wird⁹⁰⁸.

b. Art.305^{ter} schwStGB

Wie bereits oben beschrieben, pönalisiert Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften, namentlich die Unterlassung der Feststellung der Identität eines wirtschaftlich Berechtigten bei der Annahme, Aufbewahrung, Anlage oder Übertragung fremder Vermögenswerte⁹⁰⁹.

Zwar können grundsätzlich auch Rechtsanwälte von dieser Identifikationspflicht betroffen sein⁹¹⁰. Jedoch können sie sich nur dann hiernach strafbar machen, wenn sie hinsichtlich der beschriebenen anlage- oder vermögensverwaltenden Tätigkeiten ihrer Verpflichtung zur Identifizierung sorgfaltswidrig nicht nachkommen.

Die Annahme von Honoraren durch einen Strafverteidiger ist demgegenüber vom Wortlaut und Sinngehalt der Vorschrift nicht erfasst, mit der Folge, daß im weiteren Verlauf dieser Arbeit auf Art.305^{ter} Unterabs.1 schwStGB nicht mehr einzugehen sein wird.

2. Zur Bedeutung des Problems in der Schweiz – eine Bestandsaufnahme anhand der schweizerischen Judikatur und Literatur

Soweit ersichtlich ist, haben sich schweizerische Gerichte bis dato noch nicht konkret mit der Frage beschäftigt, ob die Honorarannahme durch Strafverteidiger eine geldwäschetaugliche Handlung darstellt⁹¹¹.

⁹⁰⁸ Siehe dazu auch bereits die ähnlichen Ausführungen zu den subjektiv-tatbestandlichen Anforderungen bzgl. § 261 Abs.2 StGB in Deutschland auf S.133 [Teil 3:A.III.2.]

⁹⁰⁹ Siehe dazu bereits oben auf S.77 ff. [Teil 2:D.III.2.c(ii)]

⁹¹⁰ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S. 98

⁹¹¹ Nur der Vollständigkeit wegen soll darauf hingewiesen werden, daß das Geschworenengericht von Lugano zwar am 16.06.2003 einen Tessiner Anwalt in einem aufsehenerregenden Verfahren wegen Geldwäscherei, Unterstützung einer kriminellen Organisation und Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz unter anderem zu einer Haftstrafe von 14 Jahren Zuchthaus verurteilt hat (vgl. die Berichterstattung im Internet unter [<http://www.swissinfo.ch/sde/Swissinfo.html?siteSect=105&sid=3956102>]), die Verurteilung wegen Geldwäscherei dabei aber nicht auf der Entgegennahme kontaminierten Honorars beruht.

Dieser scheinbar mangelnden praktischen Relevanz des Themas entspricht dann auch die dürftige Diskussion in der schweizerischen Lehre, die sich durch eine einzige explizite Abhandlung auszeichnet⁹¹².

3. Ergebnis

Auch in der Schweiz kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, daß sich Strafverteidiger unter bestimmten Umständen schon durch die bloße Annahme verunreinigter Honorare der Geldwäscherei gemäß Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB strafbar machen. Regelmäßig dürfte aber eine reine Entgegennahme von Geld selbst in Verbindung mit einer Einzahlung auf das eigene örtliche Konto nicht ausreichen, um die erforderliche Vereitelungshandlung anzunehmen. Dieser Umstand dürfte zusammen mit dem gesetzgeberischen Verzicht auf die tatbestandliche Umfassung alltäglichen Handelns und den höheren Anforderungen vor allem im subjektiven Tatbestand die Ursache dafür darstellen, daß es in der Schweiz bislang noch nicht zu einer gleichermaßen hitzig geführten Diskussion des Themas gekommen ist, wie in Deutschland, wo das Geldwäscherisiko für Strafverteidiger sehr viel bedrohlicher wirkt⁹¹³.

III. USA

1. Zur Existenz des Problems in den USA – eine Subsumtion unter 18 U.S.C §§ 1956 und 1957

a. 18 U.S.C § 1956

(i) § 1956 (a) (1)

Strafverteidiger könnten sich in den USA nach Bundesstrafrecht wegen „money laundering“ gemäß 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) strafbar machen, wenn sie ein Geschäft des inländischen Zahlungsverkehrs vornähmen, welches Einkünfte aus bestimmten Katalogtaten betreffe⁹¹⁴.

Hierfür kommt wegen der Legaldefinition der erforderlichen „financial transaction“ gemäß § 1956 (c) (3) i.V.m. (4) wohl nicht bereits die bloße Annahme kontaminierten

⁹¹² Soweit ersichtlich widmet lediglich WOHLERS dem Themenkreis einen eigenen Aufsatz (vgl. ZStrR 2002, S.197 ff.). FRIEDLI geht in FS-SAV (1998), S.301-303 lediglich am Rande auf das Thema ein.

⁹¹³ So ähnlich auch WOHLERS, ZStrR 2002, S.200 f.

⁹¹⁴ Siehe dazu bereits oben auf S.88 [Teil 2:D.III.3.b(ii)(1)(a)]

Honorars in Betracht⁹¹⁵. Es wird aber für möglich erachtet, eine „financial transaction“ dann anzunehmen, wenn der Verteidiger das Geld anschließend auf ein Konto einzahlt⁹¹⁶. Vorausgesetzt werden muß dabei natürlich, daß in dem Honorar überhaupt ein geldwäschetaugliches Tatobjekt zu sehen ist, es sich hierbei also um Einkünfte aus Katalogstraftaten im Sinne von § 1956 (c) (7) handelt.

Der objektive Tatbestand des § 1956 (a) (1) könnte also bereits durch die Annahme und die nachfolgende Bankeinzahlung kontaminierten Honorars erfüllt sein.

Jedoch verlangt der amerikanische Gesetzgeber in subjektiver Hinsicht stets eine Einstellung, die – so viel darf vorweggenommen werden – der rechtschaffende Strafverteidiger regelmäßig nicht haben dürfte.

Zwar wird der Justiz der Vorsatznachweis bezüglich der Mittelherkunft insofern erspart, als nicht das Wissen um die tatsächliche Herkunft aus einer Katalogstraftat nachgewiesen werden muß, sondern nur die Annahme, es handle sich um irgendwie verbrecherisch erlangte Gelder⁹¹⁷. Da es hierfür ausreichen soll, wenn der Täter mit „willful blindness“ handelt⁹¹⁸, müsste einem Strafverteidiger also nur nachgewiesen werden, daß er tatsächliche Anhaltspunkte für eine mögliche Straftat kannte, er jedoch bewusst eine weitere Aufklärung des Sachverhalts unterlassen hat, um strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht zu werden.

Unabhängig von der Frage, in wie vielen Fällen dieser Nachweis praktisch gelänge, dürfte eine Bestrafung eines Strafverteidigers durch Honorarannahme und anschließende Bankeinzahlung regelmäßig an den zusätzlichen, in § 1956 (a) (1) (A) und (B) geregelten subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen scheitern: Wie bereits ausgeführt⁹¹⁹ müsste der Anwalt nämlich entweder einen Förderungsvorsatz hinsichtlich neuer Katalogtaten⁹²⁰ oder einen Verschleierungsvorsatz hinsichtlich des ihm angebotenen Geldes⁹²¹ haben, ein steuerstrafrechtliches Delikt begehen wollen⁹²² oder wissen, daß durch seine Honorierung finanzrechtliche Meldepflichten umgangen werden sollen⁹²³.

Es darf davon ausgegangen werden, daß der Mehrzahl der aktiven Strafverteidiger

⁹¹⁵ 18 U.S.C. § 1956 (c) (4) lautet: „[...] the term ‘financial transaction’ means (A) a transaction which in any way or degree affects interstate or foreign commerce (i) involving the movement of funds by wire or other means or (ii) involving one or more monetary instruments, or (iii) involving the transfer of title to any real property, vehicle, vessel, or aircraft, or (B) a transaction involving the use of a financial institution which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce in any way or degree [...]”

⁹¹⁶ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (c) (3) und (c) (4) (B)

⁹¹⁷ Vgl. ARZT, ZStrR 1989, S.175

⁹¹⁸ Siehe dazu bereits oben auf S.90

⁹¹⁹ Siehe dazu bereits oben auf S.90

⁹²⁰ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (A) (i)

⁹²¹ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (B) (i)

⁹²² Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (A) (ii)

⁹²³ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) (B) (ii)

derart manipulative und tatsächlich geldwäschefördernde Einstellungen fremd sind und sie sich allein auf die Wahrung der Rechte ihrer Mandanten konzentrieren und als Lohn für diese Aufgabe in angemessenem Umfang honoriert werden wollen. Dann laufen sie auch keine Gefahr, sich nach 18 U.S.C. § 1956 (a) (1) strafbar zu machen.

(ii) § 1956 (a) (2)

Demgegenüber dürfte § 1956 (a) (2) bereits wegen seines objektiven Tatbestandes hinsichtlich des Strafverteidigerproblems nicht in Betracht kommen. Meines Erachtens ist es denklogisch nämlich kaum möglich, in der Honorar-„Annahme“ durch einen Verteidiger einen „Transfer“ etwa von „monetary instruments“ in das oder aus dem Ausland zu sehen⁹²⁴.

Daß ein Täter darüber hinaus wiederum einen Förderungsvorsatz in Bezug auf Katalogstraftaten⁹²⁵ oder etwa die Kenntnis des Verschleierungszieles⁹²⁶ besitzen müßte, ist daher hinsichtlich der Erfassung von Verteidigerhonoraren nicht weiter auszuführen.

b. 18 U.S.C. § 1957

Nach den vorangegangenen Ausführungen scheint sich das Problem auf die Frage zu konzentrieren, ob sich ein Rechtsanwalt durch die Annahme eines Honorars mit unrechtmäßiger Herkunft wegen „money laundering“ gemäß 18 U.S.C. § 1957 strafbar macht⁹²⁷.

(i) Grundsatz

Wie bereits gesehen, sanktioniert § 1957 die bloße Beteiligung an Geldgeschäften mit schmutzigem Geld⁹²⁸.

Ein Strafverteidiger könnte sich dem Grundsatz nach also dann gemäß § 1957 (a) strafbar machen, wenn er durch die Honorarannahme *„knowingly engages in a monetary transaction in criminally derived property that is of a value greater than \$ 10.000 and is derived from specified unlawful activity“*⁹²⁹.

⁹²⁴ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (2): *„Whoever transports, transmits, or transfers [...] a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States [...] shall be sentenced [...]“*.

⁹²⁵ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (2) (A)

⁹²⁶ Vgl. 18 U.S.C. § 1956 (a) (2) (B) (i)

⁹²⁷ So auch ACKERMANN, Money Laundering, S.147

⁹²⁸ Siehe dazu bereits oben auf S.95 [Teil 2:D.III.3.b(iii)(1)]

Voraussetzung für die Bejahung eines geeigneten Tatobjekts wäre also zunächst, daß das Honorar einen Betrag von mehr als 10.000 US-Dollar ausmachen müsste⁹³⁰, was in den Vereinigten Staaten aufgrund der dort üblichen Honorare durchaus nicht selten gegeben sein dürfte. Darüber hinaus müsste das Honorargeld aus einer Straftat aus dem Katalog von § 1956 (c) (7) stammen⁹³¹.

Die Annahme solchen Geldes durch den Verteidiger müsste weiter eine „monetary transaction“ im Sinne von § 1957 (f) (1) darstellen⁹³².

Es wurde bereits an anderer Stelle beschrieben, daß durch § 1957 (a) nicht einfach jede Annahme schmutzigen Geldes inkriminiert werden sollte, sondern die Gelder erst durch den Kontakt mit einem Finanzinstitut zum Gegenstand einer „monetary transaction“ werden können⁹³³.

Demnach dürfte nach hier vertretener Auffassung die bloße Annahme verunreinigter Honorare durch einen Verteidiger schon dem Grundsatz nach objektiv keine Tathandlung im Sinne von § 1957 (a) darstellen. Erst durch Einzahlung des Geldes auf ein Bankkonto⁹³⁴ dürfte vom Prinzip her eine Geldwäschehandlung nach dieser Vorschrift zu bejahen sein⁹³⁵.

Grundsätzlich würde sich damit ein Strafverteidiger in den sogenannten „receipt and deposit cases“⁹³⁶ durch die Annahme und Bankeinzahlung kontaminierten Honorars wegen „money laundering“ nach § 1957 (a) in objektiv-tatbestandlicher Hinsicht strafbar machen.

Wenn der Verteidiger dann auch noch hinsichtlich der Annahme und Einzahlung des unsauberen Geldes zumindest bedingten Vorsatz hatte und ihm ein Vorsatz zumindest hinsichtlich der Herkunft aus irgendeiner strafbaren Handlung nachgewiesen werden könnte⁹³⁷, wäre einer Bestrafung wegen Geldwäsche nach § 1957 (a) tatbestandsmäßig an sich nicht zu entkommen.

⁹²⁹ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a)

⁹³⁰ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a)

⁹³¹ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a) und (f) (3); vgl. zu der Einschränkung von § 1957 (a) auf die Abstammung des Tatobjekts aus einer Katalogtat nochmals die obigen Ausführungen auf S.96 [Teil 2:D.III.3.b(iii)(1)(a)]

⁹³² Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a)

⁹³³ Siehe dazu bereits oben auf S.97 [Teil 2:D.III.3.b(iii)(1)(b)]

⁹³⁴ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (f) (1)

⁹³⁵ So wohl auch ACKERMANN, Money Laundering, S.157

⁹³⁶ Vgl. zu diesem Begriff DOJ, Manual 9-105.330 (4), download möglich unter [http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/105mcrm.htm]

⁹³⁷ Vgl. 18 U.S.C. § 1957 (a) und (c); siehe dazu auch bereits oben auf S.98 [Teil 2:D.III.3.b(iii)(2)]

(ii) Sonderregelungen für Strafverteidiger

Aufgrund einer bis in das Jahr 1988 geltenden, der dargestellten grundsätzlichen Situation entsprechenden Gesetzeslage kam es zu zahlreichen Protesten aus den Rängen der Anwaltschaft unter Hinweis auf die Verfassungsrechte und -grundsätze „Right to Counsel of Choice“, „Right to Effective Counsel“, „Attorney-Client Privilege“ und „Due Process of Law“⁹³⁸ – dies, obwohl es zumindest bis 1988 nicht zu einer Strafverfolgung von Verteidigern wegen „money laundering“ gekommen war⁹³⁹.

(1) Die „Prosecution Policy“ des „U.S. Department of Justice“

Diese Bedenken aufgreifend, schuf das amerikanische Justizministerium (U.S. Department of Justice) im „United States Attorney’s Manual“ eine sogenannte „Prosecution Policy“ für die „receipt and deposit cases“, also jene Fälle *„where a person obtains proceeds from specified unlawful activity, which that person committed, and then deposits the proceeds into a bank account that is clearly identifiable as belonging to that person.“*⁹⁴⁰

Allgemein soll die „Prosecution Policy“ in diesen Fällen der Annahme und unverschleierte Bankeinzahlung kontaminierter Honorare wie folgt wirken: *“In that type of transaction, there is generally no concealment involved and the transaction is conducted so that the person can use or enjoy the proceeds of the specified unlawful activity”*⁹⁴¹. *The [...] receipt and deposit cases should not be sentenced as severely as money laundering cases involving more active forms of concealment or promotion because [...] the money laundering activity in receipt and deposit cases creates little or no additional harm to society above that which was caused by the commission of the underlying offense [...]”*⁹⁴². *[...] Receipt and deposit transactions should not be charged unless there are extenuating circumstances”*⁹⁴³.

Um bagatellartige Verurteilungen in den vorangegangenen zitierten Fällen zu vermeiden, wurden die folgenden Regeln aufgestellt:

Erstens: Entgegen der Grundregel macht sich ein Rechtsanwalt nur dann strafbar, wenn er mit „actual knowledge“, also mit direktem Vorsatz zweiten Grades handelt; die bloße „willful blindness“ bleibt demgegenüber unbeachtlich⁹⁴⁴.

Zweitens: Der Vorsatz muß bereits vor dem ersten Kontakt zwischen Mandant und

⁹³⁸ Einen Überblick gibt insofern ACKERMANN, Money Laundering, S.154-157.

⁹³⁹ Vgl. DOJ, Manual 9-105.600, download möglich unter [http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/105mcrm.htm]

⁹⁴⁰ Vgl. DOJ, Manual 9-105.330 (4) (siehe auch Fn.939)

⁹⁴¹ Vgl. DOJ, Manual 9-105.330 (4) (siehe auch Fn.939)

⁹⁴² Vgl. DOJ, Manual 9-105.330 (4) (siehe auch Fn.939)

⁹⁴³ Vgl. DOJ, Manual 9-105.330 (4) (siehe auch Fn.939)

⁹⁴⁴ Vgl. DOJ, Manual 9-105.600 (siehe auch Fn.939) und ACKERMANN, Money Laundering, S.157

Anwalt bestanden haben und darf nicht erst durch deren geheime Gespräche oder durch spätere eigene Nachforschungen des Anwalts im Zusammenhang mit der Verteidigung entstanden sein⁹⁴⁵.

Drittens und letztens: Jede Anklage muß zusätzlich zur Prüfung dem „Assistant Attorney General“, also dem Stellvertreter des Justizministers eingereicht werden⁹⁴⁶.

Wenn NESTLER aus diesen Regeln und der „Prosecution Policy“ an sich folgert, daß in den USA dafür Sorge getragen würde, daß das nach dem Sechsten Verfassungszusatz garantierte Recht auf einen Wahlverteidiger nicht durch die Strafbarkeit der Geldwäsche unterlaufen wird⁹⁴⁷, irrt er meines Erachtens.

Zum einen ist es schon keineswegs unumstritten, ob der Sechste Verfassungszusatz tatsächlich das Recht auf einen Wahlverteidiger garantiert oder nicht lediglich das Recht auf einen Verteidiger und damit also auch einen Pflichtverteidiger ausreichen läßt⁹⁴⁸.

Zum anderen werden durch die „Prosecution Policy“ des „Department of Justice“ keineswegs Transaktionen, die zur Wahrung des Rechts des Angeklagten aus dem Sechsten Verfassungszusatz notwendig sind, weitgehend von der Strafbarkeit ausgenommen⁹⁴⁹. Bei der „Policy“ handelt es sich nämlich ähnlich wie bei den in Deutschland geltenden Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) um eine bloße Richtlinie, die wie etwa behördeninterne Weisungen keinerlei Drittwirkung entfaltet und demnach zwar die dem Justizministerium unterworfenen Bundesanwälte an sich bindet, nicht aber auch die Gerichte⁹⁵⁰.

Demnach vermag die „Prosecution Policy“ zwar vordergründig zu überzeugen, kann aber mangels Verbindlichkeit ihres Inhaltes Strafverteidiger wohl nicht vor einem Geldwäscheverfahren wegen Honorarannahme nebst -einzahlung bewahren.

(2) Die Ausnahmeregelung von 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) – Eine Problemlösung in Abhängigkeit von der Auslegung des Sechsten Zusatzes zur amerikanischen Verfassung ?

Mit dem „Money Laundering Prosecution Act“ hat der Gesetzgeber im Jahre 1988 die Legaldefinition der „monetary transaction“ in 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) am Ende wie folgt eingeschränkt⁹⁵¹:

⁹⁴⁵ Vgl. DOJ, Manual 9-105.600 (siehe auch Fn.939) und ACKERMANN, a.a.O.

⁹⁴⁶ Vgl. ACKERMANN, a.a.O.

⁹⁴⁷ Vgl. NESTLER, StV 2001, S.648

⁹⁴⁸ Vgl. zu diesem Streitstand die nachfolgenden Ausführungen auf den S.207 ff. [Teil 3:B.III.1.b(ii)(2)(a)]

⁹⁴⁹ So aber NESTLER, a.a.O.

⁹⁵⁰ So i.E. auch ACKERMANN, Money Laundering, S.157 und SCHMIDT, StraFo 2003, S.4

⁹⁵¹ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.77 m.w.N. und ACKERMANN, a.a.O.

§ 1957 – Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity

(a) – (e) ...

(f) As used in this section -

(1) *the term "monetary transaction" means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce, of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956 (c) (5) of this title) by, through, or to a financial institution (as defined in section 1956 of this title), including any transaction that would be a financial transaction under section 1956 (c) (4) (B) of this title, but such term does not include any transaction necessary to preserve a person's right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution;*

(2) – (3) ...

Die Antwort auf die Frage, ob durch diese Einschränkung Wahlverteidiger straflos illegales Geld als Honorar annehmen und auf ein Konto einzahlen dürfen, ist also davon abhängig, welche Rechte man für einen Beschuldigten aus dem Sechsten Verfassungszusatz ableiten will⁹⁵², der da lautet:

Amendment 6 – Rights of accused in criminal prosecutions

*„In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.“*⁹⁵³

Problemrelevant ist für diese Arbeit nur der letzte Nachsatz des zitierten Verfassungszusatzes. Der Angeklagte hat hiernach zum Zwecke seiner Verteidigung ein Recht auf den Beistand eines Strafverteidigers⁹⁵⁴.

Höchst umstritten ist aber, ob sich hieraus ein Recht auf Wahlverteidigung ableiten lässt oder ob sich das sogenannte „right to counsel“ im Recht auf einen Pflichtverteidiger erschöpft. Fortan soll versucht werden, eine Antwort auf diese Frage herauszuarbeiten.

⁹⁵² So auch AMBOS, a.a.O.

⁹⁵³ Download möglich im Internet unter [<http://www.house.gov/Constitution/Amend.html>]; vgl. ansonsten CORWIN / SMALL / JAYSON, S.999

⁹⁵⁴ So auch FRIESE, S.95. Vgl. allgemein zum sog. „right to counsel“ ANTIEAU, Constitutional Law I, S.318-331

(a) Der Sechste Verfassungszusatz – der Versuch einer Inhaltsbestimmung anhand der Rechtsprechung des „Supreme Court“

Entscheidungen des „Supreme Court“ zu dem hier in Rede stehenden 18 U.S.C. § 1957 (f) (1), aus denen sich Anhaltspunkte für eine Inhaltsbestimmung des Sechsten Verfassungszusatzes herleiten ließen, sind nicht ersichtlich.

Demgegenüber existieren zwei Entscheidungen des höchsten amerikanischen Bundesgerichts zur Vereinbarkeit der in 21 U.S.C. § 853⁹⁵⁵ geregelten Einziehungsvorschriften unter anderem mit dem Sechsten Verfassungszusatz⁹⁵⁶, die eventuell eine Inhaltsbestimmung desselben ermöglichen.

Nach Auffassung der amerikanischen Regierung soll das Recht auf einen Wahlverteidiger nur insoweit geschützt sein, als der Mandant über rechtmäßiges Vermögen verfügt⁹⁵⁷.

Der „Supreme Court“ hat die Ansicht der Regierung in zwei grundlegenden Entscheidungen mit einer knappen 5:4-Mehrheit bestätigt⁹⁵⁸. Im Hinblick auf die gerügte Verfassungsverletzung durch die Einziehung des Vermögens von Mandanten und damit der Tangierung von anwaltlichem Honorar, stellte der „Supreme Court“ im Fall „U.S. vs. Caplin & Drysdale“ fest, daß ein Angeklagter aus dem Sechsten Verfassungszusatz kein Recht ableiten könne, *„to spend another person’s money for services rendered by an attorney even if those funds are the only way that the defendant will be able to retain the attorney of his choice“*⁹⁵⁹. Und auch im Fall „U.S. vs. Monsanto“ sah der „Supreme Court“ keine Veranlassung, Anwaltshonorare von den Einziehungsbestimmungen des 21 U.S.C. § 853 auszunehmen und quittierte den dahingehenden Antrag mit den Ausführungen, der Gesetzgeber habe sich von dem Grundsatz *„crime does not pay“*, nicht aber von *„crime does not pay, except for attorney’s fees“* leiten lassen⁹⁶⁰.

Demnach erschöpfe sich der Anspruch eines Beschuldigten aus dem Sechsten Verfassungszusatz im Recht auf einen Pflichtverteidiger, wenn er über keine legalen Finanzen zur Bezahlung eines Wahlverteidigers verfüge⁹⁶¹.

Viele amerikanische Strafverteidiger plädieren hingegen dafür, daß der Sechste

⁹⁵⁵ Download möglich im Internet unter [<http://www4.law.cornell.edu>]

⁹⁵⁶ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.77 f. m.w.N.

⁹⁵⁷ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.77 m.w.N.

⁹⁵⁸ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.77 m.w.N.

⁹⁵⁹ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.78 m.w.N.

⁹⁶⁰ Vgl. AMBOS, a.a.O. m.w.N.

⁹⁶¹ Vgl. ACKERMANN, Money Laundering, S.158

Verfassungszusatz auch die Wahlverteidigung garantiere⁹⁶² – verständlicherweise, da somit die Honorarannahme und -einzahlung durch den Wahlverteidiger keine „monetary transaction“ und mithin keine geldwäschetaugliche Handlung darstellte. Umgekehrt wäre die Inkriminierung der Honorarannahme verfassungswidrig⁹⁶³.

Dem scheint auch die Mindermeinung in den beiden angeführten Entscheidungen des „Supreme Court“ zu folgen, wenn sie eine Ausnahme des Verteidigerhonorars von der Einziehung nicht nur für möglich, sondern auch für notwendig erachtet⁹⁶⁴. Zum einen übersehe die Mehrheitsmeinung nämlich die Funktion des unabhängigen Rechtsanwaltes „as a guardian of our freedom“⁹⁶⁵. Zum anderen sei der Verweis auf einen Pflichtverteidiger aufgrund der durch Unerfahrenheit und unzureichende Bezahlung bedingten Effektivitätseinbuße und wegen des kaum herzustellenden Vertrauensverhältnisses mit einem von der Regierung abhängigen Anwalt nicht angebracht⁹⁶⁶.

Mangels obergerichtlicher Entscheidung zu der Vereinbarkeit von 18 U.S.C. § 1957 mit dem Verfassungsrecht ist nun weiter fraglich, inwiefern die beiden zitierten Entscheidungen zum Einziehungsrecht in 21 U.S.C. § 853 für die Honorarproblematik nutzbar gemacht werden können.

Bedenken ergeben sich zunächst in Anbetracht der zwischen den angesprochenen Regelungen bestehenden Unterschiede: Während es sich bei 18 U.S.C. § 1957 um eine kriminalstrafrechtliche Sanktionsnorm handelt, beinhaltet 21 U.S.C. § 853 eine bloße Rechtsfolgennorm des allgemeinen Strafrechts⁹⁶⁷. Insofern können die Erkenntnisse aus den obigen Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit des Einziehungsrechts wohl nicht einfach unkritisch auf 18 U.S.C. § 1957 übertragen werden⁹⁶⁸.

Andererseits sei schon die Frage erlaubt, ob in der Strafbarstellung der Annahme und Bankeinzahlung bemakelten Verteidigerhonorars eine Verletzung des Sechsten Verfassungszusatzes gesehen werden kann, wenn selbst das sehr weitreichende Einziehungsrecht nach (zumindest knapp mehrheitlicher) Auffassung des „Supreme Court“ verfassungskonform sein soll⁹⁶⁹.

Eine Beantwortung dieser Frage und schließlich eine konkrete Umschreibung des Inhalts vom Sechsten Verfassungszusatz ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich.

⁹⁶² Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.77 m.w.N.. Eine Garantie von Pflichtverteidigung und Wahlverteidigung erblickt auch ANTIEAU (Constitutional Law I, S.319) im Sechsten Verfassungszusatz der USA.

⁹⁶³ So auch AMBOS, a.a.O.

⁹⁶⁴ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.78 m.w.N.

⁹⁶⁵ Vgl. AMBOS, a.a.O. m.w.N.

⁹⁶⁶ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.78 m.w.N.

⁹⁶⁷ Vgl. AMBOS, a.a.O.

⁹⁶⁸ So auch AMBOS, a.a.O., S.78 f.

⁹⁶⁹ So auch AMBOS, a.a.O., S.78

Insofern sollen die rechtsprechungsorientierten Überlegungen mit den Worten von CALVI UND COLEMAN abgeschlossen werden: *„Even today, the Supreme Court continues to struggle with the problem of right to counsel“*⁹⁷⁰.

(b) Der Sechste Verfassungszusatz – der Versuch einer Inhaltsbestimmung anhand teleologischer Gedanken zu 18 U.S.C. § 1957 (f) (1)

Trotz der Bedenken gegen eine Übertragbarkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Einziehungsrecht auf das Geldwäscherecht soll weiter untersucht werden, welche Auswirkungen es auf die Ausnahmebestimmung von 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) hätte, wenn man in dem Sechsten Verfassungszusatz nicht auch das Recht auf Wahlverteidigung selbst für denjenigen sehen würde, der nicht über ehrlich erworbenes Vermögen verfügt.

Meines Erachtens würde durch ein solches Verfassungsverständnis die Ausnahmeregelung des § 1957 (f) (1) ad absurdum gestellt. Verknüpfte man nämlich dieses Verständnis mit dem Ausnahmetatbestand, wären nur noch solche Handlungen aus dem Begriff der „monetary transaction“ auszunehmen, die dazu erforderlich sind, das Recht eines Beschuldigten auf Pflichtverteidigung zu wahren. Oder eben solche Handlungen, die auf die Wahrnehmung des Rechts auf Wahlverteidigung abzielen, sofern sie denn mit legalen Mitteln finanziert werden.

Die Fälle der Pflichtverteidigung sind aber schon insofern nicht für § 1957 von Relevanz, als es hier schon gar nicht dazu kommt, daß der Verteidiger von seinem Mandanten Honorargeld annimmt und dieses anschließend auf ein Konto einzahlt. Insofern wäre diese Variante also bereits ohne Sinn.

In Fällen, in denen ein Beschuldigter einen Wahlverteidiger mit legalen Mitteln bezahlt, liegt hingegen eine Geldwäsche gemäß § 1957 (a) freilich bereits mangels Tatobjekts nicht vor – demnach bedürfte es dann auch keiner Ausnahmeregelung.

Insgesamt wäre damit die Regelung von § 1957 (f) (1) gänzlich ohne Inhalt⁹⁷¹.

E contrario müsste der Sechste Verfassungszusatz daher meines Erachtens so verstanden werden, daß auch dem mit kontaminierten Mitteln zahlenden Beschuldigten ein Recht auf einen Wahlverteidiger zusteht – denn nur so macht § 1957 (f) (1) Sinn, nur so laufen die gesetzgeberischen Bemühungen aus dem Jahre 1988 nicht ins Leere.

⁹⁷⁰ Vgl. CALVI / COLEMAN, S.124 f.

⁹⁷¹ Vgl. i.E. auch ACKERMANN, Money Laundering, S.158, der aber hieraus scheinbar keine entsprechenden Rückfolgerungen auf das Verständnis zum Sechsten Verfassungszusatz ziehen will, sondern die Ausnahmeregelung in 18 U.S.C. § 1957 (f) als inhaltslos zu akzeptieren versucht. Vgl. weiter FRANK, S.112.

Dabei soll nicht verschwiegen werden, daß auch diese Ausnahmeregelung in einigen ausgewählten und im „U.S. Attorney’s Manual“ beschriebenen Fällen Anwälte in Amerika nicht stets vor einem eigenen Strafverfahren wegen Geldwäscheverdachts behütet:

So sollen Anwälte nicht von der Ausnahmegvorschrift profitieren, wenn sie von Mandanten kontaminiertes Geld als Honorar für die Vertretung außerhalb von Strafsachen annehmen und auf einer Bank einzahlen⁹⁷². Dabei erscheint diese Feststellung meiner Auffassung nach schon geradezu banal, gewährt der Sechste Verfassungszusatz doch ausdrücklich nur *„in all criminal prosecutions [...] the right [...] to have the Assistance of Counsel for his defence“*, nicht hingegen auch für die sogenannte *“civil litigation“*, also zivile Rechtsstreitigkeiten.

Im übrigen soll die Strafverfolgung von Verteidigern wegen Geldwäscheverdachts auch dann weiterhin zulässig sein, wenn ein Anwalt kontaminiertes Geld von einem sogenannten *„third-party payor“* annimmt und einzahlt, wenn dieses Geld eben von einem Dritten als Honorar für die Strafverteidigung eines anderen – etwa eines Angehörigen – bezahlt wurde⁹⁷³. Hierzu wird im „U.S. Attorney’s Manual“ weiter ausgeführt, daß solche Gelder nicht als *„[...] necessary to preserve a person’s right to representation as guaranteed by the Sixth Amendment of the Constitution“* im Sinne von § 1957 (f) (1) angesehen werden können, weil auch ohne diese Zuschüsse der verteidigungsbedürftige Beschuldigte die Möglichkeit hat, aus seinen eigenen Mitteln einen gewählten Verteidiger zu bezahlen oder sich mangels Bonität von einem Pflichtverteidiger helfen zu lassen⁹⁷⁴.

Fraglich erscheint die Richtigkeit dieser Aussage insofern, als die Honorarzahlung über einen eingeschalteten Dritten wohl regelmäßig nur deswegen erfolgen wird, weil der Rechtsuchende selbst gerade nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt. Der Verweis auf die Möglichkeit der Pflichtverteidigung geht bei dem diesseits vertretenen Verständnis um den Sechsten Verfassungszusatz dann gänzlich fehl: Wenn man hieraus dem Beschuldigten einen Anspruch auch auf Wahlverteidigung zubilligen mag, dann braucht sich dieser auch nicht auf eine bloße Pflichtverteidigung zu beschränken. Und wenn er seinen Anspruch auf Wahlverteidigung nur deswegen nicht ausüben kann, weil er das hierfür erforderliche Geld zur Zahlung des anwaltlichen Honorars nicht aufbringen kann, ist meines Erachtens auch die Zahlung durch einen Dritten eine Maßnahme, die zur Ausübung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Wahlverteidigung im Sinne von § 1957 (f) (1) erforderlich ist. Zumindest bei der Verteidigung eines vermögenslosen Beschuldigten wird dann die Honorarannahme von einem vermögenden Dritten nach meiner Auffassung ebenfalls von der Ausnahmeregelung für Strafverteidiger umfasst.

⁹⁷² So DOJ, Manual 9-105.600, download möglich unter
[http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/105mcrm.htm]

⁹⁷³ Vgl. DOJ, Manual 9-105.600 (siehe dazu Fn.972)

2. Ergebnis

Nach meinem Dafürhalten ist es an sich nicht möglich, daß sich ein Verteidiger in den USA durch die Annahme und anschließende Bankeinzahlung kontaminierten Honorars auf bundesstaatlicher Ebene wegen Geldwäsche gemäß 18 U.S.C. § 1957 (a) strafbar macht⁹⁷⁵. Dies muß selbst dann gelten, wenn der Schwellenwert von \$ 10.000 überschritten wurde und dem Anwalt ein Vorsatz zumindest hinsichtlich der Herkunft des Geldes aus irgendeiner strafbaren Handlung nachgewiesen werden kann. Denn die Ausnahmebestimmung in § 1957 (f) (1) ergibt nur dann Sinn, wenn man den Sechsten Verfassungszusatz derart verstanden wissen will, daß hieraus ein Recht auf Wahlverteidigung garantiert wird und dieses Recht auch demjenigen zugebilligt wird, der den Wahlverteidiger nur mit illegalen Mitteln finanzieren kann. Darüber hinaus vermittelt zwar die „Prosecution Policy“ des amerikanischen Justizministeriums keine verbindliche Schutzwirkung für die Strafverteidiger in den USA, dennoch vermag sie das Risiko eines Strafverfahrens wegen des Verdachts einer Geldwäsche durch Honorarannahme zumindest in Einzelfällen abzumildern.

In der Rechtspraxis herrscht demgegenüber eine große Unsicherheit hinsichtlich der Strafbarkeit oder Straflosigkeit entsprechenden Verteidigerhandelns, welche vor allem in dem nicht abschließend geklärten Inhalt des Sechsten Verfassungszusatzes begründet liegen dürfte. Insofern wird die Ausnahmeregelung des 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) dann auch vielfach als „extremely limited“ verstanden⁹⁷⁶.

Offen bleiben muß unter nochmaligem Verweis auf den im zweiten Teil geäußerten Vorbehalt⁹⁷⁷ die Frage, ob Strafverteidigern in bestimmten Gebieten Amerikas aufgrund besonderer einzelstaatlicher Strafvorschriften zusätzliche Gründe für eine berechtigte Angst vor einer Bestrafung wegen Geldwäsche geliefert werden.

⁹⁷⁴ Vgl. DOJ, Manual 9-105.600 (siehe dazu Fn.972)

⁹⁷⁵ So im Ergebnis auch HÖRETH, S.101 f.

⁹⁷⁶ So etwa in DOJ, Manual 9-105.600 (siehe dazu Fn.972)

⁹⁷⁷ Siehe dazu bereits oben auf S.85 [Teil 2:D.III.3.b(i)]

C. Zusammenfassung

Abschließend ist festzustellen, daß sich Strafverteidiger jedenfalls in Deutschland, Österreich und der Schweiz schon durch die Annahme von straffat-kontaminiertem Honorargeld wegen Geldwäsche(rei) strafbar machen können⁹⁷⁸. Allerdings ist das Problem in den jeweiligen Vergleichsländern von unterschiedlicher Brisanz, was sich vor allem durch einen Blick auf die wissenschaftliche Diskussion des Themas deutlich widerspiegelt.

Bedingt ist diese unterschiedliche Handhabung zum Teil bereits durch die jeweilige gesetzgeberische Ausgestaltung der objektiven Tatbestände:

In Deutschland sind die Strafbarkeitsvoraussetzungen *expressis verbis* vor allem gemäß § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB bereits durch das „Sich-verschaffen“ des kontaminierten Honorargeldes erfüllt – dies gilt unabhängig von der bezüglich § 261 Abs.6 StGB untersuchten Frage, ob die Honorierung in bar oder per Banküberweisung erfolgt.

In Österreich gelangt man zu dem gleichen Ergebnis über das Tatbestandsmerkmal des „An-sich-bringens“, welches sowohl für die einfache (§ 165 Abs.2 öStGB), als auch für die organisationsbezogene Geldwäscherei (§ 165 Abs.5 öStGB n.F.) von Bedeutung ist.

Der schweizerische Gesetzgeber hat hingegen bewusst darauf verzichtet, ähnlich weite, auch Alltagshandlungen umfassende Formulierungen in Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB zu verwenden. Die Rechtslage ist dort noch längst nicht abschließend geklärt. Es ist sehr umstritten, ob in der bloßen Entgegennahme kontaminierten Honorars bereits eine tatbestandliche Handlung zu sehen ist, die (abstrakt) geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft des Geldes zu vereiteln. Regelmäßig dürfte diese Frage wohl zu verneinen sein. In Einzelfällen kann aber aufgrund besonderer Umstände eine hiervon abweichende Einschätzung nicht ausgeschlossen werden.

Die Kataloge geldwäschetauglicher Vortaten sind zwar in Deutschland, Österreich und der Schweiz in unterschiedlicher Systematik aufgebaut und verführen zunächst auch dazu, einen unterschiedlichen inhaltlichen Umfang zu vermuten. Nach eingehender Analyse wurde aber offenbar, daß der Unterschied diesbezüglich nur von gradueller Natur ist und damit auch die unterschiedliche Brisanz des Honorarproblems in den Vergleichsländern nicht hiervon abhängen dürfte.

⁹⁷⁸ Auf die Problematik in den USA wird im Folgenden noch separat eingegangen.

Als weiterer Grund für die ungleich heftig geführte Diskussion über das Thema dürften außerdem die variierenden Anforderungen an den subjektiven Tatbestand verantwortlich schreiben:

Dabei hat der bundesdeutsche Gesetzgeber die brisanteste Regelung geschaffen, indem er zwar insgesamt hinsichtlich der Erfüllung des objektiven Tatbestandes von § 261 Abs.2 Nr.1 StGB *dolus eventualis* fordert, aber ausweislich § 261 Abs.5 StGB hinsichtlich der Kenntnis um die Herkunft des Tatobjekts bereits leichtfertige Unkenntnis genügen lässt und damit den Anwendungsbereich der Strafnorm massiv ausgeweitet hat.

Demgegenüber muß einem Verteidiger in Österreich bereits hinsichtlich der Kenntnis um die Herkunft des Honorargeldes Vorsatz im Sinne von § 5 Abs.1 öStGB – also mindestens *dolus eventualis* – und hinsichtlich der übrigen objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 165 Abs.2 öStGB gar Wissentlichkeit im Sinne von § 5 Abs.3 öStGB – also mindestens *dolus directus* zweiten Grades – nachgewiesen werden, um ihn geldwäschereistrafrechtlich belangen zu können.

Der schweizerische Gesetzgeber sieht eine objektiv erfüllte Geldwäscherei nach Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB nur dann als strafbewährt an, wenn der Täter hinsichtlich der Herkunft des Tatobjekts und auch hinsichtlich der übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale mindestens Kenntnis im Sinne eines *dolus eventualis* hat. Hiernach müsste ein Strafverteidiger also sogar billigend in Kauf nehmen, daß er durch die Honorarannahme die Ermittlung der Geldesherkunft abstrakt gefährdet.

Insbesondere aufgrund der Pönalisierung alltäglicher „Sich-verschaffens-Handlungen“, des fast schon ausufernden Vortatenkataloges, der Verwendung des weitreichenden und unbestimmten Merkmals des „Herrührens“ und nicht zuletzt wegen des Leichtfertigkeitstatbestandes wird nach alledem ersichtlich, daß Strafverteidiger bei uns der größten Gefahr einer Geldwäschestrafbarkeit ausgesetzt sind und daher die Flut von Meinungen zu § 261 Abs.2 und 5 StGB in der deutschen Lehre nicht von Ungefähr kommt.

In Österreich scheint das wissenschaftliche Interesse an dem Honorarproblem allein deswegen nicht recht aufzukommen, weil in der Lehre aufgrund der deutlich höheren subjektiv-tatbestandlichen Anforderungen wohl darüber hinweggesehen wird, daß an sich auch dort schon das bloße „An-sich-bringen“ bemakelter Gelder für eine Strafbarkeit nach § 165 Abs.2 öStGB ausreicht und diese Gelder dabei ebenfalls aus einem sehr umfangreichen Vortatenkatalog herrühren können.

Noch weniger Problembewusstsein zeigt man offensichtlich in der Schweiz. Dies mag neben den dort gegenüber Deutschland ebenfalls erhöhten Anforderungen an die subjektive Einstellung eines Geldwäschers vor allem daran liegen, daß der schweizerische Gesetzgeber als einziger in diesem Rechtsvergleich darauf

verzichtet hat, an sich alltägliche Handlungen wie das „Sich-verschaffen“ oder „An-sich-nehmen“ von Geld zu pönalisieren. Möglicherweise wird dabei aber bislang verkannt, daß die Rechtslage noch weitgehend ungeklärt ist und im Einzelfall auch dort bereits die reine Entgegennahme bemakelten Honorars als strafbewährte Handlung ausgelegt werden könnte, die geeignet ist, zumindest die Ermittlung der Herkunft zu vereiteln.

In aller Regel dürfen sich Strafverteidiger in der Schweiz aber wohl sicherer wähnen als in Österreich und vor allem als in Deutschland.

Eine Sonderstellung nehmen in dem hier durchgeführten Rechtsvergleich die Vereinigten Staaten von Amerika ein, weshalb sie auch in dieser Zusammenfassung abschließend behandelt werden.

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung stellt die bloße Annahme verunreinigter Honorargelder durch einen Verteidiger zumindest nach Bundesstrafrecht schon grundsätzlich keine Tathandlung im Sinne von 18 U.S.C § 1957 (a) dar, selbst wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere also das Geld aus einer bestimmten Katalogtat des § 1957 (c) stammt und darüber hinaus den Schwellenwert von \$ 10.000 überschreitet. Von einer Geldwäschehandlung könnte allenfalls bei einer Honorarannahme mit anschließender Einzahlung des Geldes auf ein Bankkonto ausgegangen werden, da erst dann im Grundsatz eine „monetary transaction“ im Sinne von § 1957 (f) (1) gegeben ist.

Aber selbst in diesen sogenannten „receipt and deposit cases“ ist die Strafbarkeit eines Verteidigers wegen Geldwäsche gemäß 18 U.S.C § 1957 (a) meines Erachtens ausgeschlossen. Der Grund für diese Auffassung liegt darin, daß die USA als einziges der vier verglichenen Länder in § 1957 (f) (1) eine speziell strafverteidigungsbezogene Ausnahmeregelung geschaffen haben. Deren Bedeutung ist allerdings davon abhängig, wie man den Sechsten Zusatz der Amerikanischen Verfassung verstanden wissen will, auf den die Vorschrift Bezug nimmt. Wie bereits näher dargelegt, ergibt die Ausnahmeregelung meines Erachtens nur dann Sinn, wenn man in dem Verfassungszusatz auch für denjenigen ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Wahlverteidigung erblickt, der den Wahlverteidiger nur mit illegalen Mitteln finanzieren kann. Dabei soll nicht darüber hinweg getäuscht werden, daß die Auslegung eben dieses Verfassungszusatzes höchst unterschiedlich vorgenommen wird und in der Rechtspraxis ein großes Misstrauen hinsichtlich der Relevanz der Ausnahmeregelung und eine entsprechende Unsicherheit hierüber besteht.

Trotz meiner persönlichen Einschätzung können sich also auch in den USA Strafverteidiger keinesfalls darauf verlassen, daß ihnen Dank 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) nicht wegen der bloßen Annahme und der anschließenden Bankeinzahlung kontaminierten Honorars zumindest der Vorwurf einer Geldwäsche gemacht wird.

Ein wirklich nur sehr kleines Trostpflaster wird ihnen dann aber durch die Existenz der „Prosecution Policy“ des amerikanischen Justizministeriums aufgeklebt, welche die Gefahr einer Strafverfolgung von Verteidigern wegen Geldwäsche durch verschiedene Regeln immerhin „auf dem Papier“ abmildert, aber mangels Verbindlichkeit für die Gerichte ebenfalls keinen verbindlichen Schutz bieten kann.

Der dritte Teil dieser Arbeit soll mit dem Hinweis darauf abgeschlossen werden, daß die verfassungswidrige Situation, die eine uneingeschränkte Anwendung von § 261 StGB auf Verteidigerhonorare hinsichtlich der Grundrechte eines Beschuldigten auf Wahlverteidigung und eines Strafverteidigers auf Berufsfreiheit (Art.12 Abs.1 GG) und Gleichbehandlung (Art.3 Abs.1 GG) in Deutschland hervorruft, schnellstmöglich zu bereinigen ist.

TEIL 4: EINE KRITISCHE AUSEINANDERSETZUNG MIT BESTEHENDEN ANSÄTZEN ZUR LÖSUNG DER HONORAR-PROBLEMATIK

Aufgrund der entstandenen umfangreichen Diskussion in der Literatur, der hier erstellten rechtsvergleichenden Untersuchung sowie des Beschlusses des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 06.01.2000 kann zur Lösung des Honorarproblems und damit zur Auflösung des verfassungswidrigen Zustandes in Deutschland auf eine Vielzahl von Ansätzen zurückgegriffen werden. Diese können grob eingeteilt werden in Ansätze, die die Lösung innerhalb oder außerhalb von § 261 StGB suchen.

A. Lösungsansätze innerhalb des Geldwäschetatbestandes (§ 261 StGB)

Beginnend sollen die Ansätze mit Bezug zum objektiven oder subjektiven Geldwäsche-Tatbestand analysiert werden.

I. Die Tatbestandslösungen als Ausnahmeregelungen im objektiven Tatbestand von § 261 Abs.2 StGB

Die sogenannten (objektiven) Tatbestandslösungen sind darauf ausgerichtet, Verteidigerhonorar durch Auslegung entgegen dem Wortlaut von § 261 Abs.2 StGB oder durch einen rechtspolitischen Eingriff aus dessen Anwendungsbereich herauszunehmen.

1. Zur Lehre von der Sozialadäquanz und zu artverwandten Konstruktionen (WELZEL / SALDITT / HASSEMER)

a. Inhalt

WELZEL begründete schon 1939 die sogenannte „Lehre von der sozialen Adäquanz“, derzufolge Handlungen trotz des entgegenstehenden Wortlauts eines Tatbestandes dann nicht strafbar sein sollen, wenn sie sich in einem

gesellschaftlich akzeptierten Rahmen halten⁹⁷⁹. Entscheidend für die Frage, ob sozial unerträgliche und damit strafwürdige Handlungen vorlägen, sei dabei die faktische Üblichkeit der Handlung unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Werteordnung⁹⁸⁰.

Auf der Lehre Welzels fußend haben einige Autoren den Versuch unternommen, den Anwendungsbereich des objektiven Straftatbestandes der Geldwäsche durch ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der „üblichen Geschäftstätigkeit“ oder des „sozialadäquaten Verhaltens“ einzuschränken⁹⁸¹.

SALDITT äußerte sich 1992 dahingehend, daß auch anwaltliche Leistungen wie die der Strafverteidigung zu solchen Geschäften zu zählen seien, die einen grundlegenden Bedarf des Vortäters abdecken⁹⁸². Daher seien Strafverteidigerhonorare so lange nicht von § 261 StGB erfasst, wie ihre Entgegennahme nicht zugleich den Tatbestand der Hehlerei erfülle⁹⁸³.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch HASSEMER, der die Lehre Welzels in Bezug auf typischerweise berufsbedingte Handlungen untersucht und hieraus den „Ansatz der professionellen Adäquanz“ entwickelt hat⁹⁸⁴. Die Strafwürdigkeit beruflichen Verhaltens hänge nicht von den schwer zu verallgemeinernden gesellschaftlichen Vorstellungen ab, sondern vielmehr von den im Einzelfall geltenden speziellen Regelungen für die jeweiligen Berufsbilder. So sei etwa die Tätigkeit eines Arztes staatlich und gesellschaftlich anerkannt und den *lege artis* unterworfen⁹⁸⁵. Bei derart anerkannten Berufen dürfe dann aber auch davon ausgegangen werden, daß die zugrundeliegenden Regelungen keinen Widerspruch zum geltenden Strafrecht bildeten, sondern dieses vielmehr sogar ergänzten⁹⁸⁶. Grundsätzlich könne sich demnach aber auch niemand strafbar machen, der sich diesen professionellen Regelungen entsprechend verhält und in diesem Sinne sozial akzeptiert werde^{987 988}.

b. Kritische Würdigung

Zwar wäre es prinzipiell und vor allem in Anlehnung an Hassemers Ansatz der professionellen Adäquanz durchaus denkbar, eine Lösung des Strafverteidigerproblems darin zu sehen, daß die Annahme von Honorar für die Durchführung

⁹⁷⁹ Vgl. den Nachweis bei HOMBRECHER, S.102 f.

⁹⁸⁰ Vgl. den Nachweis a.a.O.

⁹⁸¹ Vgl. HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.675 m.w.N. auch zu einzelnen Stimmen, die sozialadäquates Verhalten zumindest auf der Ebene der Rechtswidrigkeit als gerechtfertigt ansehen.

⁹⁸² Vgl. SALDITT, StraFo 1992, S.132

⁹⁸³ Vgl. SALDITT, a.a.O.

⁹⁸⁴ Vgl. HASSEMER, wistra 1995, S.43 ff. und 81 f.

⁹⁸⁵ Vgl. HASSEMER, a.a.O., S.81

⁹⁸⁶ Vgl. HASSEMER, a.a.O.

⁹⁸⁷ Vgl. HASSEMER, a.a.O., S.83 und 87

anerkannter Verteidigungsaufgaben als nicht tatbestandsmäßig im Sinne von § 261 StGB angesehen würde, indem man auf ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des sozial- oder professionell-adäquaten Verhaltens abstellte.

Gegen jegliche Versuche einer Tatbestandseinschränkung über Gedanken der Adäquanz spricht aber schon die Entstehungsgeschichte von § 261 StGB⁹⁸⁹. Diese zeigt, daß der Gesetzgeber sich in Kenntnis der angesprochenen Adäquanz-Thesen gegen eine Tatbestandseinschränkung entschieden hat und damit die Strafvorschrift bewusst und gewollt auch auf sozial und professionell übliches Verhalten ausgedehnt hat⁹⁹⁰. In einem Gesetzesentwurf vom 10.08.1990⁹⁹¹ war nämlich in § 261 Abs.3 StGB-E eben eine solche Sozialadäquanzklausel noch enthalten, nach der Vermögensverschiebungen dann nicht von der Strafandrohung erfasst sein sollten, wenn sie aufgrund einer gesetzlich geschuldeten Leistungspflicht oder als Gegenleistung für Sachen oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs oder zur Bestreitung notdürftigen Unterhalts erfolgen. Der Gesetzgeber hat sich im Ergebnis diesen Überlegungen aber verschlossen und dies damit begründet, daß auch Vermögensverschiebungen in Bagatellfällen des täglichen Lebens strafwürdiges Unrecht darstellten⁹⁹².

Die Fragen, wie der Begriff des „sozialadäquaten Verhaltens“ gerade auch im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art.103 Abs.2 GG; § 1 StGB) zu definieren ist und ob Strafverteidigung tatsächlich der Deckung eines sozialadäquat-existentiellen Lebensbedarfs dient, sind gegenüber den gewichtigen gesetzeshistorischen Argumenten von untergeordneter Bedeutung und damit an dieser Stelle vernachlässigbar⁹⁹³.

Festzuhalten bleibt also, daß eine Herausnahme von Verteidigerhonoraren aus dem Geldwäschetatbestand über ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des wie auch immer beschriebenen adäquaten Verhaltens jedenfalls an dem erklärten Willen des historischen Gesetzgebers scheitert und die zugrundeliegenden Thesen unter anderem von Welzel, Salditt und Hassemer daher das Strafverteidigerproblem nicht zu lösen vermögen⁹⁹⁴.

⁹⁸⁸ Siehe für weitere ähnliche Lösungsvorschläge die Übersicht von OTTO, JZ 2001, S.436 f.

⁹⁸⁹ So auch HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.675 und GÖTZ / WINDHOLZ, AnwBI 2000, S.645

⁹⁹⁰ Vgl. auch HANSOLG HAMBURG, a.a.O.; BOTKE, wistra 1995, S.122; BARTON, StV 1993, S.157 f.; ARZT, NStZ 1990, S.3 und SCHMIDT, JR 2001, S.451

⁹⁹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 10.08.1990, eingebracht vom Bundesrat in der 11.Legislaturperiode (BT-Drs.11/7663 ff.)

⁹⁹² Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.674 m.w.N.

⁹⁹³ Siehe hierzu schon HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.674 und 675; HOMBRECHER, S.106 und BARTON, StV 1993, S.158, jeweils m.w.N.

⁹⁹⁴ So auch KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2042; BARTON, StV 1993, S.159 und HOMBRECHER, S.108

2. Zur verfassungskonformen Auslegung von § 261 Abs.2 StGB (HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT HAMBURG)

a. Inhalt

Die Richter des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg kommen in ihrem Beschluß vom 06.01.2000 zu dem Ergebnis, daß sich ein Strafverteidiger regelmäßig nicht wegen Geldwäsche nach § 261 Abs.2 Nr.1 StGB strafbar mache, wenn er sich kontaminierte Vermögenswerte ausschließlich zur Befriedigung seiner Honorarforderung verschafft⁹⁹⁵. Dies gelte selbst dann, wenn davon auszugehen wäre, daß der Anwalt das Honorar in Kenntnis der Herkunft angenommen habe⁹⁹⁶. Zu folgern sei dieses Ergebnis aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 261 Abs.2 Nr.1 StGB⁹⁹⁷. Eine solche sei erforderlich, weil eine uneingeschränkte Anwendung des Tatbestandes auf die Honorierung von Strafverteidigern weitreichende, nicht verfassungskonforme Konsequenzen beinhalte⁹⁹⁸. Insbesondere seien das Recht des Beschuldigten zur Wahl eines Verteidigers und das Recht des Verteidigers auf Wahrnehmung seiner anwaltlichen Aufgabe nämlich erheblich eingeschränkt⁹⁹⁹ und dadurch Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.20 Abs.3 GG einerseits und Art.12 Abs.1 GG andererseits verletzt¹⁰⁰⁰. Der Konflikt zwischen der mit dem Verbot der Geldwäsche bezweckten wirtschaftlichen Isolierung rechtswidrig bereicherter Straftäter und dem damit verbundenen Eingriff in die Grundrechte der Beteiligten sei schließlich nur über eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandes derart zu beseitigen¹⁰⁰¹, daß Verteidigerhonorare grundsätzlich¹⁰⁰² und von vorneherein nicht unter den objektiven Tatbestand fallen, mithin schon keine tauglichen Tatobjekte sein können¹⁰⁰³.

b. Kritische Würdigung

Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat mit dieser Argumentation meines Erachtens die Grenzen einer zulässigen Auslegung des Gesetzes überschritten¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁵ Vgl. HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.673

⁹⁹⁶ Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O.

⁹⁹⁷ Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O.

⁹⁹⁸ Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.676

⁹⁹⁹ Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O.

¹⁰⁰⁰ Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.677 f.

¹⁰⁰¹ Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.676

¹⁰⁰² Vgl. zu den vom Gericht angedachten Ausnahmen von Honorarerfüllungsfällen mit täterbegünstigender oder opferschädigender Innentendenz HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.680.

¹⁰⁰³ Vgl. HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.681 f.; i.E. unter Hinweis auf § 261 Abs.9 und 10 StGB zustimmend: GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.583

¹⁰⁰⁴ So i.E. auch SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, S.1388 und HOMBRECHER, S.130. Vgl. zu der

Eine verfassungskonforme Auslegung ist nämlich nur dann vorzunehmen, wenn von mehreren möglichen Auslegungen eine der Wertentscheidung der Verfassung besser entspricht, als die andere(n)¹⁰⁰⁵. Und nur, wenn sich die verfassungskonforme Auslegung vor allem mit dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers vereinbaren läßt, ist ihr gegenüber der verfassungswidrigen Auslegung der Vorzug zu geben¹⁰⁰⁶.

Für eine verfassungskonforme Auslegung des objektiven Tatbestandes des § 261 Abs.2 StGB fehlt es aber gerade an diesem Anknüpfungspunkt verschiedener Interpretationsmöglichkeiten¹⁰⁰⁷.

Der Wortlaut von § 261 Abs.2 Nr.1 StGB beinhaltet nämlich ausdrücklich keine Ausnahme für Strafverteidigerhonorare, sondern umfasst diese inhaltlich ebenso, wie die Entgegennahme sonstiger schmutziger Gelder.

Auch der Wille des Gesetzgebers spricht gegen die vom Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg vorgenommene verfassungskonforme Auslegung. Schließlich war bereits im Gesetzgebungsverfahren die Frage aufgeworfen worden, ob von dem Geldwäscheverbot gesetzliche Ausnahmen zu normieren seien, wenn es etwa um einen anerkennenswerten Aufwand für Unterkunft und Verpflegung gehe, aber auch um entgeltliche Dienstleistungen etwa von Ärzten oder Rechtsanwälten¹⁰⁰⁸. Insofern mag der nochmalige Verweis auf die im Jahre 1990 angedachte Sozialadäquanzklausel in § 261 Abs.3 StGB-E genügen, derzufolge Vermögensverschiebungen unter anderem dann nicht von der Strafdrohung des Geldwäschetatbestandes umfasst sein sollten, wenn sie als Gegenleistung für Dienstleistungen des täglichen Bedarfs erfolgen¹⁰⁰⁹. Im Ergebnis hat sich der Gesetzgeber ausweislich § 261 StGB de lege lata aber trotz Kenntnis der Problematik¹⁰¹⁰ gegen die Sozialadäquanzklausel entschieden. Zweifel an dieser Kenntnis¹⁰¹¹ seien mit der Nachfrage entkräftet, warum denn nicht zumindest der aktuelle Gesetzgeber eine der vielen Änderungen von § 261 StGB zum Anlaß genommen hat, um der zumindest inzwischen bekannt gewordenen Problematik gerecht zu werden und die ihm von Kritikern unterstellte Absicht einer beruflichen Privilegierung nun endlich gesetzlich zu normieren.

Damit sind die Tore für eine zulässige verfassungskonforme Auslegung des Geldwäschetatbestandes längst geschlossen gewesen. Statt ihrer hätten die Hamburger Richter eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der

Bedeutung des Wortlauts von Strafgesetzen für deren Auslegung SEEBODE, JZ 1998, S.781 ff. .

¹⁰⁰⁵ Vgl. PIEROTH / SCHLINK, S.27, Rn.98

¹⁰⁰⁶ Vgl. GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.583

¹⁰⁰⁷ So auch HOMBRECHER, S.130; a.A. sind etwa GRÄFIN VON GALEN, a.a.O. und WOHLERS, StV 2001, S.425

¹⁰⁰⁸ Vgl. HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.674 m.w.N.

¹⁰⁰⁹ Siehe dazu bereits oben auf S.217 [Teil 4:A.I.1.a]

¹⁰¹⁰ So auch KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2042 und BERNSMANN, StV 2000, S.42

¹⁰¹¹ So etwa die Auffassung von GRÄFIN VON GALEN, StV 2000, S.576 und wohl auch von HARTUNG, AnwBl 1994, S.443

Verfassungsmäßigkeit des § 261 Abs.2 Nr.1 StGB wählen müssen¹⁰¹². Schließlich bietet Art.100 Abs.1 S.1 GG einem Gericht gerade die Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes entscheiden zu lassen, auf dessen Gültigkeit es bei der eigenen Entscheidung ankommt. Warum eine entsprechende Vorlage nicht geboten gewesen sei, vermochten scheinbar auch die Richter vom HansOLG Hamburg nicht zu begründen¹⁰¹³. Hier hilft auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht weiter, derzufolge eine verfassungskonforme Auslegung der Vorlage zur Normenkontrolle grundsätzlich vorzuziehen ist¹⁰¹⁴, was letztlich auch unter Gesichtspunkten der Arbeitsentlastung begründet sein dürfte. Denn diese Abstufung setzt gerade voraus, daß eine verfassungskonforme Auslegung zulässig ist.

Vorliegend aber wurde meiner Auffassung nach geradezu willkürlich und dogmatisch verfehlt auf eine verfassungskonforme Auslegung zurückgegriffen. Die Richter haben damit den Tatbestand des § 261 Abs.2 Nr.1 StGB inhaltlich durch eine andere Vorschrift ersetzt und schlussendlich einen unzulässigen Akt der Rechtsetzung vorgenommen, der einzig dem Gesetzgeber zusteht¹⁰¹⁵.

3. Zur teleologischen Reduktion von § 261 Abs.2 StGB (BARTON)

a. Inhalt

BARTON hat sich 1993 wohl als erster dafür ausgesprochen, die notwendige, vom Wortlaut abweichende Tatbestandsrestriktion in einer teleologischen, also an Sinn und Zweck der Norm orientierten Reduktion zu suchen¹⁰¹⁶.

Geschütztes Rechtsgut von § 261 Abs.2 StGB ist nach seiner Auffassung die innere Sicherheit¹⁰¹⁷. Diese aber brauche den Rechtsfrieden und die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien, wozu unter anderem auch die Strafverteidigung zu zählen sei¹⁰¹⁸. Daher stelle die Annahme bemakelten Geldes nur zum Zwecke der Honorierung der typischen beruflichen Dienstleistung selbst dann keine strafbare Geldwäsche dar, wenn sich das Honorar nicht innerhalb des durch die BRAGO gesetzlich vorgegebenen Gebührenrahmens bewege, sondern aufgrund privatrechtlicher Vereinbarungen darüber liege¹⁰¹⁹.

¹⁰¹² So auch u.a. SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, S.1388; BURGER / PEGLAU, wistra 2000, S.161; SCHMIDT, JR 2001, S.450 und GÖTZ / WINDHOLZ, AnwBI 2000, S.645

¹⁰¹³ Vgl. HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.676

¹⁰¹⁴ Vgl. BVERFG, Beschluß v. 12.02.1992, NJW 1992, S.1951

¹⁰¹⁵ So auch SCHAEFER / WITTIG, NJW 2000, S.1388

¹⁰¹⁶ Vgl. BARTON, StV 1993, S.159

¹⁰¹⁷ Vgl. BARTON, a.a.O., S.160

¹⁰¹⁸ Vgl. BARTON, a.a.O., S.162

¹⁰¹⁹ Vgl. BARTON, StV 1993, S.163

Die Vorschrift des § 261 Abs.2 StGB sei daher entsprechend dahin zu reduzieren, daß sie die Entgegennahme bemakelten Geldes für Honorare für Rechtsbeistand und -beratung tatbestandlich nicht mehr erfasse, solange das Geld für die berufliche Dienstleistung bestimmt ist und nicht lediglich ein Scheinvertrag geschlossen wurde¹⁰²⁰.

b. Kritische Würdigung

Problematisch ist die Auffassung Bartons, weil sie an das höchst umstrittene Rechtsgut von § 261 StGB anknüpft und nur Bestand hat, wenn man hierin mit ihm die innere Sicherheit sehen möchte¹⁰²¹. Tatsächlich aber gibt es ein ganzes Meer unterschiedlicher Meinungen hinsichtlich des Schutzzweckes des Geldwäschetatbestandes¹⁰²². Schutzgut soll nach Auffassung einiger allein die Rechtspflege¹⁰²³ oder nur das Rechtsgut der jeweiligen Vortat¹⁰²⁴ sein, der Auffassung anderer zufolge auch kumulierend¹⁰²⁵. Oder geht es bei § 261 StGB etwa vielmehr um den Schutz des legalen Wirtschafts- und Finanzkreislaufes¹⁰²⁶?

Eine Entscheidung innerhalb der laufenden Diskussion braucht an dieser Stelle nicht getroffen werden¹⁰²⁷. Festzustellen bleibt nämlich jedenfalls, daß die Überzeugungskraft einer rechtsgutorientierten Tatbestandsreduktion ganz entscheidend gerade von der Bestimmbarkeit des jeweiligen Rechtsguts abhängt¹⁰²⁸. Diese aber ist hinsichtlich § 261 StGB keineswegs eindeutig möglich.

Im übrigen ist – wie schon oben für die verfassungskonforme Auslegung festgestellt wurde – auch hier festzuhalten, daß dem Gesetzgeber die bedenkliche Situation der Strafverteidiger bei der Einfügung des § 261 StGB in das Gesetz wohlbekannt war und er hieran auch nachträglich nichts geändert hat. Auch insofern wird einer teleologischen Reduktion der Boden entrissen¹⁰²⁹.

¹⁰²⁰ Vgl. BARTON, StV 1993, S.163 und HOMBRECHER, S.111-113

¹⁰²¹ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.124, die diese Rechtsgutbestimmung Bartons als „Kunstgriff“ bezeichnen.

¹⁰²² Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.75 sowie die Darstellungen von HOMBRECHER, S.114-118 und VOGEL, ZStrW 1997, S.350 ff. m.w.N.

¹⁰²³ So etwa OTTO, Jura 1993, S.331 und auch der schweizerische Gesetzgeber, der den Straftatbestand der Geldwäscherei (Art.305^{bis} schwStGB) unter dem 17.Titel – „Verbrechen gegen die Rechtspflege“ – eingestellt hat.

¹⁰²⁴ Vgl. SALDITT, StraFo 1992, S.122

¹⁰²⁵ So etwa HETZER, NJW 1993, S.3299

¹⁰²⁶ Vgl. LAMPE, JZ 1994, S.125 und VOGEL, ZStrW 1997, S.350 m.w.N.

¹⁰²⁷ Insofern mag der Hinweis auf die Darstellungen von BERNSMANN, StV 2000, S.42 f. und KARGL, NJ 2001, S.60 f. genügen.

¹⁰²⁸ So auch AMBOS, JZ 2002, S.75

¹⁰²⁹ So auch BERNSMANN, StV 2000, S.42 und KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2042. Ohne ausreichende Legitimation bleibt damit wohl auch die von LÜDERSSSEN vorgeschlagene „Derogationslösung“, die ebenfalls auf eine teleologische Reduktion von § 261 Abs.2 Nr.1 StGB hinausläuft. Nach Auffassung Lüderssens bestehe zwischen der Strafbarkeit der Geldwäsche (§ 261 StGB) und

Eine methodologisch korrekte und der Problematik angemessene Tatbestandseinschränkung ist im Wege der teleologischen Reduktion daher insgesamt nicht zu erreichen¹⁰³⁰.

4. Zur rechtspolitischen Schaffung eines Honorarprivilegs in Anlehnung an die Regelung in 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) in den USA

a. Inhalt

Fraglich ist nach den obigen Ausführungen, ob das Problem zwar nicht de lege lata, aber immerhin de lege ferenda durch ein dann rechtspolitisch zu schaffendes Honorarprivileg gelöst werden könnte. Erforderlich wäre hierfür eine Gesetzesänderung derart, daß im objektiven Tatbestand des § 261 StGB eine Ausnahmeregelung geschaffen wird, derzufolge solche Gegenstände nicht taugliches Tatobjekt sein können, die zur Begleichung der Honorarforderung eines Strafverteidigers erforderlich sind.

Eine grundsätzliche Orientierung wäre dabei an der in den USA bereits seit 1988 bestehenden Regelung von 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) möglich¹⁰³¹. Dabei müsste die Ausgestaltung hier freilich derart gewählt werden, daß die Regelung nicht durch massive Unsicherheiten wieder an Substanz verliert, so wie es dort durch die Verknüpfung mit dem Inhalt des Sechsten Verfassungszusatzes geschehen ist¹⁰³².

Eine Umsetzung einer solchen Ausnahmeregelung in deutsches Recht wäre meines Erachtens beispielsweise als neu einzufügender § 261 Abs.1 S.2 StGB möglich, etwa mit folgendem Inhalt: *„Als Gegenstand im Sinne von Satz 1 bleibt solches Geld außer Betracht, welches zur Wahrnehmung des Rechts auf freie Wahl eines Strafverteidigers erforderlich ist.“*

dem Recht auf Wahlverteidigung (§ 137 StPO) ein Konkurrenzverhältnis. Entscheide man sich hinsichtlich der wechselseitigen Beschränkung der jeweiligen Anwendungsbereiche für die Prävalenz von § 137 StPO, so derogiere diese Vorschrift im Ergebnis einen Teilbereich des § 261 StGB (vgl. LÜDERSSEN, Internet, S.27 f., dort v.a. Fn.68).

¹⁰³⁰ So i.E. auch: GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.433; GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.124; KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2042; BERNSMANN, StV 2000, S.43; HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.675 und HOMBRECHER, S.124; a.A. ist wohl WOHLERS, StV 2001, S.425 und 426.

¹⁰³¹ Befürwortet wird dies etwa von HÖRETH, S.101 f. .

¹⁰³² Siehe dazu bereits oben auf S.205 [Teil 3:B.III.1.b(ii)(2)]

b. Kritische Würdigung

Auf den ersten Blick hat ein zu schaffendes gesetzliches Honorarprivileg etwas bestechend Einfaches an sich, vermag es doch sämtliche Eingriffe in die Rechte des Beschuldigten, wie auch des Strafverteidigers auf einmal zu lösen. Und die Privilegierung von Anwälten in geldwäscherechtlicher Hinsicht wäre dem aktuellen nationalen Gesetzgeber unter Hinweis auf die Regelungen des Geldwäschegesetzes in der Fassung durch das Geldwäschebekämpfungsgesetz nicht einmal fremd¹⁰³³.

Bei näherem Hinsehen erkennt man dann aber das Problem der in dieser Lösung liegenden Missbrauchsgefahr durch Scheinhonorierungen, also von sogenannten „kick-back“-¹⁰³⁴-Zahlungen, die nur unter dem Deckmantel eines Verteidigungsmandates geleistet werden, schließlich aber an den Mandanten zurückfließen¹⁰³⁵. Daß ein Verteidiger nicht allein aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Stellung gegenüber anderen Tätern privilegiert sein darf, wenn er sich nur vordergründig als Organ der Rechtspflege, tatsächlich aber als Geldwäscher im eigentlichen Sinne betätigt, bedarf keiner weiteren Ausführungen¹⁰³⁶. Daher bedürfte es für das zu schaffende Honorarprivileg entweder einer Rück-Ausnahme für die erwähnten Missbrauchsfälle oder doch der anderweitigen Einschränkung des Privilegs. Hierfür existieren verschiedene Vorschläge:

Ein Indiz für eine solche, den Honorierungszweck verlassende juristische Hilfeleistung könnte beispielsweise in einer Angemessenheitsgrenze gesehen werden. HAMM führt aus, daß die in der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) ausdrücklich vorgesehenen Vereinbarungshonorare nach den gleichen Grundsätzen und Maßstäben als angemessen zu bewerten seien, die von den Rechtsanwaltskammern angewendet werden, wenn sie etwa für Zwecke des Rechtsschutzes für Angehörige des öffentlichen Dienstes oder nach § 3 Abs.3 S.2 BRAGO Gutachten zu erstatten haben¹⁰³⁷. Sofern die an den Verteidiger gezahlten Beträge auch unter Berücksichtigung seines Sicherungsbedürfnisses für die Honorierung der zu erwartenden Verfahrensdauer diese Angemessenheitsgrenze erheblich überschreite, könne eine Scheinhonorierung vorliegen¹⁰³⁸.

Jedoch ist meines Erachtens eine Anlehnung einer Rückausnahme an das dann zu schaffende Tatbestandsmerkmal der Angemessenheit nur bedingt geeignet, um Missbrauchsfälle auszuschließen. Zwar würde die Verwendung eines derart auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffes wohl nicht durch das verfassungsrechtlich

¹⁰³³ Siehe dazu bereits oben auf S.32 [Teil 2:C.II.3.b]

¹⁰³⁴ Vgl. zum Begriff HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.681

¹⁰³⁵ Vgl. auch WOHLERS, ZStrR 2002, S.216; HANSOLG HAMBURG, a.a.O., S.681 und 682

¹⁰³⁶ So auch HAMM, NJW 2000, S.637; BERNSMANN, StV 2000, S.45; LÜDERSEN, Internet, S.15 und SCHÄFER / WITTIG, NJW 2000, S.1388

¹⁰³⁷ Vgl. HAMM, a.a.O.

¹⁰³⁸ Vgl. HAMM, a.a.O.

geschützte, strafrechtliche Bestimmtheitsgebots aus Art.103 Abs.2 GG und § 1 StGB ausgeschlossen¹⁰³⁹ und bedürfte hiernach nicht zwingend der gesetzlichen Konkretisierung. Jedoch dürfte es zumindest bei der praktischen Bestimmung einer Angemessenheit durch die Gerichte zu Schwierigkeiten kommen, die wiederum zu einer gehörigen Rechtsunsicherheit führen könnten. Unabhängig davon, ob man den Betrag dann bei 5.000 €, 10.000 €¹⁰⁴⁰ oder 15.000 €¹⁰⁴¹ sehen mag, besteht zudem die Möglichkeit, die Institution der Strafverteidigung als Geldwäscherei zu missbrauchen – der Vortäter müsste sich dann nur die zusätzliche Mühe machen, die zu waschenden Beträge im Wege des sogenannten „smurfing“ in ausreichend kleine Teile zu stückeln.

Zusammenfassend würde damit ein gesetzliches Honorarprivileg zwar einerseits die Gefahr bannen, der sich Strafverteidiger derzeit bei der Honorarannahme ausgesetzt sehen. Andererseits entstünde hierdurch aber die Gefahr, daß Verteidiger als Geldwäschestellen missbraucht werden könnten. Diese Missbrauchsgefahr aber könnte selbst durch eine betragsabhängige Rückausnahme vom Honorarprivileg nicht gänzlich beseitigt werden.

Insgesamt ist damit in der rechtspolitischen Verankerung eines gesetzlichen Honorarprivilegs für Strafverteidiger zwar eine taugliche Lösung für das zugrundeliegende Problem zu sehen, deren Schwäche aber in ihrer Missbräuchlichkeit liegt.

II. Die Vorsatzlösungen als Privilegierungen im subjektiven Tatbestand von § 261 Abs.2 und 5 StGB

Die sogenannten subjektiven Tatbestandslösungen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie das Strafverteidigerproblem zu lösen versuchen, indem sie an die subjektive Einstellung des Verteidigers gegenüber dem gesetzlichen Wortlaut erhöhte Anforderungen stellen. Da damit in allen Fällen mindestens bedingter, wenn nicht gar direkter Vorsatz ersten oder zweiten Grades gefordert wird, wird hier synonym der Begriff der Vorsatzlösungen verwandt.

¹⁰³⁹ Vgl. hierzu PIEROTH / SCHLINK, S.290, Rn.1199

¹⁰⁴⁰ So etwa die amerikanische Regelung in 18 U.S.C. § 1957 (a), die nur solche Tatobjekte mit einem „[...] *property of a value greater than \$ 10.000* [...]“ umfasst.

¹⁰⁴¹ So etwa TRECHSEL, der für die Schweiz einen Schwellenwert von 25.000 Schweizer Franken vorschlägt (vgl. den Nachweis in WOHLERS, ZStrR 2002, S.217, Fn.84).

1. Zum Ausschluß der Leichtfertigkeit nach dem Vorbild der SCHWEIZ in Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB (auch SCHMIDT)

a. Inhalt

Auf einer ersten Stufe der Einschränkungen im subjektiven Tatbestand könnte eine Lösung darin gesehen werden, den Leichtfertigkeitstatbestand (§ 261 Abs.5 StGB) in Bezug auf Strafverteidigerhonorare auszuschließen. Eine Orientierung wäre dabei beispielsweise an der schweizerischen Gesetzeslage möglich: Dort machen sich Strafverteidiger allenfalls dann gemäß Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB strafbar, wenn sie kontaminiertes Honorar annehmen und dabei dessen deliktische Herkunft kennen oder kennen müssten, also diesbezüglich mindestens einen bedingten Vorsatz haben.

SCHMIDT scheint für eine solche Regelung in Deutschland zu plädieren. Er sieht zutreffend die Problematik, zu der eine uneingeschränkte Anwendung des Geldwäschetatbestandes auf Verteidigerhonorare für die Anwälte einerseits und die beschuldigten Mandanten andererseits führt¹⁰⁴². Allerdings dürfe deswegen und in Anbetracht der klaren Ausgangslage der historische Wille des deutschen Gesetzgebers nicht einfach ignoriert werden¹⁰⁴³. Vielmehr müsse sich jeder Lösungsvorschlag an diesem Willen messen lassen, solange § 261 Abs.2 Nr.1 StGB in der jetzigen Form Bestand hat¹⁰⁴⁴.

Endgültig sei das Problems daher nur so zu lösen, daß de lege ferenda die leichtfertige Begehungsweise nach § 261 Abs.5 StGB aus dem Anwendungsbereich des Geldwäschetatbestandes herausgenommen werde¹⁰⁴⁵. Zwar habe der Gesetzgeber auch den Leichtfertigkeitstatbestand bewusst in das Gesetz eingefügt¹⁰⁴⁶. Allerdings handele es sich hierbei nur strukturell um eine materielle Strafrechtsnorm, vom gedanklichen Ziel her aber habe der Gesetzgeber hierdurch in erster Linie bestehende Beweisschwierigkeiten beseitigen wollen¹⁰⁴⁷. Aus der Existenz des § 261 Abs.5 StGB sei nun aber keineswegs der Schluß herzuleiten, daß an das Vorliegen des Anfangsverdachts geringere Anforderungen zu stellen seien¹⁰⁴⁸. Namentlich dürfe dieser vor allem nicht bereits an der Tatsache anknüpfen, daß der Verteidiger vom Mandanten ein Honorar erhalten habe¹⁰⁴⁹. Vielmehr müssten konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die den Schluß rechtfertigten, der

¹⁰⁴² Vgl. SCHMIDT, JR 2001, S.451

¹⁰⁴³ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.

¹⁰⁴⁴ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.

¹⁰⁴⁵ Vgl. SCHMIDT, a.a.O., S.452

¹⁰⁴⁶ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.

¹⁰⁴⁷ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.

¹⁰⁴⁸ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.

¹⁰⁴⁹ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.

Verteidiger habe bei der Entgegennahme des Honorars leichtfertig gehandelt¹⁰⁵⁰. Für die Annahme eines derartigen, grob fahrlässigen Handelns komme es aber nicht auf irgendwelche Nachforschungen des Verteidigers hinsichtlich der Geldesherkunft an, sondern lediglich darauf, ob er Informationen seines Mandanten hierüber ausreichend auf ihre Plausibilität hin geprüft habe¹⁰⁵¹.

Resignierend gesteht aber auch Schmidt am Ende, daß diese theoretischen Ausführungen wohl nicht mit der praktischen Anwendung übereinstimmen, bei der zumeist ein eher sorgloser Umgang mit dem Anfangsverdacht festzustellen sei¹⁰⁵².

Obwohl also damit letztlich gar nicht so sehr die materielle Rechtslage von § 261 Abs.2 Nr.1 und Abs.5 StGB die tägliche Arbeit des Strafverteidigers beeinträchtigt, sondern das Hauptproblem vielmehr in dem laxen Umgang der Strafverfolgungsbehörden mit dem Anfangsverdacht liege, sei auch aus Gründen der Rechtssicherheit ein rechtspolitischer Eingriff in den Geldwäschetatbestand erforderlich, mit dem die leichtfertige Begehungsweise aus § 261 Abs.5 StGB herausgenommen werde¹⁰⁵³, was auf eine ähnliche Rechtslage hinausliefe, wie sie bereits jetzt in der Schweiz in Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB anzutreffen ist.

b. Kritische Würdigung

Zutreffend sind Schmidts Ausführungen meines Erachtens insofern, als er das Problem nicht so sehr auf materiell-rechtlicher Ebene sieht, sondern im Bereich der strafprozessualen Praxis. Insofern erscheint mir auch die versteckte Aufforderung an die Strafverfolgungsbehörden zu einem ordnungsgemäßen Umgang mit dem Anfangsverdacht durchaus angebracht. Daß in diesem Gebot allein die Lösung für das Problem nicht gefunden werden kann, erkennt auch Schmidt im Angesicht praktischer Erfahrungen.

Sein Vorschlag, aus Gründen der Rechtssicherheit den Leichtfertigkeitstatbestand (zumindest für Strafverteidiger) zu streichen, verkümmert dann aber zu einer nur halbherzigen Lösung. Denn selbst wenn sich Strafverteidiger de lege ferenda nur noch mit bedingtem Vorsatz der Geldwäsche strafbar machen könnten, könnten sie sich zukünftig nicht einmal einigermaßen sicher vor ermittlungsbehördlichen Zugriffsversuchen fühlen¹⁰⁵⁴.

Das hinter dieser Einschätzung stehende Problem wird durch einen empirischen Befund¹⁰⁵⁵ verstärkt und wurde von Schmidt bereits selbst erkannt: Es geht erneut um den sorglosen Umgang der Strafverfolgungsbehörden mit dem

¹⁰⁵⁰ Vgl. SCHMIDT, JR 2001, S.452

¹⁰⁵¹ Vgl. SCHMIDT, a.a.O., S.451

¹⁰⁵² Vgl. SCHMIDT, a.a.O., S.452

¹⁰⁵³ Vgl. SCHMIDT, a.a.O.

¹⁰⁵⁴ So auch BERNSMANN, StV 2000, S.42

¹⁰⁵⁵ Durch empirische Untersuchungen wurde herausgefunden, daß die Ermittlungsbehörden die Annahme eines Anfangsverdachts kaum am fehlenden Vorsatz scheitern lassen (vgl. dazu AMBOS, JZ 2002, S.76 m.w.N.).

Anfangsverdacht¹⁰⁵⁶. Viel zu leicht würde dieser wohl auch dann bejaht werden, wenn ein Strafverteidiger mindestens mit *dolus eventualis* auch hinsichtlich der Geldesherkunft gehandelt haben müsste.

Ein Verteidiger müsste also bei einem Mandanten, der einer Geldwäschევორატ beschuldigt wird, immer damit rechnen, daß man ihm bezüglich der Honorarentgegennahme auch Vorsatz nachsagen könnte. Auf die dann möglicherweise anstehenden Ermittlungsmaßnahmen gegen den Verteidiger und deren Auswirkungen auf das Vertrauensverhältnis zum rechtssuchenden Mandanten wurde bereits an anderer Stelle eingegangen¹⁰⁵⁷.

Es ist davon auszugehen, daß Verteidiger nicht nur generell das Risiko einer Strafbarkeit mit all den zusätzlich möglichen berufsrechtlichen Konsequenzen zu vermeiden versuchen werden, sondern daß sie allein schon das Risiko der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und gegebenenfalls die Teilnahme an einer Hauptverhandlung auf der Anklagebank scheuen¹⁰⁵⁸.

Insgesamt würde zwar durch den von Schmidt vorgeschlagenen Verzicht auf Strafbarkeit wegen Leichtfertigkeit in einigen Fällen wohl die Bestrafung des Verteidigers verhindert¹⁰⁵⁹, kaum aber die Beschuldigung mit samt den nachfolgenden Störungen des Mandats- und Vertrauensverhältnisses durch strafprozessuale Zwangsmaßnahmen¹⁰⁶⁰.

Daß es in der Schweiz trotz entsprechender Beschränkung auf bedingten Vorsatz – soweit ersichtlich – noch zu keinem Strafverfahren gegen Verteidiger wegen Geldwäschereienverdachts durch Honorarannahme gekommen ist, dürfte in dem Umstand begründet liegen, daß der dortige Gesetzgeber darauf verzichtet hat, alltägliche Handlungen wie das „Sich-verschaffen“ oder „An-sich-nehmen“ von Geldern zu inkriminieren und es meines Erachtens eine Frage des Einzelfalles ist, ob bereits die bloße Entgegennahme bemakelten Honorars geeignet ist, die Herkunftsermittlung zu vereiteln, oder ob hierfür zusätzliche Handlungen erforderlich sind¹⁰⁶¹. Im übrigen sind die subjektiven Voraussetzungen einer Geldwäsche-strafbarkeit nach Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB nicht nur insofern erhöht, als der Verteidiger mindestens einen bedingten Vorsatz hinsichtlich der Herkunft des Geldes haben muß, sondern desgleichen sogar hinsichtlich der Vereitelung der Herkunftsermittlung. Rein mutmaßlich mag die bislang nicht erforderlich gewordene Beschäftigung der schweizerischen Gerichte mit dem Problem zusätzlich darin

¹⁰⁵⁶ Praxisfern mutet es dann an, wenn der BGH in seinem Urteil vom 04.07.2001 ausführt, daß strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen gegen den Strafverteidiger hinzunehmen seien, da diese doch nur aufgrund eines bestehenden Anfangsverdachts zulässig seien und dieser wiederum an bestimmte rechtliche Voraussetzungen geknüpft sei (vgl. NJW 2001, S.2893). Vgl. außerdem die im Ergebnis ähnliche Einschätzung von AMBOS, JZ 2002, S.76.

¹⁰⁵⁷ Siehe dazu bereits oben auf S.141 [Teil 3:A.IV.1.c(i)(2)]

¹⁰⁵⁸ So auch NESTLER, StV 2001, S.646

¹⁰⁵⁹ So ähnlich auch LÜDERSEN, Internet, S.29

¹⁰⁶⁰ So auch HAMM, NJW 2000, S.636

begründet liegen, daß die dortigen Strafverfolgungsbehörden einen restriktiveren Umgang mit dem Anfangsverdacht betreiben.

Der Umstand, daß das Honorarproblem in der Schweiz bislang weder in der Judikatur, noch in der Literatur in größerem Umfang diskutiert wurde, darf hiernach nicht dahin fehlgedeutet werden, daß in der zugrundeliegenden Regelung des Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB ein Vorbild für Deutschland zu sehen ist, mit dem das Strafverteidigerproblem angemessen zu lösen wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, daß sich in weiten Bereichen des Landes bislang noch kein richtiges Problembewusstsein gebildet hat, wenngleich dieses trotz der dort bestehenden höheren Anforderungen aufgrund der noch vorherrschenden Rechtsunsicherheit meiner Auffassung nach durchaus angebracht wäre.

Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß die Streichung des Leichtfertigkeitstatbestandes (§ 261 Abs.5 StGB) nicht die ersehnte Lösung für das Strafverteidiger-Problem darstellt, da der Anfangsverdacht selbst dann noch viel zu schnell angenommen werden könnte.

Außerdem vermochte auch Schmidt nicht zu begründen, warum eine Abkehr vom Leichtfertigkeitstatbestand eher dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollte, als etwa die Schaffung eines Honorarprivilegs im objektiven Tatbestand, die er eingangs kritisiert hat¹⁰⁶².

2. Zum Erfordernis eines dolus directus zweiten Grades nach dem Vorbild ÖSTERREICHS in § 165 Abs.2 und 5 öStGB

a. Inhalt

Noch einen Schritt weiter gehen die Regelungen, die der österreichische Gesetzgeber zur Bekämpfung der Geldwäscherei in den Absätzen 2 und 5 des § 165 öStGB aufgestellt hat. Für Einzelheiten sei auf die obigen Ausführungen verwiesen¹⁰⁶³. Festzuhalten bleibt an dieser Stelle lediglich, daß sich Strafverteidiger in Österreich nur dann der Geldwäscherei strafbar machen können, wenn sie – mit oder ohne Organisationsbezug – wissentlich bemakelte Vermögensbestandteile zur Begleichung ihrer Honorarforderung annehmen.

Dieses Wissentlichkeitserfordernis entspricht dabei wohl ziemlich genau dem in Deutschland geläufigen direkten Vorsatz zweiten Grades. Dieses Ergebnis lässt sich dadurch herleiten, daß für das wissentliche Handeln in § 5 Abs.3 öStGB gefordert wird, daß der Täter einen Umstand oder Erfolg nicht bloß für möglich hält, sondern

¹⁰⁶¹ Siehe dazu bereits oben auf S.195 ff. [Teil 3:B.II.1.a]

¹⁰⁶² So ähnlich auch OTTO, JZ 2001, S.440

sein Vorliegen oder Eintreten für gewiß hält. Demgegenüber kommt es beim absichtlichen Handeln im Sinne von § 5 Abs.2 öStGB darauf an, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen. Also geht es beim absichtlichen Handeln nach dem österreichischen Strafrecht wie beim *dolus directus* ersten Grades im deutschen Strafrecht um einen herausgehobenen Willensfaktor¹⁰⁶⁴, wohingegen das wissentliche Handeln nach § 5 Abs.3 öStGB auf einen herausgehobenen Wissensfaktor abstellt und damit dem deutschen *dolus directus* zweiten Grades näher steht¹⁰⁶⁵. Nur der Vollständigkeit wegen sei noch erwähnt, daß das in § 5 Abs.1 öStGB genannte vorsätzliche Handeln dem *dolus eventualis* in Deutschland nahezu gleichkommt, da in beiden Ländern ein ernstliches Für-möglich-halten und Abfinden mit der Situation entscheidend sein soll¹⁰⁶⁶.

Aufgrund der Äquivalenz der subjektiven Tatbestandsmerkmale „Wissentlichkeit“ und „*dolus directus* zweiten Grades“ könnte man in Anlehnung an § 165 Abs.2 und 5 öStGB eine Lösungsmöglichkeit für das Problem auch im deutschen Rechtsraum darin sehen, die Strafbarkeit wegen einer Geldwäsche in der Verschaffensvariante gemäß § 261 Abs.2 Nr.1 StGB daran anknüpfen zu lassen, daß der Täter um das Herrühren des Gegenstandes aus einer Vortat wissen müsste.

b. Kritische Würdigung

Im Wesentlichen können diesem Lösungsvorschlag die gleichen Gründe entgegengehalten werden, die schon oben die Lösung entkräftet haben, die an einem Verzicht auf den Leichtfertigkeitstatbestand (§ 261 Abs.5 StGB) anknüpfte: Aufgrund der bei den Strafverfolgungsbehörden herrschenden Praxis im Umgang mit dem Anfangsverdacht ist zu befürchten, daß zwar durch die weitere Erhöhung der subjektiven Tatbestandserfordernisse in einigen Fällen eine Verurteilung des Strafverteidigers verhindert werden könnte¹⁰⁶⁷, nicht aber die massiven Folgen strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen auf das Verteidigungsverhältnis¹⁰⁶⁸. Und selbst wenn es bei der Forderung eines direkten Vorsatzes immerhin zu weniger Verurteilungen von Strafverteidigern wegen Geldwäsche käme, wäre auch dieses

¹⁰⁶³ Siehe dazu bereits oben auf den S.42 ff. [Teil 2:D.III.1.a] und S.187 ff. [Teil 3:B.I.1.]

¹⁰⁶⁴ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 15, Rn.6

¹⁰⁶⁵ Vgl. hinsichtlich der deutschen Rechtslage Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.7

¹⁰⁶⁶ Vgl. hinsichtlich der deutschen Rechtslage Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.9

¹⁰⁶⁷ So auch NESTLER, StV 2001, S.647

¹⁰⁶⁸ So auch AMBOS, JZ 2002, S.76. BURGSTALLER kommt demgegenüber für die österreichische Rechtslage zu dem Ergebnis, daß es keine Argumentation rechtfertigt, Verteidiger selbst dann von der Strafbarkeit auszunehmen, wenn sie von der einschlägigen Kontamination der übernommenen Vermögenswerte Kenntnis hatten. Vielmehr dürfe die in den §§ 165 Abs.2 und 278a Abs.2 a.F. öStGB (= § 165 Abs.5 öStGB n.F.) allgemein gezogene Strafbarkeitsgrenze der wissentlichen Tatbegehung auch bei Annahme von Rechtsanwalts honoraren nicht überschritten werden. Erst in einem zweiten Schritt zeigt sich BURGSTALLER dann problembewusst und ermahnt zur vorsichtigen Handhabung der Strafverfolgungsbehörden beim Umgang mit dem Nachweis der Wissentlichkeit (vgl. öAnwBl 2001, S.583 und 584).

Wenige noch zu viel.

Im übrigen besteht gerade in der hier entscheidenden Abgrenzung zwischen dem dann strafbewährten *dolus directus* zweiten Grades einerseits und dem angedacht straflosen *dolus eventualis* andererseits eine generelle Unsicherheit¹⁰⁶⁹. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es dann mehr als zweifelhaft, ob gerade diese schwierige Abgrenzung zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit entscheiden sollte.

Außerdem würde eine solche Lösung ebenfalls nicht mit dem Willen des historischen Gesetzgebers übereinstimmen und bedürfte eines rechtspolitischen Eingriffes. Wenn aber durch bloße Tatbestandsauslegung eine Lösung für das zugrundeliegende Verteidigerproblem schon nicht möglich ist und die Gesetzgebung bemüht wird, dann sollte *de lege ferenda* eine umfassende Lösung konstatiert werden. Diese liegt aber zumindest nicht in dem Modell, welches uns von unserem Nachbarland Österreich vor Augen gehalten wird.

3. Zum Erfordernis eines *dolus directus* zweiten Grades nebst Ermahnung der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte zur Sorgfalt und zum pragmatischen Vorgehen (in Anlehnung an BURGSTALLER)

a. Inhalt

BURGSTALLER meint zwar, die in Österreich geltende Rechtslage sei grundsätzlich zu akzeptieren, sieht dann aber ebenfalls die Gefahr, daß Rechtsanwälte in geldwäscherelevanten Fällen trotz des Wissentlichkeitserfordernisses in § 165 Abs.2 öStGB und § 278a Abs.2 a.F. / § 165 Abs.5 n.F. öStGB zum Selbstschutz die Übernahme eines Wahlmandats ablehnen könnten¹⁰⁷⁰. Um diese Gefahr zu beseitigen, ermahnt er in mehrerlei Hinsicht zur Vorsicht im Umgang mit dem Problem¹⁰⁷¹. Diese Ermahnungen sollen im Folgenden – an den einzelnen Stadien eines Strafverfahrens orientiert – wiedergegeben werden:

Zunächst fordert er die Strafverfolgungsbehörden zur Zurückhaltung bei der Annahme eines Tatverdachts auf¹⁰⁷². Das Vorliegen von Hinweisen darauf, daß die als Rechtsanwaltshonorar angenommenen Vermögensbestandteile im Sinne der Geldwäschereidelikte kontaminiert sind, reiche für sich allein nicht aus, um gegen den betreffenden Anwalt ein Strafverfahren wegen § 165 Abs.2 beziehungsweise

¹⁰⁶⁹ Vgl. AMBOS, JZ 2002, S.76 und LÜDERSSEN, StV 2000, S.207

¹⁰⁷⁰ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBl 2001, S.583

¹⁰⁷¹ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O.

¹⁰⁷² Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.586

§ 278a Abs.2 a.F. / § 165 Abs.5 n.F. öStGB einzuleiten¹⁰⁷³. Denn ein Tatverdacht, der einen derart folgenschweren Schritt legitimieren könne, dürfe sich nicht auf die objektive Tatseite der in Rede stehenden Delikte beschränken, sondern müsse auch deren subjektive Anforderungen abdecken¹⁰⁷⁴. Demnach müsse die Aufnahme strafprozessualer Ermittlungen gegen einen Rechtsanwalt von Anhaltspunkten abhängig gemacht werden, die hinreichend dafür sprechen, daß der Anwalt bei der Annahme der fraglichen Vermögensbestandteile von ihrer einschlägigen Kontaminierung positive Kenntnis hatte¹⁰⁷⁵.

Besondere Vorsicht sei dann vor allem beim Einsatz strafprozessualer Zwangsmaßnahmen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens geboten, da diese jedenfalls zu einem Vertrauensverlust des Klienten in die Immunität der Kommunikation mit einem Rechtsanwalt führe¹⁰⁷⁶.

Schließlich ruft BURGSTALLER für ein späteres Hauptverfahren die Gerichte dazu auf, beim Nachweis des Wissentlichkeitserfordernisses im Sinne der §§ 165 Abs.2, 278a Abs.2 a.F. / 165 Abs.5 n.F. öStGB keineswegs Abstriche zu machen, sondern gerade hier an die Beweisführung und Begründung hohe Ansprüche zu stellen¹⁰⁷⁷. Erfreulich seien insofern die Ausführungen des Oberlandesgerichts Linz in dem schon oben zitierten Urteil vom 12.09.2000¹⁰⁷⁸. Die Linzer Richter hatten nämlich trotz der beträchtlichen Höhe des Honorars und der ungewöhnlichen Umstände der Begleichung durch große Bar-Teilzahlungen und selbst in Anbetracht der Übereignung einer Villa den Wissentlichkeitsnachweis im konkreten Fall nicht als erbracht angesehen¹⁰⁷⁹.

Zusammenfassend läuft Burgstallers Lösung damit auf eine direkte Vorsatzlösung hinaus, die er um eine an die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte adressierte Aufforderung zur besonders sorgfältigen Erfüllung ihrer Pflichten ergänzt.

Ein derartiger, kombinierter Ansatz könnte nun auch für die deutsche Rechtslage vorgeschlagen werden.

b. Kritische Würdigung

Hinsichtlich der allgemein gegen Vorsatzlösungen geltenden Kritik vor allem in Bezug auf den gesetzgeberischen Willen soll der Verweis auf die vorangegangenen Ausführungen genügen¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷³ Vgl. BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.586

¹⁰⁷⁴ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O.

¹⁰⁷⁵ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O.. KÖCK spricht demgegenüber von einem „ausreichenden Anfangsverdacht“, meint aber inhaltlich wohl das gleiche wie schon Burgstaller vor ihr (vgl. öAnwBI 2002, S.20)

¹⁰⁷⁶ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.586 und KÖCK, a.a.O.

¹⁰⁷⁷ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.583 und 584

¹⁰⁷⁸ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.584 m.w.N.; siehe dazu auch bereits oben auf S.192 [Teil 3:B.I.2.a]

¹⁰⁷⁹ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.584 und 585 m.w.N.

¹⁰⁸⁰ Siehe dazu bereits oben auf S.228 [Teil 4:A.II.1.b] und S.231 [Teil 4:A.II.2.b]

Darüber hinaus würde auch die Umsetzung des Vorschlages von Burgstaller in Deutschland das Problem nicht lösen, da sein Aufruf zum sorgfältigen Umgang mit dem Wissensnachweis seitens der Gerichte allenfalls dazu führen kann, daß Strafverteidiger nicht zu unrecht und vorschnell wegen Geldwäscherei verurteilt werden – zumal derart umsichtiges Handeln von Richtern zumindest in der Theorie eine Selbstverständlichkeit sein sollte.

Jedenfalls würde durch die Realisierung von Burgstallers Vorschlag Strafverteidigern in Deutschland die begründete Angst zumindest vor einem gegen sie gerichteten Ermittlungsverfahren nicht genommen. Ob hieraus letztlich eine Verurteilung erwächst, steht auf einem anderen Blatt. Immerhin hat die Eröffnung eines Hauptverfahrens wegen eines Strafdelikts meist auch eine image-schädigende Wirkung. Die Eingriffe in seine persönliche Sphäre und in das geheime Mandatsverhältnis blieben ebenfalls unvermindert bestehen.

4. Zum Erfordernis eines dolus directus zweiten Grades nebst prozessualer Ermittlungsimmunität – eine institutionelle Vorsatzlösung (GRÜNER UND WASSERBURG)

a. Inhalt

GRÜNER UND WASSERBURG erkennen genau diese vorangegangenen beschriebene Problematik und siedeln sie nicht so sehr in der subjektiv-tatbestandlichen Komponente, sondern vielmehr in der prozessualen Handhabung an¹⁰⁸¹.

Beim Zugrundelegen einer Vorsatzlösung sei nämlich regelmäßig der dann erforderliche direkte Vorsatz des Verteidigers zu verneinen; die Gefahr einer Blockade von Wahlmandaten aus Selbstschutzerwägungen des Anwalts bestehe daher nicht¹⁰⁸². Demgegenüber sei die Möglichkeit einer staatlichen Blockierung durch prozessuale Ermittlungsmaßnahmen nicht von der Hand zu weisen¹⁰⁸³. Daher bedürfe es einer strafprozessualen Absicherung der Vorsatzlösung¹⁰⁸⁴.

Durch eine Ermittlungsimmunität gegenüber dem Strafverteidiger müsse gewährleistet sein, daß in das Verteidigungsinnenverhältnis nicht eingegriffen werden könne und sich der rechtssuchende Mandant hierauf verlassen könne¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.441

¹⁰⁸² Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O.

¹⁰⁸³ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O.

¹⁰⁸⁴ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.442

¹⁰⁸⁵ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.442, 443 und 447

Dies nämlich sei etwa durch bestehende Beweisverbote nicht gesichert¹⁰⁸⁶. Zwar würde bei Ermittlungsmaßnahmen gegenüber dem Strafverteidiger in Form von Telefonüberwachungen, Durchsuchungen und Beschlagnahmen für den beschuldigten Mandanten noch das aus § 97 Abs.1 Nr.2 und § 53 Abs.1 Nr.2 StPO folgende Beweisverbot gelten, weil der Verteidiger nicht der gleichen prozessualen Tat beschuldigt wäre¹⁰⁸⁷. Allerdings seien diese unselbständigen Beweisverbote kaum geeignet, das Vertrauen des Beschuldigten in die Immunität des Mandatsverhältnisses herzustellen, da sie in der deutschen Rechtspraxis vor dem Hintergrund von Abwägungslehre, Widerspruchslösung und revisionsrechtlichen Freibeweisregeln keine Rechtssicherheit erzeugten¹⁰⁸⁸.

Problematisch sei aber – so gestehen auch GRÜNER UND WASSERBURG ein –, daß die vorgeschlagene Immunität hinsichtlich der Ermittlungsmaßnahmen gegen den Verteidiger keinen realistischen Ansatz finde, da diese durch das mit Verfassungsrang ausgestattete Legalitätsprinzip gedeckt seien¹⁰⁸⁹.

Etwas anderes ergebe sich aber bei der Betrachtung der Wechselwirkungen zwischen der Verteidigerqualität und der Geldwäscheproblematik¹⁰⁹⁰. Die Qualität von Strafverteidigung sei nämlich nicht zuletzt auch von der Unbefangenheit des Verteidigers und seiner Distanz zur Sache abhängig¹⁰⁹¹. Dieser Gedankengang liege auch den in §§ 138a ff. und 146 StPO normierten prozessualen Ausschlussgründen für Verteidiger zugrunde¹⁰⁹².

Tatsächlich bestimmt insbesondere § 138a Abs.1 Nr.3 StPO den Ausschluß eines Verteidigers vom Verfahren, wenn er zumindest hinreichend verdächtig ist, eine Handlung begangen zu haben, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre. Zwar werden hiermit lediglich die §§ 257-259 StGB angesprochen und nicht auch der Geldwäschetatbestand. Zu konstatieren sei aber eine gleichgelagerte Interessenlage, die eine Anwendung von § 138a Abs.1 StPO auch auf die Geldwäsche gebiete, da es sich bei § 261 StGB strukturell um ein die §§ 257 ff. StGB ergänzendes Nachtatdelikt handle, das zu den Vermögensdelikten des Vortäters die gleichen Interessenkollisionen indiziere wie die Hehlerei zu vorhergegangenen Eigentumsdelikten¹⁰⁹³. Ermittelten nun die Strafverfolgungsbehörden gegen den Verteidiger wegen des Verdachts einer Geldwäsche durch Annahme kontaminierten Honorars, so nehme dieser zwangsläufig selbst die Prozessrolle eines Beschuldigten ein¹⁰⁹⁴. Damit aber habe der in die Geldwäscheproblematik verwickelte Strafverteidiger nun wegen einem

¹⁰⁸⁶ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.442

¹⁰⁸⁷ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O.

¹⁰⁸⁸ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O. und ähnlich Köck, öAnwBl 2002, S.21

¹⁰⁸⁹ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.443 f.

¹⁰⁹⁰ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.444

¹⁰⁹¹ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.443 und 444

¹⁰⁹² Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.444

¹⁰⁹³ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.444 und 447

¹⁰⁹⁴ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.445

gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren Eigeninteressen zu vertreten, die die erforderliche Unbefangenheit im Sinne von § 138a StPO ausschließen und damit letztlich auch die Qualität seiner Dienstleistung bedrohten¹⁰⁹⁵.

Für die Geldwäscheproblematik folge hieraus schließlich, daß der Verteidiger in solchen Fällen Ermittlungsimmunität genießen müsse, da ansonsten das rechtsstaatlich gebotene Ziel einer institutionellen Vorsatzlösung, nämlich der Schutz der Wahlverteidigung insgesamt durch den strafrechtlichen Schutz des Verteidigers selbst, prozessual unterlaufen werden könne¹⁰⁹⁶. Zu beachten sei aber, daß Verteidigerinteressen nur als Reflex rechtsstaatlich geschützter Beschuldigteninteressen relevant seien¹⁰⁹⁷. Daher könne die Ermittlungsimmunität nur bis zur Niederlegung des Mandats oder bis zum rechtskräftigen Abschluß des Strafverfahrens Bestand haben¹⁰⁹⁸.

b. Kritische Würdigung

Gerade der letzte Satz zeigt aber die Schwäche der Kombination „Vorsatzlösung / Ermittlungsimmunität“ auf: Zwar würde durch die Ermittlungsimmunität ein weitestgehend unbeeinträchtigtes Verteidigungsinnenverhältnis gewährleistet und damit die Qualität der Wahlverteidigung an sich gesichert. Auch würden durch die erhöhten Anforderungen an die subjektive Einstellung des Verteidigers im Ergebnis sicherlich nur wenige Fälle zu einer Verurteilung wegen Geldwäsche führen. Allerdings bedeutet dies nicht, daß die Strafverfolgungsbehörden nicht zumindest einen entsprechenden Anfangsverdacht hierfür als gegeben erachten könnten. Zu einem Ermittlungsverfahren gegen den Strafverteidiger käme es Dank der geforderten Ermittlungsimmunität freilich erst nach rechtskräftigem Abschluß des Verfahrens gegen den Mandanten. Gerade aber, wenn dieser rechtskräftig verurteilt würde, bestünde die Gefahr, daß der Anfangsverdacht einer Geldwäsche gegen den Verteidiger bejaht werden könnte.

Zwar beträfe dies dann nicht mehr den Mandanten. Dennoch stellt sich aber die Frage, ob ein Verteidiger bei entsprechender Kenntnis und sachkundiger Einschätzung sehenden Auges auf ein gegen ihn gerichtetes Ermittlungsverfahren zusteuern wollte. Schließlich würden ihm bei einer Verurteilung zum Teil massive straf- und berufsrechtliche Konsequenzen drohen. Und selbst im Falle eines Freispruches oder einer Verfahrenseinstellung darf nicht verkannt werden, daß wohl gerade in kleineren Gerichtsbezirken die Nachricht eines anhängigen Geldwäscheverfahrens gegen einen Anwalt sowohl bei dessen Kollegen, wie auch bei potentiellen und tatsächlichen Mandanten auf Interesse stoßen dürfte und gar

¹⁰⁹⁵ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.443

¹⁰⁹⁶ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.447

¹⁰⁹⁷ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O., S.443

¹⁰⁹⁸ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, a.a.O.

eine rufschädigende Tendenz entwickeln könnte¹⁰⁹⁹.

Wohl nur die wenigsten Verteidiger würden bei entsprechender Prognose das Mandatsverhältnis aufrecht erhalten wollen. Vielmehr darf davon ausgegangen werden, daß sie das Mandat schon dann niederlegen würden, wenn nach ihrer Ansicht für die Strafverfolgungsbehörden genügender Anlaß bestehen könnte, einen Anfangsverdacht zu bejahen und nach Abschluß des Verfahrens gegen den Mandanten gegen sie selbst wegen des Verdachts der Geldwäsche zu ermitteln. In Anbetracht der mehrfach angesprochenen praktischen Einschätzung hinsichtlich des Anfangsverdachts dürfte dieser Zeitpunkt bei vielen Mandatsverhältnissen in entsprechenden Vortatfällen schon sehr früh erreicht sein.

Zusammenfassend wäre zwar durch die institutionelle Vorsatzlösung nebst prozessualer Ermittlungsimmunität in der Theorie eine effektive Strafverteidigung zugunsten des wegen einer Geldwäschევortat beschuldigten Mandanten gewährleistet. In der Praxis liefe dieser Lösungsansatz aber doch wieder darauf hinaus, daß die Mehrheit der Strafverteidiger das Mandat wegen der Angst vor straf- und berufsrechtlichen Konsequenzen oder zumindest zur Wahrung ihres Rufes niederlegten. Damit aber wäre der beschuldigte Mandant letztlich erneut auf die nur vielleicht vorhandene Möglichkeit einer Pflichtverteidigung zu verweisen und damit nicht viel besser gestellt, als es auch ohne die erhöhten Anforderungen an den subjektiven Tatbestand und die geschaffene Verteidigungsimmunität der Fall wäre.

Die Lösung von Grüner und Wasserburg läuft damit auf eine nur temporäre Immunisierung¹¹⁰⁰ der Strafverteidigung hinaus und ist daher meines Erachtens ebenfalls abzulehnen¹¹⁰¹.

5. Zum Erfordernis einer Vorteilssicherungsabsicht (DEUTSCHER ANWALTSVEREIN, 1992)

a. Inhalt

In einer Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 22.01.1992 hatten Vertreter des DEUTSCHEN ANWALTSVEREINS bereits vor Erlaß des OrgKG und damit vor Einfügung von § 261 in das deutsche Strafgesetzbuch gefordert, bei beruflich

¹⁰⁹⁹ Vgl. schon BEULKE, JR 1994, S.120 f.

¹¹⁰⁰ Vgl. zu diesem Begriff BERNSMANN, StraFo 2001, S.349

¹¹⁰¹ I.E. der gleichen Auffassung, aber mit abweichender Begründung, sind der BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2894 sowie hierauf bezugnehmend KÖCK, öAnwBI 2002, S.23 und BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.586 sowie HOMBRECHER, S.143; a.A. ist AMBOS, JZ 2002,

erbrachten Leistungen eine strafbare Geldwäsche nur bei Vorteilssicherungsabsicht anzunehmen¹¹⁰². Dieser Gedanke hätte bei einem Vergleich von § 261 StGB mit den klassischen Anschlussstaten der §§ 257 bis 259 StGB sogar nahegelegen¹¹⁰³. Schließlich macht sich nach § 257 Abs.1 StGB nur derjenige der Begünstigung strafbar, der in der Absicht handelt, dem anderen die Vorteile der Tat zu sichern. Und auch die Bestrafung wegen Hehlerei hängt gemäß § 259 Abs.1 StGB davon ab, daß der Täter in Bereicherungsabsicht handelt.

b. Kritische Würdigung

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen dazu, daß sich der Gesetzgeber diesen Erwägungen letztlich verschlossen hat. Im übrigen wäre das Strafverteidigerproblem auch bei einer anderen Entscheidung des Gesetzgebers nicht endgültig gelöst worden. Denn selbst beim Erfordernis eines dolus directus ersten Grades würden sich die Strafverfolgungsbehörden wohl in der Praxis kaum davon abhalten lassen, des öfteren einen Anfangsverdacht bezüglich einer Geldwäsche zu bejahen. Der daran anschließende gedankliche Fortgang in Bezug auf Ermittlungsmaßnahmen, Eingriffe in das Verteidigungsinnenverhältnis, Qualitätsverlust der Strafverteidigung et cetera braucht hier nicht nochmals wiederholt werden.

III. Ergebnis

Eine problemangemessene Lösung ist innerhalb des Tatbestandes von § 261 StGB meines Erachtens nicht zu finden.

Festzuhalten bleibt dabei insbesondere, daß die objektiv-tatbestandlich orientierten Ansätze überwiegend abzulehnen sind, weil sie zum Teil aufgrund des entgegenstehenden Willens des historischen Gesetzgebers dogmatisch nicht haltbar und anderenteils problematisch hinsichtlich des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes sind.

Eine zwar an sich taugliche Lösung besteht in der Schaffung eines gesetzlichen Honorarprivilegs, da aufgrund einer Herausnahme von Strafverteidigerhonorar aus dem Anwendungsbereich des § 261 StGB zwar durchaus die (verfassungsrechtlich bedeutsame) Problematik sowohl für den Beschuldigten als auch für den Anwalt an sich eine angemessene und erfolgreiche Behandlung erführe. Jedoch bedürfte es zur

S.76

¹¹⁰² Vgl. die Nachweise bei HARTUNG, AnwBl 1994, S.440 f. und BARTON, StV 1993, S.157

Vermeidung eines Missbrauchs dieses Strafverteidiger-Bonus durch Scheinhonorierungen wiederum der Einschränkung etwa durch eine Rückausnahme-Regelung. Deren konkrete Ausgestaltung dürfte sehr schwierig sein. Eine umfassende Eindämmung der Gefahr, daß Verteidiger als Geldwäschestellen missbraucht werden könnten, ist praktisch aber wohl nicht zu erreichen.

Demgegenüber ist sämtlichen Ansätzen im Bereich des subjektiven Tatbestandes gemein, daß zwar mit jeder Erhöhung der dort umschriebenen Anforderungen die Gefahr einer Verurteilung von Strafverteidigern wegen Geldwäsche zumindest in der Theorie verringert würde. Jedoch kann dies als Lösung nicht genügen – erforderlich ist vielmehr ein Ansatz, bei dem für einen Verteidiger nicht nur eine geringe, sondern überhaupt keine Gefahr besteht, sich durch die Annahme von Honorar nach § 261 StGB strafbar zu machen.

Ein weiteres schwerwiegendes Manko aller subjektiv anknüpfenden Lösungsansätze liegt darin, daß aufgrund eines in der Praxis oftmals festzustellenden, laxen Umganges der Strafverfolgungsbehörden mit dem Erfordernis des Anfangsverdachts trotzdem nicht gewährleistet werden könnte, daß gegen einen Strafverteidiger nicht wegen des Verdachts einer Geldwäsche durch Honorarannahme zumindest ermittelt wird. Bereits ein solches Ermittlungsverfahren beeinflusst das zugrundeliegende Mandatsverhältnis aber in eklatanter Weise. Eine angemessene Lösung des Honorarproblems muß daher nicht nur eine strafgerichtliche Verurteilung des Anwalts „am Ende“ verhindern, sondern bereits die anfänglichen Ermittlungen gegen ihn.

Die bloße Aufforderung der Strafverfolgungsbehörden zum gewissenhaften Umgang mit dem Anfangsverdacht erscheint dabei als geradezu rührender Gedanke, vermag aber in der Praxis nicht weiterzuhelfen.

Eine Vorsatzlösung in Verbindung mit der Schaffung einer Ermittlungsimmunität für Verteidiger verhindert zwar zugunsten des beschuldigten Mandanten die ermittlungsbedingten Eingriffe in das Mandatsverhältnis, schützt den Anwalt aber wiederum nicht ausreichend vor einer abschließenden Verurteilung und versetzt ihn damit ebenfalls nicht in die Lage, umfassend auch in Katalogtatverfahren zu verteidigen, ohne sich um seine eigene Straflosigkeit Gedanken machen zu müssen.

Eben dies ist aber erforderlich: Einem Beschuldigten muß es möglich sein, seinem Verteidiger die ganze Wahrheit über das Tatgeschehen zu offenbaren; dieser muß umgekehrt trotz dieser umfassenden Kenntnis in der Lage sein, mit einer „weißen Weste“ die Verteidigung durchzuführen, sich also nicht früher oder später einem eigenen Strafverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche ausgesetzt zu sehen.

¹¹⁰³ So auch KARGL, NJ 2001, S.59

Insgesamt hat sich gezeigt, daß die Geldwäscheproblematik in Bezug auf Verteidigerhonorar rechtsdogmatisch korrekt und angemessen weder im objektiven noch im subjektiven Tatbestand des § 261 StGB gelöst werden kann. Insofern ist KARGL meines Erachtens zuzustimmen, wenn er ausführt, daß § 261 StGB auslegungstechnisch irreparabel sei¹¹⁰⁴.

B. Lösungsansätze außerhalb des Geldwäschetatbestandes (§ 261 StGB)

Des weiteren existieren Ansätze, die die Lösung der Honorarproblematik außerhalb des Geldwäschetatbestandes wähen und auf Rechtfertigungstheorien oder strafprozessual orientierten Thesen basieren.

I. Zum Erfordernis eines prozessualen Rechtfertigungsgrundes als Mittel zur Wahrung prozessualer Chancengleichheit (BERNSMANN)

1. Inhalt

Soweit ersichtlich, hat BERNSMANN als erster versucht, einen Lösungsansatz für die deutsche Problematik nicht auf der Tatbestandsebene zu konstruieren, sondern diesen auf der Ebene der Rechtfertigung zu verankern¹¹⁰⁵.

Der Gedanke liegt dabei gar nicht so fern: Schließlich macht es gerade das Wesen der Rechtfertigungsgründe aus, daß an sich tatbestandsmäßiges Handeln im Einzelfall von der Rechtsordnung gebilligt wird, weil besondere Umstände vorliegen, deren zugrundeliegenden Interessen gegenüber dem tatbestandlichen Verbot schützenswerter erscheinen¹¹⁰⁶. Eine entsprechende Interessenabwägung ist dann auch bei dem vorliegend zu diskutierenden Problem vorzunehmen: Hier stehen sich der der Kriminalitätsbekämpfung dienende Geldwäschetatbestand einerseits und verfassungsrechtliche Garantien vor allem der freien Wahl eines Verteidigers und der freien Ausübung des Verteidigerberufes andererseits gegenüber. Es gilt daher zu überlegen, ob die eigentlich von § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB erfasste Annahme

¹¹⁰⁴ Vgl. KARGL, NJ 2001, S.57

¹¹⁰⁵ Während Bernsmann mit seiner Rechtfertigungslösung in Deutschland also „Neuland“ betreten hat, wird eine solche de lege ferenda in der spanischen Lehre vertreten und findet im englischen Recht bereits jetzt eine gesetzliche Grundlage (vgl. hierzu die rechtsvergleichenden Ausführungen von AMBOS, JZ 2002, S.79 f.).

kontaminierten Verteidigerhonorars nicht ausnahmsweise im Hinblick auf die erwähnten Grundrechte gerechtfertigt sein müsste.

BERNSMANN führt zutreffend aus, daß hierfür die üblichen Rechtfertigungsgründe nicht in Betracht kommen¹¹⁰⁷:

§ 32 StGB führe hier nicht zum Ergebnis¹¹⁰⁸. Tatsächlich scheitert der einzig in Betracht kommende Gedanke, ein Verteidiger könne sich möglicherweise auf Nothilfe stützen, wenn er durch seine Handlungen den beschuldigten Mandanten vor einer möglicherweise unberechtigten Verurteilung schützen will, bereits an der in § 32 Abs.2 StGB vorausgesetzten Notwehrlage¹¹⁰⁹. Diese setzt nämlich einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraus, wobei dieser sich bei der Nothilfe nicht auf das Rechtsgut des Hilfeleistenden bezieht, sondern auf das eines Dritten¹¹¹⁰. Zwar kann man in den staatlichen Ermittlungsmaßnahmen ohne Zweifel eine unmittelbar bevorstehende oder noch nicht abgeschlossene Verletzung eines Rechtsguts¹¹¹¹ und mithin einen Angriff auf den Beschuldigten sehen¹¹¹². Dieser steht aber in aller Regel nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung und ist damit zumeist nicht rechtswidrig¹¹¹³. Vielmehr sind die ausführenden Organe in aller Regel durch Ermächtigungsnormen aus der Strafprozessordnung zur Vornahme entsprechender Handlungen befugt. Diese Befugnis kommt ihnen selbst dann zu, wenn die Ermittlungen anschließend nach § 170 Abs.2 StPO eingestellt werden oder der Beschuldigte rechtskräftig freigesprochen wird¹¹¹⁴. Damit sind selbst Angriffe auf zu Unrecht Beschuldigte beispielsweise über die Ermächtigungsnormen von den §§ 81a und 127 Abs.2 StPO gerechtfertigt¹¹¹⁵, dies allein deswegen, weil sie im Verdacht einer Straftat standen¹¹¹⁶. Noch unproblematischer sei es daher nach Auffassung von BERNSMANN, die Rechtswidrigkeit eines ermittlungstechnischen Angriffs dann zu verneinen, wenn sich hiernach der Schuldvorwurf bestätigt.

Andere „herkömmliche“ Rechtfertigungsgründe werden von Bernsmann nicht diskutiert, sind meines Erachtens aber auch schon ihrer Rechtsnatur wegen nicht einschlägig. Insbesondere ist kein rechtfertigender Notstand gemäß § 34 StGB anzunehmen, da ein Strafprozeß keinen ungewöhnlichen Zustand darstellt, in dem nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens nahe liegt – selbst dann nicht, wenn der Prozeß mit einem Pflichtverteidiger bestritten werden muß¹¹¹⁷. Eines

¹¹⁰⁶ Vgl. Schönke / Schröder, StGB, LENCKNER, Vor §§ 32 ff., Rn.6 f.

¹¹⁰⁷ Vgl. BERNSMANN, StV 2000, S.43

¹¹⁰⁸ Vgl. BERNSMANN, StV 2000, S.43

¹¹⁰⁹ Vgl. auch Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 32, Rn.2 und auch HOMBRECHER, S.145

¹¹¹⁰ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.6 f.

¹¹¹¹ Vgl. zu dieser Definition Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.4

¹¹¹² So auch BERNSMANN, a.a.O.

¹¹¹³ Vgl. zu dieser Definition Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.11

¹¹¹⁴ So BERNSMANN, a.a.O.

¹¹¹⁵ So BERNSMANN, a.a.O.

¹¹¹⁶ So BERNSMANN, a.a.O., S.44

¹¹¹⁷ So auch HOMBRECHER, S.146

solchen Zustandes bedürfte es aber für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals einer Gefahr im Sinne von § 34 StGB.

BERNSMANN spricht sich daher für einen ungeschriebenen prozessualen¹¹¹⁸ Sonder-Rechtfertigungsgrund für Strafverteidiger¹¹¹⁹ aus und begründet diesen Ansatz wie folgt:

Wenn staatliche Ermittlungsmaßnahmen allein aufgrund eines bestehenden Verdachts wegen einer Straftat selbst gegen Unschuldige gerechtfertigt sind, um die Durchführung eines Strafverfahrens zu sichern, müsse auch der Gegenseite zur Ermöglichung beziehungsweise Bewahrung der Voraussetzung einer effizienten Verteidigung ein vergleichbarer, vorläufiger, ebenfalls ausschließlich verdachtsgestützter Rechtfertigungsbonus zukommen¹¹²⁰. Während für den Staat also die Verfahrenssicherung auf Basis einer Schuldvermutung gerechtfertigt sei, gelte das gleiche für die Absicherung der Verteidigung durch die mit Verfassungsrang ausgestattete Unschuldsvermutung¹¹²¹. Daher müsse der Beschuldigte im prozessualen Kontext mit der Verteidigung so lange als unschuldig behandelt werden, wie er umgekehrt zur Verfahrenssicherung als prognostisch schuldig behandelt wird¹¹²².

Übertragen auf die Strafverteidigerproblematik bedeute dies, daß der Verteidiger um der Abwehr aller staatlichen Eingriffe in das Verteidigungsverhältnis willen von der Unschuld des Mandanten ausgehen kann und weiter, daß allein das Vorliegen eines Verteidigungsauftrages die Entgegennahme eines Honorars rechtfertige und den auf dem Geld lastenden Verdacht der Kontaminierung durch eine Vortat neutralisiere¹¹²³.

2. Kritische Würdigung

Zumindest auf den ersten Blick vermag die Rechtfertigungslösung Bernsmanns zu überzeugen, beseitigt sie doch im Gegensatz vor allem zu den subjektiven Tatbestandslösungen die ausnahmslose Strafbarkeit des Strafverteidigerhandelns nach § 261 StGB mitsamt den schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen¹¹²⁴.

Auch spricht aus methodologischer Sicht wenig gegen eine Lösung durch einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund: Das deutsche Strafrecht kennt nämlich

¹¹¹⁸ Vgl. BERNSMANN, a.a.O., S.43

¹¹¹⁹ Vgl. BERNSMANN, a.a.O., S.45

¹¹²⁰ Vgl. BERNSMANN, StV 2000, S.44

¹¹²¹ Vgl. BERNSMANN, a.a.O., S.44

¹¹²² Vgl. BERNSMANN, a.a.O.

¹¹²³ Vgl. BERNSMANN, a.a.O.

¹¹²⁴ So auch GOTZENS / SCHNEIDER, wistra 2002, S.129

keinen *numerus clausus* gesetzlich erfasster Rechtfertigungsgründe¹¹²⁵; die bereits bestehenden nicht normierten Rechtfertigungsgründe insbesondere der rechtfertigenden oder mutmaßlichen Einwilligung und der rechtfertigenden Pflichtenkollision sind nach überwiegender Auffassung anerkannt¹¹²⁶. Auch ist das den Rechtfertigungsgründen immanente Prinzip des überwiegenden Interesses gewahrt, da das Interesse an einem fairen Strafverfahren das Interesse an der Bestrafung des Verteidigers wegen Geldwäsche meines Erachtens überwiegt¹¹²⁷.

Eine nähere Betrachtung deckt aber dann doch die Schwächen in Bernsmanns Argumentation auf:

Noch einleuchtend ist meiner Auffassung nach, daß bereits das Vorliegen eines Verteidigungsauftrages die Entgegennahme eines Honorars rechtfertigen soll. Zwar geht es bei der Honorarannahme um eine Handlung, die den strafprozessualen Handlungen der Strafverfolgungsbehörden nicht entspricht, insbesondere weil sie nämlich keine Prozesshandlung, sondern eine dem persönlichen Bereich des Strafverteidigers zuzurechnende Handlung ist¹¹²⁸. Die „ästhetische Spiegelbildlichkeit“¹¹²⁹ liegt aber darin, daß die Strafverfolgungsbehörden unter dem bloßen Verdacht einer Straftat zu Ermittlungsmaßnahmen ermächtigt sind und als Ausgleich hierfür der Verteidiger straflos in der Lage sein muß, diesen Verdacht zu entschärfen. Aus diesem Grund muß die Entgegennahme des Verteidigerhonorars immer schon dann gerechtfertigt sein, sobald ein Verteidigungsauftrag übernommen wurde.

Nicht zutreffend ist es dann aber, aus der für den Mandanten streitenden Unschuldsvermutung einen strafprozessualen Rechtfertigungsgrund für den Anwalt herzuleiten. Schließlich gilt die Unschuldsvermutung doch alleine im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Beschuldigten; auf Dritte ist sie hingegen nicht übertragbar¹¹³⁰. Dies muß meines Erachtens selbst dann gelten, wenn der Beschuldigte von einer derartigen Übertragung auf seinen Anwalt mittelbar profitieren würde.

Neben der Sache liegen Bernsmanns Ausführungen auch, wenn er meint, der Strafverteidiger könne stets von der Unschuld seines Mandanten ausgehen¹¹³¹. Dies stimmt selbst dann nicht uneingeschränkt, wenn der Klient seinem Strafverteidiger gegenüber die Unschuld beteuert oder ihn über seine Schuld im Unklaren läßt. Wenn nämlich der Jurist Zweifel an der Unschuld seines Mandanten hat, darf er

¹¹²⁵ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, Vor § 32, Rn.1

¹¹²⁶ Vgl. hierzu Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.3 ff.. Zu den bestehenden Bedenken gegen eine unmittelbare Anknüpfung an vorrechtliche Wertmaßstäbe im Hinblick auf die Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes vgl. Leipziger Kommentar, StGB, HIRSCH, Vor § 32, Rn.34 i.V.m. Rn.13.

¹¹²⁷ So auch AMBOS, JZ 2002, S.76

¹¹²⁸ Vgl. KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2042 f.

¹¹²⁹ Vgl. zu dieser Begrifflichkeit HEFENDEHL, FS-Roxin (2001), S.155

¹¹³⁰ So auch SCHMIDT, JR 2001, S.451 und der BGH, Urteil v. 04.07.2001, NJW 2001, S.2893

diese sich selbst gegenüber durchaus kritisch hinterfragen, nur darf er die Zweifel nicht nach außen hin offenbaren¹¹³². Erst recht muß er zugunsten einer zweckmäßigen Verteidigung dann von den Realitäten ausgehen, wenn ihm sein Mandant geständig den Schuldvorwurf bestätigt¹¹³³.

Damit aber fällt zumindest in den letztgenannten Konstellationen die Grundlage für den besonderen Rechtfertigungsgrund weg, die ja gerade darin besteht, daß der Strafverteidiger die Verteidigung soll durchführen können, weil er von der Unschuld seines Mandanten ausgeht. Wenn der Anwalt aber nun von der Schuld seines Klienten erfahren hat, wurde hiermit die Unschuldsvermutung zumindest im Innenverhältnis der Verteidigung widerlegt. Daß auch der schuldige und geständige Mandant einen Anspruch auf Wahlverteidigung hat¹¹³⁴, soll dabei nicht konterkariert werden – im Gegenteil. Nur kann die Unschuldsvermutung spätestens in diesem Fall meines Erachtens nicht mehr zur Begründung eines Rechtfertigungsgrundes für den Anwalt taugen.

Festzuhalten bleibt daher, daß eine Begründung des besonderen Rechtfertigungsgrundes mittels der Unschuldsvermutung allenfalls in den Fällen überzeugen kann, in denen der Anwalt von der Unschuld seines Mandanten überzeugt ist oder zumindest hiervon ausgehen muß, keinesfalls aber, wenn er von dessen Schuld weiß.

Eine Auftrennung derart, daß im letztgenannten Fall die Strafverteidigung samt Honorarannahme nicht gerechtfertigt sein soll und in den anderen Fällen schon, kommt wohl bereits unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots nicht in Betracht. Außerdem würde hierdurch letztlich wieder nur eine teilweise Lösung des Problems erreicht: Schließlich würde der Verteidiger eines geständigen Mandanten in Kenntnis dieser Rechtfertigungslage erneut vor der Wahl stehen, das Mandat niederzulegen oder es unter dem Damoklesschwert einer eigenen Geldwäschestrafbarkeit weiterzuführen. Geholfen wäre damit also nur den nicht-geständigen Mandanten. Diese wiederum würden sich – sofern sie als juristische Laien denn in die Rechtfertigungsproblematik eingeweiht wären – davor hüten, ihrem Verteidiger reinen Wein einzuschenken, um diesen nicht zur Mandatsniederlegung zu bewegen. Die Auswirkungen einer unzureichenden Information auf die Effektivität der Verteidigung wurden bereits mehrfach erläutert.

Ein weiteres Argument gegen die Rechtfertigungslösung ist darin zu sehen, daß für Rechtfertigungsgründe gerade ihre Geltung über den einzelnen Deliktstatbestand hinaus als typisch angesehen wird¹¹³⁵. Eine Auswirkung der bei Umsetzung des

¹¹³¹ So auch KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2042 und der BGH, a.a.O.

¹¹³² So auch KATHOLNIGG, a.a.O.

¹¹³³ So auch KATHOLNIGG, a.a.O.

¹¹³⁴ A.A. ist etwa AMBOS, JZ 2002, S.82

¹¹³⁵ Vgl. ROXIN, S.234, Rn.20

Vorschläge von Bernsmann erreichten Strafflosigkeit der bloßen Entgegennahme eines Verteidigerhonorars auf andere Tatbestände ist aber keineswegs ersichtlich¹¹³⁶. Demnach würde sich ein ungeschriebener prozessualer Rechtfertigungsgrund für Strafverteidiger ausschließlich auf § 261 StGB beziehen und damit dem Naturell der Rechtfertigungsgründe widersprechen.

Im übrigen wird auch durch dieses Denkmodell der Wille des Gesetzgebers rigoros missachtet, indem unabhängig vom Wortlaut des § 261 Abs.2 Nr.1 StGB tatbestandsmäßiges Verhalten durch eine widersprechende höhere Norm gerechtfertigt wird und dabei noch nicht einmal auf den objektiven Gehalt der Norm angewiesen ist¹¹³⁷.

Insgesamt ist daher die Rechtfertigungslösung Bernsmanns meines Erachtens ebenfalls abzulehnen¹¹³⁸.

II. Zur Tauglichkeit der Möglichkeiten einer Verfahrenseinstellung als formell-rechtlicher Lösungsansatz (KARGL)

1. Inhalt

KARGL hält es für naheliegend, das materiell-rechtlich unlösbare Problem der Strafbarkeit alltäglichen Verhaltens über eine Einstellung des Verfahrens wegen geringer Schuld gemäß § 153 StPO aus der Welt zu schaffen¹¹³⁹.

2. Kritische Würdigung

Eine wirkliche Lösung des Honorarproblems liegt indes in dem Vorschlag Kargls meines Erachtens nicht. Schließlich handelt es sich sowohl bei der staatsanwaltschaftlichen Einstellung gemäß § 153 Abs.1 StPO als auch bei der gerichtlichen Einstellung nach § 153 Abs.2 StPO um Ermessensvorschriften. Selbst wenn also die Voraussetzungen eines Absehens von der Verfolgung wegen

¹¹³⁶ So auch MÜTHER, Jura 2001, S.323

¹¹³⁷ Vgl. schon KARGL, NJ 2001, S.63. In ähnliche Richtung gehen wohl auch die Ausführungen von AMBOS, JZ 2002, S.82; OTTO, JZ 2001, S.440 und WOHLERS, StV 2001, S.424.

¹¹³⁸ So i.E. auch: GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.436; KATHOLNIGG, NJW 2001, S.2042 f.; KARGL, NJ 2001, S.63; HEFENDEHL, FS-Roxin (2001), S.157; WOHLERS, StV 2001, S.424; OTTO, JZ 2001, S.440 u.a.. A.A. ist HOMBRECHER, S.159

¹¹³⁹ Vgl. KARGL, NJ 2001, S.61

Geringfügigkeit vorliegen, wird die Staatsanwaltschaft lediglich dazu ermächtigt, aber nicht verpflichtet, von der Verfolgung der Tat abzusehen (§ 153 Abs.1 S.1 StPO). Gleiches gilt hinsichtlich der Einstellungsmöglichkeit des Gerichts (§ 153 Abs.2 S.1 StPO). Aufgrund dieser Ermessensspielräume kann ein Strafverteidiger also keineswegs davon ausgehen, daß von der Strafverfolgung abgesehen wird. Im übrigen sind diese Möglichkeiten regelmäßig wegen § 153 Abs.1 S.1, Abs.2 S.1 StPO auch noch von den Zustimmungen des Gerichts beziehungsweise der Staatsanwaltschaft und in den Fällen von § 153 Abs.2 S.1 StPO sogar zusätzlich von der des Angeschuldigten abhängig.

WOHLERS bringt es auf den Punkt, wenn er fragt, ob man sich damit beruhigen soll, kann und darf, daß der gesunde Menschenverstand der Strafverfolgungsorgane Exzesse schon verhindern wird¹¹⁴⁰. Die Antwort auf diese Frage gibt er schließlich selbst, wenn er nachfolgend ausführt, daß es wohl gerade Sinn und Funktion einer jeden Rechtsordnung sei, die Notwendigkeit des Vertrauens auf das vernünftige Verhalten der Obrigkeit auszuschließen¹¹⁴¹.

III. Zu einer rechtspolitischen Änderung der deutschen Vorschrift über den Verteidiger-Ausschluss in § 138a StPO entsprechend § 63 öStPO-E (in Anlehnung an BURGSTALLER)

1. Inhalt

BURGSTALLER meint, daß das Problem der Verteidigerhonorare in Österreich dadurch gelöst werden könne, indem man einen Rechtsanwalt als Verteidiger im Vortat-Verfahren ausschliesse, sobald er Beschuldigter im Geldwäsche-Verfahren würde¹¹⁴². Zwar enthalte das geltende österreichische Recht keine entsprechende Regelung¹¹⁴³. Insbesondere sehe § 40 Ziff.1 der österreichischen Strafprozessordnung (öStPO¹¹⁴⁴) einen Ausschluß als Verteidiger nur für solche Personen vor, die als Zeuge zu derselben Hauptverhandlung vorgeladen worden sind; damit enthalte die Vorschrift nach heutigem rechtsstaatlichen Standard für den

¹¹⁴⁰ Vgl. WOHLERS, ZStrR 2002, S.198 zu der Einschätzung von ARZT (ZStrR 1989, S.192), nach der Fälle der Honorarannahme durch Strafverteidiger in der Schweiz wohl kaum zu Ermittlungsverfahren wegen Geldwäscherei führen würden.

¹¹⁴¹ Vgl. WOHLERS, a.a.O.

¹¹⁴² Vgl. BURGSTALLER, öAnwBI 2001, S.586

¹¹⁴³ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.587 und ihm folgend KÖCK, öAnwBI 2002, S.21

¹¹⁴⁴ Die offizielle Kurzbezeichnung für die österreichische Strafprozessordnung lautet ebenso wie in der Bundesrepublik Deutschland schlicht „StPO“. Zur Vermeidung von Verwechslungen wird in dieser Arbeit das Kürzel „öStPO“ verwandt.

gemachten Vorschlag keinen tragfähigen Anknüpfungspunkt¹¹⁴⁵.

Köck ergänzt dahingehend, daß die früher vielfach, heute aber nur noch vereinzelt befürwortete analoge Anwendung von § 40 öStPO auf die Betreibung der Verteidigung mit kriminellen Mitteln¹¹⁴⁶ mit Blick auf das Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsprinzip problematisch sei¹¹⁴⁷.

Allerdings solle durch einen aktuellen Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes des österreichischen Bundesjustizministeriums¹¹⁴⁸ eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage in § 63 Abs.1 öStPO-E für den gemachten Vorschlag geschaffen werden¹¹⁴⁹. Die Vorschrift soll abschließend und in Anlehnung an die deutsche Vorschrift in § 138a StPO die strafprozessualen Ausschließungsgründe regeln und die bisherige Vorschrift des § 40 öStPO ablösen¹¹⁵⁰. Nach § 63 Abs.1 öStPO-E soll der Verteidiger bei dringendem Verdacht der Kollusion mit dem Beschuldigten künftig zwingend mit Gerichtsbeschluß auszuschließen sein¹¹⁵¹. Diese Ausschließung soll voraussetzen, daß der Verteidiger einer der dann in den Ziffern 1 bis 3 angeführten Taten dringend verdächtig ist, also der bezeichnete Ausschließungsgrund nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände mit großer Wahrscheinlichkeit gegeben ist¹¹⁵². Ausschlussgründe sind dabei zunächst die Beteiligung an der dem Beschuldigten zur Last gelegten strafbaren Handlung (Ziffer 1) oder der Missbrauch des ungehinderten Verkehrs mit dem verhafteten Beschuldigten (Ziffer 2). Schließlich sollen aber ausweislich Ziffer 3 auch strafgesetzwidrige Deckungshandlungen, wie etwa Begünstigung, Hehlerei oder Geldwäsche, die sich auf die den Gegenstand des Verfahrens bildenden strafbaren Handlungen des Beschuldigten beziehen, zu einem Ausschluß des Verteidigers führen¹¹⁵³.

2. Kritische Würdigung

Festzustellen ist zunächst, daß sich die für Österreich geplante Vorschrift in § 63 Abs.1 öStPO-E zwar einerseits im Wesentlichen sehr stark an unserem § 138a Abs.1 StPO orientiert. Andererseits bestehen gerade in den bedeutungsvollen jeweiligen Ziffern 3 Unterschiede insofern, als für Österreich de lege ferenda Straftaten der Begünstigung, der Hehlerei und der Geldwäsche mit

¹¹⁴⁵ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O.

¹¹⁴⁶ Vgl. diesbezüglich BURGSTALLER, a.a.O., S.587, Fn.76 und KÖCK, a.a.O., S.21, Fn.44

¹¹⁴⁷ Vgl. KÖCK, a.a.O., S.22

¹¹⁴⁸ Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes (ZI 578.017 / 10-II.3 / 2001), download möglich im Internet unter [<http://www.parlinkom.gv.at>]

¹¹⁴⁹ Vgl. BURGSTALLER, a.a.O., S.587 und KÖCK, a.a.O., S.22

¹¹⁵⁰ Vgl. Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes, S.102 (siehe bereits Fn.1148)

¹¹⁵¹ Vgl. a.a.O.

¹¹⁵² Vgl. a.a.O.

¹¹⁵³ Vgl. a.a.O.

Bezug auf die dem Beschuldigten vorgeworfenen strafbaren Handlungen zum Verteidigerausschluß führen könnten, während in Deutschland *de lege lata* eine Handlung des Verteidigers erforderlich ist, die für den Fall der Verurteilung des beschuldigten Mandanten eine Begünstigung, eine Strafvereitelung oder eine Hehlerei wäre. Da der deutsche Gesetzgeber die Geldwäsche gemäß § 261 StGB also gerade nicht in den Katalog der Ausschlussgründe eingegliedert hat¹¹⁵⁴ und die Regelung des § 138a StPO abschließend ist¹¹⁵⁵, besteht derzeit keine Möglichkeit, den Vorschlag von Burgstaller in Deutschland in direkter und schon gar nicht in analoger Anwendung von § 138a Abs.1 Ziff.3 StPO umzusetzen. Hierfür bedürfte es zumindest eines entsprechenden rechtspolitischen Eingriffs in den Tatbestand.

Aber selbst, wenn hiernach der dringende Tatverdacht einer auf die Tat seines Mandanten bezogenen Geldwäsche gegenüber dem Strafverteidiger dessen Ausschluß begründen könnte, stellt sich doch endlich die Frage, inwiefern hierin eine Lösung für das zugrundeliegende Honorarproblem erblickt werden kann.

Zur Beantwortung dieser Frage soll nochmals kurz dargestellt werden, welche Auswirkungen eine hier für angemessen erachtete Lösung haben sollte: Der Strafverteidiger sollte ohne Angst vor einem eigenen Ermittlungsverfahren und nachfolgenden strafprozessualen Verfahren seinen Aufgaben nachkommen und dem Mandanten ein guter Beistand sein können und hierfür auch angemessenes Honorar entgegennehmen dürfen. Der beschuldigte Mandant hingegen soll seinen Anspruch auf ein faires Verfahren verwirklichen können, indem er einen nicht auf eigene Strafbarkeitsprobleme fixierten Verteidiger wählt.

Hiernach kann die Frage, ob Burgstallers Ansatz eine Lösung für das Strafverteidigerproblem darstellen kann, nach meiner Ansicht nur mit einem klaren Nein beantwortet werden. Schließlich würde dem Anwalt hierdurch in nahezu allen Verfahren, in denen er Mandanten wegen geldwäschetauglichen Vortaten im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB verteidigen möchte, eben diese Möglichkeit genommen, da er als Verteidiger *de lege ferenda* nach § 138a Abs.1 Ziff.3 StPO von dem Verfahren ausgeschlossen würde. Dann hätte der Rechtsanwalt nicht einmal mehr die derzeit noch bestehende Freiheit, selbst darüber zu entscheiden, ob er sich des Mandats annimmt und hierbei eventuell das Risiko einer Geldwäsche-Strafbarkeit trägt. Entsprechend hat der wegen einer Geldwäsche-Vortat beschuldigte Rechtsuchende momentan immerhin noch eine gewisse, wenn auch sehr geringe Chance, einen Wahlverteidiger mit seinem Anliegen zu beauftragen, wohingegen zukünftig die Möglichkeit der Wahlverteidigung nicht nur faktisch weitgehend

¹¹⁵⁴ Siehe dazu in etwas anderem Zusammenhang bereits die Ausführungen von GRÜNER / WASSERBURG oben auf S.234 [Teil 4:A.II.4.]. KULISCH sieht in dem Entschluß des Gesetzgebers, Geldwäschehandlungen nicht zu einem Verteidigerausschluß führen zu lassen, ein Indiz dafür, daß auch die Honorarannahme durch den Strafverteidiger nicht zu einer Geldwäschestrafbarkeit führen könne (vgl. StraFo 1999, S.339).

¹¹⁵⁵ Vgl. MEYER-GÖßNER, StPO, § 138a, Rn.1

ausgeschlossen wäre, sondern der Ausschluß sogar gesetzlich vorgesehen wäre. Dies, obwohl die Ausschließung des vom Beschuldigten gewählten Rechtsanwalts einen in seiner Härte unüberbietbaren Eingriff in die Verteidigungsrechte darstellt, weil der Beschuldigte damit vom Gericht jener Person beraubt wird, der er die Verteidigung seiner Rechte und nicht zuletzt seiner Freiheit anvertraut hat¹¹⁵⁶.

Die Folge des Vorschlags von Burgstaller wäre also gerade der Gegensatz des Erwünschten: Eine weitere, massive Beschränkung der Beschuldigtenrechte auf Wahlverteidigung einerseits und eine noch stärkere Einschränkung der Anwälte in ihrer Berufsausübung andererseits¹¹⁵⁷.

IV. Ergebnis

Es hat sich gezeigt, daß die Geldwäscheproblematik in Bezug auf Verteidigerhonorar auch nicht durch die bislang bestehenden Ansätze außerhalb des Geldwäschetatbestandes zu lösen ist.

Die Schaffung eines besonderen strafprozessualen Rechtfertigungsgrundes ist argumentativ nicht vollends schlüssig zu begründen und widerspricht aufgrund ihres Einzelfallbezuges dem Wesen der Rechtfertigungsgründe.

Das bloße Vertrauen auf eine umfassende Einstellungspraxis in Geldwäscheverfahren gegen Strafverteidiger dürfte in der Praxis häufig enttäuscht werden und hilft mangels Verbindlichkeit und in Anbetracht vielfältiger Ermessensspielräume seitens der Staatsanwaltschaft und des Gerichts nicht weiter.

Lösungsansätze, die mit einem etwaigen Ausschluß des Strafverteidigers in Vortatverfahren jonglieren, entziehen dem Beschuldigten erst recht seinen Verteidiger und erreichen damit nur das Gegenteil des Gewollten.

¹¹⁵⁶ So zutreffend RECH in ihrer Stellungnahme vom 18.08.2001 zum Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes, S.19, download möglich im Internet unter [<http://www.rakwien.at>]

¹¹⁵⁷ Nur andeutungsweise meint schließlich auch BURGSTALLER, daß die von ihm vorgeschlagene Lösung „durchaus problematisch“ sei, da auf diese Weise dem Klienten der von ihm gewählte Verteidiger entzogen würde (vgl. öAnwBl 2001, S.586). So auch KÖCK, öAnwBl 2002, S.22

C. Zusammenfassung

Es wurde dargelegt, daß das Problem der Strafverteidigung unter dem Generalverdacht der Geldwäsche durch die bereits bestehenden Lösungsversuche nicht angemessen zu lösen ist.

Die vielfältigen Ansätze krankten häufig schon an ihrer dogmatischen Umsetzbarkeit und/oder könnten zumeist nur eine eingeschränkte Immunisierung des Verteidigungsverhältnisses garantieren.

Abweichend von dieser Einschätzung ist allein der Vorschlag zu bewerten, ein generelles Honorarprivileg zu schaffen. Die Schwäche dieses an sich bestechend einfachen und in vollem Umfang tauglichen Ansatzes liegt schließlich aber in seiner Missbräuchlichkeit, die praktisch selbst durch Einfügung einer Rückausnahme-Regelung kaum zu beseitigen ist.

TEIL 5: EIN EIGENER ANSATZ ZUR LÖSUNG DES HONORARPROBLEMS DURCH RECHTS- POLITISCHE ÄNDERUNGEN DES STRAFPRO- ZESSUALEN WAHL- UND PFLICHTVER- TEIDIGUNGSRECHTS UND DER STRUKTUR DES ANWALTlichen GEBÜHRENRECHTS

A. Grundsätzliche Überlegungen zu einem problemangemessenen Lösungsansatz

Die uneingeschränkte Anwendung von § 261 Abs.2 StGB auf Verteidigerhonorare würde zu einer verfassungswidrigen Verletzung von Grundrechten führen:

Das Grundrecht eines jeden Beschuldigten auf freie Wahl des Verteidigers würde dadurch verletzt, daß sich in vielen Katalog-Fällen überhaupt kein Anwalt finden ließe, der die Strafverteidigung in Anbetracht der drohenden Geldwäsche strafbarkeit übernehmen würde. Täte er es dennoch, würde aufgrund von zum Selbstschutz ergriffenen Maßnahmen oder durch strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen gegen den Anwalt die Qualität der Verteidigung leiden. Die Möglichkeit einer Pflichtverteidigung besteht demgegenüber nur in beschränktem Umfang und bietet außerdem eine in jeder Hinsicht nur zweitklassige Form des Rechtsschutzes.

Das anwaltliche Grundrecht der Berufsfreiheit (Art.12 Abs.1 GG) ist ebenfalls verletzt, weil Strafverteidiger faktisch aufgrund der Strafandrohung des § 261 Abs.2 StGB die Verteidigung in Geldwäschekatalogtaten nicht mehr ausüben könnten, ohne sich einer eigenen Strafbarkeit auszusetzen.

Schließlich ist auch ein Verfassungsverstoß gegen das Gleichheitsgrundrecht (Art.3 Abs.1 GG) festzustellen, weil es einem Strafverteidiger aufgrund straf- und berufsrechtlicher Regelungen nicht möglich wäre, wie „andere Geldwäscher“ von den Möglichkeiten tätiger Reue (§ 261 Abs.9 und 10 StGB) Gebrauch zu machen, wenn er sich denn schon dem Vorwurf der Geldwäsche aussetzen müßte.

Die richtige Form der Kritik an der momentanen Rechtslage im Geldwäschestrafrecht ist meines Erachtens nach alledem nicht die in irgendeiner Form stattfindende Uminterpretierung von § 261 StGB, sondern die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift¹¹⁵⁸, gepaart mit einer gesetzlichen Neuregelung. Von

¹¹⁵⁸ So auch GÖTZ / WINDHOLZ, AnwBI 2000, S.645

den bereits existierenden Vorschlägen käme hierbei für eine rechtspolitische Initiative aus den im vierten Teil dieser Arbeit aufgezeigten Gründen allein die Schaffung eines gesetzlich verankerten Honorarprivilegs in Betracht. Aufgrund der diesem Ansatz innewohnenden Missbrauchsgefahr soll fortan versucht werden, einen eigenen Lösungsansatz zu entwickeln, der das Honorarproblem in angemessener Weise zu lösen vermag, praktisch umsetzbar und nicht missbrauchsanfällig ist und vor allem im Einklang mit höherrangigem Recht steht.

Dabei soll von dem Grundgedanken ausgegangen werden, daß der Staat zur Institutionalisierung der formellen Defension verpflichtet ist, also die Gewähr einer effektiven Strafverteidigung zu leisten hat. Das mit dieser materiell-staatsrechtlichen Pflicht korrespondierende Grundrecht auf effektive Verteidigung steht jedem Beschuldigten zu, unabhängig davon, welcher Taten er beschuldigt wird, und auch unbeachtet seiner finanziellen Verhältnisse.

Derzeit führt die uneingeschränkte Anwendung des Geldwäschetatbestandes auf die Honorierung von Verteidigern dazu, daß jene Personen, denen die Erfüllung einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB vorgeworfen wird, kaum einen Wahlverteidiger finden können. Die Möglichkeit der Pflichtverteidigung besteht nur eingeschränkt und ist in qualitativer Hinsicht auch kein Äquivalent zur Wahlverteidigung.

Eine problemangemessene Lösung muß es daher auch einem wegen einer Geldwäschevortat Beschuldigten ermöglichen, sich des Beistandes eines gewählten Verteidigers zu bedienen. Da der Anwalt seinerseits die Verteidigung nicht kostenlos durchführen kann, will und darf, sind weiter die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß der Beschuldigte seinen Strafverteidiger auch in irgendeiner Form bezahlen kann, ohne daß sich dieser einer Geldwäsche strafbar machen würde. Eine unmittelbare Honorierung zwischen Mandant und Anwalt verbietet sich unter Hinweis auf die geltende Rechtslage und die hieraus erwachsenden, vor allem verfassungsrechtlichen Konsequenzen.

Deswegen und in Anbetracht der Existenz des § 261 Abs.6 StGB liegt der Gedanke nahe, generell einen Dritten in die Honorierungsbeziehung einzubinden. Daß hierfür ein Finanzinstitut nicht der „richtige Partner“ ist, wurde bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellt¹¹⁵⁹. Bislang unbeachtet geblieben ist hingegen die Möglichkeit, sich des Staates als Dritten zu bedienen. Unter der Voraussetzung, daß der Staat keine Straftat begeht, wenn er das Geld erlangt bevor es zu dem Strafverteidiger kommt, würde sich Letzterer wegen § 261 Abs.6 StGB durch die abschließende Annahme seines Honorars ebenfalls nicht der Geldwäsche gemäß Absatz 2 strafbar machen.

¹¹⁵⁹ Siehe dazu nochmals oben auf den S.125 ff. [Teil 3:A.III.1.a(iii)]

Dreh- und Angelpunkt des hier zugrundeliegenden, später noch zu konkretisierenden Konzepts ist also die Frage, ob sich der Staat strafbar macht, wenn er zu Zwecken einer „umgeleiteten“ Honorierung der Strafverteidigung kontaminierte Gelder erhält. Genauer müsste freilich gefragt werden, ob sich die handelnden Organe des Staates in diesen Fällen strafbar machen. Schließlich ist das deutsche Strafrecht von dem sogenannten „persönlichen Schuldgrundsatz“ geprägt¹¹⁶⁰. Danach stellt die Strafe keine wertindifferente Maßregel dar, sondern sie enthält einen sozialetischen Tadel gegen den Täter. Dieser ist nicht schon bei einem tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Verhalten statthaft, sondern erst dann, wenn die persönliche Verantwortlichkeit des Täters für die rechtswidrige Tat hinzukommt. Anknüpfungspunkt für die Verhängung einer Strafe ist somit die hinter der Tat stehende natürliche Person; gegenüber juristischen Personen oder sonstigen Personenmehrheiten ist eine Bestrafung derzeit hingegen nicht möglich¹¹⁶¹.

Zur Beantwortung der Frage nach einer etwaigen Strafbarkeit des Staates beziehungsweise seiner Organe sei nachfolgend auf einige Vorschriften inner- und außerhalb des Geldwäschestrafrechts eingegangen, aus denen sich – so viel darf vorweggenommen werden – eine strafrechtliche Sonderstellung des Staates offenbart:

So sieht etwa § 261 Abs.7 S.1 StGB ausdrücklich vor, daß Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, eingezogen werden können. Hierbei handelt es sich um eine Ausnahme von dem Grundsatz, nach dem sogenannte Beziehungsgegenstände nicht von dem Rechtsinstitut der Einziehung umfasst werden, weil sie weder sogenannte *producta sceleris*, noch *instrumenta sceleris* im Sinne von § 74 Abs.1 StGB sind¹¹⁶². Die nach § 261 Abs.7 S.1 StGB einziehbaren Gegenstände sind nämlich gerade nicht durch die Straftat hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen, sondern notwendige Gegenstände der Tat selbst¹¹⁶³. Die geldwäschebezogene Einziehungsvorschrift ist damit eine Sondervorschrift im Sinne von § 74 Abs.4 StGB¹¹⁶⁴. Die Einziehung ist dabei nach § 261 Abs.7 S.2 StGB auch unter den erweiterten Voraussetzungen des § 74a StGB möglich. Mit der Rechtskraft der Entscheidung geht das Eigentum an dem eingezogenen Geld gemäß § 74e Abs.1 StGB dann ohne Weiteres auf den Staat beziehungsweise auf den Justizfiskus über¹¹⁶⁵. Auch wenn hierdurch wegen § 74e Abs.2 StGB Rechte Dritter nicht zwangsläufig erlöschen, kann dennoch

¹¹⁶⁰ Vgl. zu diesem Begriff und den folgenden Ausführungen HÖRETH, S.104 m.w.N.

¹¹⁶¹ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, Vor § 13, Rn.33 f. und HÖRETH, a.a.O.. Zu dem international übereinstimmend erklärten Bedürfnis, im Bereich der Unternehmenskriminalität auch juristische Personen strafrechtlich und nicht nur ordnungswidrigkeitenrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können vgl. HÖRETH, a.a.O.

¹¹⁶² Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 74, Rn.10

¹¹⁶³ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O.

¹¹⁶⁴ Vgl. Tröndle / Fischer, a.a.O., Rn.10 und 19

¹¹⁶⁵ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, FISCHER, § 74e, Rn.1

zusammengefasst werden, daß der Staat durch eine etwaige Einziehung des Geldes legal Eigentum begründen kann und damit in der Lage ist, aufgrund des Rechtsinstituts der Einziehung kontaminierte Vermögenswerte zu entmakeln.

Das gleiche Ergebnis lässt sich auch hinsichtlich des Rechtsinstituts des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB konstruieren, der nach § 261 Abs.7 S.3 und 4 StGB zumindest bei gewerbs- oder bandenmäßig handelnden Tätern Anwendung findet und nach § 73e Abs.1 StGB ebenfalls zu einem Eigentumsübergang auf den Staat unter Beibehaltung der Rechte Dritter führt.

Auf die bislang nach § 261 Abs.7 S.3 StGB unter Umständen anwendbare Vermögensstrafe ist an dieser Stelle nicht mehr einzugehen, da insofern das Bundesverfassungsgericht im März 2002 entschieden hat, daß § 43a StGB mit Art.103 Abs.2 GG unvereinbar und damit nichtig ist¹¹⁶⁶.

Außerhalb des Geldwäschestrafrechts fällt auf, daß etwa nach § 40 AO für die Besteuerung unerheblich ist, ob ein Verhalten, welches den Tatbestand eines Steuergesetzes ganz oder teilweise erfüllt, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Hiernach müssen also Einkünfte aus Katalogtaten im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB zur Erhaltung der sogenannten Steuergerechtigkeit¹¹⁶⁷ ebenso versteuert werden, wie legal erwirtschaftete Einkünfte. Durch Erhebung entsprechender Steuern für geldwäschetaugliche Einkünfte erhält der Staat also ebenfalls kontaminiertes Geld.

Schließlich sei auch noch auf die gängige Praxis des Staates hingewiesen, sich von einem Verurteilten im Rahmen der Kostenvollstreckung zur Erstattung von Verfahrenskosten gemäß § 465 StPO bemakeltes Geld zahlen zu lassen.

In keinem der aufgezeigten Fälle wurde bislang ernsthaft in Erwägung gezogen, der Staat könne sich wegen Geldwäsche strafbar machen¹¹⁶⁸. Der Grund dafür, daß der Staat hier nicht nur schmutziges Geld annehmen, sondern hieran sogar Eigentum begründen darf, liegt wohl zum einen in dem Umstand, daß an diesen Finanztransaktionen jeweils ein rechtfertigendes, überwiegendes öffentliches Interesse besteht¹¹⁶⁹ und zum anderen daran, daß auch hierdurch das konfiskatorische Ziel erreicht wird, dem Täter die Möglichkeit zur weiteren Verwendung der Mittel zu nehmen¹¹⁷⁰.

So, wie insbesondere ein öffentliches Interesse an der Durchführung des Strafverfahrens und an der Einforderung der verfahrensveranlaßten Kosten nach § 465 StPO existiert, besteht ein solches dann aber meiner Meinung nach auch an der Gewährleistung von Strafverteidigung, zu der der Staat eben verpflichtet ist. Denn daß ein Strafverteidiger nach § 1 BRAO ein unabhängiges Organ der

¹¹⁶⁶ Vgl. BVERFG, Urteil v. 20.03.2002, BGBl. I S.1340 und schon oben auf S.35 [Teil 2:C.III.1]

¹¹⁶⁷ Vgl. TIPKE / KRUSE, AO, § 40, Rn.2

¹¹⁶⁸ Für die Thematik der Kostenvollstreckung nach § 465 StPO wird dies ebenso vertreten von HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.679; LÜDERSEN, StV 2000, S.206; HAMM, NJW 2000, S.637; SCHMIDT, StraFo 2003, S.4 und N.N. (DAI), BRAK-Mitt. 1994, S.97.

¹¹⁶⁹ Vgl. GRÜNER / WASSERBURG, GA 2000, S.437 und so ähnlich auch SCHMIDT, StraFo 2003, S.4

Rechtspflege ist¹¹⁷¹ und dabei nicht nur einseitig den Interessen des Mandanten zu dienen bestimmt ist, sondern darüber hinaus dazu beiträgt, das öffentliche Interesse an der Durchführung eines prozeßordnungsgemäßen Verfahrens zu befriedigen, wurde bereits dargestellt¹¹⁷². Wenn zur Gewährung effektiver Strafverteidigung aber die Institution der Wahlverteidigung unabdingbar ist und diese unter dem Gesichtspunkt einer Geldwäschestrafbarkeit nur dann gewährleistet werden kann, wenn sie unter Zwischenschaltung des Staates finanziert wird, dann erstreckt sich das öffentliche Interesse an der Durchführung verfahrensfördernder Strafverteidigung auch auf die Finanzierung der Wahlverteidigung. Und schließlich tritt auch durch die Honorierung eines Strafverteidigers die kriminalpolitisch gewollte Entreichung des Täters ein¹¹⁷³.

Nach alledem ist zu schlussfolgern, daß sich der Staat beziehungsweise dessen Handlungsorgan auch dann nicht strafbar machen würde, wenn er im Rahmen der Honorierung eines Wahlverteidigers als zwischengeschalteter Dritter von einem Beschuldigten kontaminiertes Geld erhielte. Demnach wäre das Geld wegen § 261 Abs.6 StGB bereits entmakelt, wenn es zu einem späteren Zeitpunkt – auf die genauen Modalitäten ist noch einzugehen – beim Anwalt ankommt. Mangels tauglichen Tatobjekts läuft dieser dann auch keine Gefahr mehr, sich gemäß § 261 Abs.2 Nr.1 Alt.1 StGB einer Geldwäsche strafbar zu machen.

Ein Verteidiger könnte sich daher mit vollem Einsatz der an ihn herangetragenen Verteidigungsaufgabe widmen. Störungen des zugrundeliegenden Mandatsverhältnisses durch staatliche Ermittlungsmaßnahmen gegen den Anwalt selbst wären in Ermangelung der Möglichkeit einer Geldwäschestrafbarkeit regelmäßig nicht zu befürchten.

Eine Verletzung der anwaltlichen Berufsfreiheit gemäß Art.12 Abs.1 GG wäre nicht mehr festzustellen. Schließlich wäre es dem Verteidiger problemlos möglich, auch in geldwäschetauglichen Vorfällen zu verteidigen.

Umgekehrt wäre auch das Grundrecht des Beschuldigten auf freie Wahl seines Verteidigers nicht mehr tangiert. Unabhängig davon, ob er tatsächlich einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB schuldig ist, könnte er sich einen Anwalt suchen, der – dann ohne eigene Gefahr einer Geldwäschestrafbarkeit – für ihn tätig werden könnte.

Letztlich wären die Strafverteidiger auch nicht mehr in ihrem aus Art.3 Abs.1 GG herrührenden Grundrecht auf Gleichbehandlung verletzt, da ihnen gegenüber durch die geänderte Rechtslage bereits der Vorwurf der Geldwäsche durch Annahme von Honorargeldern nicht erhoben werden könnte und es insofern auch keine

¹¹⁷⁰ Vgl. HOMBRECHER, S.93

¹¹⁷¹ Vgl. AMELUNG, AnwBI 2002, S.347

¹¹⁷² Vgl. nur VEHLING, StV 1992, S.87 und Fn.4

Notwendigkeit gäbe, die Möglichkeiten der tätigen Reue gemäß § 261 Abs.9 und 10 StGB nutzen zu wollen.

Insgesamt ist damit festzustellen, daß die generelle Einbindung des Staates in das Honorierungsverhältnis als taugliches Mittel erscheint, um die derzeitigen, vor allem verfassungsrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit einer Erfassung der Verteidigerhonorierung durch den Geldwäschetatbestand zu lösen.

Dabei könnte sich die Vermutung aufdrängen, der Staat solle als „einzige legale Geldwaschanlage“ geradezu missbraucht werden. Indes erschiene es meines Erachtens verfehlt, den Terminus des „Missbrauchs“ zu verwenden. Schließlich baut der hier bislang nur grob umrissene Lösungsansatz auf dem Fundament eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Finanzierung und damit auch an der Erhaltung der Wahlverteidigung, zu der der Staat verpflichtet ist, auf. Ebenso, wie es dem Staat in den Bereichen des Einziehungsrechts, des Steuerrechts und auch des Kostenvollstreckungsrechts möglich ist, bemakeltes Geld aufgrund vorherrschender öffentlicher Belange anzunehmen, ist es meiner Auffassung nach auch gerechtfertigt, diese Möglichkeit zur Erfüllung staatlicher Pflichten im Bezug auf die Strafverteidigung anzunehmen. Dies muß selbst dann gelten, wenn diese Institution nur garantiert werden kann, indem deren Finanzierung künftig durch Zwischenschaltung des Staates erfolgt.

B. Konkretisierung des Lösungsansatzes

Nachdem nun das Grobgerüst des Lösungsansatzes aufgebaut ist, sollen im Folgenden die Details des Vorschlages erarbeitet werden.

I. Die Zukunft der Wahlverteidigung

1. Die Modalitäten der Wahlverteidiger-Honorierung de lege ferenda

Die Geldwäscheproblematik kann nach den einleitenden Grundsatzgedanken nur in angemessener Weise gelöst werden, wenn der Wahlverteidiger für seine Dienste Honorargelder nicht mehr direkt vom Mandanten erhalte, sondern über eine Umleitung über den Staat.

¹¹⁷³ So auch HOMBRECHER, S.95

a. Die Rolle des Staates bei der Honorarzahlung

Unbeantwortet geblieben ist aber bislang die Frage, auf welche Art und Weise der Staat in das Verteidigungsverhältnis zwischen Anwalt und Beschuldigtem eintreten sollte. In Betracht kommen hierfür drei Wege:

- Erstens: Der Staat kommt endgültig für die Kosten der Strafverteidigung auf.
- Zweitens: Der Staat tritt hinsichtlich der Kosten der Strafverteidigung in Vorleistung und lässt sich diese – abhängig vom Verfahrensausgang – gegebenenfalls vom Beschuldigten zurückerstatten.
- Drittens: Der Staat tritt als bloße Zahlstelle in das Wahlverteidigungsverhältnis ein.

(i) Endgültige Kostentragungspflicht des Staates

Vorschläge, denenzufolge der Staat hinsichtlich der Verteidigungskosten nicht nur in Vorleistung treten sollte, sondern diese endgültig zu übernehmen habe, werden nur selten geäußert¹¹⁷⁴ und sind meines Erachtens auch stark überzogen.

Unklar bleibt bereits, weshalb von § 465 StPO eine Ausnahme gerade hinsichtlich der Verteidigungskosten gemacht werden sollte¹¹⁷⁵. Wenn der Beschuldigte verurteilt wird, hat er wegen § 465 Abs.1 S.1 StPO die Kosten des Verfahrens insoweit insgesamt zu tragen, also nach § 464a Abs.1 S.1 StPO sämtliche Gebühren und Auslagen der Staatskasse. Natürlich muß er dann auch für die Kosten seiner Verteidigung aufkommen, unabhängig davon, ob diese durch Wahl oder durch staatliche Bestellung eines Verteidigers entstanden sind. Wird der Beschuldigte hingegen freigesprochen oder wird der Strafvorwurf auf andere Weise erledigt, fallen seine notwendigen Auslagen gemäß § 467 Abs.1 StPO der Staatskasse zur Last. Es sind keine Gründe ersichtlich, die gegen eine Beibehaltung dieser Kostentragungsregelung sprechen.

Darüber hinaus wäre ein Verlust an anwaltlicher Unabhängigkeit zu befürchten¹¹⁷⁶, wenn der Strafverteidiger neben den Beschuldigteninteressen an effektiver Verteidigung nicht nur auch öffentliche Interessen an einem ordnungsgemäßen Strafverfahren verfolgen, sondern er hierfür letztlich auch vom Staat bezahlt würde¹¹⁷⁷. Inwiefern durch eine nicht nur vorleistungspflichtgemäße, sondern endgültige Honorarzahlung durch den Staat langfristig gesehen die staatliche Forderung nach einem öffentlichen Verteidiger laut würde, kann hier nur gemutmaßt

¹¹⁷⁴ So etwa ein Vorschlag vom ARBEITSKREIS STRAFPROZESSREFORM (vgl. den Nachweis bei HAFFKE, StV 1981, S.478 i.V.m. S.475, Rn.34)

¹¹⁷⁵ So auch HAFFKE, a.a.O., S.478

¹¹⁷⁶ Vgl. BEULKE, Strafverteidiger, S.254 f.

¹¹⁷⁷ So schon BEULKE, a.a.O.

werden. Wenn BEULKE insofern recht behielte, wäre die in § 1 BRAO beschriebene Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege sicherlich massiv gefährdet¹¹⁷⁸. Aber selbst wenn die von ihm befürchteten verstärkten Einflüsse des Staates auf die Strafverteidigung nicht von derart großem Gewicht wären, würde deren Abhängigkeit von der Staatskasse zumindest deren Unabhängigkeit nicht gerade stärken.

(ii) Vorleistungspflicht des Staates

Überzeugender erscheint hiernach schon der Gedanke, den Staat zur Vorleistung hinsichtlich der Honorarfrage zu verpflichten. Der Staat müsste dann also gegenüber dem Strafverteidiger dessen Honoraransprüche befriedigen und hätte allenfalls nach erfolgter Verurteilung wegen § 465 Abs.1 S.1 i.V.m. § 464a Abs.1 S.1 StPO die Möglichkeit, sich das vorgeleistete Honorar im Rahmen der Kostenvollstreckung vom Beschuldigten erstatten zu lassen. Gegenüber dem freigesprochenen Beschuldigten würden die vom Staat bereits an den Anwalt geleisteten Zahlungen auch endgültig als Saldo auf dem staatlichen Konto verbleiben, so wie auch die sonstigen Verfahrenskosten den staatlichen Etat wegen § 467 Abs.1 StPO belasten.

Allerdings ist nicht ersichtlich, warum ein Beschuldigter, der bewusst sein Recht auf Wahl eines Verteidigers ausübt, gegenüber der geltenden Rechtslage derart privilegiert sein soll. Wer auf eigenen Wunsch und nach eigener Wahl eine Dienstleistung in Anspruch nimmt, hat hierfür regelmäßig auch die Kosten zu tragen. Dabei wird nicht übersehen, daß sicherlich in einigen Fällen die schon jetzt vorzufindende Situation für einen Beschuldigten problematisch bis existenzgefährdend sein kann, wenn er zu Unrecht beschuldigt wird, die oft hohen Kosten für seine Wahlverteidigung zunächst vorstrecken muß und erst nach einem möglicherweise langwierigen Verfahren freigesprochen wird und es zu einer Kostenerstattung kommt. Dennoch ist dieses private Kostenrisiko für den Beschuldigten hinzunehmen.

Hinzu kommt noch der Umstand, daß hierdurch für alle Fälle der Wahlverteidigung das Liquiditätsrisiko zu Lasten des Staates ginge. Sicherlich würde sich die Rechtsanwaltschaft darüber freuen, Honorare auf Wahlverteidigungsbasis vom Staat gezahlt zu bekommen und damit nicht gegenüber einem möglicherweise insolventen Mandanten vergebliche Vollstreckungsversuche einleiten zu müssen. Jedoch erscheint es der Sache nicht angemessen, dieses anwaltliche Risiko – welches die Standesvertreter in sonstigen Bereichen ihrer Praxis ebenso zu tragen haben – auf den Staat abzuwälzen.

¹¹⁷⁸ Vgl. BEULKE, a.a.O., S.255

(iii) Der Staat als Zahlstelle

Insgesamt erscheint es nach den obigen Ausführungen am Ehesten sach- und problemgerecht, die Modalitäten der Honorarzahlung grundsätzlich wie nach geltendem Recht zu handhaben, aber mit dem entscheidenden Unterschied, daß der Beschuldigte das Honorar „über den Staat“ als zwischengeschaltete Zahlstelle an den Strafverteidiger zahlt.

b. Die Honorarzahlungsmodalitäten im Einzelnen

Nachdem nun geklärt wurde, daß der Staat *de lege ferenda* als Zahlstelle zwischen den Beschuldigten und seinen Wahlverteidiger geschaltet werden müsste, sind weitere Ausführungen dazu erforderlich, wie die Honorierung im einzelnen ablaufen sollte:

Zunächst müsste es einem Verteidiger auch zukünftig nach Maßgabe von § 17 BRAGO möglich sein, von seinem Auftraggeber für die bereits entstandenen und voraussichtlich entstehenden Gebühren und Auslagen einen angemessenen Vorschuß zu fordern.

Allgemein und damit nicht nur auf den Honorarvorschuß bezogen wird ein Verfahren vorgeschlagen, bei dem ein jeder Beschuldigte die gesetzlichen Gebühren für seinen Wahlverteidiger nicht an diesen selbst zahlt, sondern auf einem eigens hierfür eingerichteten Anderkonto des Staates hinterlegt. Der Staat bezahlt nach entsprechender Hinterlegung des Beschuldigten wiederum den Rechtsanwalt für dessen Dienste im Sinne der Strafrechtspflege.

Kommt es verfahrensabschließend zu einer Verurteilung des Beschuldigten, ist ein weiteres Einschreiten des Staates hinsichtlich der Honorarfrage wegen § 465 StPO nicht erforderlich. Schließlich hat der Beschuldigte die dann auch letztendlich von ihm zu tragenden Gebühren seines Rechtsanwalts bereits auf dem eingerichteten staatlichen Anderkonto hinterlegt, aus dem der Staat wiederum den Anwalt bezahlt hat.

Wird der Beschuldigte hingegen freigesprochen, respektive das Verfahren eingestellt, werden ihm die bereits geleisteten Honorarzahlungen nach § 467 Abs.1 StPO vom Staat zurückerstattet.

Insbesondere die kostenrechtlichen Gesichtspunkte der §§ 465 und 467 StPO wären damit auch künftig gewahrt:

Der Beschuldigte wäre finanziell in der gleichen Situation wie schon jetzt, weil er

stets Honorar für seinen gewählten Anwalt bezahlen müsste, um dessen Dienste in Anspruch zu nehmen – nur täte er es *de lege ferenda* eben nicht mehr auf direktem Wege, sondern durch Einzahlung auf einem staatlichen Anderkonto. Nur dann, wenn das gegen ihn geführte Strafverfahren eingestellt oder durch einen Freispruch beendet würde, bekäme er im Wege der Kostenerstattung sein Geld vom Staat zurück.

Der Strafverteidiger hingegen würde weiterhin für seine Dienste honoriert, erhielte das hierfür gezahlte Geld aber gerade nicht mehr von seinem – eventuell mit einer Geldwäsche-Vortat belasteten – Mandanten, sondern nach dessen Einzahlung auf das staatliche Anderkonto vom Staat.

Dieser würde also stets das anwaltliche Honorar an den Wahlverteidiger eines Beschuldigten bezahlen. Da diese Maßnahme aber erst erfolgen würde, nachdem der Beschuldigte das Geld auf einem Anderkonto des Staates hinterlegt hätte, erwüchse hieraus – anders als bei einer staatlichen Vorleistungspflicht – kein Liquiditätsrisiko für den Staat.

Insgesamt wird es für problemangemessen erachtet, dieses Verfahren auf solche Fälle zu beschränken, in denen sich die Honorierung nach Maßgabe der geltenden staatlichen Gebührenordnung – derzeit also nach der BRAGO – richtet. Schließlich soll der hier vorgetragene Lösungsansatz nur dazu führen, daß ein Anwalt sich nicht durch die Annahme kontaminierten Honorars „in angemessener Höhe“ der Geldwäsche strafbar machen kann. Es wird davon ausgegangen, daß ein Anwalt bei Beschränkung des Honoraranspruches auf die BRAGO-Sätze auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine adäquate Wahl-Verteidigung gewährleisten kann und sich dann in geldwäschestrafrechtlicher Hinsicht „auf sicherem Terrain“ bewegt.

In jenen Fällen, in denen sich ein Strafverteidiger nicht auf Basis der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung honorieren lässt, sondern eine hiervon abweichende private Honorarvereinbarung getroffen hat, wird das dargestellte Verfahren mit geringen Änderungen empfohlen:

Auch hier soll der Beschuldigte das (dann vereinbarte) Honorar für seinen Strafverteidiger auf das staatliche Anderkonto einzahlen müssen. Der Staat sollte davon an den Anwalt aber nur Geld in Höhe des Honorars nach den Sätzen der BRAGO überweisen. Der überschüssige Betrag, also die Differenz zwischen dem vereinbarten Honorar und den gesetzlichen Anwaltsgebühren, sollte zunächst auf dem Anderkonto verbleiben. Wird im Verfahren dann gerichtlich festgestellt, daß das Geld von legaler Herkunft war, wird es dem Wahlverteidiger ausbezahlt; bei gegenteiliger Feststellung wird es vom Staat eingezogen.

2. Zum Umfang der Wahlverteidigung de lege ferenda

Sollte der Gesetzgeber dem hier geäußerten Vorschlag folgen und sich für eine Änderung der Honorierungsbedingungen gemäß der vorangegangenen Ausführungen entscheiden, wäre es dem wegen einer Geldwäschevortat Beschuldigten zukünftig möglich, sich der Hilfe eines Wahlverteidigers zu bedienen und diesen hierfür auf dem Umweg über den Staat als Zahlstelle auch zu honorieren. Dem liquiden Beschuldigten, der nicht gerade der Begehung einer Vortat im Sinne von § 261 Abs.1 S.2 StGB angeprangert wird, ist dies ohnehin auch schon jetzt möglich. Wenn aber de lege ferenda die Möglichkeiten des vermeintlichen Geldwäschevortäters zum Rückgriff auf Wahlverteidigung aufgewertet werden, gebieten es verfassungsrechtliche Gleichheitsgesichtspunkte (Art.3 Abs.1 GG), diese Möglichkeit auch dem mittellosen Beschuldigten zuzugestehen.

Konkret wird es hiernach für erforderlich gehalten, das strafprozessuale Institut der Wahlverteidigung umfassend derart auszugestalten, daß dieses neben dem zahlungskräftigen Beschuldigten auch dem mittellosen und dem wegen einer Geldwäschevortat Beschuldigten zustünde. Nur wenn den Vertretern dieser Gruppen die Möglichkeit der Wahlverteidigung unabhängig von ihrer Liquidität und des ihnen vorgeworfenen Delikts offen steht, kann dem Grunde nach meines Erachtens eine effektive Verteidigung gewährleistet werden, zu der der Staat verpflichtet und der Beschuldigte berechtigt ist.

Unterstützt würde der Vorschlag vermutlich von HAFKE, der schon 1981 sowohl die mangelnde Honorierung der Pflichtverteidigung mit entsprechenden qualitätsmindernden Konsequenzen, als auch die ermessensgebundene Bestellung der Pflichtverteidiger kritisiert und deswegen einen rechtspolitischen Eingriff gefordert hat, durch den der Anspruch des Beschuldigten auf fehlerfreie Ermessensausübung bei der Beiordnung zu einem Anspruch auf Beiordnung des Anwalts seines Vertrauens erstarken sollte¹¹⁷⁹.

Methodisch beschreibt Haffke damit nichts grundlegend anderes, als den hier vorgeschlagenen Anspruch auf Wahl eines Verteidigers, verankert diesen Anspruch aber weiterhin auf der Ebene der Pflichtverteidigung. Aus Sicht des Verfassers ist es hingegen auch aus Gründen der Begrifflichkeit verfehlt, einen „Wahlanspruch“ noch der Pflichtverteidigung zuzuordnen. Vielmehr wird die hier bevorzugte Erweiterung der Wahlverteidigung für erforderlich gehalten, wohlwissend, daß der Unterschied zu Haffkes Auffassung insofern nur von terminologischer Art ist.

Freilich darf der vorgeschlagene Wahl-Anspruch nicht dahingehend verstanden

¹¹⁷⁹ Vgl. HAFKE, StV 1981, S.473

werden, daß hierdurch für Rechtsanwälte ein Kontrahierungszwang entstünde¹¹⁸⁰. Schließlich kann Vertrauen nicht erzwungen, sondern nur geschenkt werden¹¹⁸¹.

Über das rechtspolitisch einzuräumende Recht auf freie Wahl des Verteidigers müsste der Beschuldigte dann insbesondere in Abgrenzung zur geltenden Rechtslage umfassend, rechtzeitig und wiederholt belehrt werden¹¹⁸². Gerade der Mittellose ist nämlich hierauf hinzuweisen, da er aller Voraussicht nach davon ausgehen dürfte, ohne Geld auch keinen Anspruch auf einen Verteidiger seiner Wahl zu genießen.

II. Die Zukunft der notwendigen Verteidigung

Nach den vorangegangenen Ausführungen bedarf es dann aber zwingend einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob und gegebenenfalls in wie weit es des Rechtsinstituts der notwendigen Verteidigung de lege ferenda noch bedürfte.

1. Die notwendige Verteidigung de lege lata

Der deutsche Gesetzgeber schreibt in § 140 Abs.1 und 2 StPO für verschiedene Fälle zwingend die Mitwirkung eines Verteidigers vor. Hiernach ist dem Beschuldigten in bestimmten, schwerwiegenden Strafverfahren gemäß § 141 Abs.1 StPO von Amts wegen ein Strafverteidiger beizuordnen, auch wenn er selbst trotz der finanziellen Möglichkeiten auf Hinzuziehung eines Wahlverteidigers verzichtet hat oder in Ermangelung derartiger Bonität einen solchen nicht beauftragen konnte. Durch diese Vorgehensweise wird das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip konkretisiert und das Interesse des Rechtsstaats an einem prozeßordnungsgemäßen Verfahren gewahrt¹¹⁸³.

Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers erfolgt derzeit nach § 140 Abs.1 StPO insbesondere in erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor den Land- oder Oberlandesgerichten (Nr.1) und wenn es sich bei der vorgeworfenen Tat um ein Verbrechen handelt (Nr.2). Daneben muß aber auch bei Verfahren, die möglicherweise ein Berufsverbot zur Folge haben (Nr.3) oder in denen der Beschuldigte zu Beginn der Hauptverhandlung oder kurz davor in einer Anstalt

¹¹⁸⁰ Ähnlicher Auffassung ist HAFFKE, a.a.O., S.477

¹¹⁸¹ Vgl. HAFFKE, a.a.O.

¹¹⁸² So schon der Vorschlag von HAFFKE hinsichtlich des von ihm propagierten ermessensunabhängigen Anspruchs des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers seines Vertrauens (vgl. a.a.O., S.478).

¹¹⁸³ Vgl. SCHÄFER, S.29, Rn.62

untergebracht war (Nr.5), ein Verteidiger notwendigerweise mitwirken.

§ 140 Abs.2 S.1 StPO stellt dann weitere Fälle in das Ermessen des Vorsitzenden Richters, der auf Antrag oder von Amts wegen insbesondere wegen der Schwere der Tat oder der schwierigen Sach- und Rechtslage einen Verteidiger bestellen kann oder wenn die mangelnde Verteidigungsfähigkeit des Beschuldigten ersichtlich ist. Dem Antrag eines tauben oder stummen Beschuldigten ist dabei wegen § 140 Abs.2 S.2 StPO zu entsprechen.

In all diesen Fällen soll also aus rechtsstaatlichen Gründen dem mittellosen Beschuldigten rechtskundiger Beistand ebenso gewährleistet werden, wie dem zahlungsfähigen Beschuldigten, der sich bewusst gegen einen Wahlverteidiger entschieden hat.

2. Zum Erfordernis einer notwendigen Verteidigung trotz de lege ferenda ausgeweiteter Wahlverteidigungsmöglichkeiten

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung würde die Institution der Wahlverteidigung aber derart ausgeweitet, daß ihre Inanspruchnahme selbst dem mittellosen Beschuldigten möglich wäre. Die Aufrechterhaltung des Instituts der notwendigen Verteidigung ist demnach nicht mehr erforderlich, um einem wirtschaftlich Benachteiligten zumindest in schwerwiegenden Beschuldigungen eine (mehr oder weniger) fachkundige Strafverteidigung zu ermöglichen. Gründe für eine Beibehaltung können allenfalls diejenigen Beschuldigten liefern, die – unabhängig von ihrer finanziellen Situation – von dem erweiterten Wahlrecht keinen Gebrauch machen.

Ein Argument gegen die Wahl eines Verteidigers könnte der solvente Beschuldigte nach der im Jahre 1981 vertretenen Auffassung HAFKES darin sehen, jeden Schein der Kumpanei und der Einpassung in ein System, das in seiner Sicht nur Scheinlegitimität mittels des Rechtsinstituts der notwendigen Verteidigung produziert, zu vermeiden¹¹⁸⁴. Allerdings dürften derartige, die Legitimität des staatlichen Strafrechts radikal in Frage stellende Einstellungen heutzutage wohl nur in den seltensten Fällen vorherrschen.

Ähnlich unwahrscheinlich erscheinen mir die Fälle, in denen der Beschuldigte trotz Wahlmöglichkeit ohne Verteidiger vor Gericht erscheinen könnte, in der Hoffnung, von einer „Attitüde der Wehrlosigkeit“ profitieren zu können¹¹⁸⁵.

Am Wahrscheinlichsten wird ein Beschuldigter die Entscheidung gegen sein Wahlrecht wohl aus ökonomischen Gründen treffen: Schon de lege lata sind die

¹¹⁸⁴ Vgl. HAFKES, StV 1981, S.472

¹¹⁸⁵ So aber HAFKES, a.a.O.

Pflichtverteidigergebühren Auslagen der Staatskasse¹¹⁸⁶ und gehören damit wegen § 464a Abs.1 S.1 StPO zu den Kosten des Verfahrens. Im Falle der Verurteilung hat der Beschuldigte diese Verfahrenskosten zu tragen (§ 465 Abs.1 StPO). Ist der Beschuldigte im Sinne von § 100 Abs.2 BRAGO leistungsfähig, so hat der beigeordnete Anwalt ihm gegenüber aus § 100 Abs.1 S.1 BRAGO sogar einen Anspruch auf Zahlung des Differenzbetrages zwischen den gesetzlichen Gebühren eines Wahlverteidigers und den restriktiv gestalteten Gebühren eines Pflichtverteidigers¹¹⁸⁷. Wenn nun ein Beschuldigter nach eigener Einschätzung in einer professionellen Verteidigung keine Erfolgsaussichten erkennt oder gar ein Geständnis über das Geschehene ablegen möchte, kann für ihn unter Kostengesichtspunkten der Schluß naheliegen, auf die Teilnahme eines Verteidigers zu verzichten¹¹⁸⁸.

Eine genauere Auseinandersetzung mit der Fundiertheit dieser Gründe erübrigt sich in dieser Arbeit ebenso, wie eine – ohnehin nur schwerlich mögliche – quantitative Erfassung dieser Fälle.

Zu fragen ist vielmehr, ob derartige – richtige oder falsche – Gründe des Beschuldigten nicht prinzipiell vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung anerkannt werden müssten, was wiederum Auswirkungen auf den zukünftigen Umfang der notwendigen Verteidigung haben könnte.

Schließlich hat der Beschuldigte ein Recht auf auch prozessuale Selbstbestimmung, von dem er heute viel mehr Gebrauch zu machen pflegt als noch in der Vergangenheit¹¹⁸⁹. Insofern ist der herkömmliche Gedanke der allgegenwärtigen prozessualen Fürsorgepflicht ein veralteter, der bereits in einigen Bereichen des Strafprozessrechts dem gewachsenen Selbstbestimmungsrecht des Beschuldigten gewichen ist¹¹⁹⁰: So bietet etwa § 153a StPO seit 1975 die Möglichkeit für den Beschuldigten, bei der Prozesserledigung mitzuwirken¹¹⁹¹. Die §§ 35 ff. BtMG schaffen für den therapiebereiten Drogenabhängigen das Angebot einer Behandlung anstelle einer Strafe oder Strafvollstreckung¹¹⁹². Auch räumt § 142 Abs.1 S.2 und 3 StPO seit 1987 dem Beschuldigten die Möglichkeit ein, auf die Bestellung des Pflichtverteidigers bedingt einzuwirken¹¹⁹³. Und nicht zuletzt bieten beispielsweise § 31 BtMG und § 261 Abs.10 StGB Kronzeugenregelungen an, durch die der Beschuldigte auf den weiteren Verlauf des Strafverfahrens zu seinen Gunsten Einfluß nehmen kann¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁶ Vgl. MEYER-GÖßNER, StPO, § 464a, Rn.1

¹¹⁸⁷ Vgl. insofern HAFFKE, a.a.O. m.w.N.

¹¹⁸⁸ So auch HAFFKE, a.a.O., S.473 und ihm folgend HERRMANN, StV 1996, S.398

¹¹⁸⁹ Vgl. HERRMANN, StV 1996, S.397

¹¹⁹⁰ Vgl. HERRMANN, a.a.O.

¹¹⁹¹ Vgl. HERRMANN, a.a.O.

¹¹⁹² Vgl. HERRMANN, a.a.O.

¹¹⁹³ Vgl. HERRMANN, a.a.O.

¹¹⁹⁴ Vgl. auch für weitere Beispiele HERRMANN, a.a.O.

Diese Entwicklung lässt es naheliegend erscheinen, dem Selbstbestimmungsrecht auch im Rahmen der notwendigen Verteidigung zukünftig einen größeren Stellenwert einzuräumen, als es die derzeitigen Regelungen der §§ 140 ff. StPO ermöglichen¹¹⁹⁵. Andererseits gebietet ein verfassungsrechtliches Prinzip die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Strafverfahrens insbesondere durch Herstellung einer prozessualen Waffengleichheit und eine Ausrichtung der Struktur der Hauptverhandlung am „fair-trial“-Grundsatz¹¹⁹⁶. Das damit gesetzte Ziel eines wahren und gerechten Urteils kann aber in vielen Fällen nicht erreicht werden, wenn sich der angeklagte juristische Laie nicht durch fachkundigen Beistand helfen lassen will¹¹⁹⁷. Diese Ausführungen dürfen aber nicht dahingehend missverstanden werden, daß das Rechtsstaatsprinzip nun doch in jedem Falle die Interessen des Beschuldigten überwiege. Für eine staatlich aufgedrängte Fürsorge¹¹⁹⁸ ist vielmehr nur in einzelnen Fällen Platz, in denen die subjektiven Interessen des Beschuldigten hinter den staatlicherseits objektivierten Interessen an einer effektiven Verteidigung zurücktreten¹¹⁹⁹.

Ein Beschuldigter sollte also aufgrund der Bedeutung des ihm zukommenden Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich in die Lage versetzt werden, sich – aus welchen Gründen auch immer – gegen die Wahl eines Verteidigers zu entscheiden. Ausnahmen müssen dann gemacht werden, wenn die Interessen des Staates an einem fairen Verfahren die Interessen des Beschuldigten an der Ausübung seines Autonomierechts überwiegen. In diesen Ausnahmefällen bedarf es auch weiterhin der notwendigen Verteidigung, auch wenn sie gegen den Willen des Beschuldigten und ex post betrachtet möglicherweise auch zu dessen finanziellem Nachteil angeordnet wird¹²⁰⁰.

3. Zum Umfang der notwendigen Verteidigung de lege ferenda

Fraglich ist dann aber, in welchem Umfang die notwendige Verteidigung de lege ferenda weiter existieren sollte. Hierfür bedarf es einer Abwägung der angesprochenen Interessen des Beschuldigten einerseits und der des Staates andererseits¹²⁰¹.

¹¹⁹⁵ So auch HERRMANN, a.a.O., S.398

¹¹⁹⁶ Vgl. HERRMANN, a.a.O., S.397 m.w.N.

¹¹⁹⁷ Vgl. HERRMANN, a.a.O., S.397

¹¹⁹⁸ So HAFFKE, StV 1981, S.480

¹¹⁹⁹ So ähnlich HAFFKE, a.a.O.

¹²⁰⁰ Insofern böte es sich wohl an, in solchen Fällen der quasi oktroyierten Verteidigung in Anlehnung an HAFFKE von einem „Zwangsverteidiger“ zu sprechen (vgl. HAFFKE, StV 1981, S.471).

¹²⁰¹ So auch schon HERRMANN, StV 1996, S.399

a. Eine rechtsvergleichende Darstellung zur notwendigen Verteidigung de lege lata

Kriterien für eine solche Abwägung lassen sich schließlich aus einem Rechtsvergleich mit bestehenden ausländischen Regelungen zur notwendigen, teilweise auch „aufgedrängten“ Verteidigung gewinnen. Dabei soll die Darstellung hier auf die Länder beschränkt bleiben, die auch für die Geldwäscheproblematik zum Vergleich herangezogen wurden.

(i) USA

In den Vereinigten Staaten von Amerika wird ebenfalls der Grundsatz verfolgt, daß dem Beschuldigten ein Verteidiger nicht oder jedenfalls nur in außergewöhnlichen Fällen aufgedrängt werden darf¹²⁰². So hat der amerikanische Supreme Court bereits 1984 hervorgehoben, daß die Würde und das Selbstbestimmungsrecht des Beschuldigten diesem das Recht gebieten, jene Art der Verteidigung zu wählen, die er für die beste hält¹²⁰³. Der Beschuldigte soll zwar nur dann wirksam auf einen Verteidiger verzichten können, wenn er in der Lage ist, dies „*knowingly and intelligently*“ zu tun, also in Kenntnis der mit dem Verzicht auf professionelle und der Reduzierung auf Selbst-Verteidigung verknüpften Probleme und Gefahren sowie bei vernünftiger Abwägung der Umstände¹²⁰⁴. Selbst wenn dieser Fall eines wirksamen Verzichts vorliegt, besteht in den USA dann aber immer noch die Möglichkeit der Beiordnung eines sogenannten „standby counsel“¹²⁰⁵, also eines Eventualverteidigers, der dem Beschuldigten auch ungefragt mit seinem Rat zur Seite stehen und von sich aus aktiv in den Ablauf der Hauptverhandlung eingreifen kann, wenn er hierdurch nicht die Verteidigungsstrategie des Beschuldigten durchkreuzt¹²⁰⁶.

Auch in den USA kann ein Beschuldigter also nicht gänzlich frei sein Selbstbestimmungsrecht im Strafverfahren ausüben, sondern nur dann, wenn er in der Lage scheint, die damit einhergehenden Umstände einzusehen und abzuwägen.

(ii) Österreich

In Österreich wird die Mitwirkung eines Verteidigers ebenfalls nur in sehr restriktiv ausgestalteten Fällen als unverzichtbar, also absolut notwendig angesehen:

¹²⁰² Vgl. HERRMANN, a.a.O., S.398

¹²⁰³ Vgl. HERRMANN, a.a.O. m.w.N. auf MCKASKLE v. WIGGINS, United States Reports 465 (1984), 168 (177)

¹²⁰⁴ Vgl. HERRMANN, a.a.O. m.w.N. auf JOHNSON v. ZERBST, United States Reports 304 (1938), 458

¹²⁰⁵ Vgl. HERRMANN, StV 1996, S.398 m.w.N. auf FARETTA v. CALIFORNIA, United States Reports 422 (1975), 806 (834, Anm.46)

¹²⁰⁶ Vgl. HERRMANN, a.a.O.

§ 41 Abs.1 der österreichischen Strafprozessordnung (öStPO¹²⁰⁷) macht deutlich, daß zu solchen Fällen insbesondere Hauptverhandlungen vor dem Geschworenengericht oder dem Schöffengericht (Nr.1) zählen. Hauptverhandlungen vor dem Einzelrichter bedürfen grundsätzlich nur dann notwendigerweise der Mitwirkung eines Verteidigers, wenn für die angeklagte Tat eine Strafandrohung von mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe besteht (Nr.2). Dabei ist zu beachten, daß die im österreichischen Strafgesetzbuch für leichte und mittelschwere Straftaten angedrohten Höchststrafen deutlich unter denen des deutschen Strafgesetzbuches liegen¹²⁰⁸. Weitere relevante Fälle finden sich vor allem in den Nummern 3 und 6, die Verteidigung für die Dauer der Untersuchungshaft und für die Hauptverhandlung im Falle der Unterbringung in einer Anstalt notwendigerweise vorsehen.

Zusammenfassend fordert § 41 Abs.1 öStPO also die notwendige Verteidigung für schwerwiegende, tatbezogene Umstände. In diesen Fällen sind der Beschuldigte und sein gesetzlicher Vertreter nach § 41 Abs.3 S.1 öStPO aufzufordern, einen Verteidiger zu wählen. Unterlassen dies beide, so wird dem Beschuldigten gemäß § 41 Abs.3 S.2 öStPO kostenpflichtig ein sogenannter Amtsverteidiger bestellt.

Neben diesen Fällen ermöglicht § 41 Abs.2 S.2 öStPO dem sozial schwachen Beschuldigten (gegebenenfalls nach entsprechender Aufforderung gemäß § 41 Abs.3 öStPO) auf dessen Antrag die gerichtliche Beigebung eines Verteidigers vor allem bei Behinderungen wie etwa Blindheit und Taubheit (Nr.6). Auch der stumme oder der nur der Gerichtssprache nicht hinreichend kundige Beschuldigte hat hiernach einen Anspruch auf Beigebung eines solchen sogenannten Verfahrenshilfeverteidigers, dessen Kosten er nach § 41 Abs.2 S.1 öStPO nicht oder nur teilweise zu tragen hat.

(iii) Schweiz

In der Schweiz regelt Art.36 des Bundesgesetzes vom 15.Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) die Fälle, in denen die Mitwirkung eines Verteidigers für erforderlich gehalten wird. Dies gilt nach Absatz 1 insbesondere bei Inhaftierung des Beschuldigten und dann, wenn er wegen seiner Jugend oder Unerfahrenheit oder aus anderen Gründen nicht imstande ist, sich selbst zu verteidigen. Wenn der Beschuldigte in diesen Fällen nicht selbst einen Verteidiger wählt, bestellt der Richter gemäß Art.36 Abs.1 BStP unter tunlicher Berücksichtigung seiner Wünsche einen amtlichen Verteidiger. Kann der Beschuldigte wegen Bedürftigkeit keinen Verteidiger beiziehen, gilt dies wegen Art.36 Abs.2 BStP entsprechend.

Dabei fällt auf, daß der schweizerische Gesetzgeber einzig für den Fall der Inhaftierung die Notwendigkeit der Verteidigung an objektiven Verfahrensumständen

¹²⁰⁷ Die offizielle Kurzbezeichnung für die österreichische Strafprozessordnung lautet ebenso wie in der Bundesrepublik Deutschland schlicht „StPO“. Zur Vermeidung von Verwechslungen wird in dieser Arbeit daher das Kürzel „öStPO“ verwandt.

festmacht. Im übrigen wird Verteidigung nur dann für zwingend erforderlich gehalten, wenn der Beschuldigte persönlich hierzu nicht in der Lage ist. Diese Vermutung dürfte allerdings um so näher liegen, je schwerwiegender die vorgetragenen Beschuldigungen sind, so daß insofern nicht von einem gravierenden Unterschied zu der Rechtslage in den anderen Vergleichsländern auszugehen ist.

(iv) Zusammenfassung

In keinem der verglichenen Länder ist es dem Beschuldigten möglich, uneingeschränkte Anwendung von seinem prozessualen Selbstbestimmungsrecht zu machen. In allen dargestellten Rechtsordnungen werden bestimmte Fälle beschrieben, in denen dem Beschuldigten – notfalls auch gegen seinen Willen – ein Verteidiger zur Seite gestellt wird. Dessen Mitwirkung wird in allen drei Ländern zumindest dann für erforderlich gehalten, wenn der Beschuldigte nicht in der Lage ist, sich selbst zu verteidigen.

b. Beschränkung der Pflichtverteidigung in Deutschland auf Fälle der absolut notwendigen Verteidigung

Pflichtverteidigung ist in Deutschland bereits nach geltendem Recht auf die Fälle der notwendigen Verteidigung beschränkt. Die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Beschuldigten aufgrund rechtsstaatlicher Interessen ist aber nur dann legitim, wenn die Beschuldigteninteressen hinter den Interessen des Staates zurückstehen.

Dies ist meines Erachtens zumindest dann der Fall, wenn erstinstanzliche Hauptverhandlungen vor den Oberlandes- und den Landgerichten der Bundesrepublik stattfinden. Diese sind nämlich nach den §§ 74 und 120 GVG vor allem für schwerwiegende Verbrechen zuständig, die entsprechend hohe Strafandrohungen beinhalten. Zum Schutze des juristisch meist nicht gebildeten Beschuldigten ist es aus rechtsstaatlicher Sicht dann angebracht, ihm in diesen oft langwierigen Verfahren einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Insofern halte ich es auch unter Hinweis auf die österreichische Regelung des § 41 Abs.1 Nr.1 und 2 öStPO für geboten, die bereits bestehende Regelung des § 140 Abs.1 Nr.1 StPO aufrecht zu erhalten¹²⁰⁹.

Mit gleicher Begründung sollten auch sonstige, etwa nach § 24 Abs.1 Nrn.1 und 2 GVG in die Zuständigkeit der Amtsgerichte fallende Verbrechensvorwürfe wie bisher in § 140 Abs.1 Nr.2 StPO als Fälle der notwendigen Verteidigung ausgestaltet

¹²⁰⁸ Vgl. HERRMANN, StV 1996, S.399

¹²⁰⁹ So i.E. auch HERRMANN, StV 1996, S.399

bleiben¹²¹⁰.

Gleiches sollte für Fälle der Inhaftierung und der sonstigen bereits erfolgten oder möglicherweise erfolgenden Unterbringung in einer Anstalt gelten, die bereits nach geltendem Recht in Deutschland (§§ 117 Abs.4 und 140 Abs.1 Nrn.5 und 6 StPO), in Österreich (§ 41 Abs.1 Nrn.3, 5 und 6 öStPO) und in der Schweiz (Art.36 Abs.1 BStP) Strafverteidigung notwendig machen.

In Übereinstimmung mit den Regelungen Österreichs (§ 41 Abs.2 S.2 Nr.6 öStPO) und der Schweiz (Art.36 Abs.1 BStP) ist Verteidigung sicherlich auch dann notwendig, wenn der Beschuldigte aufgrund persönlicher geistiger oder körperlicher Defizite nicht in der Lage ist, seine Verteidigung selbst zu bewerkstelligen¹²¹¹. Insofern sollte dieser schon nach aktueller Rechtslage auch in Deutschland geregelte Fall meines Erachtens aus der Generalklausel des § 140 Abs.2 S.1 StPO herausgenommen werden¹²¹² und als eigenständiger Fall in § 140 Abs.1 StPO geregelt werden.

In den übrigen, derzeit in § 140 Abs.1 Nrn.3, 7 und 8, sowie Abs.2 StPO geregelten Fällen halte ich das Risiko eines prozessualen Fehlverhaltens für den Beschuldigten für ausreichend überschaubar. Zwar kann auch das momentan in § 140 Abs.1 Nr.3 StPO erwähnte Berufsverbot eine durchaus einschneidende Rechtsfolge für den Beschuldigten sein. Diese ist aber mit den oben erwähnten Fällen hinsichtlich der Eingriffsintensität doch nicht ganz vergleichbar. Gleiches gilt etwa für die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage, für die § 140 Abs.2 S.1 StPO aktuell die Notwendigkeit der Verteidigung regelt. Auch hier sollte der Beschuldigte selbst bestimmen können, ob er das Risiko einer unprofessionellen Eigenverteidigung eingehen oder statt dessen von seinem de lege ferenda erweiterten Wahlrecht Gebrauch machen möchte.

Um dem Beschuldigten eindringlich vor Augen zu halten, welchen Gefahren er sich möglicherweise dadurch aussetzt, daß er in diesen Fällen der nicht „absolut“ notwendigen Verteidigung¹²¹³ auf einen Wahlverteidiger verzichtet, sollten richterliche Hinweispflichten gesetzlich verankert werden.

Eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Beschuldigten wäre daher nach meiner Auffassung zukünftig nur noch in den oben beschriebenen Fällen durch das Rechtsstaatsprinzip legitimiert. Nur die drohenden schwerwiegenden

¹²¹⁰ A.A. ist HERRMANN, a.a.O., der hier eine Beiordnung gegen den Willen des Beschuldigten unter dem meines Erachtens falschen Hinweis darauf ablehnt, daß für den Beschuldigten hier nicht so viel auf dem Spiel stehe.

¹²¹¹ So auch HERRMANN, a.a.O.

¹²¹² So auch HERRMANN, a.a.O.

¹²¹³ Der hier verwandte Begriff der „absolut notwendigen Verteidigung“ soll die Einschränkung gegenüber der nach geltendem Recht geregelten, weiterreichenden „notwendigen Verteidigung“ ersichtlich machen und im Rahmen dieser Arbeit Verwechslungen vorbeugen. Für den Fall einer Legiferierung des hier angebrachten Vorschlags wird es aber für ausreichend erachtet, den

Rechtsfolgen von erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor den Oberlandes- und Landgerichten, von Verbrechensanklagen, bei Unterbringungen in einer Anstalt und die fehlende Verteidigungsfähigkeit des Beschuldigten machen die Mitwirkung eines Verteidigers absolut notwendig. In den übrigen Fällen, die nach geltendem Recht eine notwendige Verteidigung bezeichnen, ist diese Bezeichnung *de lege ferenda* verfehlt – denn hier überwiegt unter Berücksichtigung des dann ausgeweiteten Verteidigerwahlrechts das Recht des Beschuldigten auf seine prozessuale Selbstbestimmung.

In den Fällen der absolut notwendigen Verteidigung müssten die Befugnisse des bestellten Verteidigers in jeder Hinsicht denen eines gewählten Verteidigers entsprechen. Insbesondere halte ich es für erforderlich, daß seine Bestellung in Anlehnung an § 137 Abs.1 S.1 StPO schon zum frühestmöglichen Zeitpunkt im Ermittlungsverfahren erfolgt und – falls dies für notwendig erachtet wird – bis in das vor allem in den §§ 449 ff. StPO und der Strafvollstreckungsordnung geregelte Vollstreckungsverfahren oder gar in ein Wiederaufnahmeverfahren (§§ 359 ff. StPO) oder in ein Gnadenverfahren (§ 452 StPO) reicht.

4. Die Honorierung und Finanzierung der bestellten Verteidigung *de lege ferenda*

Auch hinsichtlich der Frage der Honorierung gilt der Grundsatz, demzufolge die bestellte Verteidigung der Wahlverteidigung gleichzustellen ist. In kostenrechtlicher Hinsicht sei dieses Erfordernis mit der folgenden Überlegung begründet:

Der Honoraranspruch eines Pflichtverteidigers entsteht gegenüber der Staatskasse grundsätzlich nur in dem durch § 97 Abs.1 BRAGO festgelegten Gebührenrahmen. Einen darüber hinaus gehenden Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen den Wahlverteidiger- und den Pflichtverteidigergebühren hat der Pflichtverteidiger gemäß § 100 Abs.1 und Abs.2 S.1 BRAGO allenfalls dann gegen den Beschuldigten, wenn diesem ein Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse zusteht oder gerichtlich dessen Zahlungsfähigkeit insofern festgestellt wurde. Zumindest dem freigesprochenen Beschuldigten wird durch § 467 Abs.1 StPO ein solcher Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse gewährt. Dieser umfasst seine notwendigen Auslagen, die sich nach § 464a Abs.2 Nr.2 StPO in dem durch § 91 Abs.2 ZPO gesteckten Rahmen auch auf die Gebühren und Auslagen des Verteidigers beziehen.

Damit erhält der Pflichtverteidiger eines freigesprochenen Beschuldigten zunächst die Pflichtverteidigergebühren aus § 97 Abs.1 BRAGO und darüber hinaus den

Differenzbetrag zur Wahlverteidigungsvergütung von dem Beschuldigten nach § 100 Abs.1 und 2 BRAGO, den sich dieser wiederum von der Staatskasse nach § 467 Abs.1 StPO erstatten lässt. Zusammengenommen mit dem Auslagenerstattungsanspruch aus § 97 Abs.2 S.1 BRAGO erhält der Pflichtverteidiger also „bei einem Freispruch“ unabhängig von einer im Sinne von § 100 Abs.2 S.1 2.Hs. BRAGO gerichtlich festgestellten Zahlungsfähigkeit des Beschuldigten das gleiche Honorar, wie ein Wahlverteidiger, der nach der Gebührenordnung abrechnet. Demgegenüber bekommt der Pflichtverteidiger eines verurteilten Beschuldigten ein Honorar in dieser Höhe nur dann, wenn Letzterer nach Auffassung des Gerichts zur anteiligen Zahlung finanziell in der Lage ist. Aufgrund der per Urteil festgestellten Schuld des Angeklagten steht ihm nämlich gerade kein Kostenerstattungsanspruch gegen den Staat nach § 467 Abs.1 StPO zu, der dann wieder über § 100 Abs.1, Abs.2 S.1 BRAGO einen weitergehenden Honoraranspruch des Pflichtverteidigers direkt gegenüber dem Beschuldigten rechtfertigen würde. Vielmehr ist der Verurteilte nach § 465 Abs.1 S.1 StPO selbst dazu verpflichtet, die Verfahrenskosten zu tragen. Daß hierunter nach § 464a Abs.1 S.1 StPO die Gebühren und Auslagen der Staatskasse zu zählen sind und diese letztlich auch die Pflichtverteidigergebühren umfassen, wurde bereits erwähnt. Diese aber bestehen grundsätzlich, wie § 100 Abs.1 S.2 BRAGO verdeutlicht, nur in dem durch § 97 Abs.1 BRAGO geregelten Umfang.

Um die Gegenüberstellung auf die Spitze zu treiben ist zu schlussfolgern, daß der Pflichtverteidiger eines mittellosen Freigesprochenen einen Honoraranspruch in Höhe der Wahlverteidigergebühren hat, während sich der Pflichtverteidiger eines ebenfalls mittellosen Verurteilten mit den sehr viel geringeren Pflichtverteidigergebühren begnügen muß. Damit führt eine unterschiedliche Honorierungsbasis von Wahl- und Pflichtverteidigung schon de lege lata zu einer Rechtslage, die im Hinblick auf das durch § 49b Abs.2 BRAO beschriebene Verbot eines erfolgsabhängigen Honorars zumindest bedenklich erscheint.

De lege ferenda ist daher dieser Widerspruch zu beseitigen. Das Gebührenrecht für den dann bestellten Verteidiger ist in vollem Umfang an dem des Wahlverteidigers zu orientieren. Der Staat müsste wie schon nach aktueller Rechtslage für die Pflichtverteidigung auch zukünftig im Hinblick auf die bestellte Verteidigung zumindest übergangsweise die Kosten übernehmen.

C. Kritische Überprüfung des Lösungsansatzes

Im Folgenden soll nun (nochmals) überprüft werden, ob sich der vorgestellte Ansatz tatsächlich zur Lösung der Strafverteidigerproblematik eignet und ob dieser nach supranationalen und verfassungsgerichtlichen Bestimmungen von der bloßen Theorie auch in die Praxis umgesetzt werden kann.

I. Zur Tauglichkeit des Ansatzes zur Lösung des Honorarproblems

Unter der Prämisse, daß die vorgeschlagene Reform durchgeführt wurde, könnte ein Strafverteidiger nun ohne weitere Bedenken hinsichtlich einer eigenen Strafbarkeit gemäß § 261 StGB für seine Dienste Honorar von seinem Mandanten annehmen, auch wenn dieser gerade der Begehung einer Geldwäschetatsache beschuldigt wird. Schließlich würde er das Geld dann nicht mehr unmittelbar von seinem Mandanten erhalten, sondern vom Staat, der als Zahlstelle in das Verteidiger-Mandanten-Verhältnis eingeschaltet wurde. Durch diese Integration des Staates würde das Geld einen möglicherweise vorhandenen Makel in jedem Fall wegen § 261 Abs.6 StGB verlieren. Insofern wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt, daß sich der Staat beziehungsweise dessen Handlungsorgane durch die Annahme des Geldes vom Beschuldigten nicht strafbar machen, weil diese Annahme durch das besondere öffentliche Interesse an der staatlichen Gewährleistung effektiver Strafverteidigung gerechtfertigt ist¹²¹⁴.

Es wurde ebenfalls bereits dargestellt, daß hiermit die verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art.12 Abs.1 und Art.3 Abs.1 GG sowie hinsichtlich des Beschuldigten-Grundrechts auf freie Wahl eines Verteidigers verworfen werden könnten¹²¹⁵.

Dessen Rechte auf Strafverteidigung würden sogar deutlich ausgeweitet: Schließlich könnte ein Beschuldigter künftig nicht nur unabhängig von der ihm vorgeworfenen Tat, sondern sogar unabhängig von seiner persönlichen finanziellen Leistungsfähigkeit einen Strafverteidiger seines Vertrauens wählen. Eine Abhängigkeit von richterlichem Ermessen wäre hierbei nur noch für den Fall festzustellen, in dem der Beschuldigte auf sein Recht verzichtet und keinen Verteidiger wählt, dessen Mitwirken aber für notwendig erachtet wird. Dies wäre dann aber hinsichtlich des Grundrechts auf freie Wahl des Verteidigers unbeachtlich, da eben der Beschuldigte selbst auf diese Wahlmöglichkeit verzichtet hat.

¹²¹⁴ Siehe nochmals oben auf S.251 ff. [Teil 5:A]

¹²¹⁵ Siehe a.a.O.

Insgesamt würde also mit dem hier erarbeiteten Vorschlag nicht lediglich das zugrundeliegende Problem eines Generalverdachts der Geldwäsche gegenüber Strafverteidigern in verfassungskonformer und wirksamer Weise gelöst, sondern zugleich vor allem für mittellose Beschuldigte die Qualität der Strafverteidigung merklich verbessert und damit ein entscheidender Beitrag zur Rechtssicherheit geleistet.

II. Zur praktischen Umsetzbarkeit des Lösungsansatzes und zu dessen Konformität mit supranationalem Recht

Bei der vorgeschlagenen Lösung wurde wohl an vielen Stellen offensichtlich, daß eine derart veränderte Situation im Bereich des strafprozessualen Verteidigungsrechts und des anwaltlichen Gebührenrechts ausschließlich durch einen rechtspolitischen Eingriff zu schaffen ist.

Die Möglichkeit, die erforderlichen Gesetzesänderungen durchzuführen, hat der Gesetzgeber ohne Weiteres. Im übrigen dürfte nach meiner Sicht der Dinge – soviel darf vorweggenommen werden – diese bloße Gelegenheit schon bald zu einer Handlungsverpflichtung erstarken. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß das Bundesverfassungsgericht den beiden anhängigen Verfassungsbeschwerden der vom Bundesgerichtshof verurteilten Strafverteidiger stattgibt. Dies geschieht stets, wenn die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Maßnahme verfassungswidrig ist und die Grundrechtsverletzung darauf beruht oder jedenfalls beruhen kann¹²¹⁶.

Nach der hier vertretenen Auffassung führt die vom Bundesgerichtshof vorgenommene uneingeschränkte Anwendung von § 261 StGB auf Verteidigerhonorare nicht nur zu einer Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts eines Beschuldigten auf Wahlverteidigung, sondern auch zu einer Verletzung der Grundrechte des Strafverteidigers auf Berufsfreiheit (Art.12 GG) und Gleichbehandlung (Art.3 Abs.1 GG).

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 04.07.2001 beruht damit auch auf einer Verletzung der in Art.93 Abs.1 Nr.4a GG und §§ 90, 91 BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführer, da der festgestellte Grundrechtsverstoß den sachlichen Gehalt der Entscheidung berührt¹²¹⁷.

Die Voraussetzungen einer Stattgabe liegen damit meines Erachtens vor.

¹²¹⁶ Vgl. SCHLAICH / KORIOTH, S.185 f., Rn.270 m.w.N.

¹²¹⁷ Vgl. zu dem Tatbestandsmerkmal des „Beruhens“ Maunz, BVerfGG, SCHMIDT-BLEIBTREU, § 95, Rn.25

Sollte das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis gleichlautende Erwägungen anstellen, so wird es aller Voraussicht nach zunächst gemäß § 95 Abs.1 S.1 BVerfGG in seinem Urteil feststellen, daß das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 04.07.2001 die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art.12 Abs.1 und Art.3 Abs.1 GG verletzt.

Weiter ist dann davon auszugehen, daß das BGH-Urteil nach Maßgabe von § 95 Abs.2 BVerfGG aufgehoben wird, um damit den grundrechtsverletzenden Akt der öffentlichen Gewalt zu beseitigen¹²¹⁸. Meiner Auffassung nach müsste die Aufhebung darüber hinaus wohl auch das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom Mai 2000 umfassen, weil auch dieses eine grundrechtswidrige gerichtliche Entscheidung in gleicher Sache darstellt und sich die Aufhebung auf sämtliche Hoheitsakte zu erstrecken hat, die das Grundrecht eines Beschwerdeführers verletzt haben¹²¹⁹. Dies dürfte selbst dann gelten, wenn die Entscheidung des LG Frankfurt nicht mitangegriffen wurde, weil diese mit der Entscheidung des BGH in untrennbarem Zusammenhang steht¹²²⁰.

Nachdem damit das Schicksal der ergangenen Geldwäsche-Urteile prophezeit wurde, ist nun eine nähere Beschäftigung mit der Zukunft des § 261 StGB per se erforderlich:

Wegen § 95 Abs.3 S.2 i.V.m. Abs.2 BVerfGG ist ein Gesetz an sich zwingend für nichtig zu erklären¹²²¹, wenn einer Urteilsverfassungsbeschwerde stattgegeben wird, weil die Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht. Hierdurch kommt zum Ausdruck, daß die Vorschrift neben der Befriedigung des Interesses eines Beschwerdeführers an subjektivem Rechtsschutz im Einzelfall auch eine Klärung der objektiven Rechtslage herbeiführen will¹²²².

Dabei ist zu beachten, daß das Bundesverfassungsgericht zwar ohne gesetzliche Ermächtigung, aber in meines Erachtens dennoch zustimmungswürdiger Weise die Teilnichtigkeitklärung von Gesetzen praktiziert¹²²³. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Willen des Gesetzgebers nämlich auch bei der Nichtigkeitklärung von Gesetzen in weitestmöglichem Umfang Rechnung zu tragen¹²²⁴. Weil die Nichtigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen eines Gesetzes grundsätzlich nicht zugleich die Nichtigkeit des ganzen Gesetzes bewirkt, ist die Teilnichtigkeitklärung sogar zur Regel

¹²¹⁸ Vgl. zu dieser Intention von § 95 BVerfGG Maunz, BVerfGG, SCHMIDT-BLEIBTREU, § 95, Rn.21

¹²¹⁹ Vgl. LECHNER / ZUCK, BVerfGG, § 95, Rn.14 und Maunz, a.a.O., Rn.26

¹²²⁰ Vgl. dazu auch Maunz, a.a.O., Rn.26

¹²²¹ Vgl. Maunz, a.a.O., Rn.32

¹²²² Vgl. Maunz, a.a.O., Rn.33

¹²²³ Vgl. SCHLAICH / KORIOTH, S.263, Rn.372 i.V.m. S.186, Rn.270. LECHNER / ZUCK sprechen hingegen von einer „funktionalen Teilnichtigkeit von Normen“ (vgl. LECHNER / ZUCK, BVerfGG, § 95, Rn.21).

¹²²⁴ Vgl. Maunz, BVerfGG, SCHMIDT-BLEIBTREU, § 95, Rn.33

geworden¹²²⁵.

Im konkreten Fall bestünde hiernach die Möglichkeit, eine sogenannte „qualitative Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung“ auszusprechen¹²²⁶, bei der § 261 StGB etwa als mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig erklärt werden könnte, soweit die Vorschrift auf solche Gegenstände bezogen ist, die zur Erfüllung einer anwaltlichen Honorarforderung zu Zwecken der Strafverteidigung geleistet werden.

Als Folge dieser Teilnichtigkeitsklärung wäre § 261 StGB ex tunc und ipso iure im Umfang der ausgesprochenen Einschränkung rechtsunwirksam¹²²⁷.

Die logische Konsequenz aus dieser ohne weiteren gestaltenden Akt auf den Anfang zurückwirkenden Rechtsunwirksamkeit müsste an sich sein, daß alle zwischenzeitlich auf der Grundlage dieser Norm ergangenen Akte beseitigt würden¹²²⁸, soweit sie dem Umfang der Nichtigkeitsklärung unterliegen. § 95 Abs.3 S.2 i.V.m. § 79 BVerfGG regeln die Rechtsfolge der Nichtigkeitsklärung hiervon abweichend so, daß von der Nichtigkeit ex tunc für den Bestand zwischenzeitlich ergangener Akte nicht viel übrig bleibt¹²²⁹: Hiernach ist gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für nichtig erklärten Norm beruht, lediglich die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den §§ 359 ff. StPO zulässig (§ 79 Abs.1 BVerfGG). Im übrigen aber bleiben Entscheidungen, die nicht mehr anfechtbar sind und gegen die auch nicht Verfassungsbeschwerde erhoben wurde, unberührt (§ 79 Abs.2 S.1 BVerfGG). Sofern die Entscheidung nicht bereits vollstreckt wurde, wird die Vollstreckung gemäß § 79 Abs.2 S.2 BVerfGG als unzulässig angesehen.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Rechtsunwirksamkeit der teilnichtigkeitsklärten Vorschrift des § 261 StGB hätte gemäß § 31 Abs.2 S.1 und 2 i.V.m. § 13 Nr.8a BVerfGG Gesetzeskraft.

Die Vorschrift des § 95 Abs.3 BVerfGG wird aber in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung „elastisch“ gehandhabt¹²³⁰. In Einzelfällen soll es ausreichen, wenn das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen nicht deren – an sich zwingend vorgeschriebene – Nichtigkeit feststellt, sondern sich darauf beschränkt, deren bloße Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz auszusprechen¹²³¹. Dies soll unter anderem in solchen Fällen gelten, in denen der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu bereinigen¹²³².

¹²²⁵ Vgl. SCHLAICH / KORIOTH, S.263 f., Rn.372 i.V.m. S.186, Rn.270

¹²²⁶ Vgl. zu der vom BVerfG genutzten Figur der Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung SCHLAICH / KORIOTH, S.264 f., Rn.374 i.V.m. S.186, Rn.270 und zur Kritik hieran auf S.266 f., Rn.376

¹²²⁷ Vgl. zu den Folgen einer Nichtigkeitsklärung von Gesetzen SCHLAICH / KORIOTH, S.261 ff., Rn.367-371 und S.267 f., Rn.378-381, jeweils i.V.m. S.186, Rn.270

¹²²⁸ Vgl. SCHLAICH / KORIOTH, S.267, Rn.378 i.V.m. S.186, Rn.270

¹²²⁹ So auch SCHLAICH / KORIOTH, a.a.O.

¹²³⁰ Vgl. Maunz, BVerfGG, SCHMIDT-BLEIBTREU, § 95, Rn.32

¹²³¹ Vgl. Maunz, a.a.O., Rn.32 und 35

¹²³² Vgl. Maunz, a.a.O., Rn.32; so ähnlich auch LECHNER / ZUCK, BVerfGG, § 95, Rn.22 und 24

Eine solche Konstellation findet sich aber auch hinsichtlich des Geldwäscheproblems der Strafverteidiger wieder: Die Anwendung von § 261 StGB auf Verteidigerhonorare führt zu einer verfassungswidrigen Verletzung von Grundrechten. Nachweislich der obigen Ausführungen gibt es meines Erachtens zwei verschiedene Lösungsansätze, die diese Verfassungswidrigkeit problemangemessen beheben können. Hierbei tritt neben die für richtig befundene eigene Lösung¹²³³ noch der Vorschlag, in grober Orientierung an der amerikanischen Regelung des 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) ein gesetzliches Honorarprivileg zu erlassen¹²³⁴. Hierdurch würden Strafverteidiger in Deutschland ebenso wieder in die Lage versetzt, ihrem Beruf in angemessener Weise nachzugehen, wie durch die eigens vorgeschlagene Änderung des prozessualen Wahl- und Pflichtverteidigungsrechts bei gleichzeitiger Reformierung des anwaltlichen Gebührenrechts. Als direkte Folge dieser Änderungen für den Anwalt wären auch die Grundrechte eines Beschuldigten in beiden Lösungsansätzen wieder ausreichend gewahrt. Der wesentliche Vorteil der hier vorgeschlagenen Lösung wird in der dem anderen Vorschlag anhaftenden Missbrauchsgefahr eines generellen Honorarprivilegs gesehen.

Eine Teilnichtigkeitserklärung von § 261 StGB in Bezug auf Verteidigerhonorare würde aber letztlich zu einem ähnlichen Ergebnis führen, wie die rechtspolitische Schaffung eines Honorarprivilegs für Strafverteidiger. Aufgrund der Gesetzeskraft der verfassungsgerichtlichen Entscheidung könnten Strafverteidiger künftig ebenfalls wieder ohne weitere Angst vor einer eigenen Geldwäsche-Strafbarkeit ihren Verteidigungsaufgaben nachgehen und sich hierfür von ihren Mandanten honorieren lassen. In Kenntnis dieser Rechtsprechung könnten treuwidrig handelnde Beschuldigte mit vereinzelt vorhandenen „schwarzen Schafen“ des Anwaltsstandes dann aber auch gemeinsam agieren und durch sogenannte „kick-backs“ das nur zu Scheinzwecken gezahlte Honorar wegen § 261 Abs.6 StGB gewaschen zurückbekommen. Damit bestünde letztlich nach einer verfassungsgerichtlichen Kassation von Teilen des § 261 StGB die gleiche Missbrauchsgefahr wie bei einer rechtspolitischen Schaffung eines Honorarprivilegs.

Es wird daher für erforderlich gehalten, dem Gesetzgeber selbst die Möglichkeit zu geben, von den beiden vorhandenen Ansätzen die diesseits vorgeschlagene und für angemessener erachtete Problemlösung umzusetzen. Dies kann aber nicht erreicht werden, wenn das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des § 261 StGB für teilnichtig erklärt. Vielmehr ist zu hoffen, daß sich die Verfassungsrichter darauf beschränken, nur die (teilweise) verfassungsrechtliche Unvereinbarkeit der Geldwäschevorschrift auszusprechen.

m.w.N.

¹²³³ Siehe dazu bereits oben auf S.251 ff. [Teil 5:]

¹²³⁴ Siehe dazu bereits oben auf S.224 f. [Teil 4:A.I.4.]

Als Folge eines derartigen Ausspruchs sollte das Bundesverfassungsgericht sodann feststellen, daß Gerichte die Vorschrift des § 261 StGB in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang nicht mehr anwenden dürften und bereits anhängige gerichtliche Verfahren bis zum Erlaß einer verfassungskonformen Neuregelung aussetzen müßten¹²³⁵. Der Gesetzgeber wäre zu derartigem rechtspolitischen Handeln aufzufordern¹²³⁶, also den hier für zutreffend befundenen Ansatz zu legitimieren. Hieran ist er freilich auch nicht durch einen etwaig entgegenstehenden Willen des historischen Gesetzgebers gehindert – denn dessen Gesetz gewordene Auffassung führte schließlich gerade zu der verfassungsgerichtlichen Entscheidung, den Gesetzgeber aufgrund der teilweisen verfassungsrechtlichen Unvereinbarkeit von § 261 StGB zum Erlaß verfassungskonformer Regelungen zu verpflichten. Der historische Wille eines Gesetzgebers darf nur so lange nicht ignoriert werden, wie die betreffende Vorschrift Bestand hat¹²³⁷.

Das von den Beschwerdeführern angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofs müsste auch hier gemäß § 95 Abs.2 BVerfGG aufgehoben werden, da der Ausspruch einer bloßen verfassungsrechtlichen Unvereinbarkeit eines Gesetzes anstelle einer Nichtigerklärung insofern keine Auswirkungen hat¹²³⁸. Schließlich sollte das Bundesverfassungsgericht die Sache gemäß § 95 Abs.2 BVerfGG an ein sachlich zuständiges Tatsachen-Gericht¹²³⁹ zurückverweisen und bestimmen, daß das Ausgangsgericht sein Verfahren so lange auszusetzen hat, bis der Gesetzgeber die verfassungswidrige Vorschrift durch eine mit der Verfassung in Einklang stehende Regelung ersetzt hat¹²⁴⁰.

Die hierfür eigens vorgeschlagene Reform des Wahl- und Pflichtverteidigungsrechts sowie des anwaltlichen Gebührenrechts würde damit einen weiteren Fall gesetzlicher Änderungsmaßnahmen darstellen, deren Anstoß das Bundesverfassungsgericht gegeben hat¹²⁴¹, sofern nicht der Gesetzgeber von sich aus und ohne Veranlassung durch die Verfassungsrichter entsprechende rechtspolitische Maßnahmen ergreift.

¹²³⁵ Vgl. Maunz, BVerfGG, SCHMIDT-BLEIBTREU, § 95, Rn.35 m.w.N.

¹²³⁶ Vgl. Maunz, a.a.O. m.w.N.

¹²³⁷ Vgl. SCHMIDT, JR 2001, S.451

¹²³⁸ Vgl. auch SCHLAICH / KORIOTH, S.279, Rn.401 i.V.m. S.186, Rn.270

¹²³⁹ Vgl. dazu LECHNER / ZUCK, BVerfGG, § 95, Rn.16

¹²⁴⁰ Vgl. auch SCHLAICH / KORIOTH, a.a.O.. Die nur ausnahmsweise bestehende Möglichkeit einer eigenen „Durch-Entscheidung“ seitens des Bundesverfassungsgerichts dürfte wohl in dem zugrundeliegenden Fall nicht in Betracht kommen, zumal eine Zurückverweisung bereits wegen der noch ausstehenden Entscheidung zur Kostenfrage im Ausgangsverfahren möglich und regelmäßig auch geboten ist (vgl. LECHNER / ZUCK, BVerfGG, § 95, Rn.17 f. m.w.N.)

¹²⁴¹ Vgl. hierzu mit weiteren Beispielen NIEMÖLLER, StraFo 2000, S.361

Einer Umsetzung meines Vorschlages stehen auch keine Gründe des supranationalen Rechts entgegen¹²⁴²:

Sowohl das „Wiener Übereinkommen“, als auch das „Europaratsübereinkommen“¹²⁴³ enthalten nämlich ausdrückliche Vorbehalte, nach denen die Vertragsstaaten nur im Rahmen der jeweiligen Verfassungsgrundsätze und der Grundzüge der jeweiligen Rechtsordnungen zur Transformation der supranationalen Bestimmungen angehalten werden¹²⁴⁴. Dieser Passus ermöglicht jedem Mitgliedsstaat und damit auch der Bundesrepublik Deutschland die Legiferierung einer verfassungskonformen Regelung der Geldwäschebekämpfung¹²⁴⁵. Die geltende Rechtslage ist meiner Ansicht nach verfassungswidrig und bedarf nach entsprechendem Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts der legislativen Änderung. Der Gesetzgeber wird dazu aufgerufen, die hier vorgeschlagene, verfassungskonforme Regelung umzusetzen und damit den supranational eingeräumten Spielraum zu nutzen.

Hiergegen spricht auch nicht die Bestimmung in Art.12 der 1.EU-Geldwäscherichtlinie¹²⁴⁶, nach dem die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen haben, „[...] daß die Bestimmungen der Richtlinie ganz oder teilweise auf Berufe und Unternehmenskategorien ausgedehnt werden, die zwar keine Kredit- und Finanzinstitute [...] sind, jedoch Tätigkeiten ausüben, die besonders geeignet sind, für Zwecke der Geldwäsche genutzt zu werden.“ Hierzu zählen unter Umständen auch Rechtsanwälte, insbesondere dann, wenn sie Vermögensinteressen von Mandanten wahrnehmen und dafür fremde Vermögenswerte betreuen. Die in der zitierten Vorschrift verwandte Formulierung „ganz oder teilweise“ ließ nicht nur den Raum, etwa im deutschen Geldwäschegesetz Differenzierungen zwischen den Rechtsanwälten vorzunehmen¹²⁴⁷; sie ermöglicht es meines Erachtens auch, eine verfassungskonforme Regelung im Bereich des nationalen Strafrechts zu schaffen, auch wenn diese auf eine geldwäschestrafrechtliche Privilegierung von Strafverteidigern gegründet wird¹²⁴⁸.

¹²⁴² Vgl. bereits HANSOLG HAMBURG, Beschluß v. 06.01.2000, NJW 2000, S.682 und HOMBRECHER, S.98 f. zu der Frage einer Vereinbarkeit der jeweils vorgeschlagenen Lösung über eine verfassungskonforme Auslegung bzw. einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund mit supranationalem Recht.

¹²⁴³ Siehe zu beiden Übereinkommen bereits oben auf S.11 [Teil 2:B.II]

¹²⁴⁴ Vgl. Art.3 Abs.1 lit.c i) und Abs.11 sowie Art.5 Abs.9 des Wiener Übereinkommens und Art.6 des Europaratsübereinkommens; vgl. auch HANSOLG HAMBURG, a.a.O.

¹²⁴⁵ So auch HANSOLG HAMBURG, a.a.O.

¹²⁴⁶ Siehe dazu bereits oben auf S.11 [Teil 2:B.II]

¹²⁴⁷ Siehe dazu bereits oben auf S.32 [Teil 2:C.II.3.b]

¹²⁴⁸ So ähnlich auch HANSOLG HAMBURG, a.a.O.; HOMBRECHER, S.99 und wohl auch KREß, wistra 1998, S.126

Nur am Rande soll abschließend erwähnt werden, daß sich die legislative Umsetzung meines Vorschlages in die allgemeinen nationalen Reformbestrebungen einfügen ließe, die derzeit sowohl in strafprozessualer¹²⁴⁹, als auch in gebührenrechtlicher¹²⁵⁰ Hinsicht im Gange sind.

D. Zusammenfassende Thesen zum eigenen Lösungsvorschlag

- Die Inkriminierung der Annahme von Verteidigerhonorar als Geldwäsche verstößt gegen die Grundrechte der Strafverteidiger (Art.3 Abs.1 und Art.12 Abs.1 GG), wie auch der rechtsuchenden Beschuldigten (Art.20 Abs.3 i.V.m. Art.2 Abs.1 GG). § 261 StGB ist insofern also verfassungswidrig. Es ist damit zu rechnen, daß das Bundesverfassungsgericht diese Unvereinbarkeit des Geldwäschetatbestandes mit dem Grundgesetz in seiner Entscheidung über zwei anhängende Verfassungsbeschwerden ausspricht.
- Für den dann erforderlichen, aber auch bei einer anderen verfassungsgerichtlichen Entscheidung möglichen Eingriff des Gesetzgebers ist zu hoffen, daß dieser sich für eine rechtspolitische Änderung des strafprozessualen Wahl- und Pflichtverteidigungsrechts nebst des anwaltlichen Gebührenrechts entscheidet.
- Dabei müßte es jedem Beschuldigten – unabhängig von der ihm vorgeworfenen Tat und von seinen finanziellen Verhältnissen – ermöglicht werden, einen Verteidiger seines Vertrauens frei zu wählen. Dies ist der zur Institutionalisierung der Strafverteidigung verpflichtete Staat seinen Bürgern schuldig.
- Die Grundrechte der Beschuldigten einerseits und der Strafverteidiger andererseits können ohne Schaffung einer zusätzlichen Missbrauchsgefahr nur gewahrt werden, indem die Honorierungsmodalitäten zwischen dem Mandanten und seinem gewählten Verteidiger reformiert werden. Erfolgversprechend erscheint dabei der Vorschlag an den Gesetzgeber, den Staat als zwischengeschaltete Zahlstelle in das Honorierungsverhältnis einzubinden. Der Anwalt, der sein Wahlverteidiger-Honorar nicht unmittelbar von seinem wegen

¹²⁴⁹ Siehe zu der geplanten Reform des Strafprozessrechts statt vieler nur DÄUBLER-GMELIN, StV 2001, S.359 ff. und FREUND, GA 2002, S.82 ff. .

¹²⁵⁰ Siehe zu den anstehenden Änderungen im anwaltlichen Gebührenrecht statt vieler nur EBERT, BRAK-Mitt. 2001, S.284 ff. und N.N. (BRAK), BRAK-Mitt. 2002, S.69 ff., sowie die umfassende und regelmäßig aktualisierte Homepage von BURHOFF im Internet unter [<http://www.burhoff.de/bargo/start/index.html>].

einer Katalogtat beschuldigten Mandanten, sondern de lege ferenda aus einem staatlichen Anderkonto erhalte, auf dem der Beschuldigte das Geld zuvor eingezahlt hätte¹²⁵¹, würde sich fortan wegen § 261 Abs.6 StGB nicht mehr wegen Geldwäsche strafbar machen. Der Staat erfährt nämlich in strafrechtlicher Hinsicht insofern eine Sonderbehandlung, als es nur ihm in personeller Vertretung durch seine Handlungsorgane straflos möglich ist, kontaminierte Gegenstände einzuziehen und hieran Eigentum zu begründen, Steuern auf Einkünfte aus Geldwäschevortaten zu erheben und sich die Kosten eines Strafverfahrens auch mit bemakeltem Geld zahlen zu lassen. Ebenso, wie hier ein überwiegendes öffentliches Interesse die Entgegennahme an sich geldwäschetatbestandstauglicher Gegenstände rechtfertigt, muß dies auch gelten, wenn der Staat seine Verpflichtung zur Gewähr der Institution Strafverteidigung nur erfüllen kann, indem er die Honorierung von Wahlverteidigern künftig über eine eigene Zahlstelle abwickeln lässt und bei dieser Gelegenheit kontaminiertes Geld erhält. Das zweite Rechtfertigungselement ist in diesem Fall gleichermaßen gegeben, wie im Einziehungs- und Verfallsrecht, sowie im Steuer- oder Kostenvollstreckungsrecht – denn auch hier wird das konfiskatorische Ziel erreicht, dem Täter die Möglichkeit zur weiteren Verwendung der Mittel zu nehmen.

- Ein Beschuldigter sollte auf das – vor allem für Mittellose neu geschaffene – Recht auf Wahlverteidigung grundsätzlich wirksam verzichten können, wenn er auf die Konsequenzen richterlich hingewiesen wurde und soweit seine subjektiven Interessen das Interesse des Staats an einer effektiven Verteidigung überwiegen. In Verfahren mit hoher richterlicher Strafgewalt, bei erfolgter oder zu erwartender Unterbringung in einer (Untersuchungshaft-)Anstalt und bei massiven psychischen oder physischen Defiziten eines Beschuldigten sollte von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht werden. In diesen schwerwiegenden Fällen ist professionelle Verteidigung nämlich absolut notwendig, so daß es ausnahmsweise gerechtfertigt ist, das staatliche Interesse über das Autonomierecht eines Beschuldigten zu stellen. In den übrigen, de lege lata in § 140 Abs.1 und 2 StPO geregelten Fällen ist es einem Beschuldigten (nach entsprechender richterlicher Belehrung) de lege ferenda selbst zu überlassen, ob er von seinem Wahlrecht Gebrauch machen möchte oder nicht – dies gebietet sein Recht auf auch prozessuale Selbstbestimmung, welches gegenüber der geltenden Rechtslage wie beschrieben aufgewertet werden sollte.

¹²⁵¹ Beachte insofern die geringfügigen Abweichungen der Zahlungsmodalitäten bei Honorierungen auf Basis einer privatrechtlichen Vereinbarung zwischen Mandant und Anwalt, beschrieben auf S. 259 ff. [Teil 5:B.I.1.b].

- Zudem wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber Strafverteidiger in den Fällen der absolut notwendigen und deswegen bestellten Verteidigung endlich mit den gleichen Kompetenzen ausstatten und ihnen gebührenrechtlich die gleichen Ansprüche ermöglichen würde, wie den Strafverteidigern nach Wahl. Die Kosten der bestellten Verteidigung müssten auch zukünftig zumindest vorläufig von der Staatskasse übernommen werden.
- Begründete Bedenken gegen die Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Ansatzes mit deutschem Verfassungsrecht oder supranationalem Recht bestehen nicht.

TEIL 6: SCHLUSSDARSTELLUNG

Abschließend sollen die Gedanken aus der Einleitung nochmals aufgegriffen werden: Strafverteidigung dient der Herstellung einer prozessualen Waffengleichheit durch Kompensation des Autonomiedefizits des beschuldigten juristischen Laien gegenüber dem Staat. Den hierfür erforderlichen Beistand eines Strafverteidigers findet der wegen einer geldwäschetauglichen Vortat Beschuldigte aber nur, wenn sich der Anwalt nicht selbst der Gefahr ausgesetzt sieht, sich einer Geldwäsche strafbar zu machen.

In Deutschland sieht § 261 Abs.2 StGB aber dem Wortlaut nach eine solche Strafbarkeit bereits dann vor, wenn ein Rechtsanwalt nur kontaminiertes Geld seines Mandanten als bares oder unbares Honorar annimmt. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man auch nicht im Wege der Auslegung des Geldwäschetatbestandes.

Österreichische Kollegen sind an sich durch die Fassung des § 165 Abs.2 und 5 öStGB in ähnlicher Weise gefährdet, wenngleich deren Risiko eines eigenen Strafverfahrens wegen Geldwäscherei aufgrund der höheren Anforderungen im subjektiven Tatbestand als deutlich geringer einzuschätzen ist, als in Deutschland.

In der Schweiz ist die Rechtslage bisweilen noch weitgehend ungeklärt. Im Regelfall darf aber wohl davon ausgegangen werden, daß sich die dort vor allem strafrechtlich engagierten Standesvertreter durch die Annahme bemakelter Gelder zur Erfüllung ihrer Honorarforderungen nicht wegen Geldwäscherei gemäß Art.305^{bis} Ziff.1 schwStGB strafbar machen.

Demgegenüber dürfen sich Rechtsanwälte in den Vereinigten Staaten von Amerika an sich und Dank der Ausnahmeregelung in 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) bedenkenlos ihren Aufgaben als Strafverteidiger hingeben und hierfür Honorar entgegennehmen und auch einzahlen. Zu beachten ist aber zum einen, daß sich diese Einschätzung allein auf amerikanisches Bundesstrafrecht bezieht und nicht ausgeschlossen werden kann, daß eine eingehende Überprüfung der Strafvorschriften der Einzelstaaten zu einem anderen Ergebnis verleiten würde. Darüber hinaus ist auch hervorzuheben, daß die Auslegung des Sechsten Verfassungszusatzes, dessen Inhalt durch eine Verweisungstechnik auch den Inhalt des 18 U.S.C. § 1957 (f) (1) bestimmt, in der Rechtspraxis sehr umstritten ist. Der gegenüber deutschen, österreichischen und schweizerischen Kollegen gehegte Vorteil der Unbekümmertheit ist also letztlich eher von theoretischer, denn von praktischer Natur.

Auch unter Berücksichtigung dieser ausländischen Regelungen erscheint für die Honorarproblematik in Deutschland am Ehesten ein Vorschlag erfolgversprechend, nach dem durch einen rechtspolitischen Eingriff das ohnehin änderungsbedürftige Wahl- und Pflichtverteidigungsrecht sowie das ebenso makelbehaftete anwaltliche Gebührenrecht reformiert werden. Die Quintessenz des hier erarbeiteten Ansatzes liegt neben der einem jeden Beschuldigten einzuräumenden Möglichkeit der Wahl eines Strafverteidigers vor allem darin, daß die Honorierung nicht mehr wie bisher in einem Zwei-Personen-Verhältnis abgewickelt wird, sondern umgeleitet über ein zu diesem Zweck eingerichtetes staatliches Anderkonto. Da das öffentliche Interesse an der Gewährleistung effektiver Strafverteidigung insofern strafrechtlich gegenüber „Normalbürgern“ eine differenzierte Behandlung rechtfertigt, dürfen staatliche Handlungsorgane bei dieser Gelegenheit für den Staat kontaminiertes Geld entgegennehmen, ohne sich gemäß § 261 Abs.2 StGB der Geldwäsche strafbar zu machen. Die Konsequenz hieraus ist schließlich, daß sich auch die Strafverteidiger, die aus dem Anderkonto honoriert werden, aufgrund der Ausnahmeregelung in § 261 Abs.6 StGB ebenfalls nicht strafbar machen, da das Geld durch die Zwischenschaltung des Staates als Zahlstelle seinen Makel verloren hat.

Folgt der deutsche Gesetzgeber den hier dargelegten Anregungen, kann sich der Beschuldigte in Zukunft darauf verlassen, daß ihn ein juristisch kompetenter Strafverteidiger in allen Fällen wirksam verteidigen und seine Rechte im Widerstreit mit den staatlichen Organen wahren kann. Die Notwendigkeit dessen ist nach der vorgenommenen Untersuchung und in Anlehnung an die zutreffenden Ausführungen des amerikanischen Richters Hugo Black unumstritten: *„Lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries“*¹²⁵².

Die Gremien des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) sind dazu aufgerufen, sich im Interesse ihrer vor allem strafrechtlich tätigen Mitglieder zu engagieren und massiv auf entsprechende Handlungen des Gesetzgebers zu drängen.

Denn „*Strafverteidigung ist Kampf*“ ... !

¹²⁵² Vgl. CALVI / COLEMAN, S.126 m.w.N.

ANHANG

A. Auszug aus dem deutschen Strafgesetzbuch: § 261 StGB¹²⁵³

§ 261 – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte

(1) Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind

- 1. Verbrechen,*
- 2. Vergehen nach*
 - a. § 332 Abs.1, auch in Verbindung mit Abs.3, und § 334,*
 - b. § 29 Abs.1 Satz 1 Nr.1 des Betäubungsmittelgesetzes und § 29 Abs.1 Nr.1 des Grundstoffüberwachungsgesetzes,*
- 3. Vergehen nach § 373 und, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt, nach § 374 der Abgabenordnung, jeweils auch in Verbindung mit § 12 Abs.1 des Gesetzes zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen,*
- 4. Vergehen*
 - a. nach den §§ 180b, 181a, 242, 246, 253, 259, 263 bis 264, 266, 267, 269, 284, 326 Abs.1, 2 und 4 sowie § 328 Abs.1, 2 und 4,*
 - b. nach § 96 des Aufenthaltsgesetzes und § 84 des Asylverfahrensgesetzes¹²⁵⁴, die gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begangen worden sind, und*
- 5. Vergehen nach §§ 129 und 129a Abs.3, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs.1, sowie von einem Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs.1) begangene Vergehen.*

Satz 1 gilt in den Fällen der gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Steuerhinterziehung nach § 370a 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.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Gegenstand

- 1. sich oder einem Dritten verschafft oder*
- 2. verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er die Herkunft des Gegenstandes zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat.*

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Geldwäsche verbunden hat.

(5) Wer in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 leichtfertig nicht erkennt, daß der Gegenstand aus einer in Absatz 1 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

¹²⁵³ RGBI. 1871, S.127 idF BGBl. 1998/I, S.3322; Stand: 22.08.2002. Anders als bei den ausländischen Strafrechtsordnungen ist es an sich ohne Weiteres möglich, den Gesetzestext zum deutschen Strafgesetzbuch in einer der gängigen Gesetzessammlungen nachzulesen. Um dem Leser einen direkten Vergleich zwischen den jeweiligen Landesgesetzen zu ermöglichen, wurde hier das deutsche Strafgesetzbuch dennoch auszugsweise dargestellt.

¹²⁵⁴ Hier wurde die Fassung des § 261 Abs.1 Satz 2 Nr.4 lit.b. ab dem 01.01.2003 zugrundegelegt. Bis zum 31.12.2002 lautete diese Vorschrift: „[...] nach § 92a des Ausländergesetzes und § 84 des Asylverfahrensgesetzes [...]“. Beachte aber die Ausführungen in Fn.87 zur Nichtigkeit des Aufenthaltsgesetzes.

(6) Die Tat ist nicht nach Absatz 2 strafbar, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen.

(7) Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden. Die §§ 43a, 73d sind anzuwenden, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Geldwäsche verbunden hat. § 73d ist auch dann anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt.

(8) Den in den Absätzen 1, 2 und 5 bezeichneten Gegenständen stehen solche gleich, die aus einer im Ausland begangenen Tat der in Absatz 1 bezeichneten Art herrühren, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.

(9) Nach den Absätzen 1 bis 5 wird nicht bestraft, wer

1. die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlaßt, wenn nicht die Tat in diesem Zeitpunkt ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der Täter dies wußte oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen mußte, und
2. in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 unter den in Nummer 1 genannten Voraussetzungen die Sicherstellung des Gegenstandes bewirkt, auf den sich die Straftat bezieht.

Nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist.

(10) Das Gericht kann in den Fällen der Absätze 1 bis 5 die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von Strafe nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter durch die freiwillige Offenbarung seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, daß die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus oder eine in Absatz 1 genannte rechtswidrige Tat eines anderen aufgedeckt werden konnte.

B. Auszug aus dem österreichischen Strafgesetzbuch:

§§ 165, 165a öStGB¹²⁵⁵

§ 165 – Geldwäscherei

(1) Wer Vermögensbestandteile, die aus einem Verbrechen, einem Vergehen nach den §§ 223, 224, 225, 229, 230, 269, 278, 278d, 288, 289, 293, 295 oder 304 bis 308 oder einem in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden Finanzvergehen des Schmuggels oder der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben eines anderen herrühren, verbirgt oder ihre Herkunft verschleiert, insbesondere, indem er im Rechtsverkehr über den Ursprung oder die wahre Beschaffenheit dieser Vermögensbestandteile, das Eigentum oder sonstige Rechte an ihnen, die Verfügungsbefugnis über sie, ihre Übertragung oder darüber, wo sie sich befinden, falsche Angaben macht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer wissentlich solche Vermögensbestandteile an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt.

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 40.000 Euro übersteigenden Wert oder als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, die sich zur fortgesetzten Geldwäscherei verbunden hat, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Ein Vermögensbestandteil rührt aus einer strafbaren Handlung her, wenn ihn der Täter der strafbaren Handlung durch die Tat erlangt oder für ihre Begehung empfangen hat oder wenn sich in ihm der Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswertes verkörpert.

(5) Wer wissentlich Bestandteile des Vermögens einer kriminellen Organisation (§ 278a) oder einer terroristischen Vereinigung (§ 278b) in deren Auftrag oder Interesse an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer die Tat in Bezug auf einen 40.000 Euro übersteigenden Wert begeht, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

§ 165a – Tätige Reue

(1) Wegen Geldwäscherei ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig und bevor die Behörde (§ 151 Abs. 3) von seinem Verschulden erfahren hat, durch Mitteilung an die Behörde oder auf andere Weise die Sicherstellung wesentlicher Vermögensbestandteile, auf die sich die Geldwäscherei bezogen hat, bewirkt.

(2) Wenn ohne Zutun des Täters wesentliche Vermögensbestandteile, auf die sich die Geldwäscherei bezogen hat, sichergestellt werden, ist der Täter nicht zu bestrafen, wenn er sich in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich um die Sicherstellung bemüht hat.

¹²⁵⁵ BGBl. 1974/60 idF BGBl. 2002 I/134; Stand: 01.10.2002. Die offizielle Kurzbezeichnung für das Strafgesetzbuch Österreichs lautet wie in Deutschland schlicht „StGB“. Aus den in Fn.221 dargelegten Gründen wird in dieser Arbeit die Abkürzung „öStGB“ verwendet.

C. Auszug aus dem schweizerischen Strafgesetzbuch:

Art.305^{bis}, 305^{ter} schwStGB¹²⁵⁶

Art. 305^{bis} – Geldwäscherei

1. Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiß oder annehmen muß, aus einem Verbrechen herrühren, wird mit Gefängnis oder Buße bestraft.

2. In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis. Mit der Freiheitsstrafe wird Buße bis zu 1 Million Franken verbunden. Ein schwerer Fall liegt insbesondere vor, wenn der Täter:

- a. als Mitglied einer Verbrechensorganisation handelt;
- b. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Ausübung der Geldwäscherei zusammengefunden hat;
- c. durch gewerbsmäßige Geldwäscherei einen großen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt.

3. Der Täter wird auch bestraft, wenn die Haupttat im Ausland begangen wurde und diese auch am Begehungsort strafbar ist.

Art. 305^{ter} – Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften

¹ Wer berufsmäßig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr, mit Haft oder Buße bestraft.

² Die von Absatz 1 erfassten Personen sind berechtigt, den inländischen Strafverfolgungsbehörden und den vom Gesetz bezeichneten Bundesbehörden Wahrnehmungen zu melden, die darauf schließen lassen, daß Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren.

¹²⁵⁶ Stand: 18.03.2003. Die offizielle Kurzbezeichnung für das Strafgesetzbuch der Schweiz lautet wie in Deutschland schlicht „StGB“. Aus den in Fn.295 dargelegten Gründen wird in dieser Arbeit die Abkürzung „schwStGB“ verwendet.

D. Auszug aus dem strafrechtlichen Teil des amerikanischen United States Code: 18 U.S.C. §§ 1956, 1957

§ 1956 – Laundering of monetary instruments

(a)

- (1) *Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity -*
 - (A)
 - (i) *with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or*
 - (ii) *with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or*
 - (B) *knowing that the transaction is designed in whole or in part -*
 - (i) *to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or*
 - (ii) *to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,*

shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both.
- (2) *Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States -*
 - (A) *with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or*
 - (B) *knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part -*
 - (i) *to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or*
 - (ii) *to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,*

shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For the purpose of the offense described in subparagraph (B), the defendant's knowledge may be established by proof that a law enforcement officer represented the matter specified in subparagraph (B) as true, and the defendant's subsequent statements or actions indicate that the defendant believed such representations to be true.
- (3) *Whoever, with the intent -*
 - (A) *to promote the carrying on of specified unlawful activity;*
 - (B) *to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or*
 - (C) *to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 20 years, or both. For purposes of this paragraph and paragraph (2), the term "represented" means any representation made by a law enforcement officer or by another person at the direction of, or with the approval of, a Federal official authorized to investigate or prosecute violations of this section.*

- (b) *Whoever conducts or attempts to conduct a transaction described in subsection (a)(1) or (a)(3), or a transportation, transmission, or transfer described in subsection (a)(2), is liable to the United States for a civil penalty of not more than the greater of -*
 - (1) *the value of the property, funds, or monetary instruments involved in the transaction; or*
 - (2) *\$10,000.*

(c) *As used in this section –*

(1) *the term "knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity" means that the person knew the property involved in the transaction represented proceeds from some form, though not necessarily which form, of activity that constitutes a felony under State, Federal, or foreign law, regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7);*

(2) *the term "conducts" includes initiating, concluding, or participating in initiating, or concluding a transaction;*

(3) *the term "transaction" includes a purchase, sale, loan, pledge, gift, transfer, delivery, or other disposition, and with respect to a financial institution includes a deposit, withdrawal, transfer between accounts, exchange of currency, loan, extension of credit, purchase or sale of any stock, bond, certificate of deposit, or other monetary instrument, use of a safe deposit box, or any other payment, transfer, or delivery by, through, or to a financial institution, by whatever means effected;*

(4) *the term "financial transaction" means*

(A) *a transaction which in any way or degree affects interstate or foreign commerce*

(i) *involving the movement of funds by wire or other means or*

(ii) *involving one or more monetary instruments, or*

(iii) *involving the transfer of title to any real property, vehicle, vessel, or aircraft, or*

(B) *a transaction involving the use of a financial institution which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce in any way or degree;*

(5) *the term "monetary instruments" means*

(i) *coin or currency of the United States or of any other country, travelers' checks, personal checks, bank checks, and money orders, or*

(ii) *investment securities or negotiable instruments, in bearer form or otherwise in such form that title thereto passes upon delivery;*

(6) *the term "financial institution" has the definition given that term in section 5312(a)(2) of title 31, United States Code, or the regulations promulgated thereunder;*

(7) *the term "specified unlawful activity" means -*

(A) *any act or activity constituting an offense listed in section 1961(1) of this title except an act which is indictable under subchapter II of chapter 53 of title 31;*

(B) *with respect to a financial transaction occurring in whole or in part in the United States, an offense against a foreign nation involving -*

(i) *the manufacture, importation, sale, or distribution of a controlled substance (as such term is defined for the purposes of the Controlled Substances Act);*

(ii) *murder, kidnapping, robbery, extortion, or destruction of property by means of explosive or fire; "or".*

(iii) *fraud, or any scheme or attempt to defraud, by or against a foreign bank (as defined in paragraph 7 of section 1(b) of the International Banking Act of 1978);*

(C) *any act or acts constituting a continuing criminal enterprise, as that term is defined in section 408 of the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 848);*

(D) *an offense under section 32 (relating to the destruction of aircraft), section 37 (relating to violence at international airports), section 115 (relating to influencing, impeding, or retaliating against a Federal official by threatening or injuring a family member), section 152 (relating to concealment of assets; false oaths and claims; bribery), section 215 (relating to commissions or gifts for procuring loans), section 351 (relating to congressional or Cabinet officer assassination), any of sections 500 through 503 (relating to certain counterfeiting offenses), section 513 (relating to securities of States and private entities), section 542 (relating to entry of goods by means of false statements), section 545 (relating to smuggling goods into the United States), section 549 (relating to removing goods from Customs custody), section 641 (relating to public money, property, or records), section 656 (relating to theft, embezzlement, or misapplication by bank officer or employee), section 657 (relating to lending, credit, and insurance institutions), section 658 (relating to property mortgaged or pledged to farm credit agencies), section 666 (relating to theft or bribery concerning programs receiving Federal funds), section 793, 794, or 798 (relating to espionage), section 831 (relating to prohibited transactions involving nuclear materials),*

section 844(f) or (i) (relating to destruction by explosives or fire of Government property or property affecting interstate or foreign commerce), section 875 (relating to interstate communications), section 956 (relating to conspiracy to kill, kidnap, maim, or injure certain property in a foreign country), section 1005 (relating to fraudulent bank entries), 1006 (relating to fraudulent Federal credit institution entries), 1007 (relating to Federal Deposit Insurance transactions), 1014 (relating to fraudulent loan or credit applications), 1032 (relating to concealment of assets from conservator, receiver, or liquidating agent of financial institution), section 1111 (relating to murder), section 1114 (relating to murder of United States law enforcement officials), section 1116 (relating to murder of foreign officials, official guests, or internationally protected persons), section 1201 (relating to kidnapping), section 1203 (relating to hostage taking), section 1361 (relating to willful injury of Government property), section 1363 (relating to destruction of property within the special maritime and territorial jurisdiction), section 1708 (theft from the mail), section 1751 (relating to Presidential assassination), section 2113 or 2114 (relating to bank and postal robbery and theft), section 2280 (relating to violence against maritime navigation), section 2281 (relating to violence against maritime fixed platforms), section 2319 (relating to copyright infringement), section 2320 (relating to trafficking in counterfeit goods and services), section 2332 (relating to terrorist acts abroad against United States nationals), section 2332a (relating to use of weapons of mass destruction), section 2332b (relating to international terrorist acts transcending national boundaries), or section 2339A (relating to providing material support to terrorists) of this title, section 46502 of title 49, United States Code,, a felony violation of the Chemical Diversion and Trafficking Act of 1988 (relating to precursor and essential chemicals), section 590 of the Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. 1590) (relating to aviation smuggling), section 422 of the Controlled Substances Act (relating to transportation of drug paraphernalia), section 38(c) (relating to criminal violations) of the Arms Export Control Act, section 11 (relating to violations) of the Export Administration Act of 1979, section 206 (relating to penalties) of the International Emergency Economic Powers Act, section 16 (relating to offenses and punishment) of the Trading with the Enemy Act, any felony violation of section 15 of the Food Stamp Act of 1977 (relating to food stamp fraud) involving a quantity of coupons having a value of not less than \$5,000, any violation of section 543(a)(1) of the Housing Act of 1949 (relating to equity skimming), or any felony violation of the Foreign Corrupt Practices Act; or "section".

ENVIRONMENTAL CRIMES

(E) a felony violation of the Federal Water Pollution Control Act (33 U.S.C. 1251 et seq.), the Ocean Dumping Act (33 U.S.C. 1401 et seq.), the Act to Prevent Pollution from Ships (33 U.S.C. 1901 et seq.), the Safe Drinking Water Act (42 U.S.C. 300f et seq.), or the Resources Conservation and Recovery Act (42 U.S.C. 6901 et seq.).

(F) Any act or activity constituting an offense involving a Federal health care offense.

(8) the term "State" includes a State of the United States, the District of Columbia, and any commonwealth, territory, or possession of the United States.

(d) Nothing in this section shall supersede any provision of Federal, State, or other law imposing criminal penalties or affording civil remedies in addition to those provided for in this section.

(e) Violations of this section may be investigated by such components of the Department of Justice as the Attorney General may direct, and by such components of the Department of the Treasury as the Secretary of the Treasury may direct, as appropriate and, with respect to offenses over which the United States Postal Service has jurisdiction, by the Postal Service. Such authority of the Secretary of the Treasury and the Postal Service shall be exercised in accordance with an agreement which shall be entered into by the Secretary of the Treasury, the Postal Service, and the Attorney General. Violations of this section involving offenses described in paragraph (c)(7)(E) may be investigated by such components of the Department of Justice as the Attorney General may direct, and the National Enforcement Investigations Center of the Environmental Protection Agency.

(f) There is extraterritorial jurisdiction over the conduct prohibited by this section if -

- (1) the conduct is by a United States citizen or, in the case of a non-United States citizen, the conduct occurs in part in the United States; and
- (2) the transaction or series of related transactions involves funds or monetary instruments of a value exceeding \$10,000.

(g) Notice of Conviction of Financial Institutions. -

If any financial institution or any officer, director, or employee of any financial institution has been

found guilty of an offense under this section, section 1957 or 1960 of this title, or section 5322 or 5324 of title 31, the Attorney General shall provide written notice of such fact to the appropriate regulatory agency for the financial institution.

(h) Any person who conspires to commit any offense defined in this section or section 1957 shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense the commission of which was the object of the conspiracy.

§ 1957 – Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity

(a) Whoever, in any of the circumstances set forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property that is of a value greater than \$ 10,000 and is derived from specified unlawful activity, shall be punished as provided in subsection (b).

(b)

(1) Except as provided in paragraph (2), the punishment for an offense under this section is a fine under title 18, United States Code, or imprisonment for not more than ten years or both.

(2) The court may impose an alternate fine to that imposable under paragraph (1) of not more than twice the amount of the criminally derived property involved in the transaction.

(c) In a prosecution for an offense under this section, the Government is not required to prove the defendant knew that the offense from which the criminally derived property was derived was specified unlawful activity.

(d) The circumstances referred to in subsection (a) are -

(1) that the offense under this section takes place in the United States or in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; or

(2) that the offense under this section takes place outside the United States and such special jurisdiction, but the defendant is a United States person (as defined in section 3077 of this title, but excluding the class described in paragraph (2)(D) of such section).

(e) Violations of this section may be investigated by such components of the Department of Justice as the Attorney General may direct, and by such components of the Department of the Treasury as the Secretary of the Treasury may direct, as appropriate and, with respect to offenses over which the United States Postal Service has jurisdiction, by the Postal Service. Such authority of the Secretary of the Treasury and the Postal Service shall be exercised in accordance with an agreement which shall be entered into by the Secretary of the Treasury, the Postal Service, and the Attorney General.

(f) As used in this section -

(1) the term "monetary transaction" means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce, of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956(c)(5) of this title) by, through, or to a financial institution (as defined in section 1956 of this title), including any transaction that would be a financial transaction under section 1956(c)(4)(B) of this title, but such term does not include any transaction necessary to preserve a person's right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution;

(2) the term "criminally derived property" means any property constituting, or derived from, proceeds obtained from a criminal offense; and

(3) the term "specified unlawful activity" has the meaning given that term in section 1956 of this title.