

# Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 2\*

## Umgang mit einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm in der Fallprüfung

Von PD Dr. Laura Neumann, München\*\*

### IV. Die Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestands der Geldwäsche im Einzelnen (§ 261 Abs. 1, Abs. 2 StGB)

Die prüfungsrelevanten Merkmale des neu gefassten Geldwäschetatbestands werden im Folgenden ausführlich und mit dem Ziel erläutert, sie für Studierende in der Fallprüfung handhabbar zu machen. Leitlinie ist die beschriebene (vgl. II. 3. in Teil 1) Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung des gesamten Geldwäschetatbestands, die durch die dem Wortlaut nach enorme Strafbarkeitsausdehnung notwendig geworden ist.

#### 1. Geldwäscheobjekt: aus der Vortat herrührender Gegenstand

Unmittelbar notwendig ist eine restriktive Interpretation bereits beim ersten zu erörternden Tatbestandsmerkmal, nämlich dem Tatobjekt der Geldwäsche, das nunmehr jeder aus irgendeiner rechtswidrigen Tat herrührende Gegenstand sein kann.

##### a) Gegenstand

Der Begriff des Gegenstands in § 261 StGB entspricht weiterhin dem zivilrechtlichen Gegenstandsbegriff. Er schließt damit alle Positionen ein, die Objekt von Rechten sein können und selbstständig übertragbar sind.<sup>1</sup> Erfasst sind nach der Gesetzesbegründung sowohl bewegliche und unbewegliche Sachen als auch Rechte. Beispielhaft werden Bar- und Buchgeld in inländischer und ausländischer Währung, Edelmetalle, Edelsteine, Grundstücke und Rechte an ihnen, Wertpapiere und Forderungen aufgeführt.<sup>2</sup> Darüber hinaus fallen auch Beteiligungen an Gesellschaften und Anteile an Gesellschaftsvermögen in den Anwendungsbereich.<sup>3</sup> Mangels selbstständiger Übertragbarkeit nicht erfasst sind dagegen etwa durch Industriespionage erlangtes Know-how, Computerprogramme

oder Betriebsgeheimnisse.<sup>4</sup> Illegal zirkulierende Gegenstände wie Drogen oder Falschgeld werden erfasst,<sup>5</sup> weil auch ihnen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Vermögenswert zukommt<sup>6</sup>. Eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise<sup>7</sup> ist darüber hinaus nach überzeugender Ansicht<sup>8</sup> auch im Hinblick auf nichtige Forderungen zugrunde zu legen. Auch sie müssen Objekte der Geldwäsche sein können, weil eine rechtlich anerkannte Forderung schon nach der ersten tatbestandsmäßigen Übertragung nach § 134 BGB zu einer nichtigen Forderung wird und der Geldwäschetatbestand somit nach der ersten Forderungsübertragung leerlaufen würde, nähme man nichtige Forderungen als Tatobjekte aus.

##### b) Vortat

Bei der Vortat der Geldwäsche muss es sich nicht zwingend um die Tat eines anderen handeln. Vielmehr ist auch die sog. Selbstgeldwäsche durch den Täter der Vortat nach Abs. 7 dann strafbar, wenn er den Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei seine rechtswidrige Herkunft verschleiert. Unter diesen Voraussetzungen verwirklicht der Vortäter über das Unrecht der Vortat hinausgehendes weiteres Unrecht, weil auch die Integrität des Finanz- und Wirtschaftsverkehrs beeinträchtigt wird. Der Gedanke der mitbestraften Nachtat, der die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche im Übrigen ausschließt, greift insoweit nicht ein.<sup>9</sup>

An die rechtswidrige Tat, die infolge des Wechsels vom Katalogtaten- zum all-crimes-Modell nun als Vortat der Geldwäsche genügt, werden keine besonderen Anforderungen gestellt. Ausreichend ist jede Tat i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, auch wenn sie nur versucht, nur fahrlässig begangen oder bereits verjährt ist.<sup>10</sup> Insbesondere die für die Praxis und Fallprüfung bedeutsamen Eigentums- und Vermögensdelikte wie Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, Betrug oder Untreue sind damit nicht mehr ausschließlich im Fall der banden- oder gewerbsmäßigen Begehung, sondern stets erfasst.

\* Teil 1 ist in Ausgabe 5/2022 erschienen. Teil 3 folgt in Ausgabe 1/2023.

\*\* Die Autorin hat sich im Juli 2022 an der Ludwig-Maximilians-Universität München habilitiert. Im Wintersemester 2022/2023 vertritt sie den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Nebengebiete an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

<sup>1</sup> Ganz h.M., siehe nur *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 26; *Neuheuser*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 35 f.; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 4; a.A. *Cebulla*, *wistra* 1999, 281 (285 f.), der den Gegenstandsbegriff entgegen seinem traditionellen rechtlichen Verständnis extensiv funktional interpretiert.

<sup>2</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>3</sup> *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 9.

<sup>4</sup> Ganz h.M., siehe nur *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 26; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 36; a.A. *Cebulla*, *wistra* 1999, 281 (285).

<sup>5</sup> Einhellige Meinung, siehe nur *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 4 m.w.N.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 27 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; vgl. BT-Drs. 12/989, S. 27 („Vermögensgegenstand“).

<sup>7</sup> *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 26 f.

<sup>8</sup> *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 26; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2018, § 261 Rn. 3, jeweils m.w.N.; a.A. *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 4; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 35, jeweils m.w.N.

<sup>9</sup> BT-Drs. 12/989, S. 21.

<sup>10</sup> Siehe *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 10, 11.

## c) „Herrühren“ aus der Vortat

Ebenso weit wie der nunmehrige Vortatbegriff ist der Begriff des „Herrührens“ aus der Vortat. Insbesondere infolge seiner extensiven Interpretation durch die Rechtsprechung stellt er einen der maßgeblichsten Ansatzpunkte für die drohende völlige Ausuferung des Geldwäschetatbestandes und damit der potentiellen Geldwäschestrafbarkeit dar.

## aa) Grundanforderungen an das „Herrühren“

Ob ein Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat „herrührt“, ist nach einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu bestimmen. Bemakelt sind danach alle Gegenstände, die sich kausal auf die Vortat zurückführen lassen<sup>11</sup> und nicht wesentlich auf der Leistung Dritter beruhen<sup>12</sup>.

Dies trifft zunächst auf die unmittelbar aus der Vortat stammenden Gegenstände zu, zu denen das für die Tat oder aus der Tat Erlangte wie der Tatlohn oder das Diebstahlsobjekt (sog. *scelere quaesita*) und das durch die Tat Hervorgebrachte wie Falschgeld oder hergestellte Betäubungsmittel (sog. *producta sceleris*) zählen.<sup>13</sup> Aus der Regelung des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB, dass ein Gegenstand im Hinblick auf die Tathandlungen des Verschaffens, Verwahrens und Verwendens seine Geldwäschetauglichkeit erst durch den straflosen Zwischenerwerb eines Dritten verliert, ergibt sich im Umkehrschluss, dass die unmittelbar aus der Vortat herrührenden Gegenstände grundsätzlich unabhängig davon geldwäschetauglich bleiben, wie oft sie den Besitzer wechseln.<sup>14</sup> Sie sind damit im Grundsatz dauerhaft kontaminiert.<sup>15</sup>

Ebenso kontaminiert sind auch alle nur mittelbar aus der Vortat stammenden Objekte, die durch eine Kette von Verwertungshandlungen an die Stelle des ursprünglichen Gegenstands getreten sind.<sup>16</sup> Sie können den kontaminierten Ursprungsgegenstand beispielsweise durch Austauschgeschäfte wie Kauf oder Tausch ersetzen oder – wie etwa Mieteinnahmen aus der Vermietung einer mit bemakeltem Geld erworbenen Wohnung – aus seiner entgeltlichen Gebrauchsüberlassung stammen. Ebenso setzt sich die Kontamination an Gegenständen fort, die aus einem Geschäft herrühren, für das ein bemakelter Gegenstand als Sicherheit diente, oder die – wie beispielsweise Zinsen aus einem kontaminierten Bankguthaben – als Nutzungen aus dem bemakelten Gegenstand gezogen werden.<sup>17</sup> Selbst Wertveränderungen im Rahmen der Verwertungshandlungen sollen nach verbreiteter Ansicht unerheblich sein, da der Gesetzeszweck, jedes Wirtschaften mit dem unrechtmäßig Erlangten zu verhindern und eine Abschöpfung ggf. auch nur eines verbliebenen Restes zu ermög-

lichen, gegenüber Wertveränderungen in der Herrührens-kette indifferent sei.<sup>18</sup>

## bb) Durchbrechungen der Herrührens-kette

Durchbrochen wird die Herrührens-kette zunächst dann, wenn der im Austausch für einen kontaminierten Gegenstand erhaltene Vermögenswert maßgeblich durch den Zufall bestimmt wird. Deshalb ist beispielsweise ein Losgewinn, der durch ein mit bemakeltem Geld erworbenes Los erlangt wird, nicht geldwäschetauglich.<sup>19</sup>

Ebenso setzt sich die Bemakelung nach ganz überwiegender Ansicht und im Einklang mit der Gesetzesbegründung<sup>20</sup> nicht an Gegenständen fort, die im Wesentlichen auf der Leistung Dritter beruhen.<sup>21</sup> Auf der Grundlage der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise können sie nicht als Surrogate des Ursprungsgegenstandes angesehen werden, weil sie gerade nicht im wirtschaftlichen Austausch für ihn erlangt worden sind.<sup>22</sup> Erwirbt der Täter etwa ein Unternehmen mit aus Drogengeschäften stammenden Geldern, so setzt sich die Bemakelung der Gelder zwar an den erworbenen Unternehmensanteilen, nicht aber an den vom Unternehmen produzierten Produkten fort, weil diese wesentlich auf der im Produktionsprozess eingesetzten Arbeitsleistung beruhen.<sup>23</sup> Anderes gilt nach h.M. aber dann, wenn der kontaminierte Gegenstand – regelmäßig gerade zwecks Verschleierung seiner deliktischen Herkunft – nur umgearbeitet oder verarbeitet wird. Lässt der Täter etwa gestohlenen Edelmetall von einem Juwelier zu einem Ring schmieden oder nimmt diese Umarbeitung selbst vor, so ist auch der Ring trotz seiner höheren Wertigkeit gegenüber dem Ausgangsstoff kein aliud und ist deshalb ebenfalls kontaminiert. Eine andere Auslegung würde es dem Täter problemlos ermöglichen, illegal erlangte Vermögenswerte durch Umarbeitung in legale umzuwandeln.<sup>24</sup>

## cc) Dekontamination von Surrogaten?

Streitig ist, ob nicht nur unmittelbar aus der Vortat stammende Gegenstände, sondern auch ihre Surrogate dauerhaft kontaminiert sind. Letzteres nimmt nur eine Minderheitsmeinung

<sup>11</sup> BGH NStZ 2009, 328 (329); BGH NStZ-RR 2010, 109 (111).

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 12; BT-Drs. 19/24180, S. 29; BGH NZWiSt 2019, 148 (150).

<sup>13</sup> Zum Ganzen umfassend und mit zahlreichen Einzelnachweisen *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 61 ff.

<sup>14</sup> OLG Karlsruhe NJW 2005, 767 (769) m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 65.

<sup>16</sup> Siehe BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>17</sup> Umfassend zum Ganzen *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 70 ff.

<sup>18</sup> *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 69 m.w.N.; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 17; a.A. BT-Drs. 12/989, S. 27; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 5.

<sup>19</sup> Siehe *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 61 m.w.N.

<sup>20</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>21</sup> Siehe nur BGH, Urt. v. 27.11.2018 – 5 StR 234/18 = BGHSt 63, 268 (271) = NJW 2019, 533 (534); *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 5; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 61, jeweils m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 59, 61.

<sup>23</sup> Beispiel nach *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 60.

<sup>24</sup> *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 11; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 78; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 61, allerdings beschränkt auf die Verarbeitung durch den Vortäter selbst; a.A. *Barton*, NStZ 1993, 159 (163 f.), der immer dann von einer Dekontamination des Erzeugnisses der Verarbeitung ausgeht, wenn es wesentlich mehr wert ist als der verarbeitete kontaminierte Gegenstand.

an.<sup>25</sup> Nach der h.M. verliert ein Surrogat dagegen seine Geldwäschetauglichkeit, wenn es durch ein weiteres Surrogat ersetzt wird. Nur dieses neue Surrogat rühre dann aus der Vortat her.<sup>26</sup>

Auch wenn der Wortlaut des Geldwäschetatbestandes beide Auslegungsvarianten zulässt, spricht gegen die Minderheitsmeinung, dass sie zu einer Potenzierung der Bemakelung führt und den Wirtschaftsverkehr damit vollständig zu lähmen droht. Legt man die wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde, die bei der Auslegung des Geldwäschetatbestandes insgesamt maßgeblich ist, besteht für die Annahme der Dauerkontamination von Surrogaten auch kein Bedarf. Vielmehr ist dem Normzweck, die Abschöpfung des Gewinns aus der Vortat zu ermöglichen, bereits damit Genüge getan, dass die Bemakelung auf den jeweils am Ende der Surrogationskette stehenden Gegenstand beschränkt wird, weil allein dieser Gegenstand den kontaminierten Ursprungsgegenstand wertmäßig ersetzt.<sup>27</sup> Surrogate können damit berechtigt mit der h.M. als nicht dauerkontaminiert angesehen werden.

#### dd) Verbindung, Vermischung, Vermengung

Ebenso Streitig wie die Möglichkeit der Dekontamination von Surrogaten ist auch nach der Neufassung des Geldwäschetatbestandes weiterhin die praktisch hoch relevante Frage, inwieweit solche Surrogate kontaminiert sind, die durch Verbindung, Vermischung und Vermengung von bemakelten und legalen Vermögensgegenständen entstehen. Besondere Praxisrelevanz hat dabei die Vermischung bemakelter und nicht bemakelter Vermögenswerte auf Bankkonten. Wie ist beispielsweise damit umzugehen, wenn ein Mitarbeiter eines Unternehmens den Mitarbeiter eines anderen Unternehmens besticht, um einen Auftrag zu erlangen, und die aus dem durch die Bestechung zustande gekommenen Vertrag erlangte Zahlung von 10.000 € dann auf das Unternehmenskonto eingeht, auf dem sich bereits 100.000 € befinden?<sup>28</sup> Die zu solchen Fällen vertretene Bandbreite an Ansichten ist kaum überschaubar,<sup>29</sup> sodass die Kenntnis und Darstellung aller vertretenen Meinungen von den Studierenden in der Falllösung nicht verlangt werden kann. Zu erwarten ist jedoch die Kenntnis und strukturierte Darstellung der vom BGH in der sog. Giral-Rechtsprechung<sup>30</sup> aufgestellten Grundsätze sowie der grundlegenden Strömungen in der Literatur und die argumentative Auseinandersetzung mit der Problematik.

<sup>25</sup> Neuheuser (Fn. 1), § 261 Rn. 68 m.w.N.

<sup>26</sup> Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 79; Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 20, jeweils m.w.N.; El-Ghazi, in: Herzog/Achtelik (Hrsg.), GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 68.

<sup>27</sup> El-Ghazi (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 68.

<sup>28</sup> Vgl. den Beispielsfall bei Bülte, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche“, BT-Drs. 19/24180, zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 9.12.2020, Rn. 73.

<sup>29</sup> Zu den verschiedenen Ansätzen siehe den Überblick bei Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 75 ff.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NJW 2015, 3254.

Im Ausgangspunkt stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die Lehre von der Teilkontamination sieht den aus legalen und illegalen Werten bestehenden Gesamtgegenstand nur insoweit als bemakelt an, wie er mit bemakelten Gegenständen finanziert worden ist.<sup>31</sup> Nach der Lehre von der Totalkontamination rührt der Gesamtgegenstand dagegen vollständig aus der Vortat her.<sup>32</sup> Wiederrum umstritten ist, ob der neu entstehende Gesamtgegenstand immer – je nach vertretener Ansicht ganz oder teilweise – kontaminiert wird oder ob der wertmäßige Anteil des eingebrachten bemakelten Gegenstandes dazu einen bestimmten Mindestbetrag überschreiten muss, also eine bestimmte Makelquote erforderlich ist, und wie hoch diese ggf. anzusetzen ist.<sup>33</sup> Der BGH hat sich mit der sog. Giral-Entscheidung vom 20.5.2015 unter der Voraussetzung für die Lehre von der Totalkontamination entschieden, dass der absolute Wert des bemakelten Anteils bei wirtschaftlicher Betrachtung „nicht völlig unerheblich“ ist.<sup>34</sup> Jedenfalls einen Anteil von 5,9 % sieht er dabei bereits als erheblich an.<sup>35</sup>

Gegen die Lehre von der Teilkontamination wird eingewandt, dass sie ein Unterlaufen des Geldwäschetatbestandes ermögliche. Werde insbesondere bei Bankguthaben nur ein Teil des Gesamtkontobestandes als kontaminiert angesehen, könne durch mehrfache Überweisungen jeweils unterhalb der Schwelle des bemakelten Anteils sukzessive das gesamte Guthaben überwiesen werden, weil unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes jeweils davon auszugehen sei, dass der überwiesene Teilbetrag nicht der bemakelte ist.<sup>36</sup> Nach der Lehre von der Teilkontamination ist diese Konsequenz im Einklang mit der Wertung der §§ 947 f. BGB<sup>37</sup> und dem Willen des Gesetzgebers<sup>38</sup> hinzunehmen, weil im Fall der Überweisung eines den bemakelten Anteil nicht übersteigenden Teilbetrages ein legales Geschäft nicht ausgeschlossen werden könne.<sup>39</sup> Es dürfe nicht aus kriminalpolitischen Gründen fingiert werden, dass ein bereits auf einem Konto liegender Bestand durch die Einzahlung eines zusätzlichen bema-

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 12; Bülte (Fn. 28), Rn. 49, 72 ff.; Hecker (Fn. 1), § 261 Rn. 11; Jahn, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 261 Rn. 40; Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 18.

<sup>32</sup> Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 76; Kühl (Fn. 8), § 261 Rn. 5; wohl auch Neuheuser (Fn. 1), § 261 Rn. 63 mit zweifelhaftem Verweis auf die Gesetzesbegründung, die tatsächlich für die Teilkontamination spricht.

<sup>33</sup> Überblick zu den verschiedenen geforderten Quoten etwa bei Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 19.1 f. und Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 77, der selbst eine Mindestquote ablehnt (m.w.N. zu dieser Ansicht bei Altenhain [a.a.O.], Fn. 248).

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NJW 2015, 3254 (3255).

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15 = NJW 2015, 3254 (3254 f.).

<sup>36</sup> Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 75 m.w.N.

<sup>37</sup> Jahn (Fn. 31), § 261 Rn. 40.

<sup>38</sup> BT-Drs. 12/3533, S. 12 mit Verweis auf die vom BGH zur Hehlerei im Urt. v. 22.5.1958 – 4 StR 112/58 = NJW 1958, 1244 entwickelten Grundsätze.

<sup>39</sup> Hecker (Fn. 1), § 261 Rn. 11.

kelten Betrages ab diesem Zeitpunkt auch aus einer illegalen Quelle herrühre.<sup>40</sup> Die Lehre von der Totalkontamination überschreite deshalb die Grenze des möglichen Wortsinns des Gesetzes und verletze das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>41</sup> Als verfassungsrechtlich bedenklich stufen die Gegner der Lehre von der Totalkontamination zudem deren Folgen ein, in denen sie eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>42</sup> und sogar eine verfassungswidrige faktische Enteignung<sup>43</sup> erblicken. So würde etwa im oben angeführten Beispielfall durch die Einzahlung der durch die Bestechung eines einzelnen Mitarbeiters erlangten 10.000 € auf das Unternehmenskonto, auf dem sich bereits 100.000 € befinden, ein kontaminierter Gesamtbetrag von 110.000 € entstehen, der insgesamt aus der Geldwäsche „herrühren“ würde und damit nach § 73 Abs. 1 StGB i.V.m. § 261 Abs. 10 StGB einzuziehen wäre.<sup>44</sup>

Die Lehre von der Teilkontamination scheint auf der Grundlage dieser Argumente vorzugswürdig, zumal nur sie dem Erfordernis verfassungskonformer restriktiver Interpretation des Geldwäschetatbestandes gerecht werden und damit seiner völligen Ausuferung Einhalt gebieten kann. Natürlich ist es aber in der Fallbearbeitung ebenso möglich, sich der Gegenansicht anzuschließen, die vorliegend auch vom BGH vertreten wird. Entscheidend ist – wie immer – die Argumentation.

## 2. Tathandlungen

Die Tathandlungen des § 261 StGB sind im Zuge der Reform neu geordnet worden. Während sich in Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 nun objektbezogene Tathandlungen finden, die unmittelbar am Tatobjekt verübt werden („verbirgt“, „umtauscht, überträgt oder verbringt“, „verschafft“, „verwahrt“, „verwendet“), betrifft Abs. 2 die informationsbezogenen Tathandlungen des Verschleierns oder Verheimlichens von für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Geldwäscheobjektes möglicherweise relevanten Tatsachen.<sup>45</sup> Inhaltliche Änderungen gegenüber der alten Gesetzeslage ergeben sich nur im Hinblick auf die nun in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 verankerten Tathandlungen.

<sup>40</sup> *Bülte* (Fn. 28), Rn. 72.

<sup>41</sup> *Bülte* (Fn. 28), Rn. 72; siehe auch *ders.*, NZWiSt 2017, 276 (286).

<sup>42</sup> *Bülte* (Fn. 28), Rn. 75; vgl. *ders.*, NZWiSt 2017, 276 (286 f.); *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 40.

<sup>43</sup> *Berndt*, in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 21 Rn. 70.

<sup>44</sup> Vgl. *Bülte* (Fn. 28), Rn. 74; zur Notwendigkeit jedenfalls der Schaffung von Dekontaminationsmöglichkeiten im Falle der Vermischung legaler und kontaminierter Gegenstände siehe *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (131 f.); zu insoweit denkbaren Dekontaminationswegen siehe *Bülte*, NZWiSt 2017, 276 (287).

<sup>45</sup> *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049).

### a) Verbergen (Abs. 1 S. 1 Nr. 1)

Nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 macht sich strafbar, wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt. Unter „verbergen“ ist dabei jede Tätigkeit zu verstehen, durch die der Täter das Tatobjekt vor Entdeckung abschirmt und so den Zugang zu ihm erschwert.<sup>46</sup> Dies kann durch eine Ortsveränderung erfolgen, wie sie etwa bei einer Überweisung von Geld ins Ausland vorliegt<sup>47</sup>. Ausreichend sind aber auch besondere Vorkehrungen zur Verhinderung der sofortigen Wahrnehmung des Tatobjektes an dem Ort, an dem es sich bereits befindet. Heimlichkeit ist nicht erforderlich, wohl aber eine manipulative Tendenz.<sup>48</sup>

Uneinheitlich beurteilt wird, ob den Strafverfolgungsbehörden tatsächlich der Zugriff auf das Tatobjekt erschwert werden muss<sup>49</sup> oder ein auf die Zugriffsschwerung gerichtetes und objektiv ex ante betrachtet dazu geeignetes Verhalten genügt<sup>50</sup>. Auch wenn letztere Auffassung dem Willen des Reformgesetzgebers entspricht,<sup>51</sup> war sie schon bisher problembehaftet, da sie den Geldwäschetatbestand zu einem unechten Unternehmensdelikt umfunktioniert<sup>52</sup> und insbesondere unter Berücksichtigung der Versuchsstrafbarkeit nach Abs. 3 zu einer zusätzlichen erheblichen Strafbarkeitsausdehnung führt<sup>53</sup>. Die Weite, die den Geldwäschetatbestand insbesondere seit der Umsetzung des all-crimes-Modells im Zuge der Neuregelung allgemein kennzeichnet, spricht jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nun noch verstärkt für die erstere restriktivere Auslegung, die eine tatsächliche Zugriffsschwerung verlangt.

<sup>46</sup> Zu diesen Definitionsmerkmalen des Verbergens und den folgenden Konkretisierungen siehe insgesamt nur beispielhaft *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 23; *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 91, jeweils m.w.N.

<sup>47</sup> Siehe *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 23.1.

<sup>48</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 30.

<sup>49</sup> So *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 44; vgl. LG Gießen, Beschl. v. 23.4.2004 – 7 KLS 701 Js 4820/03 = NJW 2004, 1966 (1967); zur alten Rechtslage so auch *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 102 – zur neuen Rechtslage meinen *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1048) zwar, dass die jetzt isolierte, von den übrigen Tathandlungen getrennte Stellung des Verbergens in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB und der Regierungsentwurf nun der extensiven, nur die Eignung zur Zugriffsschwerung fordernden Auslegung den Weg ebnen, kritisieren dies aber zugleich scharf.

<sup>50</sup> Für diese Auffassung siehe *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 7; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 14; *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (336 f.); *Krötz/Burgert*, StraFo 2021, 453 (455).

<sup>51</sup> Siehe BT-Drs. 19/24180, S. 30.

<sup>52</sup> *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 102 m.w.N.; vgl. auch *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

<sup>53</sup> *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 102; siehe *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1048); auch *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 Fn. 92 sehen die Gefahr der extensiven Auslegung.

b) *Umtauschen, übertragen oder verbringen in Vereitelungsabsicht* (Abs. 1 S. 1 Nr. 2)

Eine bedenkliche weitere Strafbarkeitsausdehnung, die angesichts des klaren Wortlauts nicht durch Auslegung abgemildert werden kann,<sup>54</sup> bringt die Änderung des vormaligen Vereitelungs- und Gefährdungstatbestands nach § 261 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB a.F. mit sich, an den sich die Tathandlung nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB n.F. anlehnt. Während nach alter Rechtslage die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, die Einziehung oder die Sicherstellung des Tatobjektes jedenfalls konkret gefährdet werden musste, reicht es nach neuer Gesetzeslage bereits aus, dass der Täter den aus nunmehr irgendeiner rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstand in der bloßen Absicht umtauscht, überträgt oder verbringt, sein Auffinden, seine Einziehung oder die Ermittlung seiner Herkunft zu vereiteln. Die Tatvariante wurde damit zum abstrakten Gefährdungsdelikt ummodelliert.<sup>55</sup> In Kombination mit der auch nach der neuen Rechtslage noch in Abs. 3 verankerten Versuchsstrafbarkeit kann dies zur Bestrafung schon des Versuchs der bloß abstrakten Gefährdung der von Abs. 1 S. 1 Nr. 2 geschützten<sup>56</sup> inländischen staatlichen Rechtspflege<sup>57</sup> führen.

Noch weiter verschärft wird die Problematik der damit enorm weit vorverlagerten Strafbarkeit dadurch, dass auch die Anforderungen an das Vereiteln als Gegenstand der Absicht nur sehr gering sind. Wie in § 258 StGB genügt als beabsichtigte Vereitelungshandlung bereits jedes ursächliche Verhalten, durch das eine Besserstellung des Vortäters gegenüber den Strafverfolgungsbehörden erreicht wird.<sup>58</sup> Auch ist ebenso wie beim Verbergen nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 kein heimliches Vorgehen,<sup>59</sup> sondern nur eine manipulative Tendenz<sup>60</sup> erforderlich.

c) *Verschaffen, verwahren und verwenden* (Abs. 1 S. 1 Nrn. 3, 4)

Die Tathandlung des Verschaffens i.S.v. Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ist mit der in Abs. 1 S. 1 Nr. 4 verankerten Tathandlung des Verwahrens oder Verwendens des Gegenstands in Kenntnis seiner deliktischen Herkunft zum Zeitpunkt seiner Erlangung zusammenzulesen. Beide Tathandlungen fanden sich zuvor im sog. Isolierungstatbestand des § 261 Abs. 2 StGB a.F.,<sup>61</sup> dem eine Auffangfunktion gegenüber den zuvor sämtlich in Abs. 1 geregelten übrigen Tathandlungen zukam. Für den gesamten Isolierungstatbestand galten nach alter Rechtslage einheitliche Auslegungsgrundsätze,<sup>62</sup> die für die wortgleichen Isolierungstatbestandsvarianten des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 ebenso heranzuziehen sind. Angesichts der unveränderten Übernahme des Wortlauts des vormaligen Isolierungstatbestandes stellen sich jedoch auch die schon nach der alten Rechtslage durch ihn ausgelösten Probleme weiterhin. Durch die nun getroffene Entscheidung des Gesetzgebers für den all-crimes-approach werden sie sogar noch weiter verschärft.

aa) *Isolierungszweck und objektive Voraussetzungen*

Die besagten Probleme, welche die Isolierungstatbestandsvarianten aufwerfen, wurzeln in der Weite ihrer objektiven Voraussetzungen, die ihrerseits auf dem besonderen Schutzzweck der Isolierungstatbestandsvarianten beruht. Nach dem Willen des Gesetzgebers kommt ihnen eine Auffangfunktion gegenüber den anderen Tatbestandsvarianten des § 261 StGB zu.<sup>63</sup> Sind die Voraussetzungen dieser anderen Tatbestandsvarianten nicht erfüllt, soll der Vortäter dennoch unter Rückgriff auf Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 von der Umwelt isoliert und der inkriminierte Gegenstand praktisch verkehrsunfähig gemacht werden können,<sup>64</sup> damit sich die Begehung der Vortat aus Sicht des Vortäters „nicht lohnt“ und er von ihr abgeschreckt wird.<sup>65</sup> Die Fassung der in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB beschriebenen Tathandlungen trägt diesem umfassenden Isolierungszweck Rechnung.

Dabei findet das Verschaffen weiterhin eine Entsprechung in § 259 StGB und ist grundsätzlich ebenso wie dort auszulegen.<sup>66</sup> Namentlich setzt es im Ausgangspunkt die Herstellung eigentümerähnlicher Verfügungsgewalt über den Gegenstand im Wege des abgeleiteten Erwerbs voraus.<sup>67</sup> Mangels Eigentümergehörigkeit der begründeten Verfügungsgewalt scheidet die Tathandlungsvariante aus, wenn der bemakelte Gegenstand nur entliehen, gemietet oder vorübergehend genutzt wird.<sup>68</sup> Um den inneren Zusammenhang zwischen dem Isolierungszweck und der Ächtung des Tatobjektes herzustellen,<sup>69</sup> for-

<sup>54</sup> Siehe *Bülte* (Fn. 28), Rn. 89; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 24; *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337) halten es dagegen für möglich, entgegen dem klaren gesetzgeberischen Willen weiterhin eine konkrete Gefährdung zu verlangen, weil sich die Aufgabe dieses Erfordernisses nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergebe, sondern nur aus der Streichung der Gefährdungsvariante geschlossen werden könne.

<sup>55</sup> Siehe BT-Drs. 19/24180, S. 31.

<sup>56</sup> Im Einzelnen sind die Schutzgüter des § 261 StGB hoch umstritten, siehe dazu eingehend *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 21 ff.; siehe dazu auch V. 4. in Teil 3 im Rahmen der Ausführungen zu den Konkurrenzen.

<sup>57</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 1 m.w.N.

<sup>58</sup> BT-Drs. 12/3533, S. 11.

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 27.7.2016 – 2 StR 451/15 = NStZ 2017, 28 (29); *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337); *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 92; *Krötz/Burgert*, StraFo 2021, 453 (455); aufgrund des Wortlauts zweifelnd *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 45, weil ein Verschleiern typischerweise ein Element von Heimlichkeit beinhalte.

<sup>60</sup> *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 24; *Gehrke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

<sup>61</sup> Siehe BT-Drs. 19/24180, S. 31.

<sup>62</sup> Siehe BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>63</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>64</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>65</sup> *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 14 m.w.N.

<sup>66</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 26.

<sup>67</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 31.

<sup>68</sup> *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 26.2; vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 13.

<sup>69</sup> BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730 (3733); BGH, Urt. v. 29.10.2009 – 4 StR 239/09 = NStZ-RR

dem Rspr. und h.M. zudem, dass die Verfügungsmacht im Einverständnis mit dem Vortäter hergestellt wird.<sup>70</sup> Deshalb kann beispielsweise die Wegnahme durch Raub nicht als Sich-Verschaffen i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB eingestuft werden.<sup>71</sup> Im Einzelnen streitig ist jedoch, wann es am Einverständnis des Vortäters mit dem Handeln des Täters fehlt.<sup>72</sup> Die Rspr. und ein Teil der Literatur halten es im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und den Auffangcharakter der Isolierungstatbestandsvarianten für unschädlich, wenn der bisherige Inhaber der Verfügungsgewalt zu ihrer Übertragung genötigt wird oder sie dem Täter aufgrund einer Täuschung überträgt.<sup>73</sup> Jedenfalls im Hinblick auf die nötigungsbedingte Übertragung der Verfügungsgewalt weicht ein solches Verständnis von der Interpretation des Sich-Verschaffens in § 259 StGB ab.<sup>74</sup> Es scheint aber auch im Übrigen zweifelhaft, weil § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB den Vortäter dadurch gegenüber der Umwelt isolieren wollen, dass der aus der Vortat herrührende Gegenstand „praktisch verkehrsunfähig“<sup>75</sup> gemacht wird. Um dies zu bewirken, muss zwar die freiwillige Teilnahme des Vortäters am geschäftlichen Verkehr unterbunden werden, nicht aber eine abgelistete oder abgenötigte Vermögensübertragung. Die Aussicht auf eine solche wird kaum einen Anreiz zur Begehung der Vortat schaffen, sodass eine Abschreckung insoweit auch nicht erforderlich ist.<sup>76</sup>

Selbst derart eingeschränkt interpretiert ist der Begriff des Verschaffens i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB aber immer noch enorm weit. Gleiches gilt für das Verwahren i.S.v. § 261

Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, das bereits dann anzunehmen ist, wenn der Täter den bemakelten Gegenstand in Gewahrsam nimmt oder hält, um ihn für einen Dritten oder für die eigene spätere Verwendung zu erhalten.<sup>77</sup> Das Verwenden umfasst gar jeglichen bestimmungsgemäßen Gebrauch eines geldwäschetauglichen Gegenstands.<sup>78</sup> Angesichts der Zweckidentität der Isolierungstatbestandsvarianten fordern Rspr. und h.M. lediglich, dass auch das Verwahren und Verwenden ebenso wie das Verschaffen im Einvernehmen mit dem Inhaber der Verfügungsgewalt erfolgt.<sup>79</sup>

#### *bb) Erfassung neutraler Alltagshandlungen und berufstypischer Verhaltensweisen*

Aufgrund der beschriebenen sehr weiten Fassung der in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB verankerten Tathandlungen erfassen gerade sie objektiv auch völlig sozialübliches und berufstypisches Verhalten.<sup>80</sup> Dies gilt zunächst für das Verschaffen i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB, das dem umfassenden Isolierungszweck entsprechend letztlich jede Annahme illegaler Vermögenswerte und damit insbesondere auch jeden rechtsgeschäftlichen Erwerb solcher Vermögenswerte einschließt.<sup>81</sup> Jeder Ankauf einer Sache zur eigennützigen Verwendung oder Weiterveräußerung und jede Annahme von Geld zum Zwecke einer eigennützigen Investition oder auch durch Banken stellt objektiv ein Verschaffen im Sinne der Norm dar.<sup>82</sup> Ebenso viele neutrale Verhaltensweisen erfassen die Tathandlungsvarianten des Verwahrens und Verwendens i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, da die Ingewahrsamnahme und der bestimmungsgemäße Gebrauch von Gegenständen isoliert betrachtet von jedem täglich vorgenommene Verhaltensweisen sind.

Potenziert wird dieses schon seit der Einführung des Geldwäschetatbestandes bestehende Problem zum einen durch den nunmehrigen Wegfall des Vortatenkataloges unter gleichzeitiger Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes<sup>83</sup> und zum anderen durch die Ausweitung der Kontamination bemakelter Gegenstände und insbesondere bemakelten Geldes auf legales Vermögen als Folge der Vermengung<sup>84</sup>. Legt man

2010, 53 (54).

<sup>70</sup> Für die h.M. siehe nur BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01 = NJW 2004, 1305 (1306); BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = BGHSt 55, 36; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 81 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 895; a.A. etwa *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 114 unter Berufung darauf, dass den übrigen von den Isolierungstatbestandsvarianten verfolgten Zwecken, namentlich der Gewinnabschöpfung und der Erhaltung der Papierschnur, auch ein Verschaffen gegen oder ohne den Willen des Inhabers zuwiderlaufen könne.

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 29.10.2009 – 4 StR 239/09 = NStZ-RR 2010, 53 (54).

<sup>72</sup> Siehe dazu *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 114.

<sup>73</sup> BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 82; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 23 Rn. 28; a.A. *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 18; *Rübenstahl/Stapelberg*, NJW 2010, 3692 (3693 f.) primär hinsichtlich der Nötigungssituation; *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 52 ausschließlich im Hinblick auf die Nötigungssituation.

<sup>74</sup> BGH, Urt. v. 25.7.1996 – 4 StR 202/96 = NJW 1996, 2877 (2878); ein täuschungsbedingtes Einverständnis steht nach BGH, Urt. v. 10.10.2018 – 2 StR 564/17 = BGHSt 63, 274 = NJW 2019, 1540 (1541 f.) auch der Strafbarkeit wegen Hehleri nicht entgegen.

<sup>75</sup> BT-Drs. 12/989, S. 27.

<sup>76</sup> Siehe *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 18; *Rübenstahl/Stapelberg*, NJW 2010, 3692 (3694).

<sup>77</sup> BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – 2 StR 281/18 = NJW 2019, 1311 (1314).

<sup>78</sup> Vgl. BT-Drs. 12/3533, S. 13; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 28.

<sup>79</sup> *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 100; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 19; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 28; vgl. BGH, Urt. v. 29.10.2009 – 4 StR 239/09 = NStZ-RR 2010, 53 (54); a.A. *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 117; BT-Drs. 12/3533, S. 13.

<sup>80</sup> Zu dieser allseits konstatierten Problematik siehe schon *Barton*, StV 1993, 156 ff.; mit speziellem Blick auf die Erfassung berufstypischer Verhaltensweisen eingehend *Gentzik*, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts, 2002, S. 170 ff.

<sup>81</sup> *Gentzik* (Fn. 80), S. 170 f.

<sup>82</sup> Vgl. die Beispiele bei *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 112.

<sup>83</sup> Zu den insoweit bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken siehe nochmals II. 2 in Teil 1.

<sup>84</sup> Siehe dazu oben IV. 1. c) dd).

insoweit die Lehre von der Totalkontamination und die Ansicht des BGH zugrunde, dass eine Kontaminierung des Gesamtbestandes jedenfalls ab einem in ihn eingeflossenen Anteil bemakelter Gegenstände von 5,9 % anzunehmen ist,<sup>85</sup> genügt beispielsweise für die Infektion des gesamten Inhalts einer Supermarktkasse, dass der Kassierer aus einer rechtswidrigen Bagatelltat wie etwa einer einfachen Unterschlagung womöglich nur als Surrogat herrührendes Geld unter leichtfertiger Verkenntung der rechtswidrigen Herkunft annimmt, in die Kasse legt und so mit dem restlichen Kassenninhalt vermischt, soweit das bemakelte Geld insgesamt 5,9 % des Gesamtkassenninhaltes ausmacht. Erhält nachfolgend ein Kunde Wechselgeld aus der Kasse und steckt es in sein Portemonnaie, wird auch der Gesamtinhalt des Portemonnaies infiziert, soweit das hineingesteckte Wechselgeld wiederum zumindest 5,9 % des Gesamtinhalts ausmacht und der Kunde das Herrühren des Wechselgeldes aus einer rechtswidrigen Tat leichtfertig verkannt hat. Für Letzteres soll bereits ausreichend sein, dass er aus Gleichgültigkeit die sich ihm aufdrängende Möglichkeit außer Acht lässt,<sup>86</sup> dass zumindest 5,9 % des Inhalts der Kasse, aus der er sein Wechselgeld erhält, aus einer rechtswidrigen (Bagatell-)Tat stammen.

Die Kontaminierungskette ließe sich beispielhaft fortführen.<sup>87</sup> Jedenfalls bei einem sehr weiten Verständnis der Leichtfertigkeit könnte die wortlautgetreue Anwendung des § 261 StGB damit theoretisch dazu führen, dass alle zirkulierenden Gelder kontaminiert und jeder, der in Kenntnis dieser Gefahrenlage Geld annimmt, zum Geldwäscher würde.<sup>88</sup> Dieses zugespitzte Szenario wird sich zwar schon angesichts dessen nicht realisieren, dass man nicht jedem juristischen Laien die Kenntnis der denkbar weiten objektiven Voraussetzungen des § 261 StGB und der Giral-Rechtsprechung des BGH<sup>89</sup> unterstellen können wird, die für eine flächendeckende Annahme von Leichtfertigkeit hinsichtlich des Verkennens der rechtswidrigen Herkunft im Rechtsverkehr angenommenen Geldes erforderlich wäre.<sup>90</sup> Es verdeutlicht aber das aufgeworfene Problem der potentiellen Lähmung des Wirtschaftsverkehrs durch die Inkriminierung berufstypischen und alltäglichen rechtsgeschäftlichen Verhaltens plakativ. Angelegt ist darin zugleich ein theoretischer Zwang zur völligen Entsozialisierung nunmehr auch des Kleinkriminellen oder Gelegenheitstäters. Wenn nämlich schon der Verkauf von Brötchen durch einen Bäcker oder die Heilbehandlung durch einen Arzt jeweils unter Annahme kontaminierten Geldes als Bezahlung die Geldwäschestrafbare begründen können,<sup>91</sup> soweit die rechtswidrige Herkunft des Geldes zumindest leichtfertig verkannt wird, könnte jeder, der aus einer rechtswidrigen Tat

Vermögenswerte erlangt hat, seine Grundbedürfnisse nicht mehr befriedigen und seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht mehr bestreiten, ohne jeden, mit dem er zu diesen Zwecken in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt, der Gefahr der Geldwäschestrafbare auszusetzen.<sup>92</sup>

#### cc) Restriktionsansätze auf objektiver Ebene

Angesichts des vorstehend beschriebenen Dilemmas, in das die Weite der Isolierungstatbestandsvarianten führt, werden verschiedenste Versuche unternommen, den Geldwäschetatbestand schon auf objektiver Ebene durch teleologische Reduktionen einzuschränken. Insbesondere wird gefordert, Geschäfte zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts bzw. des täglichen Lebensbedarfs<sup>93</sup> aus dem Tatbestand auszunehmen oder eine Bagatellgrenze einzuführen, unterhalb derer dem Wortlaut des Geldwäschetatbestandes grundsätzlich unterfallende Handlungen straflos bleiben sollen<sup>94</sup>.

Gegen alle Restriktionsbemühungen<sup>95</sup> dieser Art auf der Ebene des objektiven Tatbestandes spricht selbst abgesehen von ihrer erheblichen begrifflichen Unbestimmtheit<sup>96</sup> der aus der Entstehungsgeschichte der Norm klar hervorgehende entgegenstehende Wille des Gesetzgebers. Dieser hat sich in Anbetracht dessen, dass Geldwäsche gerade typischerweise durch sozial unauffällige, alltägliche Verhaltensweisen verwirklicht wird<sup>97</sup> und eine umfassende Isolierung des Täters durch das ebenso umfassende Verbot des rechtsgeschäftlichen Kontaktes mit ihm erreicht werden soll,<sup>98</sup> gegen eine im ursprünglichen Gesetzesentwurf vorgesehene Ausnahmeregelung<sup>99</sup> entschieden, nach der Gegenleistungen für Sachen und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs zwecks Bestreitens des notwendigen Lebensunterhalts aus dem Tatbestand ausgenommen sein sollten.<sup>100</sup> Einschränkungsmöglichkeiten auf der Ebene des objektiven Tatbestandes bestehen deshalb nicht.

#### dd) Restriktionsansätze auf subjektiver Ebene

Um die tatbestandliche Erfassung als nicht strafwürdig empfundenen sozialüblicher Alltagsgeschäfte und berufstypischer

<sup>85</sup> Siehe oben IV. 1. c) dd).

<sup>86</sup> Siehe unten IV. 2. c) dd).

<sup>87</sup> Dies erfolgt durch *Bittmann*, ZWH 2021, 157 (157 f.), der eingangs die genannten Beispiele bringt.

<sup>88</sup> *Bittmann*, ZWH 2021, 157 (157); vgl. *Gentzik* (Fn. 80), S. 171.

<sup>89</sup> Siehe oben IV. 1. c) dd).

<sup>90</sup> In diese Richtung aber *Bittmann*, ZWH 2021, 157 (158).

<sup>91</sup> Diese klassischen Beispiele nennen etwa *Barton*, StV 1993, 156 (156) und *Gentzik* (Fn. 80), S. 171.

<sup>92</sup> Siehe *Barton*, StV 1993, 156 (161 f.).

<sup>93</sup> Eingehend *Barton*, StV 1993, 156 (159 ff.).

<sup>94</sup> *Hund*, ZRP 1996, 163 (166 – Grenze zwischen 2.000 DM und 20.000 DM); vgl. *Barton*, StV 1993, 156 (162).

<sup>95</sup> Für die Restriktionen im objektiven Bereich gänzlich ablehnende h.M. siehe nur *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 43 m.w.N.; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 261 Rn. 38, 40; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 92; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23 m.w.N.; *Gentzik* (Fn. 80), S. 176 f.

<sup>96</sup> Siehe *Gentzik* (Fn. 80), S. 178, 179; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 91; *Fischer* (Fn. 95), § 261 Rn. 40.

<sup>97</sup> *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 90; *Gentzik* (Fn. 80), S. 176.

<sup>98</sup> Siehe *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23; *Gentzik* (Fn. 80), S. 177 („Der Isolierungsgedanke manifestiert sich geradezu in [...] einer solchen allgemeinen Boykottpflicht.“).

<sup>99</sup> BT-Drs. 11/7663, S. 7 und S. 27, ablehnend sodann S. 50.

<sup>100</sup> *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 43; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23.

Verhaltensweisen durch den Geldwäschetatbestand letztlich doch auf subjektiver Ebene noch verhindern zu können, werden wiederum verschiedene Restriktionsansätze vorgeschlagen.

Kein gangbarer Weg ist es insoweit, dem von Abs. 1 S. 1 Nr. 4 aufgestellten Erfordernis der Kenntnis der illegalen Herkunft des Gegenstandes im Zeitpunkt seiner Erlangung unter Berufung auf den natürlichen Wortsinn von „Kenntnis“ die Bedeutung zu unterlegen, dass hinsichtlich der rechtswidrigen Herkunft des Gegenstandes Wissen erforderlich sei.<sup>101</sup> Ein solches Verständnis führt aus systematischen Gründen zu Wertungswidersprüchen. Ist nämlich nach Abs. 6 für alle Tathandlungsvarianten unterschiedslos die Strafbarkeit schon bei leichtfertigem Verkennen der illegalen Herkunft des Gegenstandes begründet, muss eine auch im Hinblick auf diesen Aspekt bedingt vorsätzliche Begehung von sämtlichen Tathandlungsvarianten jedenfalls auch erfasst sein.<sup>102</sup> Dementsprechend fordert die h.M., die sich auch auf die Gesetzesbegründung berufen kann,<sup>103</sup> auch im Hinblick auf die illegale Herkunft des Gegenstandes im Zeitpunkt seiner Erlangung lediglich mindestens bedingten Vorsatz nach § 15 StGB.<sup>104</sup>

Weiterführender ist dagegen ein anderer Restriktionsansatz auf subjektiver Ebene, den ein bedeutender Teil der Literatur ins Feld führt. Danach sollen die für die sog. neutrale Beihilfe entwickelten Grundsätze<sup>105</sup> auch im Rahmen des Geldwäschetatbestandes auf sozialübliche und berufstypische Handlungen angewandt werden.<sup>106</sup> In einem übertragenen und am besonderen Schutzzweck des § 261 StGB orientierten Sinn kann auf dieser Grundlage Eventualvorsatz nur angenommen werden, wenn das erkannte Risiko, dass ein Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, so groß ist, dass der Täter es sich mit der Annahme, dem Verwahren oder Verwenden dieses Gegenstandes angelegen sein lässt, zur Verschleierung seiner rechtswidrigen Herkunft beizutragen.<sup>107</sup> Ein solches schutzzweckorientiertes Vorsatzverständnis entspricht dem von der Rechtsprechung zur neutralen Beihilfe ins Spiel gebrachten Gedanken der Solidarisierung mit dem Haupttäter bzw. hier dem Vortäter, die jedenfalls die laienhafte Vorstellung voraussetzt, dass das eigene Verhalten den wiederum laienhaft nachvollzogenen Schutzzwecken des Geldwäschetatbestandes zuwiderläuft, und die damit die Strafwürdigkeit des Verhaltens begründet.

Um Kollisionen mit dem Leichtfertigkeitstatbestand<sup>108</sup> zu verhindern, müssen diese Gedanken sinngemäß auch auf § 261 Abs. 6 StGB angewandt werden. Grundsätzlich wird Leichtfertigkeit im Sinne der Norm bereits bejaht, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aus besonderem Leichtsinne oder aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt, obwohl sie sich ihm geradezu aufdrängt.<sup>109</sup> Derart interpretiert entspricht die Leichtfertigkeit weitgehend der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht, wobei allerdings individuelle Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters berücksichtigt werden.<sup>110</sup> Bei Übertragung der im Hinblick auf neutrale Alltagshandlungen und berufstypische Verhaltensweisen entwickelten Grundsätze zum im gebotenen Maß restriktiven und schutzzweckorientierten Vorsatzverständnis kann Leichtfertigkeit dagegen erst dann angenommen werden, wenn die Erkennbarkeit des Risikos des Herrührens des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat derart hoch ist, dass das Außerachtlassen dieses Risikos einem Sich-Verschließen gegenüber der Möglichkeit gleichkommt, durch die Entgegennahme, das Verwahren oder Verwenden des Gegenstandes zur Verschleierung seiner rechtswidrigen Herkunft beizutragen.

Ein derartiges Verständnis von Vorsatz und Leichtfertigkeit läuft der klaren Entscheidung des Gesetzgebers für die grundsätzliche Erfassung auch unauffälliger Berufs- und Alltagshandlungen, wie sie für Geldwäsche gerade typisch sind,<sup>111</sup> nicht zuwider, sondern erschöpft sich in einer von Verfassungen wegen zur Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit, zur Wahrung der Freiheitsrechte des Vortäters und in Anbetracht der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit gebotenen restriktiven Tatbestandsauslegung. Bei einem derart restriktiven Verständnis dürften Vorsatz und Leichtfertigkeit bei alltäglichen und berufstypischen Verhaltensweisen selten anzunehmen sein.<sup>112</sup> Liegen die angemessen eng verstandenen Voraussetzungen von Vorsatz und Leichtfertigkeit aber vor und sind nachweisbar, ist auch das alltägliche Verhalten strafwürdig, weil es seinen Alltagscharakter verliert und zu einer bewussten oder besonderer Gleichgültigkeit geschuldeten Mitwirkung am Verwischen der Papierschnur und an der Erschwerung der Gewinnabschöpfung wird und sich zugleich als Förderung der Integration illegaler Vermögenswerte und des Täters der Vortat selbst in den legalen Geschäftsverkehr darstellt. Das von einer entsprechenden subjektiven Einstellung getragene Verhalten ist damit unter allen Schutzzweck-

<sup>101</sup> *Bottke*, wistra 1995, 121 (123); *Ambos*, JZ 2002, 70 (72).

<sup>102</sup> *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 101; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 118; siehe auch insoweit *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 20.

<sup>103</sup> BT-Drs. 12/3533, S. 13; BT-Drs. 19/24180, S. 31.

<sup>104</sup> Für die h.M. siehe nur *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 118; *Kühl* (Fn. 8), § 261 Rn. 8; *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 101; *Rengier* (Fn. 73), § 23 Rn. 32.

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 8.3.2001 – 4 StR 453/00 = NJW 2001, 2409 (2410); siehe auch *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 27.

<sup>106</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 70), Rn. 975 m.w.N.; *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23, 27.

<sup>107</sup> Ähnlich *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 27.

<sup>108</sup> Diese wendet *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 123 zu Recht gegen eine Anwendung des den Grundsätzen der neutralen Beihilfe entnommenen Solidarisierungskriteriums nur auf das Vorsatzerfordernis ein.

<sup>109</sup> Siehe nur exemplarisch BGH, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96 = NStZ 1998, 42 (44) = BGHSt 43, 158 (168); *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 108; BT-Drs. 12/989, S. 28.

<sup>110</sup> Siehe nur BGH, Urt. v. 24.1.2006 – 1 StR 357/05 = BGHSt 50, 347 (352) = NJW 2006, 1297 (1299); *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 108 m.w.N.; BT-Drs. 12/989, S. 28.

<sup>111</sup> Siehe nochmals *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 120 ff.; *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 90, 92; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 43, jeweils m.w.N.; siehe oben IV. 2. c) bb).

<sup>112</sup> *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 23.



gesichtspunkten strafwürdiges Geldwäscheinrecht und somit völlig zu Recht vom Geldwäschetatbestand erfasst.

*d) Verheimlichen oder Verschleiern (Abs. 2)*

Der neue Abs. 2 des Geldwäschetatbestandes knüpft an den bisherigen Verschleierungstatbestand nach Abs. 1 S. 1 a.F. an.<sup>113</sup> Gegenüber der alten Rechtslage wird die Strafbarkeit dabei deutlich vorverlagert.<sup>114</sup> Während bisher die Herkunft eines aus einer Katalogtat herrührenden Gegenstands verschleiert werden musste, genügt es nach dem Wortlaut des § 261 Abs. 2 StGB für die Strafbarkeit nun bereits, dass der Täter Tatsachen, die für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Gegenstands von Bedeutung sein können, verheimlicht oder verschleiert. Was damit konkret gemeint sein soll, bleibt in vielerlei Hinsicht im Unklaren. Im Hinblick auf die Bestimmtheit des Tatbestandes ruft dies verfassungsrechtliche Bedenken hervor,<sup>115</sup> die neben die Zweifel an der Verhältnismäßigkeit aufgrund der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit<sup>116</sup> und der insgesamt erheblichen Strafbarkeitsausweitung<sup>117</sup> treten. Letztere scheint schon angesichts dessen nicht erforderlich, dass die erfassten Handlungen von der Beihilfestrafbarkeit und von § 257 StGB hinreichend abgedeckt sein dürften.<sup>118</sup> Auch die im Folgenden erörterten, wenig bestimmten Tatbestandsmerkmale des Abs. 2 sind deshalb möglichst restriktiv verfassungskonform auszu-legen.

*aa) Grundlegendes Verständnis nach der Gesetzesbegründung*

Die Gesetzesbegründung fordert für das Verheimlichen und Verschleiern ein manipulatives Verhalten des Täters, das darauf abzielt und konkret geeignet ist, den Ermittlungsbehörden den Zugang zum kontaminierten Gegenstand oder dessen Einziehung zu erschweren.<sup>119</sup> Anders als es der Wortlaut<sup>120</sup> bzw. der natürliche Wortsinn<sup>121</sup> nahelegen, müssen die Bemühungen nach Rspr. und h.M. aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden nicht zum Erfolg geführt haben oder zwingend heimlich erfolgt sein.<sup>122</sup> Entscheidend sei, dass es sich

um konkret irreführende und aktiv unterdrückende Machenschaften bezogen auf Tatsachen handele, die für die Ermittlungsbehörden bei den Ermittlungen und der Einziehung eine Rolle spielen können.<sup>123</sup>

*bb) Mögliche Bedeutsamkeit verheimlichter oder verschleierter Tatsachen*

Der Tatsachenbegriff ist nach der Gesetzesbegründung umfassend gemeint. Er lehne sich an den Tatsachenbegriff des § 263 Abs. 1 StGB an, sodass auf die dazu entwickelte Rechtsprechung zurückgegriffen werden könne.<sup>124</sup> Eine mögliche Bedeutsamkeit von so verstandenen Tatsachen für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Gegenstandes soll schon dann zu bejahen sein, wenn die Kenntnis dieser Tatsachen für die Ermittlungen und die Einziehung im Einzelfall hilfreich gewesen wäre.<sup>125</sup>

Nahe liegender als diese Betrachtung aus der ex post-Perspektive ist aufgrund der zukunftsgerichteten Wendung „von Bedeutung sein können“ allerdings, dass auch Tatsachen zu berücksichtigen sind, die zwar aus der ex ante-Sicht nützlich scheinen, sich im Nachhinein aber als bedeutungslos oder gar als schädlich für die Ermittlungen erweisen.<sup>126</sup> Die mögliche Bedeutung einer Tatsache für das Auffinden, die Einziehung oder die Herkunftsermittlung sollte dementsprechend aus der Perspektive eines objektiven Dritten in der Position des Täters ex ante und nicht der Strafverfolgungsbehörden ex post bestimmt werden, deren Einschätzung dem Rechtsanwender jedenfalls ex ante verborgen ist.<sup>127</sup>

*cc) Verhältnis des Verheimlichens und Verschleierns zueinander*

Unklar ist, wie sich die Tathandlungen des Verheimlichens und des Verschleierns zueinander verhalten.<sup>128</sup> Unter „Verschleiern“ werden alle irreführenden Machenschaften gefasst, die darauf abzielen, dem Tatobjekt den Anschein einer legalen Herkunft zu verleihen oder zumindest seine wahre Her-

<sup>113</sup> *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (213); *Bülte* (Fn. 28), Rn. 91.

<sup>114</sup> *Bülte* (Fn. 28), Rn. 91.

<sup>115</sup> So z.B. auch *Bülte* (Fn. 28), Rn. 93; siehe *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

<sup>116</sup> *Bülte* (Fn. 28), Rn. 93.

<sup>117</sup> Zu den Hintergründen siehe *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049).

<sup>118</sup> *Bülte* (Fn. 28), Rn. 94.

<sup>119</sup> BT-Drs. 24180, S. 33.

<sup>120</sup> *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 45.

<sup>121</sup> *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

<sup>122</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 33 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 27.7.2016 – 2 StR 451/15 = NStZ 2017, 28 (29); für die h.M. siehe etwa *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 75; einen zumindest vorübergehenden Erfolg aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden fordern dagegen *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337); *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar

zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 261 Rn. 20 (konkrete Anspruchsgefährdung); *Jahn* (Fn. 31), § 261 Rn. 45, letzterer angesichts des Wortlauts auch zweifelnd hinsichtlich der Verneinung des Erfordernisses von Heimlichkeit.

<sup>123</sup> BT-Drs. 24180, S. 33.

<sup>124</sup> BT-Drs. 24180, S. 33; etwa *Bülte* (Fn. 28), Rn. 92, und *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 32, hegen Zweifel an der Sinnhaftigkeit der Einbeziehung auch innerer Tatsachen in den Tatsachenbegriff des § 261 Abs. 2 StGB

<sup>125</sup> BT-Drs. 24180, S. 33.

<sup>126</sup> *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049).

<sup>127</sup> Vgl. *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1049); *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 32.

<sup>128</sup> Ausführlich hierzu *Jahn*, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche BT-Drs. 19/24180 am 9.12.2020, S. 25 ff.; siehe etwa auch *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (213); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337 f.).

kunft zu verbergen.<sup>129</sup> Das Verheimlichen erfasst jedenfalls bei einem weiten Verständnis vom Wortsinn her auch schlichte Untätigkeit, was angesichts der Forderung „konkret irreführender und aktiv unterdrückender Machenschaften“ in der Gesetzesbegründung<sup>130</sup> jedoch kaum intendiert sein kann<sup>131</sup> und zudem im Hinblick auf die Modalitätenäquivalenz fraglich scheint.<sup>132</sup> Damit bleibt jedoch für das Verheimlichen neben dem Verschleiern kein ersichtlicher Anwendungsbereich.<sup>133</sup>

### 3. Tatbestandsausschluss durch straflosen Vorerwerb eines Dritten, § 261 Abs. 1 S. 2 StGB

Ausgeschlossen ist der nach alledem enorm weite Geldwäschetatbestand in den Fällen § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB gem. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB durch den straflosen Vorerwerb des aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstandes durch einen Dritten. Zwar dürfte die praktische Bedeutung dieses Ausnahmetatbestandes weiterhin sehr gering sein,<sup>134</sup> weil ein Verhalten, das ein Verschaffen, Verwahren oder Verwenden i.S.v. Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 darstellt, sehr häufig auch die Voraussetzungen einer Tathandlung nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 erfüllt und sich die im Gesetzesentwurf ursprünglich vorgesehene Ausweitung des Tatbestandsausschlusses auf alle Tathandlungen nicht durchsetzen konnte.<sup>135</sup> Jedenfalls im Ansatz birgt die Ausschlussklausel jedoch ein Restriktionspotential.

#### a) Grundlegendes

Nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB erfüllt der Erwerber eines kontaminierten Gegenstandes in den Fällen des Verschaffens nach Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und des Verwahrens oder Verwendens nach Abs. 1 S. 1 Nr. 4 nicht den Tatbestand<sup>136</sup> der Geldwäsche, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hier-

durch eine rechtswidrige Tat zu begehen. Kauft etwa ein Bankräuber von den erbeuteten 10.000 € ein Auto bei einem gutgläubigen Autohändler, der erst nach dem Verkauf von der Herkunft des Geldes erfährt, es dennoch behält und damit bei einem eingeweihten Juwelier einen Ring kauft,<sup>137</sup> ist das Geld durch den straflosen Eigentumserwerb des Autohändlers gem. §§ 932, 935 Abs. 2 BGB „weiß gewaschen“, sodass sich nachfolgend auch der bösgläubige Juwelier nicht mehr nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 StGB strafbar machen kann. Entsprechendes würde auch dann gelten, wenn der Täter das Auto beim Händler nicht mit dem geraubten Geld zahlen, sondern einen gestohlenen Gebrauchtwagen gegen einen anderen eintauschen würde. Zwar könnte der Händler an dem gestohlenen Wagen gem. § 935 Abs. 1 BGB kein Eigentum erwerben. Auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vorerwerbs des Dritten kommt es jedoch dem Wortlaut des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB entsprechend nach allgemeiner Ansicht nicht an.<sup>138</sup> Infolge des Austauschs des Begriffs der „Straftat“ durch den der „rechtswidrigen Tat“ im Zuge der Neufassung des Geldwäschetatbestandes stellt der Wortlaut darüber hinaus nun aber auch eindeutig klar, dass es für die Dekontamination nicht ausreicht, wenn der Dritte durch das Erlangen des Gegenstandes nur keine Tat nach § 261 StGB verwirklicht hat, sondern dass vielmehr keinerlei rechtswidrige Tat verwirklicht worden sein darf.<sup>139</sup>

#### b) Banken als „legale Geldwaschanlagen“?

Streitig bleibt die Anwendbarkeit des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB auf die praktisch relevante Spezialkonstellation, dass der Vortäter bemakeltes Geld bei einem gutgläubigen und nicht leichtfertigen Bankmitarbeiter auf sein Konto einzahlt, um es von dort aus an einen bösgläubigen Empfänger zu überweisen. Infolge der straflosen Besitzerlangung durch den Bankmitarbeiter ist das eingezahlte Bargeld nicht mehr geldwäschetauglich.<sup>140</sup> Der Betrag, den der Empfänger durch die Überweisung erhält, ist nach h.M. aber dennoch kontaminiert.<sup>141</sup> Durch die Einzahlung des bemakelten Bargeldes erlange der Vortäter gegenüber der Bank nämlich einen Anspruch darauf, dass die Bank als Zahlungsdienstleisterin seiner Anweisung

<sup>129</sup> BGH, Urt. v. 17.10.2019 – 3 StR 521/18 = NStZ 2020, 273 (276).

<sup>130</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 33.

<sup>131</sup> Jahn (Fn. 128), S. 27; Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (337 f.); Krötz/Burgert, StraFo 2021, 453 (456); siehe El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 209 (213).

<sup>132</sup> Siehe Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (338); El-Ghazi/Laustetter, NZWiSt 2021, 209 (213).

<sup>133</sup> Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (338).

<sup>134</sup> Gazeas, NJW 2021, 1041 (1043); zur alten Rechtslage Neuheuser (Fn. 1), § 261 Rn. 89; Jahn (Fn. 31), § 261 Rn. 57; a.A.: Hecker (Fn. 1), § 261 Rn. 21; Rengier (Fn. 73), § 23 Rn. 17, jeweils m.w.N. (Verneinung der Anwendbarkeit auch des Abs. 1 a.F. bei einmal durch Dritten gutgläubig erworbenen Gegenständen); Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 125 (127), hoffen auf eine präzisere Abgrenzungsmöglichkeit der Tatbestandsvarianten und einen dadurch erweiterten Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands infolge der präziseren Fassung der Tathandlungen.

<sup>135</sup> Siehe BT-Drs. 19/26602, S. 8.

<sup>136</sup> § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ist nach einhelliger Ansicht als Tatbestandsausschluss konzipiert, siehe nur Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 34; Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 85, jeweils m.w.N.

<sup>137</sup> Beispielsfall nach Rengier (Fn. 73), § 23 Rn. 34.

<sup>138</sup> Hecker (Fn. 1), § 261 Rn. 21; Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 87; Jahn (Fn. 31), § 261 Rn. 58; Kühl (Fn. 8), § 261 Rn. 6; Neuheuser (Fn. 1), § 261 Rn. 87 Fn. 269; Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 34.

<sup>139</sup> Siehe nur Jahn (Fn. 31), § 261 Rn. 57; Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 34.1; zum Streitstand zur alten Rechtslage siehe nur beispielhaft Jahn (Fn. 31), § 261 Rn. 58 mit Nachweisen für beide Ansichten.

<sup>140</sup> Siehe etwa Hecker (Fn. 1), § 261 Rn. 21; Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 35.1.

<sup>141</sup> Für die h.M. und zur gesamten folgenden Argumentation siehe nur Neuheuser (Fn. 1), § 261 Rn. 88 und Hecker (Fn. 1), § 261 Rn. 21, jeweils m.w.N.; a.A. etwa Jahn (Fn. 31), § 261 Rn. 60 m.w.N., der zur Aufrechterhaltung der Kontaminationskette bei Überweisungen eine Forderungszession für erforderlich hält, die auf der Grundlage der §§ 675 ff. BGB nicht erfolgt.

entsprechend über den eingezahlten Geldbetrag verfügt. Dieser wirtschaftlich wertvolle Anspruch gegen die Bank rühre als Surrogat für das eingezahlte Geld aus der Vortat her und sei dementsprechend ebenfalls kontaminiert. Mit der Überweisung des Guthabens an den bösgläubigen Dritten mache der Vortäter von diesem bemakelten Verfügungsanspruch Gebrauch. Zivilrechtlich veranlasse er die Bank als Zahlungsdienstleisterin auf der Grundlage des mit ihr geschlossenen Zahlungsdienstleistungsrahmenvertrages i.S.v. § 675f Abs. 1 BGB dazu, dem Dritten den Betrag auszuzahlen bzw. ihn dessen Konto gutzuschreiben. Da die Bank damit den bemakelten Verfügungsanspruch des einzahlenden Vortäters erfülle, realisiere sich der Wert dieses Anspruchs bei wirtschaftlicher Betrachtung in der Gutschrift auf dem Konto des bösgläubigen Zahlungsempfängers, sodass der gutgeschriebene Betrag ebenfalls bemakelt und der Zahlungsempfänger nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar sei. Banken können damit auch dann nicht zum „Reinwaschen“ kontaminierten Geldes benutzt werden, wenn ihre Mitarbeiter gutgläubig sind und ihnen auch keine Leichtfertigkeit zur Last gelegt werden kann.<sup>142</sup>

#### 4. Subjektive Tatbestandsvoraussetzungen

Subjektiv setzt § 261 StGB Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale voraus, wobei jede Vorsatzform genügt.<sup>143</sup> Nur im Hinblick auf das Herrühren des Tatobjekts aus einer rechtswidrigen Tat reicht nach Abs. 6 S. 1 Leichtfertigkeit aus, die im dargelegten geboten restriktiven Sinn vorsatznah zu interpretieren ist.<sup>144</sup> Praktisch relevant werden dürfte der Leichtfertigkeitstatbestand allerdings nur im Hinblick auf die Isolierungstatbestandsvarianten des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4,<sup>145</sup> da eine leichtfertige Verwirklichung der durch manipulative Tendenzen gekennzeichneten<sup>146</sup> Tathandlungen nach Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und Abs. 2 kaum vorstellbar ist.<sup>147</sup>

Für den Vorsatz bzgl. des Vorliegens irgendeiner rechtswidrigen Vortat ist nicht erforderlich, dass der Täter die Person des Vortäters kennt oder die Art der Vortat in allen Einzelheiten erfasst.<sup>148</sup> Weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht wird eine genaue Vorstellung verlangt.<sup>149</sup> Vielmehr

scheidet Vorsatz hinsichtlich der Vortat erst dann aus, wenn sich der Täter überhaupt keine klaren Vorstellungen von einem Sachverhalt macht, der den Tatbestand eines Strafgesetzes und damit die Anforderungen des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.<sup>150</sup>

Als besondere subjektive Voraussetzung muss schließlich in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 2 die Vereitelungsabsicht beachtet werden, die bereits im Zusammenhang mit den objektiven Voraussetzungen dieser Tatbestandsalternative erörtert worden ist.<sup>151</sup> Dem Erfordernis der Kenntnis der rechtswidrigen Herkunft des Gegenstandes im Zeitpunkt seiner Erlangung in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 4 kann dagegen nach richtiger Ansicht aus den dargelegten Gründen keine über das allgemeine Vorsatzerfordernis hinausgehende Bedeutung beigemessen werden.<sup>152</sup>

#### 5. Privilegierung in subjektiver Hinsicht (jedenfalls) für Strafverteidiger (Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2)

Explizit wird der nach der Neufassung objektiv uferlose<sup>153</sup> Geldwäschetatbestand in Abs. 1 S. 3 und Abs. 6 S. 2 nun zumindest durch die Kodifizierung des sog. „Strafverteidigerprivilegs“<sup>154</sup> eingeschränkt, welches das BVerfG bereits mit Urteil vom 19.11.2003 begründet hat<sup>155</sup> und dem somit schon bisher gem. § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft zukam.

##### a) Das Strafverteidigerprivileg

§ 261 Abs. 1 S. 3 StGB normiert nun deklaratorisch explizit, dass die Honorarannahme durch einen Strafverteidiger in den Fällen des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB nur dann als vorsätzlich gilt, wenn der Verteidiger zum Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatte. Abs. 6 S. 2 schließt ergänzend für die Fälle des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 die Strafbarkeit des Strafverteidigers im Hinblick auf die Annahme von Honoraren bei nur leichtfertiger Unkenntnis deren illegaler Herkunft aus.

Damit trägt das Gesetz nun ausdrücklich dem Umstand Rechnung, dass der Geldwäschetatbestand in den nicht durch manipulative Tendenzen gekennzeichneten Tatbestandsvari-

<sup>142</sup> Siehe die zahlreichen Nachweise für diese Ansicht bei *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 88 Fn. 271.

<sup>143</sup> Siehe nur *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 50.

<sup>144</sup> Siehe II. 2. und II. 3. in Teil 1 sowie IV. 2. c) dd) in diesem Teil speziell zur Auslegung bei berufstypischem Verhalten und neutralen Alltagshandlungen.

<sup>145</sup> Siehe zur ähnlichen Problematik nach alter Rechtslage *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1050); *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 138; vgl. *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 128; *Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161 (164 f.).

<sup>146</sup> Siehe oben IV. 2. a), b) und d); siehe nochmals BT-Drs. 19/24180, S. 30.

<sup>147</sup> *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1050); *Jahn* (Fn. 128), S. 23 f.; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (339); *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 55.1.

<sup>148</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 37.

<sup>149</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 37.

<sup>150</sup> BT-Drs. 19/24180, S. 37 f. mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.3.1964 – (1) Ss 57/64 = NJW 1964, 2123 zu § 257 StGB. Nach der Gesetzesbegründung sollen die zu §§ 257, 258 StGB entwickelten Grundsätze zum Vorsatz bzgl. einer rechtswidrigen Tat auch i.R.d. § 261 StGB herangezogen werden können.

<sup>151</sup> Siehe oben IV. 2. b).

<sup>152</sup> Siehe oben IV. 2. c) dd).

<sup>153</sup> Vgl. den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 19, abrufbar unter

[https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/ReFE\\_Geldwaesche\\_Bekämpfung.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/ReFE_Geldwaesche_Bekämpfung.html) (27.11.2022).

<sup>154</sup> *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 56.

<sup>155</sup> BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520, 1521/01 = BVerfGE 110, 226 (245 ff.).

anten<sup>156</sup> in die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers eingreifen kann, weil für ihn das Risiko der Verwirklichung des Tatbestandes bei der Honorarannahme besonders hoch und geradezu berufstypisch ist. Zudem ist das Recht auf effektive Strafverteidigung gefährdet, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Strafverteidiger und Mandant durch aufgrund des eigenen Strafbarkeitsrisikos des Verteidigers entstehende Interessenkollisionen und ggf. Ermittlungen gegen den Verteidiger gestört wird.<sup>157</sup>

*b) Geltung des Privilegs für nicht strafrechtliche rechtsberatende Tätigkeiten von Rechtsanwälten und für andere rechtsberatende Berufsgeheimnisträger?*

Die an sich durchweg begrüßte<sup>158</sup> ausdrückliche Regelung der Tatbestandslosigkeit der Honorarannahme gerade durch Strafverteidiger<sup>159</sup> bei fehlender sicherer Kenntnis von der illegalen Herkunft des Honorars wirft nun plakativ die schon bisher gestellte Frage auf, ob und inwieweit die Regelung auch auf zivil- und öffentlich-rechtliche Mandate von Rechtsanwälten sowie auf andere rechtsberatende Berufsgruppen wie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater<sup>160</sup> oder Notare übertragen werden kann, deren Berufsgeheimnis ebenfalls durch § 53 StPO und § 43 Abs. 2 GwG geschützt wird und dessen Verletzung nach § 203 StGB mit Strafe bedroht ist.<sup>161</sup>

Im Hinblick auf zivilrechtliche Mandate eines Rechtsanwalts, die einen „untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit einem geldwäscherelevanten Sachverhalt“ aufweisen oder „Mischkonstellationen“ darstellen, hat das Bundesverfassungsgericht die Frage der verfassungsrechtlichen Gebotenheit ei-

ner Privilegierung ausdrücklich offen gelassen.<sup>162</sup> Der BGH scheint einer solchen Privilegierung auch des zivilrechtlich tätigen Rechtsanwalts zuzuneigen.<sup>163</sup> Für sie führt er die grundsätzlich überzeugende Argumentation des Europäischen Gerichtshofs an,<sup>164</sup> der prinzipiell die Notwendigkeit einer Privilegierung von Angehörigen von Rechtsberufen bei ihrer Rechtsberatungstätigkeit mit Blick auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK hervorgehoben hat.<sup>165</sup>

In der Literatur sind die Ansichten zu der Gesamtproblematik geteilt.<sup>166</sup> Manche halten eine Übertragung des Strafverteidigerprivilegs im Wege einer teleologisch erweiternden Auslegung auf andere rechtsberatende Berufsgruppen und zivil- und öffentlich-rechtliche Mandate von Rechtsanwälten aufgrund des Wortlauts des § 261 Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2 StGB für ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber ihn trotz Kenntnis der Problematik<sup>167</sup> klar auf Strafverteidiger beschränkt habe.<sup>168</sup> Andere stellen dennoch die sachlichen und insbesondere auch verfassungsrechtlichen Erwägungen in den Vordergrund, die für eine Übertragbarkeit des Strafverteidigerprivilegs streiten.<sup>169</sup> Neben der Berufsfreiheit<sup>170</sup> kommen die grundlegende Bedeutung des offenen Zugangs zur Rechtsberatung und des geschützten Vertrauensverhältnisses für die Gewährleistung eines fairen Verfahrens zum Tragen.<sup>171</sup> Zudem lässt sich für eine privilegierende Gleichstellung aller von § 2 Abs. 1 Nrn. 10, 12 GwG erfassten rechtsberatenden Berufsgruppen mit dem Strafverteidiger die Wertung des § 43 Abs. 2 S. 1 GwG anführen, wonach Informationen, welche die Mitglieder dieser Berufsgruppen im Rahmen von Tätigkeiten der Rechtsberatung oder Prozessvertretung erhalten haben, unterschiedslos grundsätzlich von der sonst bestehenden Geldwäscheverdachtsmeldepflicht ausgenommen wer-

<sup>156</sup> Zur Unangemessenheit der Ausdehnung des Strafverteidigerprivilegs auch auf die durch final manipulative Tendenzen gekennzeichneten Tathandlungsvarianten des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB siehe BVerfG, Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14 = NJW 2015, 2949 (2953), sowie BT-Drs. 19/24180, S. 33 zu Abs. 1 S. 3 und S. 34 zu Abs. 6 S. 2.

<sup>157</sup> BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520, 1521/01 = BVerfGE 110, 226 (254 ff.).

<sup>158</sup> Siehe z.B. *Bülte* (Fn. 28), Rn. 99; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045).

<sup>159</sup> Die StPO verwendet den Begriff des „Verteidigers“. Weil dieser mit dem Begriff des „Strafverteidigers“ im Rahmen des StGB inhaltlich identisch sein dürfte, weist *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045) darauf hin, dass § 261 Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2 StGB auch für Hochschullehrer als Verteidiger und für den Rechtsbeistand i.S.d. § 40 Abs. 1 IRG in Rechtshilfe- und Auslieferungsverfahren gelten müsse.

<sup>160</sup> Die Problematik stellt sich für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer nur, wenn sie nicht nach § 392 AO als Verteidiger gewählt sind.

<sup>161</sup> Fraglich ist darüber hinaus insbes. auch die Übertragbarkeit der Regelung auf Insolvenzverwalter, die ebenfalls einer besonderen Gefahr der Geldwäschestrafbarekeit ausgesetzt sind. Speziell zur Bedeutung der Neufassung des § 261 StGB für Sanierer und Verwalter siehe *Köllner*, NZI 2021, 316 (317).

<sup>162</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14 = NJW 2015, 2949 (2953 f.).

<sup>163</sup> Siehe BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730 (3734 f.: „bedenkenswert“).

<sup>164</sup> EuGH, Urt. v. 26.6.2007 – C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone u.a./Conseil des ministres u.a.), Rn. 31 ff. = NJW 2007, 2387 (2388 f.).

<sup>165</sup> BGH, Urt. v. 4.2.2010 – 1 StR 95/09 = NJW 2010, 3730 (3735).

<sup>166</sup> Für die Übertragbarkeit nach aktuellem Rechtsstand *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045 f.); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); dagegen *Köllner*, NZI 2021, 316 (317 f.); Nachweise zum Meinungsstand vor der Neufassung bei *Neuheuser* (Fn. 1), Rn. 100 Fn. 295, der selbst die Übertragbarkeit ablehnt; für die Übertragbarkeit vor der Neufassung etwa *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 25.

<sup>167</sup> Vgl. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338).

<sup>168</sup> Siehe *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338).

<sup>169</sup> *Jahn* (Fn. 128), S. 19 f.; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); dafür auch *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045 f.).

<sup>170</sup> Siehe *Hecker* (Fn. 1), § 261 Rn. 25.

<sup>171</sup> *Bülte* (Fn. 28), Rn. 102; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 41.

den.<sup>172</sup> Im Einklang mit dieser Regelung hebt schließlich auch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie (EU) Nr. 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung die Notwendigkeit der Gleichbehandlung der Rechtsberatungsberufe hervor.<sup>173</sup>

#### 6. Qualifikationstatbestand für Verpflichtete nach § 2 GwG (Abs. 4)

Wird der Geldwäschetatbestand von einem Verpflichteten nach § 2 GwG verwirklicht, greift der neue, als Sonderdelikt ausgestaltete Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 StGB.<sup>174</sup> Verpflichtete nach dem GwG und damit taugliche Täter sind unter anderem bestimmte Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, Immobilienmakler, Güterhändler und Kunstvermittler, aber auch Steuerberater,<sup>175</sup> Notare und Rechtsanwälte. Insbesondere letztere haben die Pflichten nach dem GwG allerdings nur für den in § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG abschließend genannten Teil ihrer Tätigkeiten zu erfüllen. Verwirklichen sie den Geldwäschetatbestand im Rahmen einer Tätigkeit, die nicht unter den Katalog des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG fällt, handeln sie deshalb nicht „als“ Verpflichtete nach dem GwG i.S.v. § 261 Abs. 4 StGB.<sup>176</sup> Damit können Rechtsanwälte den Qualifikationstatbestand vor allem bei der ausschließlichen Rechtsberatung und Prozessvertretung<sup>177</sup> sowie der Strafverteidigung<sup>178</sup> nicht erfüllen, weil diese klassischen rechtsanwaltlichen Tätigkeiten dem Katalog des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nicht unterfallen.

Grundsätzlich nicht verwirklichen können den Qualifikationstatbestand Mitarbeiter von als solche nach dem Geldwäschegesetz verpflichteten Unternehmen.<sup>179</sup> Diese natürlichen Personen sind weder selbst nach dem GwG verpflichtet, noch kann ihnen ggf. die Unternehmensverpflichtung nach § 14 StGB zugeschrieben werden, weil § 14 StGB nur auf strafbarkeitsbegründende, nicht aber auf strafschärfende besondere persönliche Merkmale anwendbar ist.<sup>180</sup>

<sup>172</sup> Jahn (Fn. 128), S. 20; Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (338); Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 41; Gazeas, NJW 2021, 1041 (1046); siehe auch Bülte (Fn. 28), Rn. 103; für Insolvenzverwalter lässt sich dieses Argument allerdings nicht anführen, da sie jedenfalls keine Meldepflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 12 GwG und mangels Mandats wohl auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG trifft (siehe hierzu Köllner, NZI 2021, 316 [318]).

<sup>173</sup> Bülte (Fn. 28), Rn. 102; Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 41; Gazeas, NJW 2021, 1041 (1046).

<sup>174</sup> Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 46.

<sup>175</sup> Vgl. hierzu Scaraggi/Kreitmayer, DStR 2021, 885.

<sup>176</sup> Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (340); vgl. Bülte (Fn. 28), Rn. 107.

<sup>177</sup> Bülte (Fn. 28), Rn. 107.

<sup>178</sup> Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330 (340).

<sup>179</sup> Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 125 (129); Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 47.

<sup>180</sup> Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 47; vgl. Bülte (Fn. 28), Rn. 105 zur Angemessenheit des Nichteingreifens von § 14 StGB.

#### 7. Persönlicher Strafaufhebungsgrund (Abs. 8)

§ 261 Abs. 8 Nr. 1 StGB sieht einen persönlichen Strafaufhebungsgrund für denjenigen vor, der die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst. Aufgehoben wird die Strafbarkeit aber auch in diesem Fall nur, wenn die Tat zum Zeitpunkt der Anzeige oder deren Veranlassung noch nicht ganz oder zum Teil entdeckt war und der Täter dies wusste oder damit rechnen musste. Ist die Geldwäschetat nicht nur leichtfertig i.S.v. Abs. 6, sondern vorsätzlich i.S.v. Abs. 1 oder Abs. 2 begangen worden, muss der Täter gem. Abs. 8 Nr. 2 zusätzlich die Sicherstellung des kontaminierten Gegenstandes gem. §§ 111b ff. StPO bewirken.

##### a) Voraussetzungen im Einzelnen

Das Merkmal der Freiwilligkeit wird ebenso bestimmt wie beim Rücktritt nach § 24 StGB,<sup>181</sup> der bei einer nur versuchten Geldwäsche ohne Weiteres möglich bleibt<sup>182</sup>. Auch Verpflichtete nach § 2 GwG können in diesem Sinn durchaus freiwillig eine Anzeige erstatten, weil ihre nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG bestehende Pflicht zur Anzeige von Geldwäscheverdachtsfällen gem. § 43 Abs. 4 S. 2 GwG der Freiwilligkeit der Anzeige nach § 261 Abs. 8 StGB nicht entgegensteht. Zur Entgegennahme der Anzeige zuständig sind entsprechend § 159 Abs. 1 StPO Staatsanwaltschaft, Polizei und Amtsgerichte.<sup>183</sup> Strafflosigkeit erlangt aber nicht nur derjenige, der bei einer dieser Stellen selbst die Anzeige erstattet, sondern auch derjenige, der sie nur veranlasst. Zu denken ist insoweit beispielsweise an Angestellte, die verdächtige Transaktionen dem Geldwäschebeauftragten oder der Geschäftsleitung des Unternehmens melden.<sup>184</sup> Dabei darf die Verdachtsmeldung allerdings nicht rein intern bleiben. Vielmehr erfordert das strafbefreiende „Veranlassen“ einer Anzeige, dass der Empfänger der Verdachtsmeldung die Anzeige auch tatsächlich bei den zuständigen Behörden erstattet<sup>185</sup> und die Meldung für diese Anzeigerstattung jedenfalls mitursächlich ist.<sup>186</sup>

Inhaltlich müssen nur die Tatumstände der begangenen Geldwäschetat, nicht aber die der Vortat oder von mit der Geldwäschetat konkurrierenden Taten mitgeteilt werden.<sup>187</sup>

<sup>181</sup> Vgl. Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 69 mit Verweis auf Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 24 Rn. 36 ff.

<sup>182</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 19.03.1991 – 5 StR 516/90 = NStZ 1991, 338 (339 f.) zur parallelen Problematik hinsichtlich der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung gem. § 371 AO.

<sup>183</sup> BT-Drs. 12/989, S. 28.

<sup>184</sup> Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 28.

<sup>185</sup> Für die ganz h.M. siehe nur Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 152; Neuheuser (Fn. 1), § 261 Rn. 125, jeweils m.w.N.; vgl. auch BT-Drs. 12/989, S. 28 („Bankangestellten, die den Verdacht eines strafbaren Geldwaschvorgangs der dann Anzeige erstattenden Geschäftsleitung mitteilen“ [Hervorhebung durch die Verf.]).

<sup>186</sup> Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 70; Altenhain (Fn. 1), § 261 Rn. 152.

<sup>187</sup> El-Ghazi (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 154; Ruhmannseder (Fn. 3), § 261 Rn. 70.

Dementsprechend erstreckt sich die strafbefreiende Wirkung der Anzeige oder der zu ihr führenden Verdachtsmeldung an einen Dritten aber auch nur auf die Geldwäschetat als solche.<sup>188</sup> Aufgrund der Entdeckung der Tat ausgeschlossen ist diese strafbefreiende Wirkung dann, wenn eine Verurteilung nach Einschätzung der Strafverfolgungsorgane bei vorläufiger Tatbewertung wahrscheinlich ist.<sup>189</sup>

Schließlich erfordert das bei vorsätzlicher Geldwäsche von § 261 Abs. 8 Nr. 2 StGB zusätzlich verlangte Bewirken der Sicherstellung des bemakelten Gegenstandes sowohl nach dem Wortlaut als auch der Gesetzesbegründung,<sup>190</sup> dass der Gegenstand tatsächlich sichergestellt und die Anzeige hierfür mitursächlich wird.<sup>191</sup> Abs. 8 greift somit selbst dann nicht ein, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Sicherstellung unterlassen, obwohl die Anzeige sie ihnen ermöglicht hätte.<sup>192</sup>

#### b) Anwendungsbereich

Ein freiwilliges Umkehrverhalten des Täters, das die vorgenannten Voraussetzungen des Abs. 8 erfüllt, führt jedenfalls dann zur Straflosigkeit, wenn es nach Vollendung der Tat an den Tag gelegt wird. Insoweit stehen klassische Fälle der tätigen Reue in Rede, die nach einhelliger Ansicht von § 261 Abs. 8 StGB erfasst werden.<sup>193</sup>

Ob darüber hinaus auch präventive Anzeigen zum Abschluss der Strafbarkeit führen können, die ein potenzieller Täter erstattet, wenn er eine Transaktion durchführen will, die seiner Einschätzung nach einen bemakelten Vermögensgegenstand betreffen und den Geldwäschetatbestand erfüllen könnte, ist dagegen umstritten. Eine Minderheitsmeinung<sup>194</sup> bejaht dies mit Blick auf § 43 Abs. 4 S. 1 GwG. Danach gilt eine Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG zugleich als Selbstanzeige i.S.v. § 261 Abs. 8 StGB, wenn sie die hierfür erforderlichen Angaben enthält. Meldungen nach § 43 Abs. 1 GwG erfolgen aber regelmäßig noch vor der Durchführung einer Transaktion. Dementsprechend müssen nach der Minderheitsmeinung auch präventive Ver-

dachtsmeldungen nach dem GwG als Selbstanzeigen i.S.d. § 261 Abs. 8 StGB gelten und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche entfallen lassen, wenn der Meldende die Transaktion erst durchführt, nachdem die nach der Verdachtsmeldung einzuhaltende sog. Stillhaltefrist des § 46 GwG verstrichen ist.<sup>195</sup> Überzeugend entgegengehalten wird dieser sehr weitreichenden Interpretation zum einen in praktischer Hinsicht, dass sie eine enorme Überlastung der Behörden durch eine Flut von präventiven Verdachtsmeldungen befürchten lässt.<sup>196</sup> Insbesondere steht sie aber im systematischen Widerspruch zu § 261 Abs. 8 Nr. 2 StGB. Wie gesehen kann eine Strafbefreiung bei vorsätzlicher Geldwäsche danach nur erlangt werden, wenn die Anzeige für die tatsächlich erfolgte Sicherstellung des kontaminierten Gegenstandes jedenfalls mitursächlich geworden ist.<sup>197</sup> Dies setzt jedoch notwendig eine bereits durchgeführte Transaktion voraus.

#### c) Keine Strafbarkeit von Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern wegen Geheimnisverrats

Ob Berufsheimlichkeitsgeheimnisträger und insbesondere auch Rechtsanwälte von der Möglichkeit der Selbstanzeige Gebrauch machen und so eine Befreiung von der Geldwäschestrafbarkeit erlangen können, ohne zugleich Gefahr zu laufen, den Tatbestand des Geheimnisverrats nach § 203 StGB zu erfüllen, war bis zur Neufassung des § 48 GwG zum 1. August 2021<sup>198</sup> umstritten.<sup>199</sup> Nunmehr schließt § 48 GwG ausdrücklich eine Verantwortlichkeit wegen einer Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 GwG auch nach strafrechtlichen Vorschriften aus.<sup>200</sup> Die im Rahmen einer solchen Verdachtsmeldung erfolgende Weitergabe von Berufsheimlichkeiten kann damit jedenfalls nicht mehr als „unbefugt“ i.S.v. § 203 StGB gewertet werden.

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

<sup>188</sup> Ganz h.M., siehe die Nachweise bei *Brodowski*, wistra 2021, 417 (421 f. Fn. 76).

<sup>189</sup> Siehe BGH, Urt. v. 13.05.1983 – 3 StR 82/83 = NStZ 1983, 415 zur parallelen Problematik hinsichtlich der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung gem. § 371 AO; siehe *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 154 m.w.N.

<sup>190</sup> BT-Drs. 12/989, S. 28: „kriminalpolitisch erwünschten Erfolg, nämlich die Sicherstellung des „bemakelten“ Gegenstandes“ (Hervorhebung durch die Verf.).

<sup>191</sup> *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 157; *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 155; a.A. *Brodowski*, wistra 2021, 417 (420).

<sup>192</sup> *Altenhain* (Fn. 1), § 261 Rn. 155; *El-Ghazi* (Fn. 26), StGB § 261 Rn. 157 zieht in dieser Konstellation für den Regelfall eine Strafmilderung nach § 46b StGB aufgrund der geleisteten Aufklärungshilfe in Betracht.

<sup>193</sup> Siehe nur beispielhaft *Bülte* (Fn. 28), Rn. 125 zu § 261 Abs. 8 StGB-E; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 68 zu § 261 Abs. 8 StGB n.F., sowie die Nachweise bei *Brodowski*, wistra 2021, 417 (420 Fn. 56) weitestgehend zu § 261 Abs. 9 StGB a.F.

<sup>194</sup> *Brodowski*, wistra 2021, 417 (420 f.).

<sup>195</sup> *Brodowski*, wistra 2021, 417 (421); siehe auch *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334, 340).

<sup>196</sup> Vgl. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334, 340): „Wegen der Regelung in § 43 Abs. 4 S. 1 GwG [...] wird hier durch die deutsche Wirtschaft massenhaft ein *safe harbour* gesucht werden.“

<sup>197</sup> Siehe oben IV. 7. a).

<sup>198</sup> BGBl. I 2021, S. 2083.

<sup>199</sup> Siehe zum Streitstand *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 74, der allerdings die Änderung des § 48 GwG übersieht und den Streit immer noch für aktuell hält.

<sup>200</sup> Vgl. hierzu BT-Drs. 19/28164, S. 87.