

Compliance Berater

11 / 2021

Betriebs-Berater Compliance

28.10.2021 | 9.Jg
Seiten 401–452

EDITORIAL

Geldwäsche – das Schlimmste steht uns noch bevor | I
Jacob Wende

AUFSÄTZE

Rechtlicher Rahmen für Wertpapiergeschäfte behördlicher Mitarbeiter | 401
Sebastian de Schmidt und Alida Gözl

Die Europäisierung der MaComp | 406
Prof. Dr. jur. Dieter Krimphove

Der neue Geldwäschestraftatbestand: Folgen für die Anti-Geldwäsche-Compliance privilegierter Güterhändler | 410
Dr. Timo Handel

Die Empfehlungen der EBF zu effektiveren Anti-Geldwäsche-Maßnahmen | 416
Dr. Dr. Fabian Teichmann und Marie-Christin Falker

Digitalisierung von KYC-Prozessen | 420
Salvatore Saporito

Auf dem Weg zum Chief Sustainability Officer (CSO) – Teil 2 | 425
Dr. Marc Ruttloff, Prof. Dr. Eric Wagner, Dr. Marcus Reischl und Dr. Christoph Skoupil

Mehr Rechtssicherheit für Vorstände durch die neue DIN ISO 37301 | 433
Dr. Manfred Rack

RECHTSPRECHUNG

BGH: Geldwäschebekämpfung – Anforderungen an die Identitätsüberprüfung eines für unbekannte Erben tätigen Nachlasspflegers | 438

OLG Stuttgart: Anfechtung einer Aufsichtsratswahl wegen Treuepflichtverstößen | 442

LAG Hamm: Keine Entschädigung wegen Mobbing | 446

CB-BEITRAG

Dr. Timo Handel, RA

Der neue Geldwäschestrafttatbestand: Folgen für die Anti-Geldwäsche-Compliance privilegierter Güterhändler

Am 18.3.2021 ist der durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9.3.2021¹ reformierte Straftatbestand der Geldwäsche in Kraft getreten. Die wohl wesentlichste Änderung des § 261 StGB ist der Verzicht auf einen Vortatenkatalog und damit ein Optieren des Gesetzgebers hin zu einem „All Crimes Approach“ bei der Geldwäschestrafbarkeit. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Folgen der Neuregelung des § 261 StGB für die Anti-Geldwäsche-Compliance von Güterhändlern und stellt in diesem Zusammenhang die wesentlichen Änderungen des Geldwäschestrafttatbestands dar.

I. Die Pflichten für Güterhändler nach dem Geldwäschegesetz (GwG)

Zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung regelt das GwG umfassende Compliance-Pflichten für die in § 2 Abs. 1 GwG genannten Verpflichteten und damit auch für Güterhändler.

1. Der Güterhändler als Verpflichteter nach § 2 Abs. 1 Nr. 16 GwG
Güterhändler sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 16 Var. 1 GwG Verpflichtete i. S. d. GwG. Der Begriff des Güterhändlers ist in § 1 Abs. 9 GwG legaldefiniert und erfasst jeden, der gewerblich Güter veräußert, unabhängig davon, in wessen Namen oder auf wessen Rechnung. Güter sind nach der Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 9 GwG „alle beweglichen und nicht beweglichen Sachen, unabhängig von ihrem Aggregatzustand, die einen wirtschaftlichen Wert haben und deshalb Gegenstand einer Transaktion sein können.“² Der Begriff ist weit zu verstehen und soll etwa auch Strom und Gas umfassen.³ Als „nicht bewegliche Sachen“ unterfallen dem Güterbegriff zudem Grundstücke und deren Gebäude als wesentliche Bestandteile (§ 94 Abs. 1 BGB), also Immobilien.⁴ Die nach § 1 Abs. 9 GwG erforderliche Gewerblichkeit ist zu bejahen, „wenn die Veräußerung von Gütern im Rahmen einer nicht sozial unwertigen, auf Dauer angelegten, mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten, selbstständigen beruflichen Tätigkeit, die weder freier Beruf, Urproduktion oder Verwaltung eigenen Vermögens ist, erfolgt.“⁵

Insgesamt ist festzuhalten, dass der Güterhändlerbegriff sehr weit gefasst ist. Neben Händlern von allerlei möglichen Waren unterfallen dem Begriff – wie vorstehend geschildert – z. B. auch Immobilienunternehmen.

2. Die Compliance-Pflichten nach dem GwG

Die Compliance-Pflichten des GwG umfassen die Pflicht zum Vorhalten eines wirksamen Risikomanagements (Abschnitt 2, §§ 4 ff. GwG) und die Pflicht zur Erfüllung von Sorgfaltspflichten in Bezug auf Kunden

(Abschnitt 3, §§ 10 ff. GwG). Es bestehen aber auch Pflichten mit Blick auf das Transparenzregister (Abschnitt 4, §§ 18 ff. GwG), die vorliegend nicht näher betrachtet werden.

a) Das Risikomanagement nach §§ 4 ff. GwG

Nach § 4 Abs. 1 GwG müssen die Verpflichteten zur Verhinderung von Geldwäsche und von Terrorismusfinanzierung über ein wirksames Risikomanagement verfügen, das im Hinblick auf Art und Umfang ihrer Geschäftstätigkeit angemessen ist. Erforderlich ist die Durchführung einer Risikoanalyse sowie die Schaffung angemessener geschäfts- und kundenbezogener interner Sicherungsmaßnahmen (§ 4 Abs. 2 GwG). Die insoweit näheren Anforderungen regeln die §§ 5 und 6 GwG. Zudem sind nach § 8 GwG Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten zu erfüllen, denen vor allem im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten nach §§ 10 ff. GwG und der Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 GwG Bedeutung zukommt.

Einen Geldwäschebeauftragten müssen Güterhändler nach § 7 Abs. 3 S. 1 GwG nur dann bestellen, wenn dies durch die Aufsichtsbehörde angeordnet wird, was jedoch auch im Wege einer Allgemeinverfügung erfolgen kann,⁶ sodass sich Güterhändler hierüber auf dem Laufenden halten müssen.

1 BGBl. 2021 I, S. 327 ff.

2 BT-Drucks. 18/11555, S. 103.

3 Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz (GwG) für Güterhändler, Immobilienmakler und andere Nichtfinanzunternehmen – Gemeinsame Auslegungs- und Anwendungshinweise der Länder der Bundesrepublik Deutschland (AuA), S. 5, abrufbar unter <https://www.hamburg.de/contentblob/14673942/0889f9eef02d6772114e075cbbdd4dbc/data/geldwaesche-auslegungs-und-anwendungshinweise-zum-geldwaeschegesetz.pdf>, zuletzt abgerufen am 17.9.2021.

4 AuA (Fn. 3), S. 5; *Gehrmann/Wengenroth*, BB 2019, 1035, 1037.

5 *Kaetzler*, in: *Zentes/Glaab*, GwG, 2. Auflage 2020, § 1 Rn. 91; siehe auch *Gehrmann/Wengenroth*, BB 2019, 1035, 1037.

6 AuA (Fn. 3), S. 8.

§ 9 GwG bestimmt zudem, dass die Pflichten im Konzern grundsätzlich gruppenweit zu erfüllen sind. Insbesondere ist eine konzernweite Risikoanalyse durchzuführen (§ 9 Abs. 1 GwG). Im internationalen Kontext bestimmt § 9 Abs. 2 GwG, dass Zweigniederlassungen und gruppenangehörige Unternehmen, die in anderen Mitgliedstaaten der EU ansässig sind, die dort geltenden Rechtsvorschriften, welche die EU-Geldwäscherichtlinie⁷ umsetzen, einhalten müssen. Ist eine Ansässigkeit von Zweigniederlassungen und gruppenangehörigen Unternehmen in Drittstaaten gegeben, bestimmt § 9 Abs. 3 GwG, dass das GwG grundsätzlich den Mindestrahmen der Compliance-Pflichten vorgibt.

b) Die Sorgfaltspflichten in Bezug auf Kunden nach §§ 10 ff. GwG

Nach den §§ 10 ff. GwG müssen die nach dem GwG Verpflichteten, also auch Güterhändler, Sorgfaltspflichten in Bezug auf Kunden erfüllen. Unterschieden wird dabei zwischen allgemeinen Sorgfaltspflichten (§ 10 GwG), vereinfachten Sorgfaltspflichten (§ 14 GwG) und verstärkten Sorgfaltspflichten (§ 15 GwG). Die Sorgfaltspflichten betreffen unter anderem die Identifizierung des Vertragspartners und die Einholung und Bewertung von Informationen über den Zweck und die Art der angestrebten Geschäftsbeziehung, aber auch die kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung (vgl. § 10 Abs. 10 Nrn. 1, 3 und 5 GwG). Welcher Sorgfaltspflichtenmaßstab dabei anzuwenden ist, bestimmt sich insbesondere nach den in den Anlagen 1 und 2 zum GwG genannten Risikofaktoren (§§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 2 GwG) und § 15 Abs. 3 GwG.

3. Die Möglichkeit einer Pflichtenbeschränkung für Güterhändler

Von den vorstehend geschilderten umfangreichen Compliance-Pflichten sind Güterhändler unter den Voraussetzungen der §§ 4 Abs. 5 und 10 Abs. 6a GwG weitgehend – aber nicht in Gänze – befreit.

a) Die Pflichtenbeschränkung und Privilegierung nach den §§ 4 Abs. 5 Nr. 1 und 10 Abs. 6a Nr. 1 GwG

Nach § 4 Abs. 5 Nr. 1 GwG müssen Güterhändler als Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 16 GwG bei Transaktionen im Wert von mindestens 10.000 EUR über Kunstgegenstände (§ 4 Abs. 5 Nr. 1 lit. a GwG), Transaktionen über hochwertige Güter nach § 1 Abs. 10 S. 2 Nr. 1, bei welchen sie Barzahlungen über mindestens 2.000 EUR selbst oder durch Dritte tätigen oder entgegennehmen (§ 4 Abs. 5 Nr. 1 lit. b GwG), oder Transaktionen über sonstige Güter, bei welchen sie Barzahlungen über mindestens 10.000 EUR selbst oder durch Dritte tätigen oder entgegennehmen (§ 4 Abs. 5 Nr. 1 lit. c GwG) über ein wirksames Risikomanagement einschließlich gruppenweiter Verfahren verfügen.

Während § 4 Abs. 5 Nr. 1 lit. b) und c) GwG Bargeldschwellen regeln, bestimmt § 4 Abs. 5 Nr. 1 lit. a) GwG einen von der Zahlungsart unabhängigen Schwellenbetrag für Transaktionen über Kunstgegenstände, also insb. für Kunsthändler. Bei Nichterreichung der Schwellenwerte müssen Güterhändler also nicht über ein wirksames Risikomanagement nach den §§ 4 bis 6 GwG einschließlich gruppenweiter Verfahren nach § 9 GwG verfügen.⁸

Der entsprechend formulierte § 10 Abs. 6a GwG führt dazu, dass bei Nichterreichung der Schwellenwerte neben den allgemeinen Sorgfaltspflichten (§ 10 GwG) auch die vereinfachten Sorgfaltspflichten (§ 14 GwG) und verstärkten Sorgfaltspflichten (§ 15 GwG) nicht bestehen. Dies folgt aus der Anknüpfung dieser an die allgemeinen Sorgfaltspflichten, sodass mit dem Ausschluss der allgemeinen Sorg-

faltspflicht einer Anwendung der vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten die Grundlage entzogen ist.⁹ Für die verstärkten Sorgfaltspflichten ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 GwG, wonach diese gerade zusätzlich zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten zu erfüllen sind.¹⁰

Keine Befreiung erfolgt von der im Einzelfall nach Anordnung durch die Aufsichtsbehörde gemäß § 7 Abs. 3 GwG bestehenden Pflicht zur Bestellung eines Geldwäschebeauftragten. Ebenso erfolgt keine (gänzliche) Befreiung von den Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten nach § 8 GwG. Diesen kommt etwa im Zusammenhang mit der ebenfalls nicht ausgeschlossenen Meldepflicht nach § 43 GwG (siehe § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GwG) und bei einer Anwendung der Sorgfaltspflichten im Einzelfall nach § 10 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GwG Bedeutung zu.¹¹

Letztere ist ebenso wie die Pflicht nach § 43 GwG gegeben, wenn ein Verdacht der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung vorliegt, also Tatsachen vorliegen, die auf eine Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung hindeuten. Die Anwendung der §§ 10 ff. GwG und des § 43 GwG bezieht sich dabei auf den konkreten Einzelfall, in dem ein Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungsverdacht vorliegt.¹² Aufgrund des Umstands, dass mit einem Verdachtsfall auch ein höheres Risiko im Einzelfall i. S. d. § 15 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GwG vorliegt, müssten dann grundsätzlich sowohl die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 10 GwG als auch die verstärkten Sorgfaltspflichten nach § 15 GwG erfüllt werden.¹³

b) Die Anforderungen an eine Pflichtenbeschränkung in Bezug auf die Bargeldschwellen der § 4 Abs. 5 Nr. 1 lit. b) und c) sowie § 10 Abs. 6a Nr. 1 lit. b) und c) GwG

Die Pflichtenbeschränkung erfordert eine strikte Einhaltung der Schwellenbeträge und damit eine Umsetzung entsprechender Maßnahmen. Denn bereits ein einmaliges Überschreiten der Schwellenbeträge löst die Pflichten nach dem GwG aus.¹⁴ Zur Beschränkung der Pflichten ist deshalb mit Blick auf die Bargeldschwellen des § 4 Abs. 5 Nr. 1 lit. b) und c) GwG sowie des § 10 Abs. 6a Nr. 1 lit. b) und c) GwG eine „durch entsprechende Geschäftsanweisungen und Kontrollen sichergestellt[e]“ geschäftspolitische Grundsatzentscheidung dahingehend erforderlich, dass die Bargeldgrenzen eingehalten werden.¹⁵ Insoweit ist es erforderlich, dass Compliance-Maßnahmen ergriffen werden, welche die Einhaltung der Bargeldschwelle sicherstellen.¹⁶

7 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (sog. Vierte Geldwäscherichtlinie).

8 BT-Drucks. 19/15196, S. 45; AuA (Fn. 3), S. 8. Zur Erstreckung der Ausnahme auf die gruppenweiten Pflichten nach § 9 GwG siehe *Gehrmann/Wengenroth*, BB 2019, 1035, 1039.

9 *Krais*, in: BeckOK GwG, 5. Ed. 2021, § 10 Rn. 68.

10 *Gehling/Lüneborg*, NZG 2020, 1164, 1166.

11 Siehe auch *Gehling/Lüneborg*, NZG 2020, 1164, 1165.

12 Siehe auch *Gehrmann/Wengenroth*, BB 2019, 1035, 1040. Zum Geldwäscheverdacht siehe unten III. 1.

13 *Krais*, in: BeckOK GwG, 6. Ed. 2021, § 10 Rn. 75.

14 AuA (Fn. 3), S. 8; *Gehrmann/Wengenroth*, BB 2019, 1035, 1039 f.

15 AuA (Fn. 3), S. 8.

16 *Gehrmann/Wengenroth*, BB 2019, 1035, 1039.

Insbesondere ist dabei zu beachten, dass die Schwellenbeträge auch durch mehrere kleine miteinander im Zusammenhang stehende Bargeldtransaktionen, insbesondere solche, die eine große Transaktion künstlichstückeln (sog. Smurfing), überschritten werden können.¹⁷ Zudem ist neben der Entgegennahme auch die Abgabe von (in- und ausländischem) Bargeld erfasst.¹⁸ Ebenso werden Bargeldeinzahlungen des Kunden auf das Bankkonto des Güterhändlers als Barzahlungen gewertet.¹⁹ Diesen und weiteren relevanten Umständen müssen die zu ergreifenden Maßnahmen Rechnung tragen.

Zu einer erheblichen Risikominimierung in Bezug auf die Pflichten nach dem GwG kann etwa ein generelles Verbot von Bargeldtransaktionen führen. Wie auch sonst ist es neben einer schriftlichen Fixierung der Maßnahmen erforderlich, dass diese auch faktisch umgesetzt und gelebt werden.²⁰ Zu beachten ist jedoch, dass der Schwellenbetrag von 10.000 EUR für Kunsthändler § 10 Abs. 6a Nr. 1 lit. a) GwG nicht an Bartransaktionen anknüpft und unabhängig von der Zahlungsart gilt.

II. Die für die Anti-Geldwäsche-Compliance von Güterhändlern wesentlichen Neuerungen des § 261 StGB

Da die Frage des Vorliegens eine Geldwäscheverdachts maßgeblich auf den Begriff der Geldwäsche abstellt und dieser durch § 1 Abs. 1 GwG als eine Straftat nach § 261 StGB legaldefiniert wird, hat die Reform des § 261 StGB für die Compliance-Pflichten des Güterhändlers erhebliche Auswirkungen (siehe sogleich III.). Insoweit werden jedoch im Folgenden zunächst die in diesem Zusammenhang relevanten Änderungen des § 261 StGB dargestellt.

1. Der neue Grundtatbestand der Geldwäsche, § 261 Abs. 1 und 2 StGB

Durch die Reform des § 261 StGB wurde der Grundtatbestand der Geldwäsche neugefasst und strukturiert. Die nach der a. F. geregelte Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe ist entfallen und die Möglichkeit der Verhängung einer Geldstrafe statt einer Freiheitsstrafe wurde normiert.

Die wesentlichste Änderung der Neufassung ist jedoch das Entfallen des Vortatenkatalogs des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. Nach diesem setzte eine Geldwäschestrafbarkeit voraus, dass der Geldwäschegenstand aus einer bestimmten Katalogtat herrührt, die nach Bewertung des Gesetzgebers typischerweise im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität oder Terrorismus steht.²¹ Nunmehr kann jegliche „rechtswidrige Tat“ eine Vortat einer Geldwäsche sein (sog. All Crimes Approach). Hintergrund dieser Änderung seien die in der Praxis bestehende Beweisschwierigkeiten mit Blick auf den Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB a. F.²² Der „All Crimes Approach“ führt dazu, dass die Anforderungen an den Nachweis einer Vortat deutlich herabgesetzt sind. Denn für eine Verurteilung wegen Geldwäsche genügt es nunmehr, dass die Herkunft des Gegenstands „aus irgendeiner rechtswidrigen Tat, ohne dass diese – zumindest für den Schuldspruch – näher konkretisiert werden müsste“, nachgewiesen wird.²³ Die damit verbundene Anknüpfung an eine Vielzahl weiterer Taten, letztlich alle Straftatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts, führt zudem dazu, dass eine Geldwäschestrafbarkeit deutlich häufiger als früher gegeben ist, was auch der Gesetzgeber erkannt hat.²⁴ Beispielhaft genannt sei nur der „Schokoladen-Fall“, in welchem ein

14-jähriger Junge eine Schokoladentafel annimmt und verspeist und sich damit der Geldwäsche strafbar macht, da die Schokoladentafel – wie er weiß – zuvor seine 13-jährige Freundin in einem Supermarkt geklaut hat.²⁵

2. Der neue Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 StGB

Mit § 261 Abs. 4 StGB wurde ein neuer Qualifikationstatbestand für Fälle geschaffen, in denen die Geldwäschetat durch einen Verpflichteten nach § 2 GwG begangen wird. Hierfür sieht das Gesetz – wie § 261 StGB a. F. – eine Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis 5 Jahre und die fehlende Möglichkeit der Verhängung einer Geldstrafe vor. Soweit es sich bei dem Verpflichteten um eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt, richtet sich die Anwendung des § 261 Abs. 4 StGB auf die handelnden natürlichen Personen nach § 14 StGB.

3. Die weiter bestehende Strafbarkeit der sog. leichtfertigen Geldwäsche nach § 261 Abs. 6 StGB

Als besonders problematisch im Hinblick auf das Entfallen des Vortatenkatalogs zu bezeichnen, ist das Fortbestehen der sog. leichtfertigen Geldwäsche, da mit dieser eine ausufernde Geldwäschestrafbarkeit droht.²⁶

Der Referentenentwurf (RefE) des neuen § 261 StGB sah deshalb ein Entfallen der „leichtfertigen Geldwäsche“ vor. In dessen Begründung wurde insoweit ausdrücklich ausgeführt, dass die Änderungen des § 261 StGB im Falle der Beibehaltung der „leichtfertigen Geldwäsche“ „eine nahezu uferlose Anwendungsbreite“ und „Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens befürchten lassen“.²⁷ Im Regierungsentwurf wurde ein Entfallen der „leichtfertigen Geldwäsche“ jedoch verworfen. Aber auch dort wurde ausgeführt, dass „der Anwendungsbereich der leichtfertigen Geldwäsche erheblich ausgeweitet“ wird.²⁸ Dies führt zum einen dazu, dass „eine deutliche Überkriminalisierung von alltäglichen Verhaltensweisen“ droht.²⁹ Zum anderen besteht die Gefahr, dass der Straftatbestand der leichtfertigen

17 AuA (Fn. 3), S. 6; *Ghassabeh*, CCZ 2021, 33, 34 f.; *Kaetzler*, in: Zentes/Glaab, GwG, 2. Auflage 2020, § 4 Rn. 56.

18 AuA (Fn. 3), S. 6.

19 AuA (Fn. 3), S. 6.

20 *Ghassabeh*, CCZ 2021, 33, 35.

21 *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, StGB, 5. Auflage 2017, § 261 Rn. 35.

22 BT-Drucks. 19/24180, S. 29; siehe auch *Gazeas*, NJW 2021, 1041; *El-Ghazi/Marsteller/Zimmermann*, NZWiSt 2021, 297, 299.

23 *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209, 211.

24 Siehe BT-Drucks. 19/24180, S. 19, wonach es zu einer „erhebliche[n] Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 261 StGB“ kommt.

25 Siehe zu diesem Beispielsfall *Gercke/Jahn/Reckmann*, Inkriminierte Schokolade, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/geldwaesche-regierungsentwurf-vortaten-leichtfertig-all-crimes-organisierte-kriminalitaet-terrorismus/>, und *BRÄK*, Stellungnahme Nr. 52, September 2020, S. 7, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/091120_Stellungnahme_BRÄK_3_RefE_Geldwaesche.pdf?__blob=publicationFile&v=1, jeweils zuletzt abgerufen am 17.9.2021.

26 RefE, S. 19, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.html;jsessionid=A99BB4D30D9D889C5CCD7218299297E0.2_cid297, zuletzt abgerufen am 17.9.2021; siehe etwa auch *Gazeas*, NJW 2021, 1041, 1043.

27 RefE, S. 19.

28 BT-Drucks. 19/24180, S. 34.

29 *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209, 214; *Gercke/Jahn/Reckmann*, Inkriminierte Schokolade (Fn. 25).

Geldwäsche künftig als Auffangtatbestand und damit als Hebel bzw. Einfallstor für Ermittlungen gegen Unternehmen genutzt werden könnte.³⁰

Wegen „leichtfertiger Geldwäsche“ wird nach § 261 Abs. 6 S. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer in den Fällen des § 261 Abs. 1 oder 2 StGB leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen Gegenstand nach § 261 Abs. 1 StGB handelt.³¹ In objektiver Hinsicht ist die Leichtfertigkeit der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts gleichzusetzen.³² In subjektiver Hinsicht sind jedoch zusätzlich „die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters zu berücksichtigen“, um einen Leichtfertigkeitvorwurf zu begründen.³³ Bereits die Rechtsprechung zu § 261 Abs. 5 StGB a. F. stellte strenge Anforderungen an die Annahme von Leichtfertigkeit. Diese war danach nur dann gegeben, „wenn sich die Herkunft des Gegenstands aus einer Katalogtat nach der Sachlage geradezu aufdrängt und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder großer Unachtsamkeit außer Acht lässt“.³⁴ Der Begriff war gerade vorsatznah auszulegen.³⁵ Mit Blick auf die erhebliche Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit durch das Entfallen des Vortatenkatalogs und damit einhergehend des Risikos für den Einzelnen, strafrechtlicher Ermittlungen ausgesetzt zu sein, sind künftig noch strengere Anforderungen an die Feststellungen der Leichtfertigkeit zu fordern, um der anderenfalls drohenden Ausuferung des Straftatbestandes zu begegnen. Nach hier vertretener Ansicht, muss der Täter nicht nur aus „besonderer Gleichgültigkeit oder großer Unachtsamkeit“ gehandelt haben, sondern aus „ganz besonderer Gleichgültigkeit oder ganz großer Unachtsamkeit“, sodass nur ganz besonders krasse Fälle erfasst sind, in denen es bildlich gesprochen nur noch an einem Tropfen fehlt, um das Fass zum Überlaufen zu bringen, die Schwelle zum Vorsatz also nur noch minimal unterschritten ist.

Anknüpfend hieran kann die Implementierung von Compliance-Maßnahmen, wie etwa Geschäftspartnerprüfungen, gegen das Vorliegen einer Leichtfertigkeit sprechen, da diese gerade der Wahrung der erforderlichen Sorgfalt dienen. Dies sollten Unternehmen aufgrund der nach § 261 Abs. 6 StGB bestehenden Strafbarkeitsrisiken auch unabhängig von den Compliance-Vorgaben des GwG im Blick behalten (siehe hierzu auch sogleich III. 3.).

4. Die weiter bestehende Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige nach § 261 Abs. 8 StGB

Das Fortbestehen der Möglichkeit der Abgabe einer strafbefreienden Selbstanzeige nach § 261 Abs. 8 StGB ist vor allem mit Blick auf die „leichtfertige Geldwäsche“ zu begrüßen.³⁶ Nach § 261 Abs. 8 StGB wird nach § 261 Abs. 1 bis 6 StGB nicht bestraft, wer die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst, wenn nicht die Tat zu diesem Zeitpunkt bereits ganz oder zum Teil entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste, und in den Fällen des § 261 Abs. 1 StGB oder des § 261 Abs. 2 StGB die Sicherstellung des Gegenstandes bewirkt.

Zuständige Behörde zur Entgegennahme einer solchen Selbstanzeige sind etwa die Staatsanwaltschaften.³⁷ Zu beachten und in der Praxis stets in Erwägung zu ziehen ist aber auch die Möglichkeit der Abgabe einer strafbefreienden Selbstanzeige im Zusammenhang mit einer Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 GwG an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (Financial Intelligence Unit – FIU). Denn aus § 43 Abs. 4 S. 1 GwG ergibt sich, dass eine Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 GwG, welche die für

eine Anzeige nach § 261 Abs. 8 StGB erforderlichen Angaben enthält, zugleich als Selbstanzeige gilt.

5. Die Einbeziehung von Auslandstaten als taugliche Vortaten i. S. d. § 261 Abs. 1 StGB nach § 261 Abs. 9 StGB

Schließlich gilt es zu beachten, dass auch weiterhin im Ausland begangene Taten als Vortaten i. S. d. § 261 Abs. 1 StGB gelten können (§ 261 Abs. 9 StGB). Wegen der Aufhebung des Vortatenkatalogs des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. kommt es auch insoweit zu einem deutlich weiteren Anwendungsbereich mit Blick auf Vortaten, die im Ausland begangen wurden. Insoweit bestimmt zunächst § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB, dass einem Gegenstand i. S. d. § 261 Abs. 1 StGB Gegenstände, die aus einer im Ausland begangenen Tat herrühren, gleichstehen, wenn die Tat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre und am Tatort mit Strafe bedroht ist. Die Regelung des § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB entspricht damit § 261 Abs. 8 StGB a. F. und beinhaltet wie dieser das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit.³⁸

Aber auch unabhängig von einer doppelten Strafbarkeit kommt es nach der Neuregelung in bestimmten Fällen zu einer Gleichstellung eines Gegenstandes aus einer im Ausland begangenen Tat mit einem Gegenstand i. S. d. § 261 Abs. 1 StGB. Dies ist der Fall, wenn die Auslandstat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre und nach einer der in § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB genannten Vorschriften und Übereinkommen der Europäischen Union mit Strafe zu bedrohen ist. Auf die tatsächliche Strafbarkeit im Ausland kommt es insoweit nicht an.³⁹

III. Die Folgen für die Anti-Geldwäsche-Compliance von privilegierten Güterhändlern

Mit der Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit gehen zugleich erhöhte Anforderungen an die Anti-Geldwäsche-Compliance einher.⁴⁰ Dies gilt insbesondere für solche Güterhändler, die mit Blick auf §§ 4 Abs. 5 Nr. 1, 10 Abs. 6a Nr. 1 GwG ihre Compliance-Pflichten nach dem GwG auf ein Minimum reduzieren und damit privilegiert sind. In diesem Zusammenhang hat die Ausweitung der Strafbarkeit vor allem Konsequenzen für die fortbestehende Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 GwG (siehe 1.) und das Wiederaufleben von Sorgfaltspflichten nach § 10 Abs. 3 Nr. 3 lit. a) GwG (siehe 2.) sowie die insoweit bestehenden

30 So auch *Gazeas*, NJW 2021, 1041, 1043; siehe auch *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125, 132. Unternehmen sind deshalb gut beraten, ihre Compliance auch mit Blick auf die Durchsuchungsprävention zu überprüfen und ggf. anzupassen, da auch Zufallsfunde im Rahmen einer Durchsuchung grundsätzlich verwertbar sind (§ 108 Abs. 1 S. 1 StPO).

31 Die Regelung entspricht § 261 Abs. 5 StGB a. F.

32 BGH, NJW 2008, 2516, 2517.

33 BGH, NJW 2008, 2516, 2517.

34 BGH, NJW 2008, 2516, 2517; BGH, NJW 1997, 3323, 3325 f.

35 BGH, NJW 2008, 2516, 2517; *Gazeas*, NJW 2021, 1041, 1044.

36 § 261 Abs. 8 StGB entspricht § 261 Abs. 9 S. 1 StGB a. F. Der RefE sah zunächst eine Abschaffung der Selbstanzeigemöglichkeit vor, da wegen der dort ebenfalls geplanten Abschaffung der „leichtfertigen Geldwäsche“ das Bedürfnis für eine Selbstanzeige entfiel (RefE, S. 42). Mit dem RegE wurde die Selbstanzeigemöglichkeit jedoch ebenso wie die „leichtfertige Geldwäsche“ beibehalten.

37 *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, 4. Auflage 2020, StGB § 261 Rn. 154.

38 Siehe auch *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125, 127.

39 Siehe auch *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125, 127.

40 Siehe auch *Bülte*, GWuR 2021, 8, 10 f.

Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten nach § 8 GwG. Aber auch unabhängig vom GwG besteht mit Blick auf § 261 StGB aufgrund der allgemeinen Regelungen der §§ 30, 130 OWiG die Notwendigkeit zur Umsetzung von Compliance-Maßnahmen (siehe 3.).

1. Die Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG

Nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG haben Verpflichtete einen Sachverhalt unverzüglich der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen zu melden, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand, der mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion im Zusammenhang steht, aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte. Die Meldepflicht besteht demnach mit Blick auf „Vortaten der Geldwäsche“, also eine Vortat des § 261 StGB (§ 1 Abs. 1 GwG). Da dieser durch das Entfallen des Vortatenkatalogs nunmehr an sämtliche rechtswidrige Taten und damit jede Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB), anknüpft, ist eine erhebliche Ausweitung mit Blick auf die potenziellen Vortaten gegeben. Hinzukommt, dass die Meldepflicht keinen strafprozessualen Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO) verlangt, sondern bereits unterhalb dieser Schwelle besteht.⁴¹

In diesem Zusammenhang gilt es auch zu beachten, in welchem Umfang die Verpflichteten zur Überprüfung der vorliegenden Tatsachen und zur Sachverhaltsermittlung befugt sind. Das OLG Frankfurt a.M. lehnt eine eigene Ermittlungsbefugnis der Verpflichteten, die über den eigenen internen Bereich hinausgeht, ab. Insoweit führt es aus, dass der Verpflichtete keinen Beurteilungsspielraum zur Durchführung von „Ermittlungshandlungen oder Vernehmungen in Vertretung der Strafverfolgungsbehörden“ sowie zur Vermeidung von „unnötigen Verdachtsmeldungen“ oder „Verdachtsmeldungen ins Blaue hinein“ hat.⁴² Insbesondere sei es nicht seine „Aufgabe [...] anstelle oder neben den Strafverfolgungsbehörden selbstständig ermittlungstechnisch tätig zu werden und u. a. Gespräche mit Kunden zu dem Verdachtsfall zu führen.“⁴³ Seine „Pflichten und Rechte [...] beschränken sich darauf, die aus der Geschäftsbeziehung entstandenen [internen] Informationen beizuziehen, aufzubereiten und ggf. mit einer entsprechenden Bewertung den zuständigen Behörden zur Verfügung zu stellen.“⁴⁴ Bei der Prüfung, ob ein Geldwäscheverdacht vorliegt, seien deshalb nur solche Tatsachen zu berücksichtigen und zu ermitteln, „die im direkten Umfeld der Geschäftsbeziehung entstanden sind und die [...] auf Grund dieser [...] berechtigter Weise zur Verfügung stehen und in der Kürze der Prüfungszeit auch beigezogen und bewertet werden können.“⁴⁵ Aus den Gesetzesmaterialien zur Meldepflicht nach § 11 GwG a. F. ergibt sich, dass „der nach dem Geldwäschegesetz Verpflichtete nicht die Vorstellung zu haben [braucht], dass eine Straftat begangen wird oder wurde.“⁴⁶ Die Meldepflicht erfordert danach keine „eigene Schlussfolgerung oder gar rechtliche Subsumtion des Verpflichteten“.⁴⁷ Demnach ist eine Verdachtsmeldung bereits dann zu erstatten, wenn eine Vortat nicht ausgeschlossen werden kann.⁴⁸ Dem BVerfG zufolge ist es „für das Vorliegen eines meldepflichtigen Verdachts [...] ausreichend, dass objektiv erkennbare Anhaltspunkte dafür sprechen, dass durch eine Transaktion illegale Gelder dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen oder die Herkunft illegaler Vermögenswerte verdeckt werden sollen und ein krimineller Hintergrund im Sinne des § 261 StGB nicht ausgeschlossen werden kann“.⁴⁹

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 261 StGB führt deshalb zu einer dieser entsprechenden Erweiterung der Meldepflicht.⁵⁰ Denn ausgehend von dem vorstehend geschilderten Prü-

fungsmaßstab müssen Verpflichtete bei Vorliegen objektiver Anhaltspunkte für eine illegale Herkunft des Vermögensgegenstands nunmehr das Vorliegen einer jeglichen rechtswidrigen Tat ausschließen können, um einen „kriminellen Hintergrund im Sinne des § 261 StGB“ zu verneinen und damit einer Meldepflicht zu entgehen. Deshalb müssen Verpflichtete, um ihre bußgeldrechtlichen Risiken nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 GwG zu minimieren, nun umso mehr jede Transaktion melden, die problematisch erscheint und bzgl. derer bei Berücksichtigung der vorliegenden Informationen ein krimineller Hintergrund nicht ausgeschlossen werden kann.⁵¹ Die Prüfung des Vorliegens der Meldepflicht ist in jedem Einzelfall nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GwG zu dokumentieren. Zu beachten ist zudem, dass bei einem Verstoß gegen die Meldepflicht nicht allein eine Geldbuße droht, sondern – je nach Lage des konkreten Falls – auch eine Strafbarkeit wegen (leichtfertiger) Geldwäsche.⁵²

2. Das Wiederaufleben der Sorgfaltspflichten nach § 10 Abs. 3 Nr. 3 lit. a) GwG

Aber auch auf das Wiederaufleben der Sorgfaltspflichten nach § 10 Abs. 3 Nr. 3 lit. a) GwG (siehe bereits oben I. 3. a) hat die Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit erhebliche Folgen. Denn die Voraussetzungen für ein Wiederaufleben der Sorgfaltspflichten im Einzelfall entsprechen denjenigen für eine Geldwäscheverdachtsmeldung.⁵³ Die Pflicht zur Abgabe einer Geldwäscheverdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG und zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach 10 ff. GwG treffen deshalb im jeweiligen Einzelfall grundsätzlich zusammen. Entsprechend den obigen Ausführungen (siehe III. 1.) ist deshalb mit der Neufassung des § 261 StGB und der Einführung des „All Crimes Approach“ auch eine Ausdehnung der Fälle einhergegangen, in denen nunmehr die Sorgfaltspflichten nach §§ 10 ff. GwG und die insoweit korrespondierenden Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten nach § 8 GwG zu erfüllen sind.

3. Die Folgen für die allgemeinen Compliance-Pflichten aus §§ 30, 130 OWiG

Schließlich gilt es zu beachten, dass sich die Notwendigkeit von Maßnahmen der Anti-Geldwäsche-Compliance nicht allein aus dem

41 BT-Drucks. 17/6804, S. 35; BVerfG, CB 2020, 212, 215 f.; OLG Frankfurt/M, Beschluss v. 10.4.2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, Rn. 41; *Barreto da Rosa*, in: Herzog, GwG, 4. Auflage 2020, § 43 Rn. 18; *Greite*, in: Zentes/Glaab, GwG, 2. Auflage 2020, § 43 Rn. 21; *Gazeas*, NJW 2021, 1041, 1045; *Gehrmann/Wengenroth*, BB 2019, 1035, 1040.

42 OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 10.4.2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, Rn. 42 f. Kritisch zu dieser Entscheidung *Barreto da Rosa*, in: Herzog, GwG, 4. Auflage 2020, § 43 Rn. 19a.

43 OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 10.4.2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, Rn. 43.

44 OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 10.4.2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, Rn. 43.

45 OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 10.4.2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, Rn. 44.

46 BT-Drucks 17/6804, S. 21.

47 BT-Drucks 17/6804, S. 21; ebenso BT-Drucks. 19/24180, S. 25.

48 Siehe OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 10.4.2018 – 2 Ss-OWi 1059/17 –, juris, Rn. 45.

49 BVerfG, CB 2020, 212, 216.

50 Siehe auch *Bülte*, GWuR 2021, 8, 9.

51 *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 4/2019, Anm. 2.

52 *Gazeas*, NJW 2021, 1041, 1045.

53 *Krais*, in: BeckOK GwG, 6. Ed. 2021, § 10 Rn. 37; *Sonnenberg*, in: Zentes/Glaab, GwG, 2. Auflage 2020, § 10 Rn. 122.

GwG, sondern vor allem auch aus den allgemeinen Regelungen der §§ 30, 130 OWiG ergibt. Denn bereits eine Beteiligung an einer Geldwäschetat nach § 261 StGB kann eine Anknüpfungstat i. S. d. § 30 und § 130 OWiG sein. Aus § 130 OWiG ergibt sich dabei für die Leitung eines Unternehmens die Notwendigkeit zur Einführung von Maßnahmen, die eine Zuwiderhandlung gegen den Straftatbestand der Geldwäsche verhindern oder zumindest wesentlich erschweren.

Die erhebliche Ausdehnung der Geldwäschestrafbarkeit kann für Unternehmen deshalb auch insoweit zur Notwendigkeit verstärkter Compliance-Bemühungen führen, um den erweiterten Risiken gerecht zu werden.

IV. Fazit

Die Neufassung des § 261 StGB führt zu einer erheblichen Ausweitung der Geldwäschestrafbarkeit. Denn die Streichung des Vortatenkatalogs nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB a. F. führt dazu, dass nunmehr jegliche Straftaten, insb. auch solche der Alltagskriminalität, Vortaten einer Geldwäsche sein können („All Crimes Approach“). Spiegelbildlich hat dies erhebliche Folgen für die Anti-Geldwäsche-Compliance von Güterhändlern, und zwar auch dann, wenn sie Vorkehrungen für eine Reduzierung ihrer Pflichten nach dem GwG gemäß §§ 4 Abs. 5, 10 Abs. 6a GwG getroffen haben. Denn die im Falle eines Geldwäscheverdachts fortbestehende Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 GwG und die in diesem Fall wiederauflebenden Sorgfaltspflichten nach §§ 10 ff. GwG nebst der korrespondierenden Auszeichnungs- und Aufbewahrungspflicht nach § 8 GwG finden seit der Ausweitung des § 261 StGB deutlich häufiger Anwendung. Hinsichtlich des Vorliegens eines Geldwäscheverdachts kommt es nämlich maßgeblich darauf an, dass „ein krimineller Hintergrund im Sinne des § 261 StGB nicht ausgeschlossen werden kann“.⁵⁴ Da Vortaten für eine Geldwäsche seit der Neufassung des § 261 StGB alle rechtswidrigen Taten sein können, liegt es auf der Hand, dass dieser Ausschluss des

kriminellen Hintergrunds i. S. d. § 261 StGB seltener gelingen wird als bei einer Anknüpfung an einen Straftatenkatalog, der nur bestimmte (schwere) Straftaten umfasst. Erhöhte Risiken ergeben sich zudem aus der Beibehaltung der Strafbarkeit der „leichtfertigen Geldwäsche“ nach § 261 Abs. 6 StGB. Nur der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass die erweiterte Geldwäschestrafbarkeit auch erhebliche Folgen für die Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB hat.⁵⁵

Güterhändler sind deshalb gut beraten, wenn sie ihre Anti-Geldwäsche-Compliance vor dem Hintergrund der Neufassung des § 261 StGB kritisch überprüfen. Dabei ist vor allem auch zu beachten, dass sich Compliance-Pflichten nicht allein aus dem GwG ableiten lassen, sondern sich die Notwendigkeit entsprechender Maßnahmen auch aus § 261 StGB i. V. m. §§ 30, 130 OWiG ergeben kann.

AUTOR



Dr. Timo Handel, Rechtsanwalt, ist Partner bei ADVANT Beiten in Frankfurt a. M. Er berät sowohl Unternehmen als auch Individualpersonen in allen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts und der Compliance.

⁵⁴ BVerfG, CB 2020, 212, 216.

⁵⁵ Ausführlich zu den durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche ebenfalls vorgenommenen Änderungen in Bezug auf die selbständige Einziehung nach § 76a StGB und die Folgen der Neufassung des § 261 StGB in diesem Zusammenhang *El-Ghazi/Marstaller/Zimmermann*, NZWiSt 2021, 297 ff.