



Ist der Geldwäscherei- Straftatbestand verfassungskonform?

Vorarlberger Juristische Gesellschaft 16.11.2023

Univ.-Prof. Dr. Severin Glaser

Programm

- Überblick
- Eigengeldwäsche
- Rolle des Vortatopfers
- Nichtbestehen eines Dekontaminierungsvorgangs
- Legale Vortat
- Strafdrohung
- Subjektbezogene Geldwäscherei

Wie bekämpft der Staat das Phänomen Geldwäsche?

- Kriminalstrafatbestand „Geldwäscherei“ (§ 165 StGB):
 - Objektbezogene Geldwäscherei (§ 165 Abs 1 und 2 StGB)
 - Subjektbezogene Geldwäscherei (§ 165 Abs 3 StGB)
- Prävention:
 - Zahlreiche Wirtschaftsteilnehmer werden Präventionspflichten unterworfen, v.a. Sorgfalts-, Melde-, Aufbewahrungs- und Schulungspflichten (FM-GwG, RAO, NO, WTBG, BiBuG, GewO, BörseG, GSpG etc)
 - Register der wirtschaftlichen Eigentümer (WiEReG): Verpflichtungen für alle juristischen Personen mit Sitz in Ö, Treuhandschaften mit Verwaltung von Ö aus
- Starke internationale Zwänge für nationalen Gesetzgeber in beiden Bereichen (FATF, EU, völkerrechtliche Verträge)

Überblick §§ 33 Abs 3, 165, 165a StGB

- § 165 Abs 1 Z 1: 1. Variante der objektbezogenen Geldwäscherei
- § 165 Abs 1 Z 2: 2. Variante der objektbezogenen Geldwäscherei
- § 165 Abs 2: 3. Variante der objektbezogenen Geldwäscherei
- § 165 Abs 3: Subjektbezogene Geldwäscherei
- § 165 Abs 4: Qualifikation
- § 165 Abs 5: Vortaten („Kriminelle Tätigkeiten“) – Vortatenkatalog und Anforderungen an einzelne Vortat
- § 165 Abs 6: Begriff der Vermögensbestandteile
- § 165 Abs 7: Herrühren der Vermögensbestandteile aus der Vortat
- § 165a: Tätige Reue
- § 33 Abs 3: Erschwerungsgrund nur für Geldwäscherei

Objektbezogene Geldwäscherei

- Aus geeigneter Vortat (sog. Kriminelle Tätigkeit; z.B. Drogenhandel oder Bestechung) stammen Vermögensbestandteile (V), dh
 - Vortäter hat V durch die Vortat erlangt oder
 - Vortäter hat V für die Begehung erhalten oder
 - Vortäter hat Ersatzwert des ursprünglichen erlangten oder erhaltenen V erhalten
- Bei verschiedenen Tathandlungen begeht man Geldwäscherei:
 - Umwandeln oder Übertragen von V mit dem Vorsatz, kriminellen Ursprung von V zu verheimlichen od. verschleiern oder andere Person (Vortäter) zu begünstigen (Eigengeldwäsche möglich, aber Selbstbegünstigungsvorsatz straflos)
 - Verheimlichen od. Verschleiern von Herkunft, Natur, Lage, Verfügung, Bewegung von V (Eigengeldwäsche möglich)
 - Erwerben, Ansichbringen, Besitzen, Umwandeln, anderen Übertragen, sonst Verwenden von V, wenn man zur Zeit des Erlangens weiß, dass sie aus Vortat eines anderen herrühren (Eigengeldwäsche nicht möglich; späteres Wissen unschädlich)

Vortaten objektbezogener Geldwäscherei

- Alle Straftaten, deren Freiheitsstrafdrohung ein Jahr übersteigt, dh zB: Vermögensdelikte (ab Euro 5.000,- Schaden oder sonstiger Qualifikation, zB Urkundenbetrug), Bilanzdelikte, Korruptionsdelikte, Marktmissbrauch, meiste Delikte gg Leib und Leben, Schlepperei uvm.
 - inkl. Finanzvergehen bei gerichtlicher Zuständigkeit (nur bei Einzeltatbetrachtung nach § 53 Abs 1 Fall 1 FinStrG)
- Bestimmte ausdrücklich genannte weitere Delikte, zB einige Suchtmitteldelikte

Strafbarkeit der Eigengeldwäsche (1)

- Vortäter kann sich auch Geldwäscher (Nachtäter) strafbar machen
 - Eingeführt 2010 nach Kritik (FATF und GRECO)
 - Davor galt auch in diesem Zusammenhang Grundsatz „Der Dieb kann nicht sein eigener Hehler sein“
- *Bertel/Schwaighofer/Venier* BT I¹⁶ gehen weiterhin von Strafflosigkeit aus, da sie die Bestimmung „verfassungskonform“ (ausdrücklich bis zur 15. Auflage) auslegen; ebenso *Flora* in HB Vermögensdelikte; vgl auch *Stricker* in JBl 2012
- Abgesehen von der möglichen Doppelverwertungsproblematik: Welche verfassungsrechtlichen Schranken sehen sie insoweit?
- Täter darf nicht unter Strafdrohung zur Auskunft über kriminelle Gewinne gezwungen werden oder an Strafverfolgung mitzuwirken: nemo tenetur
- Treffen diese Bedenken zu?

Strafbarkeit der Eigengeldwäsche (2)

- Eigengeldwäsche ist nur nach § 165 Abs 1 StGB möglich, nicht auch nach „alltäglichen“ Tathandlungen des § 165 Abs 2 StGB
- § 165 Abs 1 Z 1: Tathandlungen (Umwandeln, einem anderen Übertragen) sind auch ganz alltäglich, Strafbarkeit setzt aber erweiterten Vorsatz voraus entweder auf Verschleierung/Verheimlichung der kriminellen Herkunft des Vermögensbestandteils oder auf Fremdbegünstigung
 - Erfasste Tathandlungen sind trotz Alltäglichkeit auch für Vortäter meist nicht unvermeidbar (Dieb muss gestohlene Sache nicht übertragen)
 - Ein Verstoß gegen Sinn und Zweck des (formal ohnehin nur im Bereich des bereits bestehenden Strafverfahrens geltenden Grundsatzes) nemo tenetur wäre nur dann vorstellbar, wenn der Vortäter zur Umwandlung/Übertragung gezwungen wäre, wenn etwa Polizei Herausgabe eines Gegenstands zur Sicherstellung verlangt
 - Anders als RL-Vorgabe (RL 2018/1673) ist erweiterter Vorsatz auf Selbstbegünstigung nicht tatbestandsmäßig
 - Fraglich ist allerdings, wie mit jenen Situationen umzugehen ist, in denen der Vortäter den Gegenstand an die Strafverfolgungsbehörde übertragen muss, dabei aber zusätzlich zum erweiterten Vorsatz auf Selbstbegünstigung den (fast unvermeidlichen) erweiterten Vorsatz auf Verschleierung/Verheimlichung hat; insoweit verbleibt nemo tenetur-Problematik

Strafbarkeit der Eigengeldwäsche (3)

- § 165 Abs 1 Z 2: Tathandlungen (Verheimlichen, Verschleiern) sind per se ungewöhnlich
 - Verfassung erfordert gewisse Einschränkung: OGH 13.3.2018, 11 Os 130/17b: Keine Strafbarkeit durch Falschangaben ggü Strafverfolgungsbehörden
 - Lässt sich auch auf andere unvermeidliche Aussagen vor Behörden erstrecken, die anzeigepflichtig nach § 78 StPO sind (zB Abgabenbehörden, Disziplinarbehörden)
 - Möglicherweise bei faktisch unvermeidlicher Beantwortung expliziter Fragen von Wirtschaftsteilnehmern, die im Verdachtsfall zur Meldung an Geldwäschemeldestelle verpflichtet sind (zB nach FM-GwG, WTBG, RAO, NO, GewO etc)
 - Im Übrigen muss man jedoch nicht lügen; man könnte auch zB nichts sagen
- Ein Verstoß gegen Sinn und Zweck des (formal ohnehin nur im Bereich des bereits bestehenden Strafverfahrens geltenden Grundsatzes) nemo tenetur läge nur vor, wenn man (anders als der OGH) von einer ausnahmslosen Aussage- bzw Wahrheitspflicht des Vortäters ausginge
- Ergebnis: Man kann und muss § 165 Abs 1 Z 1 und Z 2 StGB im Hinblick auf Eigengeldwäsche in den geschilderten Konstellationen einschränkend auslegen, um verfassungskonform zu bleiben

Das Opfer der Vortat als Geldwäscher? (1)

- Die uneingeschränkte Weite des Tatsubjekts bringt es mit sich, dass auch das Opfer der Vortat zum Geldwäscher werden kann, und zwar insb nach § 165 Abs 2 StGB
- Das Opfer weiß oft sehr genau, welche Vermögensbestandteile es durch die Vortat verloren hat; erlangt es sie später wieder zurück, erfüllt es dadurch den Tatbestand nach § 165 Abs 2 StGB
 - Bsp: A wird das Auto gestohlen; nach dem Entdecken der Fahrgestellnummer an der Grenze erhält A das Auto wieder zurück. Durch das wissentliche Ansichbringen des Autos, das aus der Vortat eines anderen herrührt, macht sich A zum Geldwäscher
- Erfasst ist auch die Rückstellung der gestohlenen, unterschlagenen, veruntreuten (etc) Sache im Rahmen einer tätigen Reue nach § 167 StGB: Durch diese wird zwar der Vortäter straffrei für die Vortat, ein Strafaufhebungsgrund in Bezug auf die Vortat beseitigt jedoch nicht das Herrühren des Vermögensbestandteils aus der Vortat; das Vortatopfer wird also zum Fremdgeldwäscher
- Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Sachlichkeitsgebot) oder die Eigentumsfreiheit?

Das Opfer der Vortat als Geldwäscher? (2)

- VfSlg 12.151/1989: Verstoß gegen Sachlichkeitsgebot bei exzessivem Missverhältnis zwischen dem unter Strafsanktion gestellten Verhalten und der Strafe, insb auch unter Berücksichtigung des verursachten Schadens
 - Das Vortatopfer, das seine eigenen Vermögensbestandteile zurücknimmt, verursacht überhaupt keinen Schaden (auch nicht ggü Rechtspflege)
- Seine eigenen Vermögensbestandteile nicht mehr zurücknehmen zu dürfen ist wohl eine de facto-Enteignung iSd Art 1 Abs 1 1. ZPEMRK, für die es zwar eine gesetzliche Grundlage gibt, deren öffentliches Interesse (und Verhältnismäßigkeit) überhaupt nicht erkennbar ist
- Können diese Grundrechtswidrigkeiten interpretativ beseitigt werden?
- Zunächst und jedenfalls müsste das Vortatopfer aus dem Tatsubjekt zumindest des § 165 Abs 2 StGB ausgenommen werden
- Das Problem ist damit aber noch nicht gänzlich ausgeräumt, da sich ein Dritter, der Vermögensbestandteil in weiterer Folge vom Vortatopfer erhält, weiterhin strafbar machen könnte: Es geht also auch um das Tatobjekt

Einmal Tatobjekt, immer Tatobjekt? (1)

- § 165 Abs 7 regelt zwar, wie ein Vermögensbestandteil kontaminiert wird; nirgendwo steht allerdings, ob und ggf wie ein Vermögensbestandteil die Tatobjekteigenschaft wieder verliert
- Führt iZm dem bloßen Abstellen auf Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Vortat (also der Unerheblichkeit von Strafaufhebungsgründen in Bezug auf die Vortat) zur Kontamination so gut wie aller Gegenstände/Werte um uns herum
 - In der Lit werden verschiedene Ansätze zur Dekontaminierung vertreten, die allesamt aus dem Gesetz nur schwer ableitbar sind
- Damit wäre es etwa objektiv tatbestandsmäßig, einen solchen Vermögensbestandteil zu übertragen, anzunehmen oder zu verwenden
- Verstoß gegen die Eigentumsfreiheit?
- Zumindest eine Regelung der Eigentumsnutzung iSd Art 1 Abs 2 1. ZPEMRK, wenn nicht eine de facto-Enteignung iSd Art 1 Abs 1 1. ZPEMRK
- Kann trotz der gesetzlichen Grundlage und des öffentlichen Interesses angesichts der damit verbundenen allgemeinen Belastung des Wirtschaftslebens und Alltags kaum verhältnismäßig sein
- Unterminiert mE letztlich sogar das Recht der EZB bzw der Mitgliedstaaten zur Ausgabe von Bargeld (Art 128 AEUV), weil es dieses fast unbenützlich macht

Einmal Tatobjekt, immer Tatobjekt? (2)

- Ungeregelt ist auch das „Problem der Verdünnung“ (Vermischung von legalen und illegalen Vermögensbestandteilen, zB auf Bankkonto)
 - DE (*Schmidt/Krause* in LK-StGB): Theorie der Totalkontamination
 - BGH 20.5.2015, 1 StR 33/15 : Totalkontamination, wenn der aus „*Vortaten herrührende Anteil bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht völlig unerheblich ist.*“ (ca 5–10 %)
- Ergebnis wäre, dass legale Vermögensbestandteile zu Tatobjekten der Geldwäscherei und damit unbenutzbar würden, selbst wenn der Anteil der mit ihnen vermischten Schwarzgeldanteile unverhältnismäßig geringer ist: Verstoß gegen die Eigentumsfreiheit wäre mE wohl auch hier offensichtlich, insbesondere da man etwa ggü einer Überweisung (kontaminierter Gelder) auf ein Konto kaum wehren kann
- *Klippl, Burgstaller, Bülte* weisen auf anderes (mögliches) Problem hin: Annahme, dass Vermögensbestandteile aus vermischter Gesamtmenge jedenfalls aus Vortat herrühren würde, läge nicht iSd Unschuldsvermutung (Art 6 Abs 2 EMRK): Zumindest bei strafprozessualer Anwendung des Tatbestandes zutreffend
- Verfassungskonforme Auslegung ist möglich (und wohl erforderlich): Bei Teiltransaktion mit teilkontaminiertem Vermögen ist Umgang mit Tatobjekt nur dann anzunehmen, wenn der betroffene Vermögensteil rechnerisch zwangsläufig auch kontaminierte Werte enthalten muss.

Einmal Tatobjekt, immer Tatobjekt? (3)

- Weitgehend un geregelt ist auch die Frage, ob Wertsteigerungen kontaminierter Vermögensbestandteile ebenfalls kontaminiert sind
 - ZB Veruntreute Aktien profitieren von Kurssteigerung, gestohlene Nutztiere vermehren sich
 - § 165 Abs 6 StGB nennt in der Definition der Vermögensbestandteile allerdings „Wertzuwächse“, die auf Einheiten virtueller Währungen entfallen (dh va Kursgewinne): Diese dürften also das rechtliche Schicksal der Einheiten der virtuellen Währungen teilen (dh mitkontaminiert sein)
- DE: Totalkontamination (*Altenhain, Schmidt/Krause*); unabhängig vom Grund der Wertsteigerung, zB auch bei durch Erpressung übertragenen Unternehmensanteilen, wenn das Unternehmen unter der neuen Leitung prosperiert
- Zusätzlich zur sonstigen Verdünnungsproblematik: Fraglicher Verstoß gegen Freiheit der Erwerbstätigkeit (Art 6 StGG)
- Letztlich wird durch die niemals endende Tatobjekteigenschaft zumindest bei Unternehmen (wie im genannten Bsp) auch in Erwerbsfreiheit eingegriffen, wobei es mE sehr fraglich ist, ob § 165 StGB insoweit dem Gesetzesvorbehalt des Art 6 StGG entspricht: Gefordert ist bei einer Einschränkung des Grundrechts nicht nur ein öffentliches Interesse (VfSlg 10.386/1985), sondern auch ein taugliches und adäquates Mittel zur Verfolgung dieses Interesses (VfSlg 10.932/1986), dh Verhältnismäßigkeit nach gleichheitsrechtlichen Kriterien

Geldwäscherei bei legaler Vortat? (1)

- Anforderungen an Vortat:
 - Tatbestandsmäßigkeit (objektiv und subjektiv)
 - Rechtswidrigkeit
 - Irrelevanz von Schuld, Strafaufhebungsgründen (zB Verjährung, Selbstanzeige, tätige Reue, Tod des Vortäters), Strafausschließungsgründen, objektiven Bedingungen der Strafbarkeit
 - Irrelevanz der tatsächlichen Verfolgung der Vortat
- Gilt grds auch für Auslandstaten:
 - Unterliegen sie ö Strafanwendungsrecht, Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nach ö Recht (§ 165 Abs 5 Z 1 StGB)
 - Andernfalls muss Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nach beiden Rechtsordnungen vorliegen (§ 165 Abs 5 Z 2 StGB); ohne sinngemäße Umstellung des Sachverhalts, da materiell-rechtliche Frage (Prinzip der identen Norm)
- Allerdings besteht eine Ausnahme

Geldwäscherei bei legaler Vortat? (2)

- Ausnahmeregelung für Auslandstaten, die in den Katalog nach Art 2 Z 1 lit a bis e und h RL 2018/1673 fallen (§ 165 Abs 5 Z 2 StGB)
 - Umfasst eher Deliktskategorien als konkrete Delikte („Beteiligung an einer organisierten kriminellen Vereinigung und Erpressung“, „Terrorismus“, „Menschenhandel und Schleusung von Migranten“, „sexuelle Ausbeutung“, „illegaler Handel mit Drogen und psychotropen Stoffen“ und „Korruption“)
- Auch wenn diese nicht unter ö Strafanwendungsrecht fallen, ausschließliches Abstellen auf Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nach ö Recht
 - Lex loci ist insoweit nicht zu berücksichtigen
- Kann insbesondere bei Drittstaaten als Tatortstaaten dazu führen, dass völlig legale Vorgänge (sowohl nach lex loci als auch nach ö Recht) nach ö Recht als Vortaten für Geldwäscherei zu werten sind
- Primärrechtswidrige RL-Vorgabe?
 - Erklärung der Tschechischen Republik, der Bundesrepublik Deutschland, der Hellenischen Republik und der Republik Slowenien, 5. 10. 2018, 2016/0414(COD), 12230/1/18, REV 1 ADD 1: Moniert Verstoß gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- Gemessen am ö Verfassungsrecht: Gleichheitswidrig? Kann es sachlich/verhältnismäßig sein, etwa den Besitz oder das Übertragen von Vermögensbestandteilen zu pönalisieren, die aus Taten herrühren, die legal waren?

Wertqualifikation und Strafdrohung

- In welchem Verhältnis stehen Geldwäscherei und Vortat?
- Unklares geschütztes Rechtsgut der Geldwäscherei
 - Fremdes Vermögen? Rechtspflege?
 - Gar kein geschütztes Rechtsgut? -> dann wäre der ganze Tatbestand unsachlich (Art 7 B-VG)
- Verbreitete Auffassung: Nachtat perpetuiert Unrecht der Vortat
- Ist es dann sachlich/verhältnismäßig, dass die Nachtat viel schwerer strafbedroht ist, als die Vortat?
- Durch das StRÄG 2015 wurden die Schwellenwertbeträge für Wertqualifikationen bei den meisten Vermögensdelikten deutlich erhöht, bei der 1. Wertqualifikation von Euro 3.000,- auf Euro 5.000,-, bei der 2. Wertqualifikation von Euro 50.000,- auf Euro 300.000,-
- Nicht so bei der Geldwäscherei: Einzige Wertqualifikation seit 2005 bei Euro 50.000,-; Strafdrohung liegt bei 1-10 Jahren Freiheitsstrafe
- Bsp: Vortat schwerer Betrug mit Schadensbetrag von mehr als Euro 50.000,-, aber weniger als Euro 300.000,-, bedroht mit FS von bis zu 3 Jahren. Geldwäscher, der diesen Betrag nur an sich bringt, besitzt, überträgt etc: Mehr als dreifache Strafdrohung -> ist das verhältnismäßig iSd Art 7 B-VG?

Subjektbezogene Geldwäscherei

- Dzt. völlige Konturlosigkeit der subjektbezogenen Geldwäscherei, die auf alle Vermögensbestandteile abstellt, die (faktisch) der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation/terroristischen Vereinigung unterliegen
- Vereinbarkeit mit Bestimmtheitsgrundsatz (Art 18 B-VG)?
 - „Privates“ Vermögen der Mitglieder soll kein Tatobjekt sein: Abgrenzung? Um zivilrechtliches Eigentum geht es ja gerade nicht!
 - VfSlg 3207/1957: *„Es ist unbedingt erforderlich, die Freiheitssphäre des einzelnen von dem Gebiete des Unerlaubten durch eine deutliche Grenzziehung zu scheiden. Klar und unmißverständlich hat der Gesetzgeber auszusprechen, wo er strafen will.“*
- Teils diskutierte, ungelöste menschenrechtliche Problematik:
 - Honorarannahme für Verteidigung eines der Mitgliedschaft Beschuldigten würde Verteidiger strafbar machen; deshalb werden Verteidiger an diesem Mandat nicht interessiert sein; Voraussetzungen für Verfahrenshilfeverteidiger (§ 61 Abs 2 StPO) werden aber oft gerade nicht vorliegen: Wie sollte es unter solchen Umständen ein fair trial geben (Art 6 EMRK)?
 - Ähnliche Problematik im Hinblick auf andere Grundrechte denkbar, zB Art 3 EMRK (Zahnarzt weigert sich, dem Mafioso bei der Wurzelbehandlung die privat zu bezahlende Betäubung zu verkaufen)
- Verfassungskonforme Auslegung scheint mE kaum möglich

Schlussfolgerungen

- § 165 StGB geht in vielerlei Hinsicht in verfassungsrechtlich kritische Bereiche
- Tw kann Verfassungskonformität durch einschränkende Auslegung bzw teleologische Reduktion hinter den Gesetzeswortlaut) sichergestellt werden, zB bei der Eigengeldwäsche oder der Tätereigenschaft des Vortatopfers
- Tw ist dies nur schwer möglich u müsste ggf der Gesetzgeber durch Präzisierungen eingreifen, zB zu einem klaren Ende der Tatobjekteigenschaft; sonst kann man allenfalls Teilbereiche wie die Verdünnungsproblematik durch Auslegung „retten“
- Ohne echte Regelung der Beendigung der Tatobjekteigenschaft gibt es mE ein zentrales, durch Interpretation nur schwer regelbares verfassungsrechtliches Problem
- Offen ist mE auch die Frage, in welchem Verhältnis die Geldwäscherei zur Vortat steht:
 - Vielleicht liegt es in der Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers, die Geldwäscherei deutlich schwerer zu bedrohen, als die Vortat (wie zB bei Wertqualifikationen)
 - Unlösbar ist mE der Widerspruch zum Gleichheitsgrundsatz der strafbaren Geldwäscherei bei legalen Vortaten (im Bereich Auslandstaten: § 165 Abs 5 Z 2 StGB)
- Subjektbezogene Geldwäscherei nach § 165 Abs 3 StGB kann mE kaum verfassungskonform interpretiert werden; sollte ersatzlos entfallen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Fragen oder Anmerkungen?

severin.glaser@uibk.ac.at