

## **Stellungnahme**

**der Rechtsanwaltskammer Berlin**

**zu**

**dem Referentenentwurf eines Vertragsgesetzes zu dem Übereinkommen des Europarats über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten und über die Finanzierung des Terrorismus**

BRAK-Nr. 31/2016

Berlin, den 31. März 2016

Verteiler:

- Bundesrechtsanwaltskammer

- Rechtsanwaltskammern im Bundesgebiet
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V.
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen
- Deutscher Richterbund - Landesverband Berlin e.V.
- Vereinigung Berliner Staatsanwälte e.V.

Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer Berlin nimmt auf der Grundlage der Diskussion in der Sitzung des Vorstands vom 30. März 2016 zu dem Referentenentwurf Stellung wie folgt:

In dem Referentenentwurf wurde bezogen auf die einzelnen Artikel des Übereinkommens darauf hingewiesen, dass ein Umsetzungsbedarf in Deutschland nicht bestehe. Dennoch muss auf folgende Aspekte hingewiesen werden:

### **I. Art. 1 i.V.m. Art. 5 Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung**

In dem vorliegenden Übereinkommen sind in Art. 5 als Gegenstand des Einfrierens, der Beschlagnahme und der Einziehung sämtliche Vermögensgegenstände umfasst, die auch mittelbar aus Straftaten stammen können. Erfasst sind die Erträge selbst, deren auch mittelbare Gewinne und deren Ersatz, jeweils bis zum Schätzwert des Ertrages. Ertrag ist laut dem Übereinkommen Art. 1 a) „jeder wirtschaftliche Vorteil, der auch mittelbar aus Straftaten stammt oder durch diese erlangt wird“. Der Begriff des Ertrages ist also sehr weit (so auch RefE Bl. 8).

Im deutschen Strafrecht ordnet das Gericht bei einer rechtswidrigen Tat gem. § 73 StGB den Verfall, dessen an, was durch die Tat erlangt wurde. Nach Rechtsprechung und h.M. sind nur solche Vermögenswerte aus der Tat erlangt, die dem Täter<sup>1</sup> unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. NStZ-RR 2009, 94 m.w.N.). Mittelbar erwirtschaftete Vermögensgegenstände fallen hierunter nicht, erforderlich ist vielmehr ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen rechtswidriger Tat und Ertrag.

Bereits nach geltendem Recht erstreckt sich die Verfallsanordnung gem. § 73 Abs. 2 StGB auch auf die gezogenen Nutzungen. Sie kann sich darüber hinaus auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz erworben hat (Surrogate).

Hinzu kommt, dass § 73a StGB den Verfall von Wertersatz ermöglicht, soweit der Verfall eines Gegenstandes nicht möglich ist, etwa weil er sich nicht mehr im Vermögen des Täters befindet.

Dennoch geht die Definition des Ertrages im Übereinkommen wegen des im deutschen Recht geltenden Unmittelbarkeitszusammenhanges über die deutschen Verfallsregelungen hinaus.

Erstreckt man, wie im Übereinkommen vorgesehen, den Begriff des Ertrages auch auf mittelbar zugeflossene Vermögenswerte, wäre es beispielsweise zulässig, den Verfall des Surrogats eines Surrogats des unmittelbar aus der Tat Erlangten anzuordnen. Da dem Begriff der Mittelbarkeit keine Begrenzung innewohnt, könnte sich der Verfall potentiell auf sämtliche Vermögensgegenstände des Täters erstrecken, sofern sie nur auf irgendeine Weise auf das durch die Tat Erlangte zurückzuführen sind. Es ergäben sich massive Bedenken bzgl. der Einhaltung des Verhältnismäßigkeits- und Bestimmtheitsgrundsatzes.

---

<sup>1</sup> Soweit in den folgenden Ausführungen die weibliche oder männliche Form verwendet wird, soll beides jeweils auch für das andere Geschlecht gelten. Um Einseitigkeit oder umständliche Formulierung zu vermeiden, wird willkürlich jeweils die eine oder andere Geschlechtsbezeichnung verwandt.

Zu beachten ist, dass bei der Begehung der Geldwäsche der Vorgang der Umwandlung regelmäßig bereits den objektiven Straftatbestand darstellt, insoweit in diesem Fall auch umgewandelte Gegenstände unter den Begriff des unmittelbar Erlangten fallen.

Allerdings ist auch hier anzumerken, dass sich die fehlende Bestimmtheit bei der Geldwäsche noch verschärft, da durch den extrem weiten Tatbestand des § 261 StGB bereits jetzt Tatobjekt auch solche Gegenstände sein können, die nur mittelbar, d.h. letztlich „irgendwie“, aus der Vortat herrühren (vgl. Stree/Hecker in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 261 Rn. 9 ff.).

Der Referentenentwurf verweist darauf, dass wegen der Differenz der Definition des Ertrages/Erlangten im Übereinkommen und im innerstaatlichen Recht gem. Art 28 Abs. 4 b) bei internationalen Ersuchen anderer Vertragsparteien ein Ablehnungsrecht bestehe (vgl. Bl. 9 des RefE).

Allerdings ist davon auszugehen, dass gem. Art. 5 sich die Vertragspartei verpflichtet, durch gesetzgeberische Maßnahmen die Regelungen des Übereinkommens umzusetzen. Insoweit verpflichtet sich Deutschland mit der Zustimmung zum Übereinkommen zu einer Erweiterung der nationalen Verfallsregelungen.

Eine solche Änderung ist abzulehnen, da die bestehenden deutschen Regelungen ausreichend sind.

So wünschenswert eine vollständige Entschädigung der Geschädigten ist, so einschneidend sind vor allem die Maßnahmen der vorläufigen Arretierung im Ermittlungsverfahren. Durch § 111 b und d StPO können die Gegenstände und Konten bereits im Ermittlungsverfahren durch gerichtlichen Beschluss beschlagnahmt bzw. arretiert werden und sämtliche angeblichen Erträge, die sich im Ermittlungsverfahren durchaus in einer sehr viel höheren Größenordnung befinden können, als später angeklagt bzw. verurteilt, dem Beschuldigten entzogen werden. Die gerade im Wirtschaftsstrafrecht höchst empfindlichen Folgen eines Ermittlungsverfahrens werden dadurch erheblich verschärft, ohne dass es entsprechende Regelungen des umfassenden Schadenersatzes im Falle einer späteren Einstellung oder eines Freispruchs gäbe. Folge ist oftmals die Vernichtung oder Beschädigung der wirtschaftlichen Existenz des Beschuldigten oder dessen Unternehmens.

Aus Sicht der RAK Berlin besteht keine Notwendigkeit die Voraussetzungen des Verfalls in der Hinsicht zu erweitern, dass nunmehr auch mittelbare Erträge dem Verfall zugänglich sind. Hierdurch wird der Verfall unzulässig ausgeweitet, es bestehen die dargestellten Bedenken bezüglich der Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit. Insbesondere würde im Ermittlungsverfahren die Gefahr erhöht, den Beschuldigten finanziell umfassend handlungsunfähig zu machen.

**Im Falle einer Unterzeichnung des Übereinkommens muss zumindest in einer klarstellenden Erklärung darauf hingewiesen werden, dass eine Erweiterung der innerstaatlichen Bestimmungen zum Verfall abgelehnt wird.**

## **II. Einfrieren, Art. 1 g), Art. 5**

Im Unterscheid zur Einziehung gem. Art. 3 soll die Entscheidung über das Einfrieren und die Beschlagnahme gem. Art. 5 i.V.m. Art. 1 g) des Übereinkommens als vorläu-

fige Maßnahme von einem Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde getroffen werden. Dies bedeutet, dass die Entscheidung also auch von einer nicht gerichtlichen Stelle getroffen werden könnte.

Fraglich ist, ob sich für die Vertragspartei eine Verpflichtung ergibt, durch gesetzgeberische Maßnahmen die Regelungen des Übereinkommens in der Hinsicht umzusetzen, dass auch in den deutschen Regelungen die Voraussetzungen geschaffen werden, das Einfrieren und die Beschlagnahme ohne Richtervorbehalt zu ermöglichen. Hier kommt es auf die Deutung des Wortes „oder“ in Art. 1 g) an und die Frage, ob hiermit eine Aufzählung der Varianten beabsichtigt ist oder die Schaffung dieser Varianten.

Die Abschaffung des Richtervorbehalts wird von der RAK Berlin entschieden abgelehnt. Auf die einschneidenden Auswirkungen der vorläufigen Maßnahmen wurde bereits unter I. hingewiesen.

**Es muss, ebenso wie bereits zu Art. 9 VI beabsichtigt, zumindest eine interpretierende Erklärung abgegeben werden, mit der klargelegt wird, dass die Abschaffung des Richtervorbehalts vom Übereinkommen nicht gefordert und im Übrigen von Deutschland abgelehnt wird.**

### **III. Art. 13 Maßnahmen zur Verhütung der Geldwäsche, Pflichten für die Anwaltschaft**

Art. 13 des Übereinkommens betrifft natürliche und juristische Personen, die Tätigkeiten ausüben, die besonders geeignet sind, für Zwecke der Geldwäsche genutzt zu werden. Hierunter fallen auch Rechtsanwälte. Die in den Art. 13 Abs. 2 a – c aufgeführten Verpflichtungen entsprechen weitgehend den Verpflichtungen im Geldwäschegesetz.

Gemäß § 11 Abs. 4 GwG muss die Rechtsanwältin, sollte sie objektive Tatsachen feststellen, die darauf schließen lassen, dass eine Finanztransaktion einer Geldwäsche dient oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen, diesen Verdacht der BRAK mitteilen. Diese Mitteilungspflicht entfällt gemäß § 11 Abs. 3 S. 1 GwG, wenn der Geldwäscheverdacht auf Informationen beruht, die die Rechtsanwältin im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung des Mandanten erhalten hat. Wenn allerdings die Rechtsanwältin weiß, dass die Mandantin die Rechtsberatung für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hat, bleibt die Meldepflicht bestehen § 11 Abs. 3 S. 2 GwG.

Die für die Rechtsanwaltschaft entscheidenden Einschränkungen, die sich auf die Verschwiegenheitsverpflichtung beziehen, sind im Übereinkommen nicht vorgesehen.

In dem Referentenentwurf heißt es auf Blatt 19, dass im deutschen Recht kein Umsetzungsbedarf bestehe. Es wird erläutert, dass bereits umfassende Verpflichtungen durch das Geldwäschegesetz geregelt sind. Auf die entscheidende Einschränkung von § 11 Abs. 3 GwG geht das BMJV jedoch nicht ein.

Hintergrund der Regelung im Geldwäschegesetz sind die Unabhängigkeit und Verschwiegenheitsverpflichtung der Rechtsanwaltschaft und deren besondere Bedeu-

tung für die Rechtsordnung. Das besonders geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant ist die Säule der Rechtsberatung. Für dieses Vertrauensverhältnis ist es unabdingbar, dass zwischen der Rechtsanwältin und dem Mandanten ein geschützter Informationsaustausch auch über finanzielle Angelegenheiten erfolgen kann.

Das Vertrauensverhältnis und die daraus folgende Verschwiegenheitsverpflichtung ist von zentraler Bedeutung und im deutschen Recht durch zahlreiche gesetzliche Regelungen z.B. des Strafrechts, Strafverfahrensrecht und des Berufsrechts abgesichert. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Verschwiegenheitsverpflichtung kann nicht gewährleistet werden, wenn die Rechtsanwältin gleichzeitig im staatlichen Kampf gegen die Geldwäsche zur Hinweisgeberin instrumentalisiert wird (vgl. Herzog/Achtelik in Herzog GwG, 2. Aufl. § 11 Rn. 31). Dies wurde bei der 2. EG-Anti-Geldwäscherichtlinie standespolitisch bereits vehement verteidigt (vgl. Johnigk, GWHB, § 50f.).

Aus hiesiger Sicht besteht im Übereinkommen somit eine Lücke, die einen Umsetzungsbedarf begründen könnte.

Umso befremdlicher ist es, dass der Referentenentwurf einerseits darauf hinweist, Umsetzungsbedarf bestehe nicht, andererseits gem. Art. 2 des Referentenentwurfs vorsieht, dass die Bundesregierung ermächtigt werde, Änderungen des Art. 13 des Übereinkommens durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates in Kraft zu setzen.

**Es muss zumindest eine interpretierende Erklärung abgegeben werden, mit der klargestellt wird, dass die Verschwiegenheitsverpflichtung der Rechtsanwaltschaft unantastbar bleibt.**