

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: team.s@bmj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 20/91

2020-0.309.767

BG, mit dem das Strafgesetzbuch zur Umsetzung der Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche geändert wird

Referent: MMag. Dr. Rupert Manhart, LL.M. (LSE), Rechtsanwalt in Bregenz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

A. Allgemeines

Der bestehende Geldwäschetatbestand enthält einige grundsätzliche Probleme, die im Zuge der vorgeschlagenen Novellierung zu beheben sind. Außerdem sind die PIF-RL¹ und der RL 2018/1673² umzusetzen, wobei auch sonstige internationale Vorgaben mit zu berücksichtigen sind. Der vorliegende Entwurf wird diesen Anforderungen zum Teil gerecht, wobei auch auf den (stellenweise noch) bestehenden Verbesserungsbedarf zur Beseitigung der grundlegenden Probleme des § 165 StGB hinzuweisen ist.

B. Zu Artikel 1 (Änderungen des Strafgesetzbuches)

1. Zu § 33 Abs 3 StGB

Artikel 6 der RL 2018/1673 sieht vor, dass bestimmte erschwerende Umstände zu berücksichtigen sind. Erwägungsgrund 15 stellt es ausdrücklich ins Ermessen des Richters, darüber zu entscheiden, ob unter Berücksichtigung aller Fakten des

¹ RL (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates v 5. 7. 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl L 198 vom 28. 7. 2017, 29.

² RL (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 10. 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl L 284 v 12. 11. 2018, 22.

jeweiligen Falls aufgrund von speziellen erschwerenden Umständen das Strafmaß zu verschärfen ist. Es ist daher naheliegend und wird ausdrücklich begrüßt, diese Vorgabe im Rahmen der Strafzumessungsgründe zu berücksichtigen, da die RL ohnedies bereits eine Erhöhung des Strafrahmens vorsieht, auch wenn die Einführung eines besonderen Strafzumessungsgrundes nur für ein bestimmtes Delikt im österreichischen StGB eine Neuerung darstellt. Auch wenn die Strafzumessung in der Regel nicht vom OGH überprüft werden kann, ist dieser Umstand vernachlässigbar, wenn dadurch eine noch höhere Strafdrohung vermieden werden kann.

Gemäß Artikel 6 Abs 1 sind Verpflichtete iS der Bestimmungen zur Geldwäscheprävention schwerer zu bestrafen. Auch wenn die RL 2018/1673 dabei nur auf die 4. Geldwäsche-RL verweist, sollte im Zuge der nationalen Umsetzung die 5. Geldwäsche-RL bereits berücksichtigt werden.

Weiteres Erfordernis ist, dass die Tat durch den Verpflichteten „im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit“ begangen wurde, „die unter diese Richtlinie fällt“. Damit ist klargestellt, dass der private Bereich ausgenommen ist, wie auch jener Bereich des Tätigkeitsspektrums, der nicht unter die Bestimmungen zur Geldwäscheprävention fällt. Damit erhalten die Präventionspflichten eine strafrechtliche Bestärkung, nicht aber andere Tätigkeitsbereiche, in denen eine derartige Verschärfung der Strafbarkeit kriminalpolitisch nicht erforderlich ist.

Die Richtlinie verlangt jedoch nur, einen besonderen Erschwerungsgrund für die objektbezogene Geldwäscherei (§ 165 Abs 1 und Abs 2 StGB) vorzusehen, sodass der Verweis auf die organisationsbezogene bzw subjektbezogene Geldwäscherei (§ 165 Abs 3 StGB) entfallen kann. Im Übrigen entspricht die vorgeschlagene Umsetzung im Rahmen der Strafzumessungsgründe dem Mindestinhalt und dem Zweck der umzusetzenden unionsrechtlichen Vorgaben.

2. Zu § 165 StGB

2.1. Zu § 165 Abs 1

§ 165 Abs 1 setzt Artikel 3 Abs 1 lit a und b der RL 2018/1673 um. Die RL verlangt jedoch, dass der Täter „in Kenntnis der Tatsache, dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit stammen“, handelt. Das damit normierte Erfordernis der Wissentlichkeit um den inkriminierten Ursprung wird allerdings durch den Vorschlag nicht umgesetzt, und zwar weder in Bezug auf Z 1 noch auf Z 2. Um eine überschießende Umsetzung zu vermeiden („gold plating“), sollte das Wissentlichkeitserfordernis auch in Abs 1 normiert werden, zumal keine kriminalpolitische Notwendigkeit besteht, diesbezüglich nur bedingten Vorsatz zu normieren.

Die Formulierung des § 165 Abs 1 Z 2 ist grammatikalisch nicht korrekt. Die Bestimmung sollte wohl lauten:

„2. deren wahre Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung oder von Rechten oder Eigentum an ihnen verheimlicht oder verschleiert,“

Internationale Vorgaben sehen eine Höchststrafdrohung von nur vier Jahren vor. Auch wenn das österreichische Strafrecht eine solche Strafdrohung nicht kennt, so erscheint die Höchststrafdrohung von fünf Jahren und vor allem die Mindeststrafdrohung von

sechs Monaten schon für das unqualifizierte Grunddelikt als überschießend. Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass die Strafdrohung des Geldwäschers jene des Täters der Vortat erheblich übersteigen kann, was nicht sachgerecht ist.

2.2. Zu § 165 Abs 2

§ 165 Abs 1 setzt Artikel 3 Abs 1 lit c der RL 2018/1673 um. Die unionsrechtlichen Vorgaben sehen vor, dass das Wissen um die kriminelle Herkunft der Vermögenswerte zum Zeitpunkt des Erwerbs bestand.

Die Formulierung des Entwurfs hält sich an diese unionsrechtliche Vorgabe und wird ausdrücklich begrüßt. Die Begrenzung der Strafbarkeit ist notwendig, da jedem Besitz und jeder Verwendung notwendigerweise ein Erwerb vorangehen muss. Außerdem stellt die Tathandlung des Besitzens ein Dauerdelikt dar, sodass der Täter – würde man auf das Wissen während des gesamten Zeitraums des Besitzes abstellen – nur deshalb strafbar würde, wenn er später Kenntnis des inkriminierten Ursprungs erlangen würde; er wäre daher bloß aufgrund seines Wissens strafbar, ohne dass er sich augenfällig betätigt und ohne dass er dies vermeiden könnte.

Zur Strafdrohung gilt das unter Punkt 2.1. Ausgeführte.

2.3. Zu § 165 Abs 3

Die RL 2018/1673 verlangt nur, die objektbezogene bzw vortatbezogene Geldwäscherei unter Strafe zu stellen. Auch die sonstigen internationalen Vorgaben und völkerrechtlichen Verpflichtungen verlangen nur die Kriminalisierung von Straftaten, die auf Vermögensbestandteile Bezug nehmen, die aus Vortaten herrühren bzw stammen. Weder diese internationalen Vorgaben noch die RL verlangen die Kriminalisierung der subjektbezogenen Geldwäscherei, die nach § 165 Abs 3 StGB unter Strafe gestellt werden soll. Internationale Verpflichtungen gegen die organisierte Kriminalität und gegen terroristische Vereinigungen werden ebenfalls nicht durch § 165 Abs 3 StGB umgesetzt, sondern durch §§ 278 bis 278g StGB. Auch der (problematische) Verweis auf den strafrechtlichen Geldwäschereibegriff in den Vorschriften zur Prävention von Geldwäsche verlangt nicht, auch die subjektbezogene Geldwäscherei unter Strafe zu stellen. Letztlich handelt es sich dabei um einen systematischen Fremdkörper im Geldwäscherei-Straftatbestand des StGB.

§ 165 Abs 3 StGB leidet an praktischen Anwendungsproblemen, weshalb es bislang auch keine einzige Verurteilung nach dieser Bestimmung gibt. Beispielsweise ist die Strafbarkeit der Geldwäscherei an Vermögensbestandteilen, die der Verfügungsmacht ausländischer krimineller Organisationen oder terroristischer Vereinigungen unterliegen, im Detail unklar, da das Tatortrecht mitzuberücksichtigen ist. Auch wird in der Praxis der Beweis, dass Vermögensbestandteile der Verfügungsmacht der Organisation bzw Vereinigung unterliegen und nicht nur private Vermögensbestandteile eines ihrer Mitglieder sind (die nicht Tatobjekt sein können), nicht möglich sein, da derartige Organisationen bzw Vereinigungen kaum Bücher führen werden, die die Zuordnung ermöglichen.

Neben § 278d StGB besteht daher keine kriminalpolitische Notwendigkeit, Geldwäscherei an der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (§ 278a) oder

einer terroristischen Vereinigung (§ 278b) unterliegenden Vermögensbestandteilen unter Strafe zu stellen.

Entsprechend der RL 2018/1673 sollte daher keine Strafbarkeit der subjektbezogenen Geldwäscherei vorgesehen werden, die systematisch auch in § 165 StGB keinen Platz hat. § 165 Abs 3 StGB sollte daher gestrichen werden.

2.4. Zu § 165 Abs 5

Nach Artikel 2 Abs 1 der RL 2018/1673 kann ein Mitgliedstaat, der Mindeststrafdrohungen vorsieht, bei der Definition der Vortaten eine Generalklausel verwenden, die auf die Mindeststrafdrohung von sechs Monaten abstellt. Da in Österreich ein solches System vorgesehen ist, sollte nicht auf die Höchststrafdrohung von mehr als einem Jahr, sondern auf die Mindeststrafdrohung von zumindest sechs Monaten Bezug genommen werden.

Begrüßt wird, dass eine Regelung für Auslandsvortaten eingeführt werden soll, in der darauf abgestellt wird, dass diese Taten sowohl nach den Gesetzen des Tatorts als auch nach österreichischen Strafgesetzen gerichtlich strafbare Handlungen darstellen.

Problematisch ist allerdings, dass bei solchen Auslandsstaten die Anforderungen an die Feststellung des Sachverhalts herabgesetzt werden. Zu ungenau ist, dass nicht erforderlich ist, dass „alle Sachverhaltselemente bzw. alle Umstände in Zusammenhang mit dieser Tätigkeit [...] feststehen“, da damit die Rechte des Beschuldigten verletzt werden, der sich gegen einen solchen Vorwurf, der nicht in allen Punkten begründet werden muss, nicht verteidigen kann. Auch bei Auslandsvortaten müssen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit alle Sachverhaltselemente festgestellt werden. Nach der RL 2018/1673 muss doch zumindest feststehen, dass die Vermögensbestandteile aus einer kriminellen Handlung stammen, sodass der Vorschlag keineswegs zwingend aus der unionsrechtlichen Rechtslage folgt.

2.5. Zu § 165 Abs 6

Unabdingbar ist, dass der Begriff des „Vermögensbestandteils“ gesetzlich definiert wird. Dabei wird jedoch verabsäumt, festzuhalten, dass bloße Ersparnisse, wie etwa nicht eingetretene Wertverluste, Forderungsverzichte oder ersparte Aus- und Abgaben nicht Gegenstand der Geldwäscherei sein können, die daher ausdrücklich aus dem Begriff des Vermögensbestandteils ausgenommen werden müssen. Nur so kann einer zu erwartenden Unklarheit und Unsicherheit bei der Anwendung begegnet werden.

3. Fehlende Regelungen

Leider enthält der Entwurf keine Regelung über die Dekontaminierung von Vermögensbestandteilen und zum Problem der „Verdünnung“.

Es ist zwar eine gesetzliche Regelung des Beginns der Tatobjekteigenschaft (des Herrührens aus der Vortat) vorhanden, nicht aber zur Frage, wann ein Vermögensbestandteil seine Tatobjekteigenschaft wieder verliert. Besonders die „Verdinglichung des Makels“ bei Surrogaten führt zu einer grundsätzlich uferlosen Kontaminierung, die dazu führt, dass „nicht unerhebliche Teile des Umlauf- und auch des Anlagevermögens aus Straftaten ‚herrühren‘ müssen“. Ein unbefriedigendes

Ergebnis stellt auch dar, kein Ende der Tatobjekteigenschaft bei einer Entschädigung des Opfers anzunehmen (mag diese nun im Rahmen einer tätigen Reue bzw. Selbstanzeige erfolgen oder nicht), oder im Fall einer Konfiskation oder eines Verfalls, da hierdurch im Grunde ein tatbestandsmäßiges Handeln iSd § 165 StGB bei Personen (dem Opfer der Vortat, dem erkennenden Richter usw.) ausgelöst wird, die sich im Übrigen völlig rechtskonform und sozialadäquat verhalten.

Auch das sog. „Problem der Verdünnung“ ist nach wie vor gesetzlich ungeregelt: Es ist demnach offen, ob und unter welchen Umständen die ununterscheidbare Vermischung von kontaminierten und nichtkontaminierten Vermögensbestandteilen (zB auf einem Bankkonto) zu einem Ende der Tatobjekteigenschaft führt.

Es wird daher vorgeschlagen, einen weiteren Absatz in § 165 StGB einzufügen, systematisch als § 165 Abs 8 StGB, dies mit folgender Formulierung:

(8) Ein Vermögensbestandteil rührt jedenfalls dann nicht mehr aus einer kriminellen Tätigkeit (Abs 5) her, wenn

- 1. das Opfer der kriminellen Tätigkeit diesen Vermögensbestandteil zurückerlangt oder als Entschädigung erhält oder*
- 2. er Gegenstand einer tätigen Reue, einer Einziehung, Konfiskation oder eines Verfalls wird, oder*
- 3. ein anderer Vermögensbestandteil an seiner Stelle diesen Wert ganz oder überwiegend verkörpert, oder*
- 4. sich nach einer ununterscheidbaren Vermischung des Vermögensbestandteils mit anderen Vermögenswerten die Verkörperung des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögensbestandteils in einem Vermögensbestandteil nicht rechnerisch zwangsläufig ergibt.*

Die Wertsteigerung eines Vermögensbestandteils, der aus einer kriminellen Tätigkeit (Abs 5) herrührt, rührt nicht aus der kriminellen Tätigkeit her, wenn sie ohne Zutun des Täters der kriminellen Tätigkeit oder des Täters einer Geldwäscherei nicht zustande gekommen wäre.

Wien, am 27. Oktober 2020

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

