

Herausgeber Präsident des LG Professor Dr. Michael Huber
Professor Dr. Stephan Lorenz
Professor Dr. Thomas Rönnau
Professor Dr. Andreas Voßkuhle

Gründungsherausgeber Dr. Dr. Heinrich Götz
Professor Dr. Dr. Gerhard Lüke

Schriftleitung Rechtsanwalt Dr. Christoph Knauer
Dr. Georg Neureither
Professor Dr. Klaus-Peter Schroeder

www.jus.beck.de

Aufsatz

Professor Dr. Stephan Barton, Bielefeld

Verteidigerhonorar und Geldwäsche*

Die Bf. sind Strafverteidiger, die vom LG *Frankfurt a. M.* wegen vorsätzlicher Geldwäsche gem. § 261 II Nr. 1 StGB zu Bewährungsstrafen verurteilt wurden. Sie hatten Mandanten verteidigt, die sich der Gründung einer kriminellen Vereinigung in Tateinheit mit Betrug schuldig gemacht hatten. Im Zuge dieser Verteidigung hatten sie Honorarvorschüsse in beträchtlicher Höhe (jeweils 200 000 DM) und unter ungewöhnlichen Begleitumständen (das Geld wurde bar in Koffern übergeben) erhalten. Das LG ging davon aus, dass die Verteidiger bei Entgegennahme der Honorare sicheres Wissen davon hatten, dass diese aus einer Katalogtat des § 261 StGB herrührten. Der BGH hat das Urteil bestätigt¹ und grundsätzlich dazu ausgeführt: Die Strafbarkeit von Verteidigern wegen Geldwäsche durch Annahme bemakeltes Honorars begegne keinen Bedenken. Das Verbot, für eine Dienstleistung bemakeltes Entgelt entgegenzunehmen, gelte für jedermann – also auch für Strafverteidiger. Es bestehe kein durchgreifender Grund, Verteidiger besser zu stellen. Sofern ein Vortäter nur über bemakelte Mittel verfüge, dürfe der Verteidiger kein Wahlmandat abschließen, sondern müsse sich gegebenenfalls als Pflichtverteidiger beordnen lassen. Die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde blieb zwar im konkreten Fall erfolglos; das BVerfG hat allerdings den Anwendungsbereich des Geldwäschetatbestandes auf die Annahme von Verteidigerhonorar durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 261 II Nr. 1 StGB deutlich begrenzt.

I. Zum Geldwäschetatbestand und zur Problematik seiner Anwendung auf sozial übliche Geschäftstätigkeit

Der Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB) wurde 1992 durch das „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität“ (OrgKG)² in das StGB eingefügt. Der Gesetzgeber versprach sich von der Strafvorschrift auch im Zusammenspiel mit weiteren neuen Abschöpfungsinstrumenten – nämlich der sog. Vermögensstrafe (§ 43 a StGB) und dem erweiterten Verfall (§ 73 d StGB) – erleichterte Zugriffsmöglichkeiten auf Verbrechensgewinne. Ergänzt wurde der Straftatbestand durch das Geldwäschegesetz (GwG), das namentlich Kreditinstituten umfassende Aufzeichnungs- und Mitteilungspflichten hinsichtlich verdächtiger Gelder auferlegt.

1. Geldwäsche im System der Anschlussstaten

Auch wenn § 261 StGB in den 21. Abschnitt des StGB eingestellt wurde, unterscheidet die Norm sich doch gravierend

von den sonstigen Anschlussstaten: Das gilt namentlich für den subjektiven Tatbestand, der entgegen den §§ 257 ff. StGB weder einen gesteigerten Vorsatzgrad (wie bei § 258 StGB) noch ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal – wie die Bereicherungsabsicht bei der Hehlerei oder die Vorteils-sicherungsabsicht bei der Begünstigung – voraussetzt, sondern auch bedingten Vorsatz bzw. sogar Leichtfertigkeit (§ 261 V StGB) genügen lässt. Des Weiteren sieht § 261 StGB anders als §§ 257 f. StGB kein Selbstbegünstigungs- bzw. Angehörigenprivileg vor. Mit dem Tatbestandsmerkmal „Her-rühren“ hat der Gesetzgeber ferner gezielt Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, die nach §§ 257, 259 StGB als straflose Ersatzhehlerei oder „Ersatzbegünstigung“³ anzusehen wären. Schließlich erstreckt sich der Tatbestand auch keinesfalls nur auf bewusst verschleiernde professionelle Geldwäschehandlungen, sondern § 261 II StGB erfasst auch das bloße „Sich-Verschaffen“ von Vermögensgegenständen, also jede einvernehmlich erfolgte Erlangung eigener tatsächlicher Verfügungsgewalt und damit auch die offenen Austausch-geschäfte des täglichen Lebens. Dieser sog. Isolierungstatbestand belegt nach dem Willen des Gesetzgebers den Vortäter mit einem „wirtschaftlichen Bann“⁴, indem dessen bemakeltes Vermögen praktisch verkehrsunfähig gemacht wird. Damit verschärft sich ein Problem, nämlich die Erstreckung des Tatbestandes der Geldwäsche auf sozial übliche Geschäftstätigkeit und berufstypisches Verhalten: Der Verkauf eines Brötchens durch den Bäcker, die Entgegennahme des Beförderungsentgelts durch den Taxifahrer, aber eben auch die Annahme von Rechtsberatungshonoraren kann den objektiven Tatbestand der Geldwäsche erfüllen. Auf die Gefahren eines derart uferlosen Straftatbestandes, der mit den herkömmlichen Prinzipien des Strafrechts nicht zu verein-

* Zugleich Besprechung von BVerfG, Urt. v. 30. 3. 2004 – 2 BvR 1520/01, NJW 2004, 1305. – Der Autor ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bielefeld.

1 BGHS 47, 68 = NJW 2001, 2891 = JuS 2001, 1232.

2 Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. (2004), § 261 Rdnr. 1.

3 Vgl. zu den umstrittenen Grenzen der Erfassung von Ersatzvorteilen bei der Begünstigung Rengier, BT 1, 6. Aufl. (2003), § 20 Rdnrn. 7 ff.

4 Salditt, StraFo 1992, 121 (127).

baren ist, wurde schon früh in der Literatur⁵ und im Gesetzgebungsverfahren⁶ hingewiesen und die Frage nach der Berechtigung einer Norm, die normale Austauschgeschäfte unter Strafe stellt, aufgeworfen.

2. Auswirkungen auf die Verteidigung

Speziell für Strafverteidiger eröffnet die Geldwäschenorm dabei besondere Risiken, da sie berufsbedingt mit (möglichen) Vortätern zu tun haben, weil es ferner zu ihren Berufsaufgaben gehört, mit diesen über den Vorwurf zu sprechen⁷ und weil sie schließlich von ihnen honoriert werden. Zwar bringen auch andere Straftatbestände (namentlich § 258 StGB) strafrechtliche Risiken für Verteidiger mit sich, aber der Rechtsprechung ist es gelungen, diese auf ein vernünftiges Maß zu reduzieren. Bei der Erteilung berufstypischen Rechtsrats durch Verteidiger billigen die Gerichte dem Verteidiger einen „Redlichkeitsbonus“⁸ zu. Sie unterstellen, dass die berufstypische Tätigkeit des Verteidigers darauf gerichtet ist, „pflichtgemäß Rat zu erteilen“⁹. Auch in weiteren Konstellationen berufstypischer Verteidigertätigkeit findet die Figur des inneren Vorbehalts in der Rechtsprechung Anwendung, d. h. werden die Anforderungen an den Vorsatz inhaltlich so erhöht, dass das Privileg erst dann entfällt, wenn der Verteidiger mit sicherem Wissen handelt¹⁰.

Derartige „subjektivierende“ Lösungen, so wurde in der Wissenschaft schnell herausgearbeitet, können allerdings bei einem Tatbestand, der für die subjektive Tatseite neben einfachem Vorsatz auch Leichtfertigkeit genügen lässt, nicht ohne weiteres Anwendung finden¹¹. Es wurde in der Literatur deshalb eine Vielzahl von Vorschlägen intensiv diskutiert, die Lösungen entweder im objektiven Tatbestand oder in der Rechtswidrigkeit¹² suchten. Der Sache nach wurden dabei insbesondere Eingrenzungen mit Hilfe verschiedener Gedanken der Lehren von der Sozialadäquanz¹³ sowie durch teleologische Reduktion der Norm gesucht¹⁴.

Auch wenn eine flächendeckende Verfolgung von Strafverteidigern wegen Geldwäsche nicht eintrat, war nach Verabschiedung des OrgKG eine erhebliche Verunsicherung bei Anwälten zu spüren. Dazu trug auch der erste spektakuläre Fall der Anklage gegen einen Verteidiger wegen Geldwäsche bei. Auch wenn diese Anklage vom *HansOLG Hamburg* auf Grund einer verfassungskonformen Interpretation nicht zugelassen wurde¹⁵, steigerte sich die Verunsicherung noch, nachdem sich der *BGH* in dem hier zu Grunde liegenden Verfahren ausdrücklich gegen eine restriktive Interpretation des Geldwäschetatbestandes aussprach¹⁶. Man wartete deshalb nicht nur bei Anwälten gespannt auf das Urteil des *BVerfG*.

II. Entscheidung des BVerfG

Um es vorweg zu nehmen: Das *BVerfG* rügt die Unterstellung des *BGH*, dass der Geldwäschetatbestand Strafverteidiger nicht anders als Angehörige anderer Berufe treffe, als sachlich unzutreffend und verfassungsrechtlich verkürzt. Es hält dem eine verfassungskonform einengende Auslegung des § 261 II Nr. 1 StGB entgegen, wonach eine Honorarannahme nur dann als Geldwäsche strafbar sei, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme sicher wisse, dass das Geld aus einer Katalogtat stamme. Wie gelangt das *BVerfG* zu diesem Ergebnis?

1. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Als Einstieg in die verfassungsdogmatische Prüfung wählt der *Senat* das Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 I

GG) im Allgemeinen und die freie Advokatur im Besonderen: Die anwaltliche Berufsausübung unterliege der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts. Dieser Einstieg entspricht ständiger Rechtsprechung: Seit jeher¹⁷ prüft das *BVerfG* Eingriffe in die Strafverteidigung primär unter dem Gesichtspunkt der Berufsfreiheit und misst sie nicht vorrangig – was an sich näher läge – am Rechtsstaatsprinzip oder am Grundsatz des fairen Verfahrens. Unter dem Strich wirkt sich das aber deshalb nicht negativ aus, weil es der Verfassungsrechtsprechung gelingt, die Berufsausübungsfreiheit inhaltlich mit Gedanken des Rechtsstaatsprinzips auszufüllen¹⁸. Das ist auch hier der Fall. Der *Senat* betont nämlich mehrfach, dass das berufliche Tätigwerden des Anwalts als Organ der Rechtspflege nicht nur im individuellen Interesse des Anwalts, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege liege. Das gelte namentlich für die Strafverteidigung. Ein rechtsstaatliches und faires Verfahren fordere „Waffengleichheit“ zwischen den Strafverfolgungsbehörden und dem Beschuldigten. Um auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens wirkungsvoll Einfluss nehmen zu können, sei die Mitwirkung eines Verteidigers, abgesehen von einfach gelagerten Situationen, unentbehrlich. Das Recht des Bürgers, sich von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen, sei deshalb nicht nur durch das einfache Recht (§ 137 StPO) und Art. 6 III lit. c EMRK garantiert, sondern werde auch durch das Rechtsstaatsprinzip gefordert, welches eine wirkungsvolle Verteidigung verlange, die wiederum ein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant voraussetze. Es gelingt dem

5 Vgl. *Barton*, StV 1993, 156 (163); *Salditt*, StraFo 1992, 121 (127); *Hartung*, AnwBl 1994, 440 (443 f.).

6 Deutscher Bundestag, Stenographisches Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses am 22. 1. 92, Anlage S. 204 (*Salditt*).

7 Was sie sehr deutlich vom Taxifahrer oder Bäcker, aber regelmäßig auch vom Steuerberater unterscheidet.

8 *Balzer*, Die berufstypische Strafbarkeit des Verteidigers unter Beachtung des Problems der Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Honorarannahme, 2004, S. 156.

9 St. Rspr. seit *RGSt* 37, 321 (323); aus neuerer Zeit vgl. nur *BGH*, StGB § 27 I Hilfeleisten 6, und *BGH*, NStZ 2000, 34 m. w. Nachw.; ausf. dazu *Balzer* (o. Fußn. 8), S. 154 ff., 229 ff.

10 Vgl. *BGHSt* 38, 345 (350) = *NJW* 1993, 273 = *NStZ* 1993, 79: Beihilfe zur Urkundenfälschung wird abgelehnt, indem erhöhte Anforderungen an das voluntative Element des Vorsatzes gestellt werden; vgl. dazu die Anmerkung von *Scheffler*, StV 1993, 470.

11 Lösungen auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes werden allerdings vertreten von *Bottke*, *wistra* 1995, 121 (123); *Grüner/Wasserburg*, GA 2000, 430 (439); *Matt*, GA 2002, 137 (145 ff.).

12 *Bernsmann*, StV 2000, 40; *Ambos*, JZ 2002, 70 (80); w. Nachw. bei *Altenhain*, in: NK-StGB, 2001, § 261 Rdnr. 129.

13 Die verschiedenen Lehren werden dargestellt von *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem StGB-AT, 11. Aufl. (2003), 28. Problem, S. 181 ff.

14 *Barton*, StV 1993, 156 (159); *Hoyer*, in: SK-StGB, 6. Aufl. (2001), § 261 Rdnr. 21; *Laufbüttel/Kuschel*, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2001), § 261 Rdnr. 8; *Salditt*, StraFo 1992, 121 (132); *Woblers*, StV 2001, 420 (425 f.). Für eine „Derogationslösung“ tritt ein *Lüderssen*, in: LR-StPO, 25. Aufl. (2001), Vorb. § 137 Rdnr. 117; w. Nachw. bei *Altenhain*, in: NK-StGB (o. Fußn. 12), § 261 Rdnr. 127 f.

15 *HansOLG Hamburg*, *NJW* 2000, 673, m. Anm. *Lüderssen*, StV 2000, 206; Zustimmung fand die Entscheidung bei *Hamm*, *NJW* 2000, 673 (676); abl. dagegen *Burger/Peglau*, *wistra* 2000, 161; *Reichert*, NStZ 2000, 40; *Schaefer/Wittig*, *NJW* 2000, 1387.

16 Dem wird zugestimmt von *Fad*, JA 2002, 14 (17); *Katholnigg*, JR 2002, 30; *Keppeler*, DRiZ 2003, 97; w. Nachw. bei *Beulke*, in: Festschr. f. Rudolphi, 2004, S. 391, (392).

17 Vgl. dazu schon *BVerfGE* 15, 226 (231); 34, 293 (303) = *NJW* 1973, 696.

18 In diesem Sinne äußern sich schon *Niemöller/Schuppert*, AöR 1982, 387 (433), treffend wie folgt: „Vieles spricht dafür, dass nicht (nur) der grundrechtlich geschützte Beruf des Rechtsanwalts, sondern – primär – der Status des Verteidigers innerhalb eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens Ausgangspunkt und Prüfstein verfassungsrechtlicher Beurteilung sein muss. Darauf zu bestehen, verlohnt jedoch nicht ... zum Hausherrn kommt auch, wer den Dienstboteneingang benutzt“.

Senat durch diese Ausführungen, der Strafverteidigung eine verfassungsrechtlich starke Position einzuräumen.

2. Risiken für effektive Verteidigung

In § 261 II StGB sieht das *BVerfG* einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, der professionelle Strafverteidiger wegen der Eigenart ihrer Berufsausübung ungleich stärker trifft als andere am Wirtschaftsverkehr Teilnehmende. Das gelte primär für das Risiko, sich durch die Honorierung der Verteidigung strafbar zu machen. Hierdurch werde das Recht des Anwalts, seine berufliche Leistung in angemessenem Umfang wirtschaftlich zu verwerten, gefährdet. Die Schutzaufgabe des Verteidigers bringe es mit sich, dass er den Vorwurf mit dem Mandanten erörtern muss, um diesen professionell verteidigen zu können, d. h. auch Zweifel an dessen Schuld zu wecken und vermeintliche Gewissheiten zu erschüttern. Dies könne dazu führen, dass der Verteidiger angesichts der Weite des Tatbestandes selbst schnell in den Verdacht strafbarer Geldwäsche gerate. Diese spezifische Gefahrenlage kann den Verteidiger veranlassen, von der Übernahme der Verteidigung Abstand zu nehmen.

Komme es zu einer Wahlverteidigung, gefährde der Isolierungstatbestand das Entstehen des „von Verfassungen wegen geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Strafverteidiger und Mandant“. Der Verteidiger könne veranlasst werden, dem Beschuldigten statt mit der gebotenen „professionellen Distanz“ mit schädigendem Misstrauen zu begegnen, was die uneigennützig, einseitige und umfassende Beistandsleistung gefährde¹⁹. Auch ein besonnener Mandant wird angesichts der Strafdrohung, die sich gegen seinen Anwalt richtet, Zweifel an der Verschwiegenheit seines Verteidigers nicht austräumen können. Die Strafdrohung könne so zu einem Konflikt zwischen der Wahrnehmung der Interessen des Mandanten und der des Anwalts führen: „Effektive Verteidigung ist unter diesen Bedingungen nicht mehr gewährleistet“.

Ein Ausweichen auf eine mögliche Beiordnung als vom Staat alimentierter Pflichtverteidiger kann diese Beeinträchtigungen nach der uneingeschränkt zustimmungsfähigen Auffassung des *BVerfG* nicht aufwiegen. Der *Senat* arbeitet an dieser Stelle treffend die Nachteile der Pflicht- gegenüber der Wahlverteidigung heraus: geringere Vergütung bei gleichzeitiger Pflicht zur höchstpersönlichen Erbringung der Dienstleistung, des Weiteren die Auswahl des Verteidigers durch den Vorsitzenden (in den Grenzen des § 142 I StPO) und nicht zuletzt Mankos bei der Beendigung des Mandats (nämlich die Möglichkeit einer Entpflichtung durch den Vorsitzenden bei eingeschränkten Chancen, das Mandat nach eigenen Vorstellungen beenden zu können).

3. Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs

Den durch den Isolierungstatbestand des § 261 II Nr. 1 StGB bedingten Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit prüft das *BVerfG* auf seine Verhältnismäßigkeit und kommt dabei unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungsprärogative zu dem Ergebnis, dass die Norm zwar wichtigen Gemeinschaftsbelangen dient sowie geeignet und erforderlich ist. Allerdings verstoße eine uneingeschränkte Anwendung der Strafvorschrift auf Strafverteidiger gegen das Übermaßverbot. Dabei wägt das *BVerfG* die durch die Norm bedingten Erträge gegen deren Nachteile ab. Hierbei erweist sich, dass Honorarzahungen nicht gerade typische Geldwäschevorgänge darstellen; nennenswerte Beträge lassen sich so kaum waschen. Auf der anderen Seite wiegen

die Eingriffe in die Berufsfreiheit schwer. Schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens kann verheerende Folgen für die Reputation eines Verteidigers haben. Zudem erinnert der *Senat* an die mit der Geldwäschestrafbarkeit verbundenen Gefahren für das Institut der Wahlverteidigung, namentlich das Vertrauensverhältnis und das Recht auf wirksamen Beistand.

Der *Senat* fordert aber zu Recht keine völlige Freistellung des Strafverteidigers von der Strafdrohung des § 261 II StGB. Strafverteidigung erfolgt nicht im rechtsfreien Raum, und sie stellt auch keinen alles umfassenden Rechtfertigungsgrund eigener Art dar.

4. Verfassungskonform einengende Auslegung

Im Zentrum des Urteils steht die vom *BVerfG* vorgenommene verfassungskonform einengende Interpretation. Diese bereitet der *Senat* der Sache nach schon im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung folgendermaßen vor: Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit und die Institution der Wahlverteidigung sei dann gerechtfertigt, wenn der Verteidiger im Zeitpunkt der Honorarannahme sicheres Wissen von der Bemakelung des Geldes habe, wobei die Quelle dieses Wissens (Mitteilung des Mandanten oder auf anderem Wege) ohne Bedeutung sei: „Weiß der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme des Verteidigerhonorars sicher, dass die erhaltenen Mittel aus einer Katalogtat herrühren, so tritt er aus seiner Rolle als Organ der Rechtspflege heraus“. Und weiter: „Das sichere Wissen entscheidet über die Strafwürdigkeit des Verhaltens“. Zu eigenen Nachforschungen sei der Verteidiger allerdings nicht verpflichtet.

Aus diesen Überlegungen folgt dann die verfassungskonform einengende Auslegung von § 261 I Nr. 2 StGB nahezu wie von selbst: Der Isolierungstatbestand sei mit dem GG vereinbar, soweit der Strafverteidiger nur dann mit Strafe bedroht werde, wenn er im Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen kontaminierter Herkunft habe.

a) Zulässigkeit einer verfassungskonformen Interpretation

Der *Senat* diskutiert mögliche Bedenken, die sich gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung richten, nämlich, dass diese dem Wortlaut des Gesetzes oder der Entstehungsgeschichte der Norm widerspreche. Die Ausführungen zeugen von einem gewissen Bemühen, die Norm nicht gänzlich für verfassungswidrig erklären zu müssen. Die Annahme, der Wortlaut spräche nicht gegen die vom *Senat* vorgenommene Interpretation, ist nämlich nur dann zutreffend, sofern allein auf den zweiten Absatz von § 261 StGB abgestellt wird; denn was „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“ inhaltlich ausmacht, darf deliktsspezifisch bestimmt werden. Insofern widerspricht die These der Vereinbarkeit des Wortlauts mit der verfassungskonformen Interpretation nicht dem konkret entschiedenen Fall, in dem es um die vorsätzliche Verwirklichung von Geldwäsche ging. Da aber nach § 261 V StGB auch das leichtfertige Nichterkennen, dass ein Gegenstand aus einer Katalogtat herrührt, unter Strafe steht und der *Senat* für die Strafbarkeit der Honorarannahme stets direkten Vorsatz verlangt – also Leichtfertigkeit erst recht nicht genügen lassen will –,

¹⁹ Man könnte es auch so formulieren: Der Isolierungstatbestand (der mit einem „Solidarisierungsverbot“ einhergeht) tritt in offenen Konflikt mit der Berufsaufgabe des Verteidigers, nämlich der wirksamen Beistandsleistung für den Beschuldigten; vgl. zu diesem Gedanken *Fabl*, JA 2004, 624.

bleiben gewisse Unstimmigkeiten, die im Urteil nicht vertieft werden. Ausführlich behandelt das Urteil dagegen die Frage, ob die Privilegierung der Verteidigerhonorarannahme in Widerspruch zu dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers steht. Dabei berücksichtigt der *Senat*, dass im Gesetzgebungsprozess von Seiten der Anwaltschaft auf die mit der beabsichtigten Norm verbundenen negativen Folgen für die Verteidigung hingewiesen wurde, der Gesetzgeber sich davon aber nicht hat beeindrucken lassen. Der *Senat* meint jedoch, dass die verfassungsrechtliche Dimension des Isolierungstatbestandes seinerzeit nicht hinreichend erörtert wurde und vermutet vielleicht etwas zu optimistisch, dass der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Bedenken ein Verteidigerprivileg vorgesehen hätte. Der *Senat* kann deshalb die Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung bejahen.

b) Individuelle Vorsatzprüfung oder „generalisierte Redlichkeitsvermutung“?

Die verfassungskonforme Interpretation des *Senats* setzt am subjektiven Tatbestand an. Daraus könnte man möglicherweise folgern, dass es sich auch der Sache nach um eine rein subjektivierende Lösung handelt, bei der die Vorsatzprüfung die gesamte Last der materiellen Strafbarkeitsprüfung zu tragen hat. Wenn dem so wäre, dann könnte man daraus sogar die Schlüsse ziehen, dass die Strafverfolgungsorgane in jedem Einzelfall individuell zu prüfen hätten, ob qualifizierter Vorsatz gegeben ist, und dass insofern bei jeder Wahlverteidigung, der eine Katalogtat i. S. des § 261 I StGB zu Grunde liegt, ein Anfangsverdacht der Geldwäsche anzunehmen ist. Das ist ganz sicher nicht die Intention des *Senats*.

Im zweiten Leitsatz zur Entscheidung und in erläuternden Anmerkungen stellt der *Senat* klar, dass die bloße Übernahme eines Wahlmandats im Falle einer Katalogtat für die Begründung eines Anfangsverdachts nicht ausreicht. Die Staatsanwaltschaft habe Zurückhaltung zu üben und dürfe erst dann ein Strafverfahren einleiten, wenn „auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte“ dafür gegeben seien, dass der Strafverteidiger bösgläubig war. Als Indikatoren für derartige greifbare Anhaltspunkte nennt der *Senat* die außergewöhnliche Höhe des Honorars sowie die Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderung. Mit „Höhe des Honorars“ dürfte damit wohl nicht primär die absolute Summe gemeint sein, denn in einer umfangreichen Wirtschaftsstrafsache werden gelegentlich erhebliche Honorare vereinbart, ohne dass insofern ein Anhaltspunkt für Geldwäsche vorhanden wäre. Eher dürften Diskrepanzen zwischen der konkreten Person des zu Verteidigenden (und seinen Lebensumständen), dem Strafvorwurf und den üblichen Honorierungen des betreffenden Verteidigers gemeint sein. Voll zuzustimmen ist dem *Senat* dagegen zu Auffälligkeiten bei der Honorarerfüllung: Wer als Verteidiger das Honorar heimlich, bar und in kleinen Scheinen erhält und wer den Erhalt nicht quittiert, setzt sich nicht nur dem berechtigten Verdacht aus, dass er sich der Bemakelung des Entgelts sicher ist, sondern kommt auch einem „Verschleiern“ bzw. einer der anderen unproblematischen Geldwäschebehandlungen des § 261 I StGB sehr nahe. Eine solche Verhaltensweise begründet sogar den Verdacht, hier gehe es nur zum Schein um die Honorierung einer Verteidigung.

Dass das *BVerfG* eine individuelle Prüfung des subjektiven Tatbestands nicht vor Augen hat, ergibt sich zudent aus Folgendem: Der *Senat* hat die Geldwäschenorm selbst als sehr „weit gespannt“ bezeichnet. Er dürfte damit nicht zuletzt das Tatbestandsmerkmal „Herrühren“ im Blick gehabt haben.

Dieses Merkmal bewirkt, dass die Einspeisung eines vergleichsweise geringen Teils bemakelter Mittel in das Vermögen des Vortäters dazu führen kann, dass dessen gesamtes Vermögen kontaminiert wird²⁰. Angesichts dessen werden Verteidiger in diesem Sinne bei zahlreichen Mandanten „sicher wissen“, dass sie kein unbemakeltes Honorar erhalten werden können. Gleichwohl differenzieren die Urteilsausführungen nicht zwischen Fällen des Vermischens bzw. Nicht-Vermischens; die Strafverfolgungsorgane haben sich nach Auffassung des *BVerfG* vielmehr stets zurückhaltend zu verhalten.

Das Urteil ist deshalb nicht als Aufforderung an die Staatsanwaltschaft zum Einstieg in individuelle Vorsatzprüfungen zu verstehen, sondern sollte eher als Formulierung einer generalisierten Vorsatzausschlussersparung interpretiert werden. Diese richtet sich in einer Art „informeller Beweisregel“²¹ (bzw. Beweisvermutung) an die Strafverfolgungsbehörden; die „Beweisregel“ gilt so lange, wie nicht dagegen sprechende greifbare Anhaltspunkte vorliegen. Richtig verstanden, handelt es sich also um eine im Einzelfall widerlegbare Redlichkeitsvermutung, die der *Senat* aus der verfassungsrechtlichen Stellung des Verteidigers – als Organ der Rechtspflege – ableitet. Auch wenn die Lösung strafrechtsdogmatisch im subjektiven Tatbestand ansetzt, handelt es sich doch eher um einen verfassungsrechtlich begründeten objektiven²² Hemmschuh der strafrechtlichen Zurechnung. Deshalb ist anzunehmen, dass die mahnenden Worte des *BVerfG* an die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, sich Zurückhaltung aufzuerlegen, nicht unerhört bleiben werden – schließlich kann das *BVerfG* deren Einhaltung selbst überwachen.

c) Zur konkreten Verfassungsbeschwerde und zu den zu erwartenden Auswirkungen auf die Praxis

Die Verfassungsbeschwerde bleibt erfolglos, weil das *LG* seine Verurteilung ebenfalls auf Grund einer „Vorsatzlösung“ vorgenommen hat und für den *Senat* keine Zweifel daran bestanden, dass die Bf. wissentlich handelten. Das hindert das *BVerfG* allerdings nicht daran, deutliche Worte für den *BGH* zu finden. Dessen pauschale Ablehnung eines Verteidigerprivilegs habe „die mit Einführung des Straftatbestandes der Geldwäsche geschaffene besondere Gefahrenlage für die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers und das Institut der Wahlverteidigung nicht hinreichend berücksichtigt“ und begründe einen Verstoß gegen Art. 12 I 1 GG. Verteidiger seien durch die neue Vorschrift nämlich ungleich stärker betroffen als Angehörige anderer Berufe. Für besonders verfehlt sieht das *BVerfG* die Meinung des

20 Vgl. zu den Auswirkungen dieses Tatbestandsmerkmals Barton, NStZ 1993, 159.

21 Natürlich gibt es unter der Geltung des § 261 StGB keine formellen Beweisregeln mehr. Allerdings hat Sarstedt darauf hingewiesen, dass die Revisionsrechtsprechung informelle Beweisregeln entwickelt hat, deren Einhaltung durch die Tatgerichte sie überwacht; Sarstedt, in: Festschr. f. Hirsch, 1968, S. 171. Eine ähnliche Konstruktion hat der *BGH* mit der sog. Hemmschwellentheorie zur Abgrenzung zwischen bedingt vorsätzlichem und bewusst fahrlässigem Verhalten bei Tötungsdelikten entwickelt; vgl. dazu Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. (2001), § 212 Rdnr. 3; speziell zur Ähnlichkeit der Hemmschwellentheorie mit der Figur des inneren Vorbehalts vgl. Balzer (o. Fußn. 8), S. 193. Zu „Beweisregeln“ im Zusammenhang mit der Strafbarkeit von Verteidigern vgl. Matt, GA 2002, 137 (141 ff.).

22 Deshalb liegt – trotz unterschiedlicher Ansätze – die Lösung des *BVerfG* gar nicht so weit weg von der verfassungskonformen Interpretation des *HansOLG Hamburg*, NJW 2000, 673. Vgl. auch Beulke (o. Fußn. 17), S. 401 ff., der für eine „Mischlösung“ plädiert, bei der im Rahmen des objektiven Tatbestandes subjektive Aspekte mit einbezogen werden. Für eine rein am objektiven Tatbestand ansetzende Lösung und gegen die Entscheidung des *BVerfG* plädiert Wohlers, JZ 2004, 678 (680 f.).

BGH an, dass es betroffenen Verteidigern unbenommen sei, das Wahlmandat niederzulegen und sich als Pflichtverteidiger beordnen zu lassen. Erfrischend deutlich hält das *BVerfG* dem entgegen, dass es sich bei der Pflichtverteidigung um ein Sonderopfer des Strafverteidigers im öffentlichen Interesse handelt.

III. Bewertung

Über einzelne Punkte der Urteilsbegründung mag man streiten; das gilt auch für die Frage, ob die am subjektiven Tatbestand ansetzende „generalisierte Redlichkeitsvermutung“ die strafrechtsdogmatisch stringenteste Lösung darstellt oder ob nicht eine allein am objektiven Unrecht anknüpfende Interpretation vorzugswürdig wäre. Das ändert nichts daran, dass dem Urteil unter dem Strich zu bescheinigen ist, eine allseits befriedigende Lösung für einen strafrechtsdogmatisch wie verfassungsrechtlich kniffligen und praktisch eminent brisanten Bereich gefunden zu haben. Die vom *BVerfG* aufgezeigten Leitlinien für die Behandlung der Honorarannahme lassen – worauf es ankommt – erwarten, dass zukünftig sowohl Verteidiger als auch Strafverfolgungsorgane Klarheit über die Grenzen der Strafbarkeit haben werden. Die Ausgestaltung der gefundenen „Vorsatz-Lösung“ als obergerichtlich bzw. verfassungsgerichtlich überprüfbare Beweisregel wird Staatsanwaltschaften und Tatgerichte zur erforderlichen Zurückhaltung bei der Strafverfolgung veranlassen. Für die Strafgerichte ist die sich stellende Aufgabe, die Grenze zwischen strafbaren und nicht strafbaren Verhalten im Bereich des subjektiven Tatbestands zu suchen, im Übrigen nicht neu. Die Gerichte haben bei anderen Konstellationen berufstypischen Verhaltens von Verteidigern gezeigt, dass man über die Figur des inneren Vorbehalts zu tragfähigen Ergebnissen gelangt²³.

Das Urteil erweist sich darüber hinaus in weiterer Hinsicht als wegweisend: Das *BVerfG* hat die verfassungsrechtliche Stellung der Verteidigung gestärkt und – ohne mit bewährten Traditionen zu brechen – zugleich neue Aspekte aufgezeigt. Die Absicherung der verfassungsrechtlich geschützten Position der Verteidigung erfolgt dabei über die Betonung der öffentlichen Interessen an wirksamer Verteidigung und die Einbeziehung des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant in den Schutz der Verfassung. Die Art und Weise, wie das *BVerfG* den Begriff „Organ der Rechtspflege“ benutzt, ist geeignet, wirksame Teilhaberechte an der Rechtspflege zu gewähren – ohne dass dadurch in anderen Zusammenhängen zwangsläufig Abwehrrechte der Verteidigung ge-

schmälert würden. Der Vorrang der Wahlverteidigung wird durch die Deklaration der Pflichtverteidigung als Sonderopfer und ihre damit einhergehende Subsidiarität klargestellt. Neue Horizonte der verfassungsrechtlichen Interpretation deuten sich durch das wiederholte Abstellen auf „professionelle Verteidigung“ an; gemeint ist damit der durch institutionalisierte Berufstätigkeit ausgeübte effektive Beistand für den Beschuldigten. Es scheint, als sei dieser Begriff in besonderem Maße geeignet, eine Brücke zwischen den beiden Verfassungsprinzipien (Berufsausübungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip) zu schlagen, die dem Schutz der Verteidigung dienen.

Eine letzte Bemerkung: Das *BVerfG* hat mit der Entscheidung zur Geldwäsche nach der Vermögensstrafe (§ 43 a StGB) und dem erweiterten Verfall (§ 73 d StGB) nunmehr das dritte mit dem OrgKG vom Gesetzgeber geschaffene Instrument zur „Bekämpfung“ der Organisierten Kriminalität auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand gehabt. Ohne Beanstandung – wenngleich nach ausgesprochen gründlicher Prüfung von knapp neun Jahren – blieb dabei nur der erweiterte Verfall²⁴; die Vermögensstrafe wurde für nichtig erklärt²⁵, der Geldwäschetatbestand musste, wie gesehen, verfassungskonform einengend interpretiert werden. Die Rechtsprechung des *BVerfG* zeigt auf, welche Irrwege die moderne Strafgesetzgebung nicht nur mit dem OrgKG gegangen ist.

IV. Zusammenfassung

Die Annahme des Verteidigerhonorars erfüllt nach der verfassungskonformen Interpretation des *BVerfG* nur dann den Isolierungstatbestand des § 261 II StGB, wenn der Verteidiger zum Zeitpunkt der Entgegennahme sicheres Wissen von der Bemakelung des Geldes hat. Handelt der Verteidiger mit bedingtem Vorsatz oder erkennt er die Bemakelung leichtfertig nicht (§ 261 V StGB), macht er sich nicht strafbar. Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte haben der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung des Verteidigers Rechnung zu tragen: Strafverfahren dürfen nur eingeleitet werden und Verurteilungen nur dann erfolgen, wenn auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verteidiger bösgläubig war.

23 Vgl. o. Fußn. 9 und 10.

24 *BVerfG*, NJW 2004, 2073.

25 *BVerfGE* 105, 135 = NJW 2002, 1779.